

DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

Nº 48

Revista de **Derecho de Familia**

© Lex Nova 2010

Lex Nova, S.A.U.

Edificio Lex Nova.

General Solchaga, 3

47008 Valladolid

Tel. 983 457038

Fax 983 457224

E-mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 803-1998

ISSN 1139-5168

Printed in Spain – Impreso en España

Dirección General:

Daniel Tejada Benavides

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

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

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

Lex Nova no asume responsabilidad alguna 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.

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

LEX NOVA

DIRECTOR
ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN

Magistrado

A VER SI NOS PONEMOS DE ACUERDO

Si María y Juan se divorcian en Andalucía se les aplica el artículo 92 del CC y la custodia compartida, salvo que expresamente la pacten ambos progenitores, será difícil de conseguir porque a falta de acuerdo habrá que acreditar que «sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor». Pero si María o Juan se divorcian en Aragón o en Cataluña, la cosa cambia ya que en principio el modelo preferente de custodia es la conjunta o compartida, es decir, que lo que en Andalucía, Galicia, Castilla o Madrid es la excepción, en Aragón y Cataluña es la norma.

No cabe duda de que el matiz es tremendamente importante ya que no es lo mismo decidir que no procede la custodia compartida por no reunirse los requisitos establecidos en el artículo 92 del CC, es decir, no hay acuerdo entre los progenitores, falta el informe del Ministerio Fiscal (este motivo tiene los días contados hasta que el Tribunal Constitucional dé la razón a las Audiencias Provinciales que han interpuesto recursos de inconstitucionalidad frente a este veto) y no se acredita que este tipo de custodia sea la única que ampara el interés del menor, que tener que denegar la custodia compartida porque uno de los progenitores no es apto para su ejercicio. Ni en Aragón ni en Cataluña podrán dictarse ya sentencias acordado la custodia monoparental indicando al mismo tiempo la típica frase de «a pesar de que ambos progenitores están en un plano de igualdad para ostentar la custodia», salvo que concurran obstáculos físicos para ello, como, por ejemplo, que los progenitores residan en distintas ciudades. Si ambos están en un plano de igualdad, es decir, no existe ningún obstáculo para que cualquiera de ellos ejerza la custodia, ésta deberá ser compartida.

Esto es difícil de explicar a los ciudadanos porque lo que antes era igual para todos ahora ya no lo es, y no es que estemos ante derechos históricos que siempre deben respetarse, no, se trata únicamente de la voluntad política de que las cosas sean de una determinada forma. Y en unos sitios existe esa voluntad y en otros no.

El sentido común parece indicar que, en materia de Derecho de familia, las normas deberán ser iguales para todos los ciudadanos españoles dado que no existe motivo alguno para esa discriminación. En qué se diferencian los padres catalanes o aragoneses de los andaluces, gallegos o madrileños, pues eso, en nada.

Aunque también en cuestiones más técnicas, hemos detectado que si los procedimientos de separación o divorcio se tramitan en Cataluña, el recurso de casación contra la sentencia que dicte la Audiencia Provincial puede interponerse en función de la cuantía del procedimiento y, sin embargo, en el resto de España, por el momento, esto no es posible ya que la Junta General de Magistrados del Tribunal Supremo del día 12 de diciembre de 2000 acordó que el recurso de casación en materia de familia sólo era posible por razón de la materia y por interés casacional por existir resoluciones contradictorias entre las sentencias de las Audiencias Provinciales. El Tribunal Supremo de Cataluña, ya desde un primer

Auto de 18 de abril de 2002, al que han seguido otros muchos —tratándose de recursos en materia de Derecho civil de Catalunya—, no comparte el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo y entiende que, partiendo del hecho de que donde la Ley no distingue nosotros no debemos distinguir y haciendo una interpretación literal del artículo 477 de la LEC, permite el acceso a casación a todos aquellos recursos que puedan incardinarse dentro de alguno de los casos previstos en el número dos del indicado precepto, cualquiera que fuere el procedimiento seguido en las instancias.

No vamos a entrar en la cuestión de por qué los que se separan en una capital tienen derecho a que su procedimiento sea tramitado por un juez especializado y con equipos técnicos a su alcance, y los que se separan en los pueblos tienen que soportar que su separación se tramite paralelamente con otros procedimientos civiles y penales que en la mayoría de los casos demandan una mayor atención y prioridad del juez que, además, no es especialista en Derecho de familia y no cuenta con equipo técnico. Los que nos dedicamos a esto ya estamos cansados de ver proposiciones de ley para crear la jurisdicción de familia y todo se queda en estudios, comisiones, buenas intenciones. Esto, de momento, no interesa.

Ni es lógico ni es legal que día a día se vaya distanciando la legislación en materia de familia entre las distintas comunidades autónomas, ni tiene sentido que las crisis económicas o laborales tengan juzgados especializados para todos los ciudadanos sin distinción y las crisis matrimoniales no. Con lo sencillo que resulta todo y cómo lo complicamos. A ver si nos ponemos de acuerdo de una vez y remamos en el mismo sentido.

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL ARBITRAJE EN EL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA: UN RETO DE FUTURO. <i>Jorge A. Marfil</i>	25
RÉGIMEN DE VISITAS, ESTANCIAS Y COMUNICACIONES ENTRE EL PROGENITOR NO CUSTODIO E HIJOS MENORES. PROBLEMAS DE EJECUCIÓN. <i>Ana Dolores Sánchez López</i>	35

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	61
Se declara la nulidad de las sentencias que excluyeron del llamamiento a la herencia a unas hijas adoptivas de un hijo del causante, ya que esta discriminación por el origen de la filiación es contraria a la Constitución, siendo indiferente que el testamento se otorgase mucho antes de promulgarse la norma constitucional.	
<i>Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 9/2010, de 27 de abril</i>	61
TRIBUNAL SUPREMO.....	70
Pensión compensatoria	70
No se fija pensión compensatoria ya que la esposa ha mantenido intacta durante el matrimonio su capacidad de trabajo y ha trabajado cuando lo ha considerado conveniente o ha podido, dándose la circunstancia de que, por estar vigente el régimen de gananciales, es titular junto a su esposo de todos los bienes adquiridos durante la convivencia. 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, siendo irrelevante la concurrencia de necesidad.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de enero de 2010</i>	70
Vivienda familiar	74
Cesión del uso de la vivienda por parte de los padres a su hijo con ocasión del matrimonio de éste. Separación matrimonial en virtud de la cual se atribuye el uso de la vivienda a la esposa. No hay contradicción de las sentencias de las Audiencias Provinciales, puesto que el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en el sentido de entender que existe una situación de precario por haber finalizado el uso para el	

cual fue atribuida la vivienda, sin que la sentencia de separación sea oponible a los terceros propietarios.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2009</i>	74
La vivienda fue adquirida por una inmobiliaria a un matrimonio que siguió viviendo en el inmueble. Posteriormente la vivienda fue asignada a la esposa en proceso de separación y vendida por la inmobiliaria a los ahora demandantes. Se trata de un simple precario, porque habiendo probado los actores su título de propiedad, no ha quedado probado que la esposa demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer más que a título de precario el inmueble reivindicado.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de enero de 2010</i>	76
El otorgamiento a la esposa del uso de la vivienda que pertenece proindiviso al esposo y a su hermana, la cual lo cedió en uso como vivienda familiar constante el matrimonio, no legitima a aquella para seguir ocupando el inmueble ya que nos encontramos ante una situación de precario. Análisis de los distintos supuestos que pueden presentarse en relación con la atribución del uso y la propiedad del inmueble.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de enero de 2010</i>	82
Regímenes económicos matrimoniales	88
Nulidad de las capitulaciones matrimoniales por simulación, habida cuenta de que la verdadera razón de su otorgamiento era la situación generada por las deudas de la empresa familiar. La operación fue diseñada para que, a pesar de que nada figurara a nombre de la esposa, el matrimonio siguiera usando y disfrutando de todos los bienes.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2009</i>	88
Cuestiones procesales	93
La denuncia presentada por el padre y su hija contra su ex mujer y la actual pareja de ésta, siendo víctima la hija del matrimonio, no es un supuesto encuadrado en la competencia de los Juzgados de Violencia de Género y por tanto la competencia para el conocimiento de la demanda de modificación de medidas corresponde al Juzgado de Familia.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de octubre de 2009</i>	93
Menores	95
La expulsión de un menor de un centro de enseñanza privado, por no seguir las normas de convivencia impuestas por el centro, no vulnera su derecho a la educación.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2009</i>	95
Sucesiones	97
A pesar de fallecer el causante sin descendencia se instituye heredera a la viuda en virtud del contenido de las cláusulas del testamento, del que no puede hacerse una interpretación literal, debiendo buscarse en todo caso la verdadera voluntad del testador.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2009</i>	97

La relación cliente-habilitado es personal y nace del mandato, como contrato basado en la confianza, si bien la empresa, como tal organización patrimonial unitaria que explota autónomamente una actividad de servicios que evidentemente se basaba en relaciones contractuales, tiene un valor patrimonial que ha sido calculado pericialmente y que, por ello, debe estar incluido en la partición.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2009 101

Si bien es cierto que el contador partidor no tiene facultades dispositivas para crear un derecho de usufructo, se da la circunstancia de que ha quedado acreditada la existencia de un acuerdo entre las herederas para solucionar el problema de vivienda que planteaba la madre de una de ellas, por lo que el contador partidor se ha limitado a plasmar jurídicamente en el cuaderno particional la voluntad de las herederas.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2009 104

Ineficacia del testamento otorgado en peligro de muerte ante testigos, puesto que para que esa declaración de voluntad valiese como testamento se requeriría que quedase cubierta con la forma del testamento ológrafo, lo que no ocurre aquí, por estar conservado lo que se pretende que valga como declaración de voluntad por causa de muerte, en un documento informático que no cumple ninguna de las formas requeridas en el Código para la validez del testamento.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de noviembre de 2009 108

Obligación impuesta por el testador al heredero de convivir con él y cuidarle hasta su fallecimiento. Al no existir necesidad en la testadora antes de su muerte el supuesto de hecho previsto en la condición nunca se produjo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2009 111

El valor de la parcela adquirida con el dinero donado por el padre y la madre y que debe colacionarse viene referido al momento del fallecimiento de los respectivos otorgantes de la donación, siendo indiferente que en aquel momento tuviese la calificación de rústica y que en la actualidad sea urbanizable.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2009 114

Validez de un testamento otorgado por una persona con una visión muy reducida, sin la concurrencia de testigos y sin que se utilizara la forma específica del artículo 697.2 CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2009 118

A partir de la STS de 11 de enero de 2007, seguida posteriormente por las de 20 de noviembre de 2007, 4 de marzo y 5 de mayo de 2008, 4 y 27 de mayo de 2009, entre otras, se ha producido un cambio de criterio interpretativo en relación con la donación encubierta, de modo que la doctrina jurisprudencial resultante es contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación, sea pura o remuneratoria, cuando se trata de bienes inmuebles, siendo solamente válida cuando se otorga escritura pública de donación que visualice el animus donandi, con cumplimiento del requisito ad solemnitatem del artículo 633 CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2009 123

	Página
Cuestiones penales	129
Condena por un delito de estafa al haber dispuesto en concepto de dueños del patrimonio hereditario que se hallaba en condominio con otros terceros, en perjuicio de los mismos y mediante el empleo a tal fin de un engaño bastante. Esta ilícita disposición en exclusiva representa una estafa, y no una apropiación indebida, al haber estado presidida su acción por engaño, basado en la ocultación de la desaparición del título de disposición anterior al fallecimiento del padre.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2009</i>	129
Se absuelve a la heredera del delito de estafa e insolvencia punible toda vez que mientras el testamento no fue declarado nulo el ordenamiento jurídico amparaba la actuación de aquélla, siendo inexistente el engaño al encontrarse en la creencia de que el dinero era suyo en virtud de su condición de heredera universal y única del causante. Lo procedente hubiera sido establecer las medidas cautelares oportunas en el procedimiento civil para salvaguardar la eficacia de la sentencia que en su día procediera dictar.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2009</i>	133
Se condena al padre por el asesinato de su esposa con alevosía y ensañamiento, pero no se le impone la pena de alejamiento de sus hijos pues no supone un peligro real para ellos y les profesa afecto.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 13 de noviembre de 2009</i>	138
Se condena al acusado por un delito de asesinato, pero se deja sin efecto la apreciación de la circunstancia de ensañamiento, absolviéndose de los dos delitos de amenazas graves y de la falta de amenazas leves y la de hurto.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2009</i>	148
Por domicilio de la víctima hay que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, por cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio.	
<i>Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Auto de 13 de enero de 2010</i>	157
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	160
Guarda y custodia	160
Se confirma la custodia compartida dado que el grado de conflictividad entre los progenitores no es extremo, ya que sólo existe una falta de comunicación que no afecta al desarrollo integral del menor, habiéndose acreditado una buena adaptación de éste al sistema rotatorio domiciliario. El cambio de residencia de la madre ante expectativas laborales podría suponer una modificación que lo sería por interés de la madre y no necesariamente del menor.	
<i>TSJ de Cataluña, Sentencia de 8 de marzo de 2010</i>	160
La exigencia de que exista buena relación entre los progenitores para la concesión de la custodia compartida no puede extremarse hasta el punto de hacer depender este modelo de custodia de una armonía prácticamente imposible de obtener tras cualquier crisis matrimonial.	
<i>TSJC, Sala Civil, Sentencia de 3 de marzo de 2010</i>	163

	Página
Pensión alimenticia	169
<p>Aunque se otorga la custodia compartida por semanas alternas, dada la importante diferencia de capacidad económica entre ambos progenitores, se fija una pensión alimenticia para los dos hijos de 1.600 euros mensuales a cargo del padre.</p>	
<i>TSJC, Sala Civil, Sentencia de 3 de marzo de 2010</i>	169
Vivienda familiar	170
<p>Como la madre dispone de una vivienda en la que se venía cumpliendo satisfactoriamente el régimen de visitas, aunque se acuerda ahora la custodia compartida por semanas alternas, no procede atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre e hijos al ser privativa del padre.</p>	
<i>TSJC, Sala Civil, Sentencia de 3 de marzo de 2010</i>	170
Pensión compensatoria	171
<p>Concedida la pensión compensatoria en sede del proceso de separación, no cabe replantear la misma cuestión, salvo concurrencia de circunstancias modificativas de conformidad con el artículo 84.3 CF, en sede de divorcio. Menos aún cuando las partes han convenido su extinción mediante la adjudicación en pago de un inmueble con efectos <i>pro soluto</i>.</p>	
<i>TSJ de Cataluña, Sentencia de 28 de enero de 2010</i>	171
AUDIENCIAS PROVINCIALES	175
Separación, divorcio y nulidad	175
<p>La apelante no se casó con persona distinta de aquella con la que pretendía contraer matrimonio. Hay que entender que en la referencia a las «cualidades personales» se está contemplando las características interiores o internas, las endógenas o que no pueden apreciarse por signos externos de uno de los contrayentes, entre las que no puede incluirse el ejercicio de una profesión sin título habilitante para ello, incluso con lo que esto pueda representar en cuanto a falta de honradez del que así la ejerce.</p>	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 22 de enero de 2010</i>	175
Patria potestad	177
<p>No hay incumplimiento de las funciones de la patria potestad, ya que la madre, tras trasladar su residencia a un pueblo cercano a la capital, inscribió a la hija en el colegio público que pudo conseguir, comunicando esta circunstancia al padre, quien no ha logrado acreditar la posibilidad de obtener otro colegio que él considerara «mejor».</p>	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de enero de 2010</i>	177
<p>Se acuerda el ejercicio exclusivo de la patria potestad por parte del padre habida cuenta de la situación física y psíquica en la que hasta este momento se ha encontrado la madre, debiendo tenerse en consideración también los graves conflictos personales existentes entre la madre y el hijo.</p>	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 12 de enero de 2010</i>	177

Guarda y custodia	178
<p>La incompatibilidad entre madre e hijo que se deduce de las actuaciones y justifica la atribución de su custodia al padre, no es razón suficiente para derivar, asimismo, la custodia de la hija al progenitor, cuando aquella incompatibilidad no se evidencia entre madre e hija, antes al contrario se ha manifestado una clara y firme voluntad de la hija de permanecer con la madre y su adaptación al lugar donde reside con ella.</p>	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de enero de 2010</i>	178
<p>El sistema de guarda y custodia compartida ha de suponer una implicación de ambos progenitores para decidir diariamente las cuestiones que pueden presentarse en la vida del hijo menor de edad, prácticamente como si de hecho la ruptura de la unidad familiar no se hubiera producido, lo que ha de presuponer una buena relación o entendimiento entre los progenitores que permita, entre otras cosas, que los hijos no perciban o noten un continuo trasiego de permanencia con uno u otro progenitor. No consta en las actuaciones datos objetivos que aconsejen un cambio de la guarda y custodia que ha venido siendo ostentada por el padre, y podría resultar contraproducente para la hija de quince años obligarle a una permanencia no deseada con la madre.</p>	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de enero de 2010</i>	180
<p>Se otorga la custodia a la madre, ya que la actitud de ésta con respecto al padre es positiva, lo cual no sucede en el caso contrario, así en este informe psicosocial se manifiesta: «habría que señalar un elemento fundamental y diferenciador, que es que la madre promociona y alienta la relación del menor con su progenitor, facilitando la relación paternofilial y refiriendo en todo momento que es un buen padre para Luis Alberto y, por el contrario, nos encontramos que por parte del progenitor transmite al menor una imagen negativa materna, y refuerza al niño su respuesta en contra de la madre, dando lugar a que el menor perciba el conflicto».</p>	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 25 de enero de 2010</i>	181
<p>La perito judicial considera que la voluntad del menor en el cambio de custodia está firmemente asentada y fundamentada. A la vista de dicho informe y de la experiencia ya vivida de estos últimos cuatro años en Córdoba, donde sin duda sí ha habido integración, el período evolutivo en el que se encuentra el hijo —inicio de la adolescencia— lleva a la Sala a participar de la conclusión de la Juzgadora de instancia, por cuanto contrariar en este período evolutivo su voluntad, y siempre que ésta no obedezca a un capricho, puede ser contraproducente para su desarrollo psicosocial, en el que necesita de ambos progenitores, y que puede ser percibido como una imposición.</p>	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 21 de enero de 2010</i>	182
<p>Se otorga la custodia al padre, pues se advierte en la madre cierta inestabilidad que le lleva a plantearse, y realizar, cambios de lugar de residencia sin tener una estabilidad laboral, afectando tal inestabilidad de manera directa a su hija, expuesta a continuos cambios, tanto a nivel social como escolar y familiar. Por otro lado la madre reconoce ante la Perito tener problemas a la hora de imponer normas a su hija, no siendo capaz de calmarla cuando regresa de las visitas con el otro progenitor, teniendo que llamar a éste para poder tranquilizarla.</p>	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 15 de enero de 2010</i>	183

	Página
Ha de estarse al resultado del informe psicosocial que viene a resolver acerca de la idoneidad de ambos progenitores para asumir la custodia de su hija, pues de otorgarse al padre éste delega en los abuelos paternos, mientras que en el caso de otorgarse a la madre ésta asume personalmente su cuidado.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2009</i>	185
Régimen de visitas	186
No existe ningún obstáculo para que los hijos —de 6 y 3 años— puedan pernoctar con el padre al no constar que aquél carezca de habilidades necesarias para atender los problemas que se pueden presentar a los menores en tal evento.	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de enero de 2010</i>	186
Los rechazos del hijo a la figura paterna carecen de argumentos válidos, fundamentándose todo desde el sufrimiento de su madre, sin tener en cuenta al padre. En caso de que no se normalicen las relaciones paterno-filiales los hijos recibirán atención psicológica.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 de enero de 2010</i>	187
Se solicita la modificación del lugar de entrega y recogida de dos hijos menores, fijándolo en el punto de encuentro familiar en sustitución del domicilio de la madre, pero no se dan las circunstancias que justificaban este cambio, al existir en el seno de la familia recursos propios, concretamente la ayuda de los abuelos paternos, para poder afrontar una situación excepcional y en principio temporal y transitoria, cual la derivada de la medida cautelar de prohibición de aproximación del padre a la madre de los menores.	
<i>AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 25 de enero de 2010</i>	189
Se requiere a la madre para que en lo sucesivo no someta a los niños a ningún tratamiento o terapia no recomendados por los Servicios Sociales de Zona o el ETP, bajo apercibimiento de poder incurrir también en infracción penal y/o multas coercitivas. No se ve motivo alguno de sanción para el padre en que durante las vacaciones el menor sufriese un accidente al caerse de la bicicleta sin llevar casco.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 19 de enero de 2010</i>	191
Podrá autorizarse, en fase de ejecución de sentencia y en virtud de demanda ejecutiva del padre, con intervención de la contraparte y del Ministerio Fiscal, el desplazamiento de los menores a USA, si un nuevo informe del psicólogo de este juzgado dictamina que la relación paterno filial se ha consolidado lo suficiente para que los menores puedan trasladarse a aquel país sin miedo ni reticencia alguna.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de enero de 2010</i>	193
La Sentencia expresamente prohíbe que la menor pueda salir de España sin el consentimiento expreso y por escrito de ambos progenitores. Tal prohibición no puede mantenerse, dado que tanto España como Dinamarca tienen suscrito el Convenio de La Haya.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 15 de enero de 2010</i>	194
Se mantiene el mismo régimen de visitas que pactaron los progenitores en el convenio regulador. Si bien no se constata con toda claridad que nos encontremos ante un síndrome de alineación parental, sí que se afirma que probablemente existe una	

manipulación del menor por parte de la madre, e incluso de la abuela materna, con la que convive, circunstancia esta que no puede obviarse y que, caso de persistir, podría dar lugar a la suspensión o privación de la custodia del menor, hecho este que, dada su trascendencia, ha de serle recordado a fin de que ponga todos los medios necesarios para cesar en su actitud.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de enero de 2010 196

Se acuerda la suspensión de la comunicación paterno filial en aplicación del artículo 158 del CC, con base en la comunicación del responsable del Punto de Encuentro Familiar, que daba cuenta de que el menor presentaba un enrojecimiento en la sien y pómulo derechos a consecuencia de lo que podía ser un golpe propinado por el padre, respaldado por el correspondiente parte facultativo.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 12 de noviembre de 2009 198

Ninguna prueba se ha aportado que permita afirmar el más mínimo inconveniente en que el menor, que ahora cuenta con más de dos años de edad, pase las noches con su padre, y no puede estimarse en abstracto y como principio general que lo haya, aunque algunas Audiencias Provinciales puedan considerarlo así y dilaten la pernocta hasta los tres años.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2009 199

Vivienda familiar 200

Insiste el apelante en la necesidad de que la Sentencia se pronuncie sobre el uso y disfrute de otros bienes, como son las plazas de garaje y trasteros que tienen arrendadas, un bajo comercial y un piso en Llanera, pero, como muy bien dice la Sentencia apelada, en la Sentencia de divorcio el Tribunal sólo debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar, sin que del artículo 91 del Código Civil se deduzca la necesidad de pronunciarse sobre el uso de otros bienes.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 29 de enero de 2010 200

La Sentencia de instancia atribuyó el uso del domicilio familiar a la menor y al progenitor que en cada momento tenga su custodia, sin embargo, esta solución, ni siquiera en el supuesto de guarda y custodia compartida, puede admitirse, dado que la alternancia en el domicilio de los dos progenitores produciría más problemas que soluciones, tratándose de una medida que no puede considerarse idónea, máxime cuando existen divergencias entre ambos padres, a quienes no se puede obligar a trasladar sus enseres imprescindibles en cada período de guarda.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 28 de enero de 2010 200

No existiendo hijos menores, el uso de la vivienda familiar debe otorgarse en función del interés más necesitado de protección, y en este caso la convivencia del hijo mayor de edad —en etapa universitaria— con la madre hace que el interés de ésta sea el que deba protegerse.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de enero de 2010 201

Los suministros medidos por aparatos contadores han de abonarse obviamente por quien usa la vivienda; respecto de los gastos de comunidad, seguros y el IBI nues-

	Página
tro Tribunal Supremo ha sido claro al señalar que su abono corresponde a ambos cónyuges, con independencia de quién utilice la vivienda.	
<i>AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 14 de enero de 2010</i>	202
Obvio es que si uno solo de los cónyuges está percibiendo una utilidad económica derivada del derecho de uso, que le otorga la posesión del inmueble a los fines de cubrir en el mismo sus necesidades cotidianas de alojamiento, ha de entenderse que las cuotas de comunidad forman parte de los gastos que derivan del mantenimiento y uso del inmueble, por lo que no parece forzado incluir aquellos gastos dentro de las obligaciones que incumben al usuario, bajo la cobertura del artículo 504 del CC, en relación con el 500 del mismo cuerpo legal, dentro del concepto de contribuciones que recaigan sobre los frutos o utilidades.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 12 de enero de 2010</i>	202
La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 del CC, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y, por lo tanto, incluida en el artículo 1362.2.ª CC.	
<i>AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 2 de enero de 2010</i>	203
La Sala no puede acordar el uso alternativo de una vivienda entre dos personas que acaban de romper su vida conyugal y todavía les enfrentan numerosos asuntos que hay que limar y no potenciar. Establecer ese uso alternativo supondría una fuente de enfrentamientos entre ambos en orden a quién paga las facturas, quién consume más o quién ha de reparar lo que otro ha estropeado.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2009</i>	204
Pensión alimenticia	205
Se declara extinguida la pensión alimenticia dado que el hijo no figura dado de alta en la Seguridad Social, la única titulación académica que posee, a sus veinticinco años, es la de bachiller y con la demanda sólo se presenta un informe acreditativo de la matriculación en un módulo de formación profesional de animación de actividades físicas y deportivas, pero ni se aportan las calificaciones, ni los justificantes de asistencia a las clases.	
<i>AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 29 de enero de 2010</i>	205
La sentencia dictada en vía penal absolviendo al padre del delito de impago de pensiones por falta de capacidad económica no es suficiente para estimar la demanda de extinción de alimentos interpuesta por el padre.	
<i>AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 29 de enero de 2010</i>	205
Habiéndose establecido la custodia compartida, se acuerda la constitución de un fondo común (cuenta conjunta mancomunada) formado por las aportaciones de ambos progenitores (el padre deberá abonar la cantidad de 650 euros y la madre la de 350 euros) para el pago de los gastos de los hijos.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de enero de 2010</i>	206
Se revoca el pronunciamiento de la sentencia de primer grado relativo a que, mientras el progenitor paterno no encuentre trabajo, la obligación de pensión de alimen-	

tos a su cargo en favor de su hija menor quedará en suspenso, ya que aquélla no puede estar sometida a condicionamiento de ningún tipo.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de enero de 2010</i>	208
Los gastos de guardería no tienen la consideración de extraordinarios ya que carecen de la nota de imprevisibilidad e inhabitualidad, debiendo abonarse con el importe de la pensión alimenticia ordinaria.	
<i>AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 26 de enero de 2010</i>	209
Pese a que la hija ha alcanzado en fechas recientes la mayoría de edad, sigue conviviendo en el domicilio materno en unión de su novio, pero esta convivencia no puede entenderse como expresiva de una independencia económica de ésta, pese a los alegatos del padre en ese sentido, que no han resultado en modo alguno acreditados.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 25 de enero de 2010</i>	210
No pueden incluirse en la reclamación las clases de vela que tuvieron lugar en el mes de agosto, esto es, en el período vacacional, pues su importe debe correr de cuenta del progenitor que tiene a las menores en su compañía por tratarse de una actividad de entretenimiento, no necesaria, y una forma de organizar su trabajo y ocio el progenitor que las tiene en ese período estival.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 21 de enero de 2010</i>	211
Pensión compensatoria	212
Si bien nos encontramos ante un matrimonio de larga duración en el que la esposa se dedicaba a la atención de la familia y las lógicas tareas caseras, viene a ser lo cierto que durante la tramitación del procedimiento ha estado trabajando con un contrato que, inicialmente, tenía una duración de seis meses, pero de la misma documental observamos que una vez transcurridos los mismos el contrato continuaba vigente, por todo lo cual no existen las razones para fijar pensión compensatoria.	
<i>AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de enero de 2010</i>	212
Se extingue la pensión compensatoria que ha venido percibiendo la ex esposa durante los últimos 23 años a pesar de que el matrimonio sólo se prolongó durante cinco, coadyuvando también a esta decisión la constancia de que la ex esposa ha trabajado por cuenta ajena en actividades de limpieza y que el ex esposo ha pasado a la situación de jubilado.	
<i>AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de enero de 2010</i>	213
Se extingue la pensión compensatoria al quedar acreditada la relación afectiva de la ex esposa con un tercero, pues pese a los intentos de la parte por ocultar la relación permanente y estable que tiene, que trata de disfrazar de mera relación de afectividad esporádica, abre el portal con sus propias llaves, pernocta en casa de la recurrente y la abandona al día siguiente sobre las 7.34 horas, como manifiesta el detective emisor de los informes.	
<i>AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 28 de enero de 2010</i>	214
En materia de efectos en cuanto a la extinción de la pensión compensatoria, es regla general que, al precisar de una declaración judicial su establecimiento, ese mismo carácter constitutivo ha de tener su extinción, sin que quepa admitir, salvo	

	Página
supuestos excepcionales en que quede suficientemente justificada tal previsión, la eficacia retroactiva, siendo la fecha de meritada extinción la de la sentencia recaída en la instancia.	
<i>AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de enero de 2010</i>	216
Es reconocido por la propia actora que tiene una relación sentimental estable, aunque la defina de mero noviazgo con otra persona, estando acreditado por los informes de detectives que esa relación excede de lo que generalmente constituye un mero noviazgo, y así en los diversos períodos en que la vigilancia se ha realizado, aparece que dicha persona convive en esos períodos en el domicilio de la demandada, teniendo llaves propias para entrar en la vivienda, pernoctando en ella, teniendo ropa allí para realizar los cambios que estima oportunos, y encargándose de labores domésticas, como sacar la basura, pasear al perro, aparcar el vehículo, etc.	
<i>AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de enero de 2010</i>	216
Para fijar la cuantía de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta que la esposa puede tener la posibilidad de trabajar a jornada completa en la empresa en que lo ha venido haciendo desde hace muchos años a media jornada por razón de la minoría de edad de los hijos que hoy son ya mayores de edad.	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de enero de 2010</i>	218
Aunque en un convenio regulador no ratificado judicialmente se fijó una pensión compensatoria de 900 euros, en el procedimiento de divorcio se establece una pensión de 600 euros.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 20 de enero de 2010</i>	218
No concurre causa alguna para extinguir la pensión compensatoria, dado que la herencia de la esposa está constituida únicamente por bienes en nuda propiedad y, por otro lado, la disminución de ingresos del esposo se ha debido a su baja como letrado ejerciente, no habiéndose acreditado que dicha decisión esté justificada por motivo ajeno a su propia voluntad.	
<i>AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 15 de enero de 2010</i>	219
Convenio regulador	221
La Sentencia de primera instancia estima la demanda en reclamación de alimentos para la hija de ambos litigantes. El mero acuerdo privado no exige aquella aprobación, aunque requerirá la exigencia de un proceso en el que se demuestre su realidad y alcance; en todo caso, demostrado el acuerdo, éste produce sus efectos respecto de ambos progenitores, vinculándolos a la observancia de lo pactado.	
<i>AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 18 de enero de 2010</i>	221
Se estima la demanda de reclamación de cantidad aunque la deuda venía establecida en un convenio regulador suscrito entre ambos consortes que no ha sido homologado judicialmente y que sólo fue protocolizado notarialmente.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de enero de 2010</i>	222

Se desestima la demanda de reclamación de cantidad efectuada por el padre en base a pago indebido, dado que estamos ante un Convenio regulador no ratificado, pues voluntariamente abonó las cantidades a las que se obligó en aquel documento.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2009 223

Cuestiones procesales 224

Incongruencia *extra petita* de la Sentencia de instancia ya que otorgó el uso del domicilio conyugal de forma alterna a ambos litigantes cuando únicamente había pedido dicha concesión la actora, sin que el demandado hubiera solicitado para sí su uso.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de enero de 2010 224

Nulidad de lo actuado en las diligencias previas al haberse privado a la madre de la custodia y del ejercicio de la patria potestad respecto de sus dos hijos, ya que al tratarse de una medida restrictiva de derechos, debieron haber sido adoptadas previo el trámite de audiencia a la ahora recurrente, lo que le ha ocasionado una auténtica situación de indefensión con relevancia constitucional.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 26 de enero de 2010 226

Pide la nulidad de lo actuado por falta de notificación de su declaración de rebeldía, pero no se considera que se haya producido indefensión, puesto que el propio demandado sabía de su decisión de no contestar y asumía, por tanto, las consecuencias.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 25 de enero de 2010 227

Se inadmite a trámite la demanda de juicio verbal en la que un hijo reclama a su progenitor el pago de las pensiones que se fijaron en la sentencia de divorcio.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de enero de 2010 227

No concurren los requisitos para acordar la nulidad de actuaciones, pues la parte demandada y actualmente apelante no interpuso recurso de reposición contra la providencia en la que se acordaba tener por recibido el informe del equipo psico-social del grupo familiar, unirlo a los autos, hacerle saber a las partes su recibo y dejar los autos para resolver.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de enero de 2010 228

No existe inadecuación de procedimiento, dado que la tramitación que hubo de darse siempre a la reclamación de cantidad como consecuencia del incumplimiento de un convenio regulador no ratificado era el juicio verbal, aunque el concepto por el que se solicitase tal cantidad consistiese en una deuda de alimentos.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de enero de 2010 230

La exploración de una menor de cinco años no es recomendable, dado que a esa edad difícilmente puede exponer claramente su voluntad, por lo que no puede considerarse que sea erróneo no haber practicado dicha prueba, siendo recomendable que en tales casos se acuda a datos objetivos para deducir con cuál de los padres puede estar mejor la menor.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 15 de enero de 2010 230

	Página
Ejecución de sentencia	231
<p>Aunque la hija mayor de edad reconoce haber recibido de su padre la cantidad global de 30.000 euros (para poder comenzar un negocio propio) éste tiene la obligación de abonar el importe de la prestación alimenticia a la progenitora materna, quien administra y gestiona la cuantía e importe de la pensión para cubrir las necesidades alimenticias de la común descendiente.</p>	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de enero de 2010</i>	231
<p>Queda constancia, a través de la abundante prueba documental derivada de los informes del punto de encuentro, del incumplimiento casi constante y reiterado, por parte del apelado, de las obligaciones impuestas en la sentencia, en lo que se refiere a la obligación de aquél de viajar al punto de encuentro de Sevilla, para las entregas y recogidas de los hijos, por lo que procede requerir al ejecutado para que cumpla el régimen de visitas según lo acordado en sentencia, bajo los apercibimientos correspondientes.</p>	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 26 de enero de 2010</i>	233
<p>Se considera ajustada a derecho la aplicación en materia de costas procesales de la primera instancia del criterio del vencimiento objetivo, por cuanto el padre ha dado lugar con su proceder a una contienda judicial que nunca debió haber sido planteada, habida cuenta de la inexistente relación que mantenía con su hija y de la edad con la que ésta contaba, próxima a cumplir los dieciocho años.</p>	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 26 de enero de 2010</i>	234
<p>Cuanto acontece en la situación o relaciones jurídicas entre los litigantes una vez que ha sido aprobado el Convenio Regulador en los términos pactados es competencia del Juzgado de Familia, debiendo por tanto despacharse ejecución en reclamación del pago del préstamo hipotecario, seguro obligatorio de la vivienda y derramas de ésta, cuyo uso se ha adjudicado al menor y a la madre.</p>	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de enero de 2010</i>	235
<p>No es necesario acudir al procedimiento de modificación de medidas para declarar la no exigibilidad de la pensión de alimentos en favor de una hija, de veintiséis años de edad, al constar que concluyó sus estudios universitarios, estando incorporada al mercado de trabajo.</p>	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 22 de enero de 2010</i>	238
<p>La menor ya cuenta con quince años de edad, está en período de adolescencia y no sería adecuado, más bien al contrario contraproducente, forzarle contra su voluntad al cumplimiento de un estricto régimen de visitas que suponga ser ella la que deba desplazarse de Valencia a Tenerife para estar con su padre. Por tanto, debe reinterpretarse el régimen de visitas y no forzar a la menor a desplazarse a Tenerife sino que las visitas se realizarán en Valencia, siendo el padre el que deberá desplazarse desde su lugar de residencia al del domicilio de su hija.</p>	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 19 de enero de 2010</i>	239
<p>La parte ejecutante podrá interponer tantas demandas ejecutivas como incumplimientos haya en los regímenes de visitas, dando lugar a distintas resoluciones, que podrán, o no, ser iguales, dependiendo de lo que acontezca en cada una de ellas.</p>	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 11 de enero de 2010</i>	240

	Página
Regímenes económicos	240
Las aportaciones privativas a la sociedad de gananciales deben actualizarse conforme a los índices del IPC.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª Sentencia de 29 de enero de 2010</i>	240
Tras el embargo de la vivienda la esposa se opuso al reconocimiento como ganancial de la deuda a que se refiriese el título valor ejecutado, resolviéndose por el Tribunal en tal sentido, declarando que no procedía la vía de apremio sobre el haber ganancial ni su disolución y liquidación en tanto no se acreditase la insuficiencia de los bienes privativos del deudor.	
<i>AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 21 de enero de 2010</i>	241
El inmueble fue adquirido constante matrimonio, por lo que tenía indudablemente carácter ganancial. Ahora bien, al separarse los cónyuges varios meses después, acordaron en el convenio regulador de la separación, aprobado judicialmente, adjudicar ese inmueble en concepto de pensión compensatoria a la esposa, quien asumía íntegramente el crédito hipotecario con el que estaba gravado, pasando así a ser propiedad privativa de esta última.	
<i>AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de enero de 2010</i>	243
Se incluye en el activo ganancial los ingresos obtenidos por el alquiler de una cabaña de madera, propiedad de ambos, desde la fecha de disolución de la sociedad conyugal.	
<i>AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de enero de 2010</i>	244
Tratándose de una edificación construida en la finca de un tercero, rige la presunción del artículo 359 del CC. La recurrente omite traer a los autos alguna prueba documental, tales como facturas o presupuesto de obra, relacionados con dicha construcción, ni tan siquiera trae una prueba testifical que permita concretar la fecha en la que realiza la construcción y, en su caso, demostrar que fueron los litigantes quienes asumieron el coste de la edificación.	
<i>AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 15 de enero de 2010</i>	245
Inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales de un crédito a favor del padre y el hermano del esposo por el importe abonado en la clínica San Rafael, pues el hecho de que se trate de gastos por hospitalización de éste supone que es una cantidad a cargo de la sociedad de gananciales.	
<i>AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de enero de 2010</i>	245
Entiende la Sala que la exigencia de la presencia de los cónyuges para el trámite de liquidación de la sociedad de gananciales no puede entenderse de otra forma distinta a como lo hace el juzgador de instancia, es decir, su asistencia personal es requisito imprescindible.	
<i>AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 13 de enero de 2010</i>	246
Se solicita que se incluya en el pasivo un crédito a favor de la ahora recurrente por los gastos de mantenimiento y conservación del domicilio, pero de las obras que se indican algunas de ellas carecen de la condición de necesarias, y en cualquier caso no consta la autorización o conformidad de la parte contraria para su realización.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 12 de enero de 2010</i>	247

	Página
Respecto de los préstamos personales de los padres del ex esposo, aunque se acreditan los movimientos bancarios de la cuenta de éstos y la que figuraba a nombre del ex esposo, no pueden integrar el supuesto de hecho al que se refiere el artículo 1398 del CC, y por lo tanto tales importes no constituyen préstamos a favor de la sociedad legal de gananciales o sumas destinadas a afrontar cargas de ésta.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 12 de enero de 2010</i>	248
Procedimientos de menores	248
No se declara la nulidad de actuaciones, dado que, si bien es cierto que entre la citación y el juicio no transcurrieron los diez días que como mínimo establece el artículo 440.1 de la LEC, también lo es que no se indica cómo incidió esa disminución del plazo en la preparación del juicio, qué actuaciones concretas no fue posible realizar por ese motivo, pues de hecho el letrado que defendía a la apelante acudió a la vista el día señalado y alegó cuanto estimó oportuno, sin que nada conste sobre pruebas que no hubiera podido practicar por la brevedad del plazo.	
<i>AP Asturias, Sec. 4.^a, Sentencia de 25 de enero de 2010</i>	248
Se desestima la oposición al acogimiento formulada por la madre, ya que no es conveniente para el menor que vuelva con su madre biológica, primero, por la adecuada integración del menor en el núcleo familiar acogedor; segundo, se cuestiona si realmente la madre biológica tiene los apoyos socio-familiares estables necesarios, así como la necesaria estabilidad laboral y económica; en tercer lugar, aunque la madre expresa su deseo de que los hijos convivan con ella, no ha estructurado ni ha anticipado lo que supondría la convivencia de unos hijos de siete y doce años.	
<i>AP Granada, Sec. 5.^a, Sentencia de 22 de enero de 2010</i>	249
Se considera que el padre debe asentir a la adopción, ya que poco después del nacimiento del menor éste inicia una intensa actividad tendente a determinar la filiación y a asumir sus obligaciones como padre, por lo que no se le puede considerar incurso en causa legal de privación de la patria potestad. No podemos atender a la doctrina tradicional que mantiene que el momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incursos en causa legal de privación de la patria potestad es aquel en el que se decreta el desamparo, sino que la conducta del demandante debe examinarse desde una perspectiva temporal más amplia.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 22 de enero de 2010</i>	251
Aunque el solicitante de adopción ha cubierto desde el año 1993 todas las necesidades del adoptando, no puede achacarse al padre biológico el incumplimiento de sus obligaciones como padre, lo que es refrendado por la madre de aquél, actual esposa del solicitante, al manifestar que, aunque la relación de padre e hijo es escasa, no es mala.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 15 de diciembre de 2009</i>	253
Filiación	255
La prueba biológica fue realizada por un organismo oficial, concretamente por el Instituto de Toxicología, cuyos informes, como ha señalado nuestro Tribunal Supremo, no precisan ratificación.	
<i>AP Asturias, Sec. 5.^a, Sentencia de 27 de enero de 2010</i>	255

El demandante, y no los demandados como sugiere la sentencia apelada, pudo llevar la iniciativa y promover el expediente registral al que se refiere el artículo 93.1.b) del Codi de Família, y sólo en caso de oposición hubiera procedido la reclamación de filiación paterna contenciosa. Por ello, ante la conformidad de los demandados con la acción ejercitada no procede efectuar pronunciamiento de condena en costas.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 21 de enero de 2010</i>	255
El <i>dies a quo</i> para cómputo de plazo de caducidad no lo constituye el día en que comienzan las sospechas o primeros motivos, sino aquel en que cesa el vicio, se tenga conocimiento pleno del error, sufrido por engaño, esto es, de la no paternidad, y éste, en defecto de otras pruebas concluyentes, ha de ser el de la prueba genética de paternidad.	
<i>AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de diciembre de 2009</i>	256
Uniones de hecho	257
Con la documentación aportada con la demanda no puede desprenderse que la hija tenga la residencia habitual en España, sino que hay datos que permiten inferir todo lo contrario: en la demanda se señala que la hija se encuentra temporalmente en República Dominicana, en compañía de una tía materna. Por ello no concurre el requisito de residencia habitual de un menor en un Estado miembro exigido en el artículo 8 del Reglamento núm. 2201/2003, y los tribunales españoles no son competentes para conocer de la demanda de regulación de relaciones paterno filiales.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 29 de diciembre de 2009</i>	257
Sucesiones	258
Si la intervención judicial de la herencia sólo puede acordarse de oficio en el concreto caso del artículo 790 LEC (inexistencia o desconocimiento de testamento o personas interesadas en la herencia) o bien a instancia de parte (artículos 788 y 796 LEC), en el presente supuesto no puede el Juez practicar inventario alguno, pues ello es competencia exclusiva del contador designado por los interesados en la herencia.	
<i>AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 9 de noviembre de 2009</i>	258
No pueden acumularse los procesos de liquidación del régimen económico matrimonial, regulado en los artículos 896 y ss. de la LEC, y el de división de herencia, al que se refieren los artículos 782 y ss. de la LEC.	
<i>AP Asturias, Sec. 1.ª, Auto de 4 de noviembre de 2009</i>	260
Cuestiones penales	260
Se condena al esposo por un delito de maltrato en el ámbito familiar a seis meses, por haber causado lesiones a la ex esposa con ocasión de una discusión surgida al presentarse aquél en el colegio para recoger a la menor, siendo suficiente prueba la declaración de la víctima, la de una testigo y el parte de asistencia médico.	
<i>AP Cádiz, Sec. 3.ª, Sentencia de 21 de enero de 2010</i>	260

	Página
Se condena al padre como autor de un delito de abandono de familia, ya que todos los elementos fácticos deben llevarnos a la conclusión de que el acusado persiste en su actividad en régimen de economía sumergida para liberarse así de sus obligaciones sociales respecto a la denunciante en esta causa, pero también respecto del conjunto de la sociedad en forma de deudas tributarias y de seguridad social.	
<i>AP Asturias, Sec. 3.ª, Sentencia de 15 de enero de 2010</i>	262
Otras cuestiones	263
Es evidente la falta de precisión de cuál sea el concreto patrimonio inmobiliario (y dinerario) que la esposa considera adquirido por el esposo constante matrimonio, lo que imposibilita la fijación de cualquier cantidad en concepto de compensación económica.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de enero de 2010</i>	263
No se fija la compensación del artículo 41 del CF dado que en el convenio regulador extrajudicial suscrito por los cónyuges se efectúa especial renuncia de las partes a tales derechos económicos. Ante su falta de impugnación en proceso declarativo sobre su ineficacia por vicios en el consentimiento y reuniendo la concurrencia de objeto y causa lícita, procede entender vinculante la renuncia efectuada por los suscribientes.	
<i>AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 13 de enero de 2010</i>	265
El informe médico necesario para la decisión judicial ha de referirse necesariamente al estado en que se encuentre el paciente con posterioridad a su internamiento, y ello sin perjuicio de que pudiera ser emitido por el mismo doctor que le atendió en dicho momento. De otro lado, tampoco el Ministerio Fiscal ha emitido en el supuesto que examinamos el informe requerido por la norma analizada. En consecuencia procede declarar la nulidad de actuaciones.	
<i>AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 4 de diciembre de 2009</i>	266
JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA	268
Guarda y custodia	268
Se acuerda la custodia compartida por períodos alternos de seis días, permaneciendo los hijos en la vivienda familiar, y alternándose los padres en el uso de aquélla, ya que la madre sólo se opuso a ella sin dar causas justificadas, salvo el llamado síndrome del niño maleta, y consta que ambos reconocen que el otro es un buen progenitor, y que hasta la fecha el cuidado y atención de los dos hijos lo hacían entre ambos, casi por un igual.	
<i>Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010</i>	268
Reparto de la custodia por períodos de cuatro días, ya que el equipo técnico informó que la custodia compartida por cursos escolares no es la más adecuada, pues reúne todos los inconvenientes de la custodia monoparental y ninguno de los beneficios de la custodia compartida.	
<i>Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Sevilla, Sentencia de 25 de junio de 2010</i>	273

RESOLUCIONES DE LA DGRN

Regímenes económicos matrimoniales	281
No se inscribe el convenio regulador en el que, con ocasión de la liquidación de la sociedad de gananciales, la esposa vende al esposo un inmueble que inicialmente fue adquirido por aquélla, dado que esta compraventa excede el contenido propio del convenio regulador y debe otorgarse en una escritura pública independiente.	
<i>DGRN Resolución de 3 de mayo de 2010</i>	281

SECCIÓN PRÁCTICA

NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS EN LOS QUE SE EJERCITAN ACCIONES DE FILIACIÓN	285
CASOS PRÁCTICOS	287

TRIBUNA ABIERTA

LA IDENTIDAD GENÉTICA Y LA INTIMIDAD: UN CONFLICTO DE DERECHOS. <i>Aurelia María Romero Coloma</i>	295
---	-----

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

DATOS DE INTERÉS	305
------------------------	-----

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Separación, divorcio y nulidad matrimonial	313
Patria potestad	313
Guarda y custodia	314
Régimen de visitas	316
Vivienda y ajuar familiar	317
Pensión alimenticia	319
Pensión compensatoria	321
Convenio regulador	322
Cuestiones procesales	323
Ejecución de sentencias	324
Regímenes económicos matrimoniales	325
Procedimientos de menores	326
Filiación	327
Uniones de hecho	327
Sucesiones	328
Otras cuestiones	328

Revista de

Derecho de Familia

ARTÍCULOS DOCTRINALES

EL ARBITRAJE EN EL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA: UN RETO DE FUTURO⁽¹⁾

Jorge A. MARFIL

Marfil Abogados

RESUMEN

Estudio sobre el arbitraje y su importancia para evitar el litigio y el atasco en los Tribunales de Justicia. Mención a la legislación actual y la intención del Gobierno de continuar promoviéndolo. Experiencia arbitral en Derecho de Familia con la creación de la Asociación para el Arbitraje de Derecho de Familia y Sucesiones —ARBIFAM—. Derecho comparado y posible potenciación futura en nuestro ordenamiento.

Palabras clave: Resolución extrajudicial de conflictos, evitación litigios, crisis familiares, derecho comparado.

ABSTRACT

Study on arbitration and its importance in avoiding conflict and Court jam. Mention to current legislation and Government's will to continue promoting it. Arbitration experience in Family Law with the creation of the Family Law Arbitration Association—in Spanish called *ARBIFAM*—. Comparative Law and possible future enhancement in Spain.

Key words: Extrajudicial resolution of conflicts, lawsuit avoidance, family crisis, comparative law.

SUMARIO

I. LEGISLACIÓN ACTUAL DEL ARBITRAJE EN ESPAÑA Y PROYECTOS.

1. **Mínimos antecedentes en el Arbitraje español.**
2. **Brevísima alusión a instituciones extranjeras.**
3. **La Asociación para el Arbitraje en Derecho de Familia y Sucesiones (ARBIFAM).**
4. **Figuras cercanas: un ejemplo en Estados Unidos con los ADR.**

II. FUNCIÓN DEL ABOGADO: LA PAZ SOCIAL Y LA EVITACIÓN DEL LITIGIO.

III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y CARACTERES.

1. **La potestad del árbitro pero su falta de *imperium*: el auxilio judicial.**

IV. LA RETICENTE FALTA DE VOLUNTAD DEL ESTADO PARA POTENCIAR SISTEMAS EXTRAJUDICIALES, EN ESPECIAL EN EL ÁMBITO DE FAMILIA.

(1) Ponencia dada en Valencia, el 29 de abril de 2010, por invitación de la Unión Internacional de Abogados (UIA).

1. Ámbito comercial.

2. La indisponibilidad y el Derecho de Familia: artículo 1814 del Código Civil.

V. LA PECULIARIDAD EN EL ESTADO ESPAÑOL: EL ORDEN PÚBLICO.

VI. PROYECCIÓN DEL ARBITRAJE: APOYO INSTITUCIONAL Y LEGAL.

I. LEGISLACIÓN ACTUAL DEL ARBITRAJE EN ESPAÑA Y PROYECTOS

Para los que no tienen obligación de saber cuál es nuestra legislación actual —y que nos honran con su presencia— les indicaré que nuestra Ley de Arbitraje (LA en adelante) está en vigor desde 2003, y que, dada la importancia creciente de este instituto, el pasado 19 de febrero de 2010 fue presentado en Consejo de Ministros un Anteproyecto para modificar la Ley actual. Además, el Ministro de Justicia añadía una reglamentación para la Mediación, buscando con ello no sólo que el justiciable tenga más confianza y cercanía en estas instituciones, sino básicamente aliviar en lo posible la pesada carga que gravita sobre los órganos judiciales, potenciando con ello el ámbito extrajudicial, la autonomía privada.

1. Mínimos antecedentes en el Arbitraje español

En España hay una antigua tradición en el arbitraje mercantil, que se remonta a la Edad Media. Yendo mucho más cerca no podemos dejar de señalar nuestra vetusta y revolucionaria Constitución Liberal de 1812, en cuyo artículo 280 se señalaba literalmente:

«No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes».

y que con el tiempo ha permitido la creación de las Cortes o Cámaras de Arbitraje, que están prestando un gran servicio a la sociedad. Sin ánimo de ser exhaustivo citaré la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid, la Corte Española de Arbitraje, las Cámaras de Comercio, entre otras, que son

«... instituciones que están desarrollando funciones arbitrales, designando expertos, administrando y controlando el procedimiento arbitral, ayudando en definitiva a rebajar el alto grado de asuntos que se tramitan ante los Tribunales»⁽²⁾.

2. Brevísimas alusiones a instituciones extranjeras

Sin el más mínimo ánimo de extenderme, sí, sin embargo, citaré el Convenio de Nueva York, de 1958, en cuyo artículo 1 ya se hacía referencia a la expresión «sentencia arbitral», cuyo precedente a su vez era la Cámara de Comercio Internacional de París, que regulaba

(2) Antonio ALBANÉS, ex Presidente de la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid, en su Ponencia para Jueces y Magistrados, *La evitación del proceso = el arbitraje*, Madrid, 2002.

arbitrajes desde muchísimo antes. Quiero destacar también la Asociación Americana de Arbitraje, y la prestigiosísima Asociación Londinense de Árbitros Marítimos.

3. La Asociación para el Arbitraje en Derecho de Familia y Sucesiones (ARBIFAM)

Volviendo a España, y ya dentro de nuestro ámbito del Derecho de Familia, tendré que empezar afirmando —mal que me pese— que el Arbitraje en nuestro campo no existe, que no hemos sabido o podido llevarlo a la práctica. El ciudadano medio no conoce esta Institución, y el operador jurídico —fundamentalmente el abogado— no la propicia, y ello por razones que veremos más adelante, de ahí que la única andadura de la que podamos sentirnos mínimamente satisfechos es la de la creación hace muy pocos años de la asociación llamada ARBIFAM, cuya consolidación venimos persiguiendo incansablemente, y que un grupo de abogados y ex magistrados estamos decididos a desarrollar.

Para aquellos a los que me refería al principio, que nos honran con su presencia y que no son españoles, diré que en la terminología de mi país un «abogado de familia» es un profesional al que se le suponen conocimientos y práctica tanto en asuntos matrimoniales como hereditarios, no así como ocurre en los países anglosajones, y el mejor ejemplo sería la *International Academy of Matrimonial Lawyers*, afamada y prestigiosa institución, cuya denominación excluye como puede verse las sucesiones *mortis causa*.

Finalmente es necesario indicar que ARBIFAM está nutrida de especialistas en Derecho de Familia, con posibilidad de impartir o resolver arbitrajes en todo el territorio español, ya que no en todas las poblaciones existe un Juez de Familia, es decir, es una especie de jurisdicción paralela con especial conocimiento en esta sensibilísima materia, por lo que si nos trasladamos a resolver arbitrajes a cualquier población ello es como si lleváramos con nosotros la Jurisdicción de Familia.

4. Figuras cercanas: un ejemplo en Estados Unidos con los ADR

Desde antaño se vienen buscando soluciones extrajudiciales que puedan paliar el exceso de contenciosos existentes en cualesquiera órganos de Justicia de cualesquiera países. En donde más litigios podemos encontrar, Estados Unidos, en el que se habla de la «industria del pleito», tal es su número, han alcanzado gran predicamento los llamados Sistemas Alternativos de Resolución de Litigios (*Alternatives Disputes Resolutions*, ADR), en los que un tercero no Juez resuelve el litigio con prontitud y desde luego con menos gasto que si se resolviera ante un órgano judicial con abogados.

II. FUNCIÓN DEL ABOGADO: LA PAZ SOCIAL Y LA EVITACIÓN DEL LITIGIO

El abogado no busca el conflicto, le llega, y como profesional libre que es decidirá asumir o no la defensa y abogar —ése es nuestro verbo— por los intereses de su cliente. Y el abogado, en ese derecho inalienable a su profesión, elegirá la fórmula más adecuada para dar satisfacción a su defendido, ello siempre dentro de la normativa legal y con aplicación de sus propios Estatutos; pero esta defensa de los derechos de los ciudadanos, consagrada en

el artículo 24 de nuestra Constitución Española, viene precedida de otra función que nos cabe representar con mayor ahínco, y es la de buscar o intentar buscar la concordia, a fin de no quebrar más la paz social, bien preciadísimo y que los abogados podemos potenciar. Y si no lo consigue, será cuando el abogado tendrá que elegir uno de estos caminos:

- o someter la controversia a los órganos jurisdiccionales, con lo que la Justicia seguirá funcionando con la lentitud que en tantos países conocemos; o
- intentará llevar el conocimiento a un arbitraje, con o sin la ayuda previa o en paralelo de otras figuras como la Conciliación, Mediación, Transacción o Ley Colaborativa o Colaboradora, que aquí han tenido ustedes ocasión de conocer más de cerca en cuanto a las dos últimas, indicando por mi parte que sobre la Collaborative Law tengo fundadas esperanzas de que se asiente también en España, como ya lo ha hecho en países anglosajones y en Francia, y a la que desde mi modesta posición vengo apoyando desde que la conocí⁽³⁾.

Pero ninguna solución me parecerá más adecuada que el arbitraje, ninguna contendrá mejor los elementos o caracteres que lo configuran y que veremos ahora; ninguna será tan plena y efectiva, tan segura, convirtiéndose en una especie de justicia privada acorde con los principios de libertad y sin el control del Estado. El Arbitraje es, por su formato, *un desideratum* al que todos tenemos que tender ya, entendiendo, en definitiva, que el individuo debe resolverse sus problemas sin apelar constantemente a los poderes estatales. Como veremos ahora, el Estado sólo será subsidiario en algunos momentos (práctica de pruebas, ejecución) pero si hay cumplimiento voluntario por las partes el arbitraje empezará y terminará dentro del más cerrado y privado de los ámbitos.

III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y CARACTERES

Llegados a este punto habremos de definir el arbitraje y conocer sus caracteres. Y así, entiendo por arbitraje un sistema extrajudicial de resolución de determinados tipos de conflictos de los que los ciudadanos pueden disponer sin intervención estatal, cuyo plazo para ser resuelto está predeterminado, y que acabará con el dictado de un Laudo, el cual, si no es cumplido voluntariamente por las partes, será ejecutado coercitivamente por los órganos judiciales.

Y son sus caracteres:

Coste predeterminado: Las partes han conocido y aceptado que va a tener un coste dinerario determinado.

Temporalidad: Nuestra Ley de Arbitraje (LA) lo regula expresamente en su artículo 37.2, y son seis meses contados desde la fecha de presentación de la contestación por la parte demandada, salvo prórroga motivada que no podrá exceder de dos meses (puedo apuntar, modestamente, que las dos veces que he sido árbitro en sendos asuntos civiles

(3) Jorge A. MARFIL, «La Ley Colaboradora = una nueva fórmula para la solución alternativa de los conflictos de familia», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 43, 2009.

con connotaciones mercantiles precisé prórrogas, supongo que debido a mi impericia, pero en ambos casos resolví en ocho meses).

Seguridad y ejecutoriedad: Las partes tienen las mismas posibilidades de defensa que en un procedimiento judicial, con asistencia letrada, y el Laudo que recaiga será ejecutado si no lo cumplen las partes *motu proprio*.

Históricamente se ha comprobado que en épocas de crisis el arbitraje ha resurgido con fuerza, y ello es a mi parecer por diferentes motivos:

- el aumento de litigios en sede judicial con el corolario inevitable de la tardanza: el ciudadano medio, tras ser informado por su asistencia letrada de que su litigio hereditario, por ejemplo, puede durar ocho, diez años, intentará resolverlo por vía extrajudicial;
- las crisis económicas: el comerciante cuyo negocio puede quedar seriamente paralizado por la lentitud de la Justicia, potenciará la resolución privada que venimos preconizando;
- el personalismo creciente y la laicización social, en la que lo privado va adquiriendo cada vez mayor presencia, intentando que el aparato estatal esté cada vez menos presente en nuestras vidas.

Por tanto, habrá de ser el propio abogado quien propicie el arbitraje y convenza a las partes, cuidando muy seriamente de que la cláusula arbitral esté perfectamente precisada, como señalan nuestros artículos 9 y 11 de la LA, especificando el 9, párrafo 1, y el 11, que excluye especialmente a los Tribunales Ordinarios de su conocimiento. Este Convenio o cláusula arbitral ha de estar predeterminada, porque si no en otro caso podrá producirse nulidad que será apreciada por los Tribunales tras el correspondiente recurso, con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero para los justiciables, como con buen criterio señala ALBANÉS⁽⁴⁾, y esa cláusula arbitral además:

- no puede señalar que las partes se someten a Arbitraje y subsidiariamente designar fuero judicial, porque es claro que en este sistema alternativo los arbitrados se apartan de la actuación de los órganos jurisdiccionales, salvo para determinadas actuaciones que veremos más adelante;
- hay que expresar que las partes se someten expresa y voluntariamente al Arbitraje y al Laudo que recaiga, artículo 37, y no es una reiteración gratuita; y
- que el arbitraje lo imparte una persona física, no una institución, aunque el árbitro pertenezca a una Corte específica.

Por todo ello es por lo que hay que fomentar el Arbitraje, por lo que hay que darlo a conocer y sugerirlo en nuestros despachos y reuniones profesionales, como estamos haciendo en el presente estudio, seguros como estamos de que su implantación no traerá sino efectos positivos a la Sociedad, en concreto prontitud y cercanía, colaborando con ello en no quebrantar más la exigua *pax* social que tenemos, cuya preservación debería

(4) Trabajo citado como nota 2.

ser el principal cometido de los abogados. Y este instituto lo habremos acordado en determinados documentos —dentro del ámbito de familia— que como muy bien nos señala ROCA⁽⁵⁾ podrán ser:

- en capítulos matrimoniales;
- en convenios reguladores; y
- en acuerdos privados

y estoy de acuerdo; sólo indico que el segundo no parece muy coherente, porque quien somete un convenio al Juez inicialmente no lo va a excluir luego si surgiera algún incumplimiento de sus estipulaciones.

1. La potestad del árbitro pero su falta de *imperium*: el auxilio judicial

El *imperium* es un monopolio exclusivo del Estado y sus órganos jurisdiccionales, pero el árbitro tiene potestad y por ello dirige y resuelve el asunto encomendado, ordenando que se lleve a la práctica su Laudo a través de los tribunales ordinarios. Ya hemos hablado de la seguridad del Arbitraje y otra de sus características era que el Estado proporcionaba cobertura suficiente y garantías. Veamos la presencia estatal en diversos momentos, pues de hecho puede aparecer tanto al principio como al final:

- 1.º En el nombramiento judicial de árbitros será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje (artículo 8, párrafo 1, LA);
- 2.º para la práctica de pruebas que el propio árbitro no pueda controlar por sí solo será igualmente auxiliado por el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje (artículos 8, párrafo 2, y 33.1);
- 3.º si el árbitro precisa medidas cautelares podrá recabar igualmente el apoyo judicial (artículo 8, párrafo 3 en relación con el 724 de la LEC);
- 4.º para la ejecución del Laudo de manera forzosa también será competente el Juzgado del lugar donde se haya dictado (artículos 8, párrafo 4, y 545.2 de la LEC); y
- 5.º del mismo modo que para ponerlo en práctica también para anularlo está el órgano judicial, en este caso, la Audiencia Provincial.

Como puede constatarse la cobertura puede ser de principio a fin, por lo que es absoluta, haciendo del Arbitraje un método extrajudicial fiable y de plenas garantías.

IV. LA RETICENTE FALTA DE VOLUNTAD DEL ESTADO PARA POTENCIAR SISTEMAS EXTRAJUDICIALES, EN ESPECIAL EN EL ÁMBITO DE FAMILIA

La Modernidad nos trajo el principio fundamental de la División de Poderes, armadura básica de control del Estado de Derecho, por la que unos a otros se vigilarían dentro de

(5) Encarna ROCA, «Crisis Matrimonial y Arbitraje», en *Justicia Alternativa*, núm. 6, año 2005.

una difícilísima balanza, fragilísima, habida cuenta del despreciable instinto humano por la acumulación de poder. Así las cosas, predeterminado que la impartición de la Justicia estaba destinada a ser ejercida por el Poder Judicial, y que éste supone un control potente de cara a las reclamaciones sociales, era fácil imaginar que esta Justicia no iba a ser impartida fácilmente fuera de sus controles y límites.

1. **Ámbito comercial**

Pero en el ámbito mercantil, origen genuino del Sistema de Arbitraje, sí era, sin embargo, factible que el Estado delegara competencias, y ya vimos antes que en ese campo, y desde la Edad Media, se desarrolla este sistema extrajudicial potenciando las relaciones comerciales entre países, y la necesidad de resolverlas con carácter supranacional. Así se entiende, por ejemplo, la existencia de la importantísima Asociación Londinense de Árbitros Marítimos, dado el flujo mercantil naviero desde tiempos remotos y las dificultades para regular las competencias entre los Estados o empresas exportadores, los importadores y los de mero tránsito.

2. **La indisponibilidad y el Derecho de Familia: artículo 1814 del Código Civil**

Sin embargo, ¿qué ocurre en concreto con el Derecho de Familia? Pues lo que ocurre es que hay una especial tuición o vigilancia en nuestro ámbito, que se ha venido en llamar «indisponibilidad», y que no es sino otra muestra más del poder y del control del Estado, ese Leviatán siempre insatisfecho, siempre deseoso de controlar a la Sociedad y a la Familia en todas sus manifestaciones. Por tanto, y en concreto en nuestro ámbito del Derecho de Familia, no sólo se legisla y se ejecuta sino que el Estado procura dejar muy pocos márgenes para que la libertad individual organice y solucione sus conflictos.

Y de ahí nada mejor que calificar como de *ius cogens* aquellas materias o espacios familiares que el Estado no quiere que le toquen, sirviendo como ejemplo estelar el universo de los hijos menores y de los incapacitados, en los que cualquier atisbo de resolución privada es infranqueable, salvo alguna tímida excepción en el Codi de Familia de Cataluña, y en concreto:

- el artículo 138.2 del Codi, que permite a los padres la sustitución del Juez por los parientes más próximos al hijo en los casos en que se presenten desacuerdos en el ejercicio de las funciones de la potestad; y
- en los artículos 226 y ss., en el llamado Consell de tutela.

Por tanto, en todo lo relativo a los hijos menores nos encontramos con normas imperativas que no admiten la sustitución de la intervención judicial, excepto en aquellos casos en los que la propia Ley, excepcionalmente, permite remitir la solución del conflicto a un organismo privado, como es el que hemos visto en este caso específico previsto en esta ley catalana.

Esta indisponibilidad resulta patente en diversos textos, y así:

- artículo 1.4, LA, que excluye de esta Ley a los arbitrajes laborales;
- artículo 2.1, que regula *a sensu contrario* lo que puede ser materia arbitral, indicando que podrán ser aquellas sobre las que haya «libre disposición», sintagma impreciso y de límites siempre discutibles, por lo que habrá que estar a cada caso, salvo que nos encontremos con normas tan expresas como el artículo 1814 de nuestro Código Civil, que por su importancia transcribo:

«No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros».

Por lo que si antes el artículo 1809 del mismo texto legal nos ha abierto una puerta con la transacción para evitar un litigio, inmediatamente nos son negadas por el 1814; y, finalmente, el artículo 19 de la LEC, en cuyo párrafo 1 se permite que los litigantes se sometan a arbitraje, pero es un puro deseo ya que dos líneas después se nos va a indicar expresamente que salvo que la Ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero, por lo que la indisponibilidad puede llegar *ad infinitum*.

V. LA PECULIARIDAD EN EL ESTADO ESPAÑOL: EL ORDEN PÚBLICO

1. Ya se ha citado el fundamental artículo 1814 del Código Civil y lo hemos puesto en relación con el 2 de la LA. Por tanto, son indisponibles o están reservadas por una cuestión de orden público las —citaré literalmente *ex* artículo 1814 antedicho— «cuestiones matrimoniales». Nos preguntamos, ¿qué contiene o significa este sintagma?, ¿qué es una cuestión matrimonial? Por ejemplo, una liquidación de bienes, ¿cabe arbitraje en una liquidación de bienes matrimoniales? A mi juicio, sin ninguna duda, pero ¿no hemos quedado que estaban vedadas las «cuestiones matrimoniales»? De nuevo la falta de rigor del Legislador nos sitúa ante un cajón de sastre de difícil precisión, ya que por extensión es una «cuestión matrimonial» todo aquello que está ínsito en el matrimonio, que le afecta o lo compone, lo desarrolla o extingue. Por cierto, ¿qué hacemos entonces con las parejas de hecho o, como yo prefiero llamarlas, las uniones extramatrimoniales?, porque si están fuera del matrimonio, ¿estarán afectadas por las «cuestiones matrimoniales»? El absurdo, como hemos visto, puede ser interminable.

Siendo difícilmente resoluble lo anterior, deberíamos buscar cuáles sean aquellos campos hoy por hoy indiscutibles para que el Arbitraje pueda tener lugar, y son:

- I. el ámbito de los regímenes económicos entre cónyuges o parejas extramatrimoniales, pues en principio nada hay que oponer para la constitución de un Arbitraje, salvo en lo que afecte a la necesaria publicidad posterior de los acuerdos o repartos llevados a cabo, necesariamente inscribibles en los Registros Estatales correspondientes; y
- II. el ámbito de los problemas hereditarios y de transmisión de bienes *mortis causa*, en los que a excepción de que hubiera menores o incapacitados, es claramente utilizable (no podemos dejar de decir que en nuestra Ley de Arbitraje no aparece en ningún momento el Ministerio Fiscal, que sí lo estaba en la de 1988).

En estos dos grandes grupos no sólo no se impide el Arbitraje sino que deberíamos potenciarlo los abogados, incluso cuando asesoremos a nuestros clientes al redactar un testamento, por ejemplo, seguro como estoy de que ello favorecería al justiciable e impediría las acciones fraudulentas de algunos herederos que alargan los procedimientos *ad infinitum*.

Por tanto, queda claro, es en estas dos parcelas tan amplias donde veo claramente la práctica del Arbitraje en Derecho de Familia, pues, como señala ROCA TRÍAS, son muchos los autores que apuntan o apuestan por el Arbitraje pero pocos los que señalan los ámbitos concretos de actuación, y ello no sólo porque «la autonomía de la voluntad de los cónyuges está absolutamente limitada, sino porque los cónyuges débiles sólo encuentran una protección real en la intervención judicial»⁽⁶⁾.

2. Y aquí está la clave a mi parecer: dado que los cónyuges han de pasar por el fielato o aduana jurisdiccional, por el control judicial, para resolver sus controversias —con o sin hijos—; dado que están buscando una sentencia de separación, divorcio o nulidad, que al ser constitutivas sólo las puede dictar el Estado, es aquí, por tanto, donde está el muro infranqueable para los españoles pues hoy por hoy sólo nuestro Estado —y el de la inmensa mayoría de los países— puede dictar una Sentencia de separación o disolución vincular. Por tanto, los efectos de esas sentencias, que un Juez ha dictado, no van a ser luego objeto de arbitraje, pues difícilmente un impago de pensión compensatoria, por ejemplo, que ha sido acordada por un Juez, va a acabar luego en manos de un árbitro. Menos aún sería pensable que un Convenio Regulador —que va a pasar por el filtro del Ministerio Fiscal, en su caso, y por el del Juez siempre— va a contener una cláusula por la que las partes en caso de incumplimiento van a sacarlo fuera de la esfera judicial para llevarlo a la privada. Impensable.

Sí, sin embargo, vemos atisbos en los que la autonomía privada va consiguiendo que hasta el vínculo matrimonial pueda ser resuelto sin tener que pasar por la administración judicial, y por ello quiero detenerme, entre otros, en los siguientes países:

- I. **Japón.** En la mayoría de los países occidentales sólo se acepta el divorcio judicial, es decir, el divorcio admitido y declarado por un Juez en un Tribunal competente. Sin embargo, «en Japón, si existe acuerdo entre las partes, hay una modalidad administrativa de divorcio que se puede tramitar en el municipio, de la misma forma que se registra el matrimonio...»⁽⁷⁾.
- II. **Ecuador y Brasil:** Han entendido que el Notario es competente por razón de la materia para autorizar por escritura pública la disolución del vínculo matrimonial, y en base a ello se están tramitando divorcios ante Notario, siempre que se den estos dos requisitos:
 - a) que no sea contencioso; y
 - b) que no haya hijos menores o incapacitados bastando para ello que las partes acudan con su abogado al Notario, acreditando la celebración del matrimonio y aportando los acuerdos, y será éste quien desvincule a la pareja, mandando luego el equivalente a nuestra carta-orden al Registro Civil para dar publicidad registral al Divorcio dictado.

(6) Íd. nota 5.

(7) Belén IBOLEÓN, «Arbitraje y Divorcio», diario *La Ley*, septiembre 2007.

III. **Colombia y Cuba.** La onda expansiva va creciendo en Latinoamérica, y estos dos países han dado un salto cualitativo enorme, y no sólo admiten el divorcio notarial sino que incluyen la posibilidad de que existan hijos menores o discapacitados; esta traslación de funciones al Notario la entienden porque:

- a) No son contenciosos tales divorcios;
- b) porque aducen que los Tribunales deben estar para los que tengan naturaleza contradictoria, eliminando así gran parte de los asuntos que están pendientes ante los órganos judiciales;
- c) porque los Notarios también tienen atribuido el conocimiento en actos de jurisdicción voluntaria, y todo ello supone una agilización del trabajo judicial;
- d) porque así se ofrece celeridad y rápida solución a un grupo humano que, aun yendo de acuerdo, no tiene por qué esperar una resolución judicial que puede ser muy lenta para decidir sobre sus vidas; y
- e) porque el Notario da garantía de seguridad y legalidad.

En ambos países se está compatibilizando la vía judicial y la extrajudicial con buenos resultados, y en uno y otro se precisa la presencia del Ministerio Fiscal si hay menores o discapacitados, cuando a Juicio del Notario, «las convenciones propuestas en el escrito de solicitud de Divorcio sean lesivas para los intereses de los menores o discapacitados»⁽⁸⁾.

VI. PROYECCIÓN DEL ARBITRAJE. APOYO INSTITUCIONAL Y LEGAL

Estoy convencido —por todos los argumentos anteriores— de que la indisponibilidad en el ámbito del Derecho de Familia es extensa en nuestro espacio occidental, y desde luego la experiencia latinoamericana es de tener muy en cuenta, porque incluso sin excedernos podríamos ya regular nuestros divorcios en sede notarial —siempre que sean amistosos y sin hijos— (pues por algo hay que empezar) seguros de que con la intervención de los abogados de las partes, más la del Notario, estos tres operadores jurídicos resolverían satisfactoriamente estos casos específicos. Entre tanto, debemos potenciar el arbitraje en los dos ámbitos indiscutibles que expresé anteriormente (régimenes patrimoniales y sucesiones) seguro como estoy de que con ello estamos sacando de los Juzgados la mitad de las llamadas «cuestiones matrimoniales», expresión recogida con tanto desacierto en nuestro artículo 1814 del Código Civil, y también, y sobre todo, porque estaremos reduciendo la crispación social. De que ello es así y de que el legislador español es consciente da fe el borrador de Anteproyecto presentado por el Ministro de Justicia el pasado 19 de febrero de 2010 en Consejo de Ministros, en el que se plantea abrir el horizonte del Arbitraje con una nueva regulación —no olvidemos que la actual es de 2003— de donde se deduce la importancia creciente que el Poder Ejecutivo pretende darle a esta institución tan infrautilizada en nuestro Derecho de Familia.

(8) Leonardo PÉREZ GALLARDO, «Un fantasma recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial», *Revista de Derecho de Familia*, Editorial Lex Nova, núm. 43, 2009.

RÉGIMEN DE VISITAS, ESTANCIAS Y COMUNICACIONES ENTRE EL PROGENITOR NO CUSTODIO E HIJOS MENORES. PROBLEMAS DE EJECUCIÓN

Ana Dolores SÁNCHEZ LÓPEZ

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

RESUMEN

El cumplimiento de las medidas de carácter económico que se contienen en las sentencias dictadas en derecho de familia tiene unos cauces perfectamente delimitados y no suelen plantear grandes problemas, en cambio el cumplimiento de las medidas de carácter personal —custodia y régimen de visitas— plantean numerosas dudas desde el punto de vista procesal, e incluso sustantivo, dado lo cambiante que son las relaciones personales. En este artículo se pretende analizar todo lo que pueda acontecer en las ejecuciones judiciales de estas medidas aportando las soluciones que se suelen acoger por los juzgados y tribunales.

Palabras clave: Ejecución de sentencias, guarda y custodia, régimen de visitas, oposición a la ejecución, mediación, otras formas de cumplimiento.

ABSTRACT

The fulfillment of the measures of economic character included within the sentences passed in family law have some perfectly defined channels and they do not usually cause big problems, on the contrary the performance of measures of personal nature —custody and visit schedule— bring about numerous doubts from a procedural point of view, even fundamental, given de changing nature human relationships. This article tries to analyze everything that can occur in the judicial enforcement of these measures offering the solutions that are usually taken by the courts and tribunals.

Key words: Enforcement of a sentence, custody and care, visit schedule, enforcement opposition, mediation, other ways of fulfillment.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. MARCO NORMATIVO. CRITERIOS ORIENTADORES.
- II. ASPECTOS GENERALES DE LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA MEDIDA PERSONAL ENTRE PROGENITOR NO CUSTODIO Y EL HIJO/A MENOR.
 1. **La medida personal de visitas, estancias y comunicaciones, entre progenitor no custodio e hijo menor, ha de estar vigente.**
 2. **En caso de apelación contra la resolución que establece el régimen de estancias y visitas, procede ejecución forzosa, no ejecución provisional.**
 3. **La legitimación activa y pasiva en el proceso de ejecución forzosa para cumplimiento del régimen de estancias y visitas entre progenitor no custodio e hijo menor. intervención del Ministerio Fiscal y audiencia del hijo menor.**
- III. CAUSAS DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS PERSONALES DE ESTANCIAS, VISITAS Y RELACIONES, CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO.

1. **La alegación de perjuicio para el hijo menor.**
2. **Cambio significativo de las circunstancias tenidas en cuenta para la adopción de las medidas de estancias y visitas con el progenitor no custodio.**
3. **La negativa del hijo menor a relacionarse con el no custodio como motivo de oposición a la ejecución.**
4. **Supuestos dudosos de ser calificados como incumplimientos. Discrepancias en el ejercicio de la patria potestad.**
 - A) Norma general.
 - B) El cambio de domicilio por el progenitor custodio.
 - C) Otras discrepancias en el ejercicio de la patria potestad.

IV. RESOLUCIONES JUDICIALES ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO. MEDIACIÓN. LA SANCIÓN DE MULTAS COERCITIVAS. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO.

1. **La mediación.**
 2. **La imposición de multas coercitivas.**
 3. **El resarcimiento por daños y perjuicios.**
-

I. INTRODUCCIÓN. MARCO NORMATIVO. CRITERIOS ORIENTADORES

El objeto de esta ponencia se centrará en los problemas de ejecución de las medidas personales contenidas en la resolución recaída en el proceso matrimonial o sobre guarda y custodia respecto de hijos menores no matrimoniales, cuando dicha medida personal es la de *régimen de estancias, visitas y comunicaciones entre el progenitor al que dicha resolución judicial no ha atribuido la guarda y custodia de los comunes hijos menores*.

Quizás en relación con las medidas adoptadas judicialmente respecto de los hijos menores, sea el cumplimiento del régimen de estancias y visitas, de todas las materias objeto de ejecución forzosa familiar, la de más difícil solución práctica cuando uno de los progenitores, o incluso el propio hijo menor, se niega a acatar el régimen de estancias, visitas y relación en general con el progenitor no custodio.

Olvidan con frecuencia los progenitores que por encima de sus intereses y comodidades se ubica el superior interés del hijo común, y este interés superior se satisface, también, propiciando ambos progenitores el desarrollo fluido y cordial de las relaciones personales entre ambos y de éstos con el hijo menor (*vid. artículos 9 a 14 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989*).

Pero, posiblemente, el origen del conflicto parental en esta materia no sea provocado sólo por los propios progenitores.

La legislación sustantiva y procesal en la materia no proporcionan una respuesta tan especializada al conflicto familiar como en esta materia sería deseable.

Si bien desde un punto de vista ideal la crisis de pareja no debiera alterar la patria potestad de ambos progenitores respecto de los hijos comunes menores de edad, **sí provoca**

una alteración en el modo de cumplir los derechos-deberes que integran su contenido, desde el día en el cual dichos hijos menores ya no van a poder volver a estar «en compañía de ambos»⁽¹⁾ progenitores simultáneamente.

Son instrumentos fundamentales para el estudio de esta materia, tanto los artículos 156 del Código Civil⁽²⁾ (en adelante CC) como las definiciones contenidas en el Reglamento Comunitario 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre⁽³⁾ así como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y el resto de normativa internacional entre la que ha de destacarse la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en cuanto forma parte de nuestro derecho interno y, por supuesto, y fundamentalmente, la Constitución Española, principalmente en sus artículos 10, 14, 16, y 39 entre otros preceptos.

Igualmente, y por su valor orientativo, aunque no vinculante, es interesante traer a colación las *Conclusiones consensuadas en los Encuentros anuales de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales con Abogados de la Asociación Española de Abogados de Familia*, particularmente la de 2008⁽⁴⁾ (correspondientes al III Encuentro) y 2009 (IV Encuentro) pues en estas últimas, en el apartado «las medidas en relación con los

(1) Elena ZARRALUQUI NAVARRO, «Guarda y Custodia versus patria potestad en cuanto a decisión del lugar de residencia de los hijos menores», pp. 161-163. Op. *El Derecho de Familia. Novedades en dos perspectivas*, Varios Autores, Ed. Dykinson, S.L.

(2) Artículo 156 del CC: «La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad (...) En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio».

(3) El Reglamento CE 2201/2003 no habla de «patria potestad», sino de «responsabilidad parental», y en su artículo 2.7 la define como «los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita».

(4) «1.º Se concluye que el término CUSTODIA hace referencia a convivencia, no implicando más derechos, y consecuentemente no supone un status privilegiado de un progenitor frente al otro...».

2.º Explicar en las resoluciones judiciales el contenido de la PATRIA POTESTAD, que podría ser el siguiente: «Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 y 156 CC. Por tanto deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a su hijo adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario del hijo deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Si no lo señalan la comunicación se hará (...) (deberá concretarse el que mejor se acomode al caso concreto) y el otro progenitor deberá contestar (...) Si no contesta podrá entenderse que presta su conformidad. Ambos padres participarán en las decisiones que con respecto al hijo tomen en el futuro siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en relación a la residencia del menor o las que afecten al ámbito escolar, o al sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas. Sobre esa base se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro. Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo sin que al respecto tenga prioridad el progenitor a quien corresponda el fin de semana correspondiente al día en que vaya a tener lugar los gastos.

Los dos padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a su hijo y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de

hijos menores e incapaces: especiales problemas de la custodia compartida y su influencia en otras medidas...». Es consensuado que:

«MEDIDAS PERSONALES EN RELACIÓN CON LOS HIJOS

PRIMERA.—El término *custodia* hace referencia al *conjunto de derechos y obligaciones que nacen para el progenitor de su convivencia con los hijos menores sin que ello implique para tal progenitor un estatus jurídico privilegiado frente al otro*. A cada progenitor corresponde la custodia del menor y el ejercicio ordinario de la responsabilidad parental en los períodos de tiempo en que tiene al hijo consigo.

SEGUNDA.—Se insta al legislador a *modificar el Código Civil y la legislación complementaria* para sustituir los términos *patria potestad por los de responsabilidad parental*, defendiendo el contenido de las funciones de ambos progenitores según el reparto de tiempo que les corresponda en el ejercicio de la custodia efectiva.

En tanto no se proceda a esa regulación *se entenderá que el ejercicio de la responsabilidad parental, en los casos de ruptura de la pareja, se llevará a cabo conjuntamente por los progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendente de la vida, salud, educación y formación del menor*.

En particular, quedan sometidas a este régimen y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia del menor, y los posteriores traslados de domicilio de éste que lo aparten de su entorno habitual; las referidas a elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento del menor, de menos de 16 años, a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas al menor y la realización por éste de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y en general todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores.

Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión que uno de ellos pretenda adoptar en relación con el menor, recabando su consentimiento a la decisión proyectada, se entenderá tácitamente prestado el mismo, si, en el plazo de diez días naturales siguientes, aquel no lo deniega expresamente. En este supuesto será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia.

Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida del menor distintas de las enunciadas, así como las de prestación de asistencia sanitaria en caso de urgente necesidad, corresponde adoptarlas al progenitor que tenga consigo al menor, en el momento en que la cuestión se suscite.

orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. De igual manera tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten informes que cualquiera de los dos soliciten.

El progenitor que en se momento se encuentre en compañía del hijo podrá adoptar decisiones respecto al mismo sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con un menor puedan producirse».

TERCERA.—El deber de información de los progenitores sobre todos los aspectos de importancia en la vida del menor es un deber instrumental imprescindible para el correcto desempeño de las funciones inherentes a la responsabilidad parental. Para lograr su efectividad, se propone que las sentencias y/o convenios incorporen una medida de carácter personal de un tenor similar al siguiente:

“El progenitor con quien el menor convive habitualmente vendrá obligado a informar al otro progenitor de todas aquellas cuestiones trascendentales en la vida del menor, respecto de las cuales no pueda este último obtener directamente información. Igual deber pesa sobre el progenitor con quien no vivan habitualmente los hijos respecto de iguales cuestiones acaecidas en el tiempo que tengan consigo a los menores”.

Los progenitores tienen derecho a solicitar y obtener de terceros, ya sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuanta información obre en poder de estos últimos sobre la evolución escolar y académica de sus hijos y su estado de salud física o psíquica...

CUARTA.—*Se recomienda* incluir en el convenio regulador y/o resolución judicial, el *deber del progenitor custodio de entregar al otro progenitor, junto con los hijos menores, la documentación personal de éstos* (libro de familia; pasaporte; DNI; tarjeta sanitaria; cartilla de vacunación) que será devuelta a aquel al reintegrarle al menor a la finalización de la estancia...»⁽⁵⁾.

Y toda esta materia, como todo el Derecho de Familia español, en general, ha de ser interpretada y resuelta con absoluto respeto (al) y máxima prevalencia (del) interés superior del menor, principio general del Derecho, y por tanto, con fuerza de Ley a tenor del artículo 1 CC, que el Juez puede y debe aplicar de oficio, pues así se ha de deducir de las novedades legislativas de la última década, que comenzaron con la Ley 1/1996, de 15 de enero, Orgánica de Protección del Menor, y que ha continuado con las Reformas en materia de Derecho de Familia 13/2005 y 15/2005, tal como viene reconociendo y amparando la Jurisprudencia patria⁽⁶⁾.

Habiendo establecido, pues, la resolución judicial que la guarda y custodia sobre el hijo/a menor se atribuye a uno de los progenitores, y al otro, que no está privado del ejercicio de la patria potestad, un régimen de estancias, visitas y vacaciones respecto del hijo/a menor, si este régimen de guarda, estancias, relaciones y visitas no se cumple, *y es impetrada por cualquiera de los progenitores su ejecución forzosa, debe el Tribunal analizar todos los factores que influyen en dicho incumplimiento, para restaurar el ejercicio de los derechos y deberes paterno-filiales, que se pretendieron amparar en la ejecutoria*, siempre, y por encima de cualquier interés en conflicto, en aras a preservar y proteger el superior interés del hijo/a menor, y el pleno desarrollo de su personalidad.

(5) Ciertos Juzgados especializados ya se están haciendo eco de estas recomendaciones, entre ellos, Juzgado de Primera Instancia 29 de Madrid, y Juzgado de Primera Instancia Ocho de Gijón (*vid.* comentario de CEMBRANO RE-DER, José Luis, a **SAP Gijón, de 4 de febrero de 2010**, web oficial de la AEAFA —Asociación Española de Abogados de Familia—, <www.aeafa.es>, en fecha 9 de febrero de 2010).

(6) José Manuel de TORRES PEREA, Ponencia «Interés del Menor y Derecho de Familia: Una perspectiva Multidisciplinar». Jornadas sobre «Crisis económica: Incidencia en Procesos de Familia» celebradas el pasado 4 de febrero de 2010 en el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, Sección de Familia.

II. ASPECTOS GENERALES DE LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA MEDIDA PERSONAL ENTRE PROGENITOR NO CUSTODIO Y EL HIJO/A MENOR

La única norma procesal especial aplicable a la ejecución forzosa de las medidas personales contenidas u homologadas por la ejecutoria familiar se contiene en el artículo 776.2 y 3 LEC⁽⁷⁾.

Este precepto, en ambos apartados, ha sido modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la oficina judicial (BOE del día 4 de noviembre de 2009) y entrará en vigor el próximo 4 de mayo de 2010, si bien dicha reforma, y por lo que a la materia objeto de esta Ponencia incumbe, no ha aprovechado la oportunidad para introducir normas especiales de ejecución de las resoluciones judiciales de familia, y se ha limitado a especificar que la sanción para el caso de incumplimiento de las obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo y de las derivadas del régimen de visitas deberán ser aplicadas por el «Tribunal», por lo que *a sensu contrario*, ha de entenderse que no pueden ser aplicadas dichas sanciones por el Secretario Judicial.

Esta ausencia de regulación procesal específica de las consecuencias del incumplimiento de las medidas sobre estancia y visitas del progenitor no custodio con el hijo menor, aboca a ambos progenitores y a los juristas a la idéntica inseguridad jurídica ante el conflicto de ejecución que históricamente se viene padeciendo y, por tanto, nos obligará a seguir atentos, a los operadores jurídicos, a la abundante y variada casuística jurisprudencial de las Audiencias Provinciales, en claro detrimento del superior interés del menor⁽⁸⁾.

1. La medida personal de visitas, estancias y comunicaciones, entre progenitor no custodio e hijo menor, ha de estar vigente

Efectivamente, no por obvio podemos pasar por alto este presupuesto de la demanda de ejecución forzosa que interponga el progenitor custodio o no custodio, ante el incumplimiento del régimen de estancias, visitas y comunicaciones.

Habrà de estarse a lo establecido respecto de las medidas previas, provisionales y definitivas en los artículos 770.6.ª, 771.5, 773.5, 775.3 todos de la LEC. Por tanto, no podrá impetrarse la ejecución forzosa de las medidas acordadas con carácter provisional en pieza separada, si ya ha recaído sentencia en el pleito que con carácter definitivo resuelve sobre la separación, nulidad, divorcio o guarda y custodia respecto de los hijos no matrimoniales.

(7) Artículo 776.2.ª LEC: «En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto».

Artículo 776.3.ª LEC: «El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas».

(8) Pues es consolidada la doctrina del Tribunal Supremo de negar el acceso a Casación de los Autos que en Apelación decidieron el recurso contra el que en la instancia resolvió la oposición frente a la ejecución despachada.

Ha de entenderse, además, que las medidas del divorcio sustituyen en su integridad a las acordadas en el procedimiento de separación (Auto, Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, de 22 de diciembre de 2008⁽⁹⁾) y que los efectos de las resoluciones sobre constitución⁽¹⁰⁾, modificación o extinción de las medidas acordadas en Procesos de Familia producen sus efectos *ex nunc*, es decir, desde que la resolución que las acuerda es firme. Ésta es la consolidada línea jurisprudencial, entre otras, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sec. Sexta, y citamos, por todas, las Sentencias de 8 y 13 de junio de 2007 y 11 de junio de 2008 (entre las de otras Audiencias Provinciales, a modo de ejemplo, AAP Gerona, Sec. 2.^a de 26 de junio de 2002).

2. En caso de apelación contra la resolución que establece el régimen de estancias y visitas, procede ejecución forzosa, no ejecución provisional

La afirmación contenida en este enunciado *contradice la rotundidad con la que se expresa el artículo 525.1.1.^a LEC*, a cuyo tenor:

«1. No serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional:

1.^a Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio (...) salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso...»⁽¹¹⁾.

Igualmente en esta materia, el autor de la Reforma procesal de 2009 que entró en vigor el pasado 4 de mayo, ha dejado pasar una preciosa oportunidad de configurar la solución a los variados y particularísimos matices de la Ejecución Forzosa de Familia, pues no ha alterado el contenido del precepto transcrito y, en lo esencial, ha dejado tal como hasta ahora viene redactado el tenor del artículo 774.5 LEC (pues sólo se añade en la nueva redacción, que la firmeza del pronunciamiento matrimonial será dictada por el Secretario Judicial, no obstante el recurso contra la sentencia matrimonial que en ningún caso suspenderá la eficacia de las medidas acordadas en ésta).

(9) Fundamento Jurídico Tercero, párrafo tercero: «Así, la tesis de que la Sentencia de divorcio sustituye en su integridad a la Sentencia de Separación se sustenta sin problemas en las previsiones del artículo 774.4 LEC...». Si bien es cierto que esta sentencia se refiere a la pensión compensatoria establecida en la sentencia de separación, sobre la cual no se pronuncia con posterioridad la de divorcio, y ello pese a la mayoritaria doctrina de las Audiencias Provinciales, fundada en la sentada en STS, Sala 1.^a, de 1 de octubre de 2004, conforme a la cual, sólo puede considerarse extinguida la obligación de pago de la pensión compensatoria establecida en la sentencia de separación, si la de divorcio, a petición de uno de los cónyuges, declara expresamente dicha extinción.

(10) A salvo, la controvertida discrepancia jurisprudencial de criterios sobre la eficacia retroactiva al momento de presentación de la demanda, de los alimentos fijados constitutivamente en Auto de Medidas Provisionales, pues se dirigen a atender la satisfacción de una necesidad natural y de orden público, a favor de los hijos; o incluso si fueron fijadas tales pensiones en sentencia recaída en proceso de familia, y posteriormente revocado el pronunciamiento de instancia, en el sentido de elevar la cuantía fijada en la apelada, ha de entenderse la eficacia *ex tunc*, pero retrotrayendo los efectos de la de apelación, a la fecha de la de instancia (entre muchas, AAP Barcelona, Sec. 12.^a, de 3 de abril de 1998 y 6 de julio de 1999; SAP Madrid, Sec. 22.^a, de 16 de julio de 1999; AAP Girona, Sec. 2.^a, de 26 de junio de 2002; SAP Navarra de 6 de marzo de 2000; SAP Sevilla, Sec. 2.^a, de 24 de abril de 2006).

(11) Este precepto no ha sido modificado por la Ley antes citada 13/2009, de 13 de noviembre.

Nuevamente, ha de estarse a la interpretación jurisprudencial, siendo la doctrina mayoritaria (y en ésta se enmarca la de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, entre otras en Sentencia de 9 de octubre de 2002) que:

«... no es necesario acudir al trámite de ejecución provisional de la sentencia para ejecutar medidas que se contienen en la misma».

EN RESUMEN:

En materia de ejecución forzosa de las medidas personales y patrimoniales contenidas en la resolución matrimonial, dichas medidas serán inmediatamente ejecutables, aunque se haya recurrido en Apelación frente a la resolución de instancia que las acordó, y no obstante el pronunciamiento ulterior de la sentencia de Apelación, por lo que la demanda ejecutiva se ajustará a los requisitos establecidos en el artículo 549 LEC, debiendo ser la demanda ejecutiva firmada por Abogado y Procurador —artículo 539 LEC—, sin que sea tampoco preciso esperar al término de 20 días hábiles, establecido con carácter general en el artículo 548 LEC, a contar desde la notificación de la sentencia al ejecutado, pues es incompatible dicha espera con el superior interés del menor y con los principios rectores de la Jurisdicción de Familia, y así se desprende de los ya citados artículos 771.2, 774.5, 777.8 LEC, así como de los Criterios Orientadores especializados a los que hemos hecho anteriormente mención⁽¹²⁾.

3. La legitimación activa y pasiva en el proceso de ejecución forzosa para cumplimiento del régimen de estancias y visitas entre progenitor no custodio e hijo menor. Intervención del Ministerio Fiscal y audiencia del hijo menor

Si bien es cierto que tanto puede provenir el incumplimiento de la voluntad reticente a acatar el régimen de estancias, relaciones y visitas, acordado u homologado por el Tribunal, del progenitor custodio como del no custodio, incluso del propio hijo menor, no es menos cierto que ello no propicia una interpretación distinta de las reglas generales sobre la legitimación activa y pasiva en el proceso de ejecución forzosa de familia.

Sólo está legitimado para promover demanda de ejecución forzosa del régimen de estancias, visitas y comunicaciones entre progenitor no custodio e hijo menor, **uno de ambos progenitores (frente al que se incumple**, y que puede ser el custodio o el no custodio) y contra el progenitor incumplidor.

No es dable al Tribunal despachar de oficio ejecución forzosa en esta materia, ni siquiera, a instancias del hijo menor, principal perjudicado por el incumplimiento, y en cuyo beneficio fue establecido el régimen de visitas, estancias y comunicaciones.

(12) Los Criterios Orientadores adoptados en octubre de 2008 entre Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales y Abogados de Familia, establecen en su PUNTO 4.º de las Conclusiones de la Mesa Cuarta que en los procesos de Familia no es de aplicación el plazo establecido en el artículo 548 LEC.

Igualmente, en el punto 61 de las Conclusiones del Curso de Derecho de Familia organizado por el CGPJ y la Junta de Andalucía sobre unificación de criterios en la aplicación de la LEC 1/2000 establece que «a) no resultará de aplicación a los procedimientos de familia lo dispuesto en el artículo 548 LEC, especialmente en los casos en los que se requiera una respuesta judicial urgente en ejecución de lo acordado».

Sin embargo, **el Tribunal sí puede, conforme al artículo 158 CC, incoar procedimiento para la adopción de las medidas de protección que en dicho precepto se establecen**, cuando llegue a su conocimiento, por cualquier medio, que el incumplimiento —o *cumplimiento no ajustado a los términos fijados en la resolución judicial*— del régimen de estancias, visitas y comunicaciones entre no custodio e hijo menor, conlleva una situación de riesgo o peligro para éste.

Sobre la necesidad de **intervención del Ministerio Fiscal** en el proceso de ejecución forzosa por incumplimiento de las medidas personales en estudio, dada la prevalencia del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo concurrente (artículo 2 Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor), desde el inicio del proceso de ejecución, deberá notificarse al Ministerio Público, sin perjuicio de que viene legitimado conforme al artículo 3 de su Estatuto Orgánico, a promover cualquier actuación judicial con finalidad cautelar, ante la sospecha o evidencia de una situación lesiva o peligrosa, provocada o consentida por los progenitores (en el mismo sentido, los Criterios Orientadores ya citados de 2009, apartado «Obligaciones de carácter Personal», párrafo 3.º).

A tal fin, es clarificadora la STC, Sala 1.ª, 17/2006, de 30 de enero, pues sienta la necesidad de dar intervención efectiva al Ministerio Fiscal —en la exploración de los menores, en el caso de autos— a fin de que éste pueda personalmente oír e interrogarlos, para conocer si éstos expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección que estime necesarias.

La intervención del Ministerio Fiscal no puede ser obviada a nuestro juicio, máxime, atendidas las sanciones por incumplimiento previstas en los apartados 2.º y 3.º del artículo 776 LEC a que antes nos hemos referido, y respecto de las cuales, los Criterios Orientadores antes citados, entre las Conclusiones alcanzadas en 2009 establecen:

«... 6.º Debería hacerse pleno uso de las multas coercitivas del artículo 776 LEC tanto para la ejecución dineraria como no dineraria, y no quedarse en un simple apercibimiento que en la inmensa mayoría de los casos no se materializa...»⁽¹³⁾.

Sin embargo, así como se impetra una mayor imposición de multas coercitivas en sede del propio proceso de ejecución por incumplimiento del régimen de estancias, visitas y relaciones con el progenitor no custodio, la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales es reacia a aplicar la sanción contenida en el artículo 776.3.ª LEC (modificación de guarda y de visitas, tanto respecto del progenitor custodio como no custo-

(13) La SAP Madrid, Sec. Sexta, de fecha 12 de enero de 2010, con cita de otra resolución de la misma Sec. —Auto de fecha 9 de diciembre de 2008— ante la denuncia de la madre al padre porque no asiste a recoger a la hija menor los concretos días y horas fijados en la resolución matrimonial, incumpliendo así el régimen de visitas configurado en la sentencia de divorcio, resuelve no tipificar como conducta sancionada en el Código Penal, artículo 618.2.º, pues «en la resolución judicial que acuerda el régimen de visitas al padre no se dicta ninguna orden o mandato que deba ser cumplida por el padre del menor, sino que claramente se declara por el Juzgado un derecho, una facultad a favor del padre, que no puede ser entendida como una obligación a su cargo, pues como bien se señala en los razonamientos del Auto impugnado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 94 CC “el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores gozará del derecho de visitarlos” y si de un derecho se trata, es evidente que los hechos denunciados no pueden ser merecedores del reproche penal que se pretende...».

dio) como incidente del propio proceso de ejecución forzosa por las medidas personales incumplidas respecto del hijo menor, pues se viene estimando que dicha modificación ha de sustanciarse en un procedimiento con todas las garantías procesales, «... en el modo procesalmente prevenido de forma contradictoria y con plenas garantías y que el excepcional efecto contemplado en el artículo 776.3.ª LEC aparece como instrumento reservado para los supuestos de recalcitrante ineficacia de lo acordado cuando asimismo aparezcan inocuas las medidas asimismo contempladas en el artículo 776 LEC y razones de urgencia y gravedad así lo aconsejen...» (AAP Barcelona, Sec. 18.ª, de 2 de noviembre de 2005)⁽¹⁴⁾.

Igualmente es preciso **oír al hijo menor implicado en el conflicto que ha motivado el proceso de ejecución**, y con carácter general las recientes SSTC de 22 de diciembre de 2008; STC, Sala 1.ª, de 6 de junio de 2005; STC, Sala 2.ª, de 25 de mayo de 2008, y la más reciente 163/09, Sala Pleno, de 29 de junio de 2009⁽¹⁵⁾, así establecen la imperatividad del trámite de audiencia/exploración, que no ha de ser necesariamente judicial, siempre que la opinión del hijo menor haya sido recabada por otros medios⁽¹⁶⁾ (como puede ser el informe de los equipos técnicos de Familia).

III. CAUSAS DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS PERSONALES DE ESTANCIAS, VISITAS Y RELACIONES, CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO

Tratándose de cumplir con una **obligación personalísima de hacer** (tanto para el progenitor no custodio como para el custodio, pues es precisa la colaboración de ambos para que se desarrolle con normalidad el régimen de visitas, estancias y comunicaciones con el no custodio), solicitado el despacho de ejecución, si concurren los presupuestos procesales a los que en apartados anteriores hemos hecho referencia, se despachará ejecución, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 709 LEC sin que quepa sustitución por el equivalente pecuniario que en dicho precepto, con carácter genérico se contiene⁽¹⁷⁾ (es decir, acordándose requerir personalmente al incumplidor para que cumpla con lo acordado en la resolución judicial, en el plazo que se le fije, y bajo apercibimiento de imposición de multas coercitivas), y en atención a las circunstancias especiales de cada situación en concreto.

Ante la situación de conflicto entre ambos progenitores, e incluso, ante la negativa del propio hijo menor a relacionarse con el progenitor no custodio, a nuestro modo de ver, nuevamente adolece la legislación procesal civil de una falta de respuesta adecuada, para satisfacer los intereses en conflicto.

(14) *Revista de Derecho de Familia*, Editorial Lex Nova, núm. 31, pp. 233-234.

(15) Comentada esta última en *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, SEPIN, núm. 88, noviembre-diciembre 2009, pp. 26 a 28.

(16) *Vid.* artículo 9 Ley 1/1996, de 15 de enero, Orgánica de Protección Jurídica al Menor.

(17) *Vid.* artículo 776.2 LEC.

No existen más **causas de oposición** a la ejecución forzosa por incumplimiento del régimen de estancias, visitas y relaciones entre hijo menor y progenitor no custodio, que las establecidas con carácter general en el artículo 556 LEC (**cumplimiento** de lo ordenado en sentencia, **caducidad** de la acción ejecutiva y **pactos y transacciones** alcanzados en documento público).

Pero en la ejecución de las medidas personales establecidas en la resolución de familia, ni aquellas causas de oposición son adecuadas para resolver el complejo entramado de las relaciones paterno-filiales tras la crisis de pareja de los progenitores, ni se contemplan en ningún otro lugar de la LEC otras justificaciones para el incumplimiento.

Por ello, en este apartado vamos a tratar el estudio de algunos supuestos de no ejecución, de ejecución inexacta, incluso de petición de la suspensión de la ejecución y el tratamiento jurídico de éstos.

1. La alegación de perjuicio para el hijo menor

Para que el invocado perjuicio al hijo menor, derivado del cumplimiento del régimen de estancias y visitas con el progenitor no custodio prospere como motivo de oposición a la ejecución despachada, a través de su invocación conforme al artículo 158 CC, ha de ser probado dicho perjuicio.

La STS, Sala 1.ª, de 21 de noviembre de 2005 establece que:

«... el derecho de visitas está subordinado al interés del menor, que debe ceder cuando exista **un peligro concreto** para la salud del mismo, como se valora que sucede en el caso de autos, al existir una sentencia penal firme que revela la actitud agresiva y violenta del progenitor»⁽¹⁸⁾.

Al efecto, el progenitor que invoca por vía de oposición el interés superior del menor, para oponerse a la ejecución del régimen de estancias y visitas, deberá probar cumplidamente el riesgo o perjuicio que se derivaría de dar cumplimiento al régimen de estancias y visitas establecido en la resolución judicial. Ésta es la decisión, entre otras, de la SAP Coruña, Sec. 4.ª, de 9 de julio de 2008, al resolver que:

«... Es admisible que en el proceso de ejecución pueda suspenderse el derecho de visitas por la vía del artículo 158 CC, si existe causa para ello en protección del interés superior de los menores, pero ello exige una cumplida prueba al respecto...»⁽¹⁹⁾.

Igualmente, con cierta frecuencia práctica, frente al despacho de ejecución forzosa a instancia del progenitor no custodio por el incumplido régimen de estancias, comunicaciones y visitas, en tanto se tramita un proceso de modificación de medidas, que no ha conllevado

(18) Vid. Ponencia del Ilmo. Sr. CASTILLO VINADER, Francisco José, p. 40, I Jornadas de Derecho de Familia, Almería, 28 y 29 de mayo de 2009.

En el mismo sentido STS, Sala 1.ª, de 9 de julio de 2002, con cita de otras anteriores de 20 de abril de 1991, 19 de octubre de 1992, 22 de mayo y 21 de julio de 1993.

(19) Vid. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 42, p. 239, Editorial Lex Nova.

vado la petición de tramitación coetánea de suspensión provisional de las medidas personales cuya modificación, por un progenitor, y ejecución forzosa, por otro, se impetra, viene siendo invocado el interés superior del hijo, a fin de que, por vía de oposición a la ejecución despachada, se suspenda temporalmente, en tanto recae resolución definitiva en el proceso modificador. Resolviendo un supuesto de estas características, la Audiencia Provincial de León, Sec. 2.^a, de 8 de febrero de 2007, sobre el presupuesto de que los principios que rigen esta materia exigen altas dosis de prudencia para evitar el perjuicio del niño, y atendido a que «es mucho el tiempo que lleva con su padre, que está en trámite de procedimiento de modificación de medidas y que aquél vive en León y la madre en Almería, se está en el caso de suspender el curso de las actuaciones como si de una prejudicialidad civil del artículo 43 se tratara, mientras se resuelve sobre la custodia del hijo de los litigantes en aquel procedimiento...»⁽²⁰⁾.

2. Cambio significativo de las circunstancias tenidas en cuenta para la adopción de las medidas de estancias y visitas con el progenitor no custodio

Han de ser distinguidos en su estudio, dos supuestos, a saber:

- A) En todos los supuestos en los cuales concluidas las posibilidades de alegación y prueba en el proceso matrimonial si sobrevienen, tras la resolución que pone fin al mismo, hechos o actos distintos a los susceptibles de fundamentar las causas de oposición a la ejecución despachada pero jurídicamente relevantes respecto del superior interés del menor, si la resolución que estableció en el proceso matrimonial determinando régimen de relaciones, estancias y visitas con el progenitor no custodio es firme, deberá plantearse procedimiento de modificación de medidas conforme al artículo 775 LEC (y, en su caso, petición de simultánea tramitación en pieza separada de modificación provisional de aquellas medidas personales, instando incluso la suspensión del régimen de visitas y estancias con el no custodio, hasta tanto recaiga sentencia en el procedimiento principal de modificación).
- B) Si bien la norma general es que las medidas acordadas por resolución judicial sólo pueden quedar sin efecto por otra resolución judicial, así como que la obligación de ambos progenitores es cumplir con las medidas acordadas por la ejecutoria en los mismos términos que fue acordada (artículo 18.2 LOPJ), en caso de que instada la ejecución forzosa para cumplimiento de las medidas personales en relación con el hijo menor, el incumplidor se oponga a la ejecución despachada alegando que la situación fáctica al momento de dicho proceso de ejecución difiere notablemente de la tenida en cuenta en el momento en que la medida fue acordada por la resolución apelada, dicho motivo de oposición puede prosperar.

El Auto del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 18 de julio de 2007, y a los solos efectos de **tramitación del incidente de suspensión suscitado en el recurso de amparo**

(20) SÁNCHEZ LÓPEZ, Ana Dolores, Ponencia «Curso InterUniversitario de Especialista en Derecho de Familia», organizado por la Universidad Internacional de Andalucía, UNIA, Temas 6 y 7, pp. 42 y 43. Material práctico correspondiente a los cursos 2009 y 2010. *Aspectos Procesales de la Ejecución Forzosa en los Procesos de Familia*.

contra la sentencia de divorcio que otorgó la guarda y custodia compartida respecto de los hijos menores, por no haberse practicado la audiencia de éstos en la instancia, resuelve que:

«... la salvaguarda de los derechos e intereses de los hijos menores queda de momento mejor garantizada por el mantenimiento y no alteración de su ámbito afectivo y de convivencia actual...» ⁽²¹⁾.

Dado que en supuestos como el que sirve de ejemplo en este apartado, se estará tramitando un recurso contra la sentencia que establece las medidas personales entre el progenitor no custodio y el hijo menor —si bien el caso expuesto versa sobre un supuesto de guarda y custodia compartida— y dicha medida, como hemos visto en otro epígrafe, no obstante el recurso interpuesto, es susceptible de inmediata ejecutividad, por imperativo del artículo 774.5 LEC, deberá el progenitor que invoque el perjuicio para el hijo menor, a través del cauce previsto en el artículo 158 CC y en el propio proceso de ejecución forzosa, acreditar no sólo el cambio de circunstancias tomadas en consideración para acordarse el régimen de estancias, visitas y comunicaciones entre progenitor no custodio e hijo menor, sino además que dichas circunstancias son de tal índole que justifican, a fin de no perjudicar el superior interés del hijo menor, la suspensión del régimen de visitas en tanto sea resuelto el recurso contra la sentencia que acordó tales medidas.

Incluso en estos supuestos, el Juez que conoce del proceso de ejecución forzosa por razones de economía procesal podrá concretar, en este trámite procesal, un régimen de visitas distinto al recogido en la sentencia, pues, como se resuelve en el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 4 de mayo de 2005:

«... es necesario llegar a soluciones prudentes y ponderadas que satisfagan en la medida de lo posible los derechos de todos los intervinientes en la relación familiar. Así, es difícil poder afirmar o negar a esta Sala si el Sr. José Ángel trabaja o no los viernes por la tarde. Pero es presumible que así pueda ser. Por lo tanto, el permitirle que como regla general deje sin consulta los primeros viernes de cada mes porque en ellos tendrá derecho a visitar a sus hijos, parece una medida lógica. Además, el resto de los fines de semana del mes se distribuyen de forma que doña Trinidad podrá compaginarlos con su efectiva estancia en Madrid. Por lo que la decisión adoptada por el juez *a quo* (para lo cual no ha recibido excesivas facilidades por ninguna de ambas partes) se representa como equitativa y respetuosa de todas las posturas y de la letra y espíritu de los artículos 94 y 3.1.º CC. Por lo que procede su confirmación» ⁽²²⁾.

3. La negativa del hijo menor a relacionarse con el no custodio como motivo de oposición a la ejecución

No podemos ahondar en esta Ponencia, por falta de tiempo material de exposición, en el origen de la negativa del hijo menor a relacionarse con el progenitor no custodio, y las

(21) Vid. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 37, Editorial Lex Nova, pp. 71 a 73.

(22) *Revista de Derecho de Familia*, núm. 30, pp. 199-200, Editorial Lex Family.

consecuencias que en la ejecución forzosa del régimen de comunicaciones, visitas y estancias tendrá la causa de la negativa del hijo menor. Dichas causas han de ser examinadas por el Tribunal, a instancia de cualquiera de los progenitores, e incluso de oficio, pues el proceso de ejecución forzosa para impetrar el cumplimiento del régimen de visitas, estancias y relaciones entre progenitor no custodio e hijo menor, es cauce procesal adecuado a tal efecto.

Particularmente, no podemos ahondar en el estudio del discutido Síndrome de Alineación Parental, cuya repercusión más evidente y debatida se da, precisamente, en la ejecución de las medidas personales establecidas en la resolución que atribuye las medidas de guarda, custodia y régimen de estancias y visitas.

Es muy difícil obligar a un hijo menor de edad, pero entrado ya en la adolescencia, a que se relacione contra su voluntad con un progenitor.

Algunas sentencias se refieren a la concurrencia de «un estado de polarización parental» en el hijo menor, que le hace atribuir a uno de los progenitores todas las características positivas y al otro (no custodio) todas las negativas (AAP Zaragoza, Sec. 2.ª, de 20 de enero de 2009⁽²³⁾), «sin que los estudios psicológicos realizados revelen alteraciones psico-patológicas en ninguno de los progenitores que aconsejen restringir la relación entre el menor, con 7 años cumplidos y el padre, que es el progenitor no custodio».

Cuando el hijo menor es adolescente y se muestra reticente a disfrutar de un régimen de visitas con el progenitor no custodio, a los Tribunales les preocupa la ruptura de relaciones entre ambos, pues se entiende que una decisión de tal índole no favorece al desarrollo pleno de la personalidad del menor, aun cuando tenga más de 14 años. En este sentido, SAP A Coruña, Secc. 4.ª, de 18 de febrero de 2009⁽²⁴⁾, y SAP Barcelona, Sec. 12.ª, de 17 de julio de 2008.

Claramente se desprende, a estas alturas de la exposición, que, ni puede ampararse sin más el progenitor custodio en la negativa del hijo menor a relacionarse con el no custodio en los términos establecidos en la sentencia o auto de cuya ejecución se trata, ni es favorable al interés del menor, so pretexto de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 18.2 LOPJ, que coactivamente sea obligado a relacionarse con el progenitor no custodio al que rechaza de forma patente.

Son fundamentales para el Juez que conocerá de la ejecución forzosa de este régimen de estancias y visitas que el menor se niega a acatar, **varios instrumentos**, que también deben operar en el Proceso de Ejecución, y que son, el trámite de audiencia al propio menor (*vid.* artículo 9.2 Ley 1/1996, de 15 de enero); los informes psicológicos relativos a ambos progenitores y al menor; los Puntos de Encuentro y la Mediación Intrajudicial.

(23) Extractada en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 44, Editorial Lex Nova, pp. 163-164.

(24) «Es necesario salvar las reticencias actualmente existentes lo que requiere un esfuerzo entre ambos litigantes, que no han de transferir al hijo su problemática y tensas relaciones que quedan evidenciadas en las múltiples denuncias cruzadas entre ellos. Por todo lo expuesto consideramos que debe establecerse un régimen de comunicaciones restringido que vaya venciendo las dificultades actualmente constatadas (...) Con ello pretendemos que no quiebren de forma definitiva los vínculos entre el demandante y su hijo Carlos, sino que, por el contrario, se vayan normalizando en extensión e intensidad...». *Vid. Revista de Derecho de Familia*, núm. 44, Ed. Lex Nova, pp. 160-161.

En sede del proceso de ejecución forzosa la negativa del menor a contactar con el progenitor no custodio en los términos fijados en la resolución judicial, no puede sustentar sin más la suspensión del régimen de visitas entre el no custodio y dicho menor.

Si personalísima es la obligación del no custodio de cumplir el régimen de estancias y visitas, personalísima es la del custodio de permitir y facilitar que dicho régimen se cumpla. Y dado que se trata de obligación personalísima de hacer para ambos progenitores, **¿Sería posible acudir al Auxilio de la Fuerza Pública para que el menor pase del ámbito vital del custodio al del no custodio?**

Creemos que, por la especial naturaleza de los intereses en conflicto y principalmente en aras de la protección del superior interés del menor, tal decisión carecería de auténtica finalidad tuitiva respecto de dicho interés.

Analizaremos varios supuestos, a fin de clarificar las exposiciones de las consecuencias de este invocado motivo de suspensión:

A) *El Tribunal que conozca de la demanda de ejecución forzosa interpuesta por el progenitor no custodio, deberá acordar requerir personalmente al custodio para que cese en obstaculizar el ejercicio del régimen de estancias y visitas de aquél en relación al común hijo menor.*

- Si este progenitor custodio se niega a atender el requerimiento sin formular tampoco oposición en el plazo concedido, se expone a la sanción establecida en el artículo 776. 2.ª y 3.ª LEC (en este sentido, las conclusiones antes citadas de 2009 de carácter orientador.)
- Pero si dicho progenitor custodio se opone en tiempo y forma, invocando la negativa del hijo menor, nos parece digna de referencia la solución arbitrada en apelación por el AAP Barcelona, Sec. 12.ª, de 30 de abril de 2009⁽²⁵⁾, según la cual «... la presente controversia versa sobre la ejecución relativa a un régimen de visitas establecido por la sentencia a favor del padre respecto de un hijo de 11 años quien rehúsa mantener cualquier contacto con este progenitor. *La madre, en su escrito de oposición a la demanda, ha expresado que es el menor quien rehuye el contacto con el padre* evidenciando lo inapropiado de imponérselo de una manera coactiva o forzada no sólo por la naturaleza de estos contactos que deben tener como norte el armónico desarrollo de la personalidad de los menores, sino también porque en la práctica, podrían estos medios coactivos resultar contraproducentes (...) *la actual posición del hijo menor respecto de sus padre, que puede tener su origen en múltiples causas* (...) hubieron de haber sido examinadas en esta vía ejecutiva (...) perfectamente idónea para arbitrar cualquier medio, siempre respetuoso con la personalidad de los menores, tendente a dilucidar y en su caso alcanzar la estricta observancia de la sentencia de separación (...) en lo referido a un hijo menor (...) A estos efectos se impone la *inmediata intervención del SATAF* que deberá realizar un informe (...) de una manera paralela *deberán iniciarse los pertinentes contactos entre el menor y el padre* (...) *en el Punto de Encuentro que se señale por el Juez,*

(25) Vid. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 45, Editorial Lex Nova, pp. 169-170.

los cuales se realizarán bajo el *control de personal especializado que emita informe sobre cualquier incidencia* relevante que pudiera surgir en su desarrollo sobre la conveniencia actual para el menor de tales contactos. *Por el Juzgado se adoptarán cuantas cautelas se consideren precisas para el cumplimiento de lo anterior...».*

Una solución similar a la expuesta de la Sec. 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, es la alcanzada en Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sec. 2.^a, de 12 de septiembre de 2008, pues conociendo la Apelación frente al Auto que desestimó la oposición a la ejecución forzosa, en atención a que **la madre custodia pretendió por vía de oposición la suspensión del régimen de visitas** entre su marido y la hija de ambos, resuelve que «... resulta incuestionable la conveniencia para la menor de conservar su relación con el padre, siendo este criterio compartido por el Ministerio Fiscal así como por parte del equipo psicosocial que ha emitido informe (...) En dicho informe se apuntan después de diversas consideraciones dos conclusiones (...) Por un lado señala que la forma en que se han venido desarrollando las visitas en el punto de encuentro, no ha contribuido a reactivar la relación paterno-filial (...) Por otro lado, que la situación existente no contribuye al bienestar de Andrea que está siendo privada de la relación con la figura paterna, siendo ésta fundamental para su equilibrio psíquico y bienestar emocional (...) Atendiendo al contenido de los informes que figuran unidos a los autos y valorando las circunstancias del presente caso, puede concluirse en el sentido de que *el restablecimiento del régimen de visitas precisa del seguimiento de un programa de intervención por parte de los tres integrantes de la unidad familiar en conflicto*, padre, madre e hija, ya que si bien es cierto que la menor se muestra reacia (...) no lo es menor que (...) *la madre, progenitora custodia, no contribuye en absoluto para que el régimen de visitas pueda resultar positivo para la menor (...)* Por consiguiente se estima necesario, la *participación de ambos progenitores en un Programa de Intervención Familiar*, que contribuya a la reestructuración de los canales de comunicación y una vez se asuma en firme por ambos progenitores el compromiso de participar en el mismo (...) se acordará la suspensión del régimen de visitas vigente en la actualidad, sustituyendo el mismo por el sistema de comunicación y de relacionarse padre e hija que se reputa más conveniente, con *el asesoramiento de los profesionales que intervengan en el programa de intervención...»*⁽²⁶⁾.

En el mismo sentido, la antes citada Sentencia AP Barcelona, Sec. 12.^a de 17 de junio de 2008, pues frente a la ejecución despachada a instancias del no custodio, **la madre custodia solicitó la suspensión del régimen de visitas dada la negativa de la hija, de 14 años**, a mantener cualquier tipo de régimen de visitas con el progenitor no custodio: «Las circunstancias descritas hacen por ahora inviable la continuación del régimen de visitas de Nuria con su padre, al no poder obligarse a una menor de casi 14 años de edad, al cumplimiento de un régimen de comunicación que rechaza y le causa perturbaciones importantes desde un punto de vista psicológico. Sin duda, la madre ha colaborado activamente a la situación existente entre padre e hija, con evidente concurrencia del llamado Síndrome de Alineación Parental. En su consecuencia, y con la finalidad de salvaguardar los intereses de Nuria, y ante la situación de previsible secuelas psicológicas que pudieran afectarle, en el supuesto de continuar con el régimen de visitas de la sentencia, procede por

(26) Vid. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 42, pp. 245-246, Editorial Lex Nova.

ahora su suspensión. En ejecución de sentencia, y a instancia del progenitor podrán solicitarse cuantas actuaciones se consideren oportunas, incluso de oficio por el órgano judicial, con la finalidad de intentar recuperar las relaciones paterno-filiales, recabando la colaboración de la madre, al efecto de la conveniencia de que se someta a tratamiento terapéutico, el cual habrá de desarrollarse obligatoriamente respecto a la menor Nuria. El órgano judicial podrá adoptar cuantas medidas coercitivas considere oportunas, pudiendo incluso recabar, en el supuesto de nula colaboración de la madre, informe del Servicio de Asesoramiento Técnico en materia de Familia, sobre la posibilidad y conveniencia, en interés de la menor, de modificarse la atribución de la guarda y custodia a favor del padre, o si ello es inviable dada la situación existente...»⁽²⁷⁾.

CONCLUSIÓN:

El progenitor custodio debe agotar todas las posibilidades de que dispone a su favor en el orden personal y familiar como progenitor custodio, para propiciar y favorecer las comunicaciones y visitas entre los hijos menores (y aun cuando éstos sean hostiles al cumplimiento del régimen de estancias y visitas con el no custodio) y el progenitor no custodio⁽²⁸⁾.

Y no sólo para evitarse por el progenitor custodio la sanción pecuniaria por incumplimiento establecida en el artículo 776.2.ª LEC, o para obviar una posible condena penal por la falta de desobediencia prevista y penada en el artículo 618.º CP, ni siquiera para no exponerse de contrario, a una demanda contenciosa de modificación de medidas del artículo 775 LEC, sino porque verdaderamente ha decidido actuar en salvaguarda del superior interés del común hijo menor.

B) El progenitor no custodio que incumple, o no cumple con los exactos términos en los cuales el Juzgador ha establecido el desarrollo del régimen de estancias y visitas, debe ser requerido en forma personal, para que cumpla en sus exactos términos la obligación de hacer personalísimo (artículo 709 LEC) que le viene impuesta, y al efecto le será concedido un plazo para que cumpla, sin perjuicio de la posibilidad de formular oposición a la ejecución despachada en el tiempo y forma establecidos en los artículos 557, 559 y 560 LEC.

El incumplimiento de los condicionantes establecidos en la resolución matrimonial o de familia, para el cumplimiento del derecho de visitas por el progenitor no custodio puede desembocar en la suspensión o extinción de dicho régimen de visitas, y así, en el AAP Sevilla, Sec. 2.ª, de 30 de julio de 2008, al haberse incumplido por el progenitor no custodio su compromiso de someterse a controles toxicológicos trimestrales para verificar que está dispuesto a superar su drogodependencia, a lo que se comprometió en la tramitación del proceso de familia, y a cuyo seguimiento se condicionó la continuidad del régimen

(27) Fundamento de Derecho Cuarto. Sentencia publicada en la revista digital de Derecho de Familia, <LexFamily.es>.

(28) Vid. AAP Madrid, Sec. 22.ª, de 18 de septiembre de 2007, comentada en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 38, pp. 208-209, Editorial Lex Nova.

de visitas, en atención al superior interés del menor, ante la ejecución forzosa despachada a instancia del padre no custodio, por la reticencia de la madre a dejarle al hijo menor, atendido el peligro potencial para el menor y la acreditada politoxicomanía del padre, **procede suspender el régimen de visitas, en el propio proceso de ejecución forzosa de éstas.**

Y lo anterior, hemos de entender siempre, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones contenidas en el artículo 776.2 y 3 LEC para el supuesto de incumplimiento.

4. Supuestos dudosos de ser calificados como incumplimientos. Discrepancias en el ejercicio de la patria potestad

No toda consecuencia del conflicto entre los progenitores en cuanto al exacto cumplimiento del régimen de estancias, visitas y comunicaciones ha de ser calificado como incumplimiento, que por tanto haga preciso el despacho de ejecución forzosa y la adopción de medidas de apremio.

La SAP León, Sec. 3.^a, de 7 de julio de 2005, así lo establece al considerar que «... aun cuando se insiste por el actor en que según el régimen de visitas judicialmente aprobado le correspondía tener en su compañía a los hijos durante 41 días en el verano (la mitad del período vacacional) y que no tenía que reintegrar a los niños al domicilio materno el día 15 de agosto, lo cierto es que ésa era la creencia de la madre y que el padre no comunicó fehacientemente a aquélla la fecha de reintegro de los menores, contribuyendo esas difíciles relaciones entre los progenitores y su incomunicación a generar dudas sobre la fecha de finalización del período de estancia con el padre. Por otro lado la madre se ve imposibilitada para comunicar con sus hijos, no pudiendo tampoco contactar con el demandante, comunicación que resultó incluso dificultosa para la policía, lo que pudo generar inquietud en la madre cuya actuación NO estimamos guiada por el propósito de perjudicar al actor. Seguramente la denuncia y subsiguientes actuaciones policiales y judiciales pudieron y debieron haberse evitado, pensando sobre todo en el interés de los menores; ahora bien, la desafortunada actuación no es imputable en exclusiva a la demandada sino que, como sostiene la sentencia apelada es corresponsabilidad del propio actor, pues las tensas relaciones entre ambos, las diferencias surgidas en torno al régimen de visitas, la incomunicación en suma entre ambos es el desencadenante de los acontecimientos y es responsabilidad de ambos progenitores»⁽²⁹⁾.

En el ámbito procesal civil, nuevamente son harto ilustrativos los *Criterios Orientadores de 2009* citados en otros expositivos de este trabajo, pues en el apartado «obligaciones de carácter personal» se concluye que:

«2.º Los conflictos en orden a distribución o elección de períodos vacacionales no precisan de un proceso de ejecución, y cuando se encuentren derivadas las visitas al Punto de Encuentro Familiar, es aconsejable que dichos centros medien en orden a la distribución de los períodos vacacionales, pudiendo establecerse protocolos de actuación al efecto.

Del mismo modo, las visitas derivadas al Punto de Encuentro Familiar mediante resolución judicial (auto de medidas o sentencia) o, en su caso, las que fijen regímenes progresivos,

(29) *Revista de Derecho de Familia*, Editorial Lex Nova, p. 205.

podrán ser objeto de seguimiento y progresividad, bien en los propios autos principales, o abriendo de oficio pieza de ejecución al efecto.

3.º En estas ejecuciones se estima necesaria la intervención del Ministerio Fiscal en su trámite y en la vista que pudiera celebrarse, la cual resulta conveniente en la fase de oposición a la ejecución, incluso de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal.

4.º Como medidas efectivas ejecutivas, deberá acudirse previamente a los servicios de mediación u otros medios que faciliten la resolución consensuada del conflicto, pudiendo hacerse efectiva en ejecución la derivación al Punto de Encuentro Familiar correspondiente, o establecer regímenes progresivos, sin necesidad de remitir a las partes al procedimiento de modificación de medidas».

A) *Norma general*

Ha de estarse a lo dispuesto en la **resolución judicial** sobre el ejercicio de la patria potestad en relación con el hijo menor, tanto respecto del progenitor custodio como no custodio.

Sin embargo, dado que no son previstas con la frecuencia necesaria las múltiples incidencias que en el ejercicio de la patria potestad pueden suscitarse a lo largo de la vida del menor, pues forma parte de la existencia de éste, lo imprevisible, e incluso lo impredecible, en caso de que la resolución judicial que atribuyó a un progenitor la guarda y custodia y al otro el régimen de estancias y visitas nada diga para solventar el supuesto concreto, habrá de estarse a lo que establece el **artículo 156 CC en sus tres últimos apartados**, es decir, **serán válidos los actos que realice uno de los progenitores, en cuya compañía esté el hijo menor, cuando dichos actos sean conformes al uso social y las circunstancias, así como las decisiones tomadas en casos de urgente necesidad, cuando no es posible contar con la opinión del no custodio.**

Pero hay situaciones en las cuales se debe, y se puede, tomar una decisión conjunta, y en estos supuestos, en defecto de acuerdo entre los progenitores, ha de acudirse al **procedimiento de Jurisdicción Voluntaria establecido en el artículo 156 CC, último párrafo**, ante el propio Tribunal que dictó la resolución que atribuye a un progenitor la guarda y custodia, y al otro el régimen de estancias y visitas (artículo 61 LEC) aun cuando todavía no exista, por otros incumplimientos, un proceso de ejecución forzosa de medidas personales en trámite.

Procesalmente, ha de incidirse en que el Auto por el que el Juez de Instancia atribuye la facultad de decidir en un supuesto concreto, en el que ha existido la discrepancia, a un progenitor o a otro, **no es susceptible de apelación**, y así se establece por la Audiencia Provincial de Barcelona en Auto de la Sección 12.^a de 28 de junio de 2007.

B) *El cambio de domicilio por el progenitor custodio*

Siguiendo a Margarita PÉREZ-SALAZAR RESANO⁽³⁰⁾ en su cita de dos resoluciones de la **Audiencia Provincial de Navarra, Sentencia de 10 de julio de 2008 y Auto de 24 de**

(30) Ponencia «Alcance del ejercicio conjunto de la patria potestad. Discrepancias en su ejercicio», *XIII Jornadas de Derecho de Familia*, Sevilla, 25 y 26 de septiembre de 2008.

junio de 2008, la fijación del domicilio del menor es una **facultad inherente al ejercicio de la custodia** y por ello los artículos 103 y 158 CC tras la reforma de la Ley Orgánica 9/2002 **para evitar el riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas**, permiten la adopción de **medidas cautelares necesarias**, en particular, la de prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa o el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor⁽³¹⁾. Claro está, que si dichas cautelas no se han establecido en la resolución que ha puesto fin al pleito de familia que ha otorgado a uno de los progenitores la custodia y al otro el régimen de estancias y visitas respecto del hijo menor, podrán impetrarse en cualquier momento conforme al artículo 158 CC.

Sin duda, el cambio de domicilio por el progenitor custodio, que dificulte o impida al no custodio el desarrollo pleno del régimen de visitas y estancias con sus hijos menores, en cuanto modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de acordar el régimen de guarda y custodia, puede fundamentar una petición de modificación de medidas, conforme al artículo 775 LEC, pero habrá de estarse al supuesto concreto.

Citamos, a modo de ejemplo de la abundante Jurisprudencia en la materia:

- SAP Valladolid, Sec. 1.^a, de 25 de junio de 2009, no es viable el cambio de guarda, pues el cambio de residencia está motivado por una variación en el puesto de trabajo que exige la movilidad geográfica del progenitor y no ha perjudicado al menor, cuya adaptación ha sido positiva.
- SAP Cantabria, Sec. 2.^a, de 22 de junio de 2009, no prospera la pretensión del progenitor no custodio de que los menores no se trasladen a vivir a Francia con la madre custodia, pues en dicho país cuenta con una ayuda del gobierno, y de modificarse la custodia atribuyéndose al padre, se crearía a los hijos una situación de desamparo.
- AAP Barcelona, Sec. 12.^a, de 30 de enero de 2009, no puede dilucidarse a través de un proceso de ejecución forzosa de la resolución matrimonial que atribuyó a uno de los progenitores la guarda y custodia —a la madre— y al otro un régimen de estancias, visitas y comunicaciones, la petición de la custodia de que se le autorice a mudar su residencia a Bruselas, pues en la ejecutoria no se impuso a la madre la obligación de no trasladarse a vivir al extranjero (en similar sentido, SSAP Madrid, de 10 de mayo de 2005, y Las Palmas, de 11 de enero de 2005).

C) Otras discrepancias en el ejercicio de la patria potestad

En la *SAP Sevilla de 26 de noviembre de 2006*, se concluyó que las decisiones diarias, habituales, ordinarias y rutinarias, se han de adoptar por el que ejerce la guarda, y aquellas otras que sean trascendentes y vayan a afectar notablemente en el desarrollo de la personalidad de los menores, precisan de una decisión conjunta de ambos cónyuges.

(31) SAP Barcelona, Sec. 12.^a, de 19 de septiembre de 2008, atribuye la custodia a la madre con la prevención de que si decide trasladarse a vivir a Hong Kong, que es su ciudad natal, la custodia pasará al padre, en cuyo favor se establece un régimen de estancias y visitas.

Sin embargo, no sólo los progenitores, sino las propias instituciones públicas implicadas en la formación, crianza y desarrollo del menor, son las que niegan al progenitor no custodio información sobre la evolución y circunstancias del hijo común, porque «no es el custodio».

Nuevamente, se hace preciso traer a colación las tan reiteradas a lo largo de este trabajo, Conclusiones Orientadoras alcanzadas en 2009 en el IV Encuentro de Jueces, Magistrados, Fiscales y Secretarios Judiciales⁽³²⁾.

— Decisiones en el ámbito educativo y sanitario:

La decisión sobre el cambio de colegio debe ser tomada de común acuerdo por ambos progenitores y, en su defecto, el Juez resolverá a través del procedimiento establecido en el artículo 156 último párrafo CC, cuál de ellos debe decidir (AAP Málaga Sec. 6.^a, 24 de enero de 2006; Las Palmas de 30 de marzo de 2006; Sevilla de 26 de enero de 2006 y AAP Madrid, Sec. 22.^a, de 31 de marzo de 2008, entre muchas)⁽³³⁾.

En todo caso no puede impedirse por ningún centro educativo al progenitor no custodio —no privado de la patria potestad—, información sobre los datos académicos del hijo menor, ni impedírsele, ni a instancia del progenitor custodio, que el no custodio acuda a fiestas escolares u otros eventos organizados por el Centro Educativo, que afecten a la vida del menor (SAP Valencia, de 23 de septiembre de 2004).

Un interesante AAP Barcelona, Sec. 12.^a, de 30 de enero de 2009, resolviendo en apelación contra el Auto de Instancia recaído en proceso de ejecución de título judicial, obligando a la madre custodia a proporcionar al progenitor no custodio la información que éste le exigía relativas al hijo menor sobre «salud, conducta y formación del menor», reconoce que, aun asistiendo al ejecutante —no custodio— el derecho a ser informado de todo cuanto de importancia acaezca en la vida del hijo sujeto a la guarda y custodia del otro progenitor, es lo cierto que, dada la falta de comunicación verbal entre ambos progenitores y atendida la edad del menor —16 años— dicha información puede ser recabada del propio hijo, cuando se tenga contacto con él en cumplimiento del régimen de visitas establecido⁽³⁴⁾.

El problema se suscitará si es el propio hijo el que se niega a facilitar dicha información, particularmente en lo referente a su salud, pues conforme a la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, artículo 9.3.c) y normativa autonómica de desarrollo, el menor de edad pero con 16 años cumplidos es mayor de edad en el ámbito sanitario, y porque si tiene entre doce años cumplidos y aún no ha alcanzado los 16 pero el personal médico o sanitario concluye un juicio de madurez de dicho menor, y éste se niega a que se facilite información sobre su historia clínica a uno o a ambos de sus progenitores, ha de respetarse su voluntad de no facilitar información, salvo los supuestos excepcionales que en la regulación de referencia se expresan.

(32) Vid. Punto I de este artículo.

(33) Resulta de interés práctico el *Manual de actuación de colegios y médicos ante hijos de padres separados/divorciados* editado por la Asociación PROJUSTICIA, web, <www.projusticia>.

(34) Vid. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 44, pp. 192-193, Editorial Lex Nova.

— **Decisiones en ritos religiosos o de culto**

Siguiendo a la autora citada en el punto B), son destacables en esta materia las SSAP Castellón, Secc. 2.ª de 23 de octubre de 2006 y de Málaga de 24 de enero de 2006. Son decisiones que afectando al derecho a la libertad religiosa del propio menor y de su pleno desarrollo y formación integral de su personalidad, no pueden sustraerse al ejercicio de la patria potestad de ambos progenitores. Por tanto, una vez más, si no están de acuerdo, deberán someter la cuestión a la decisión judicial, para que, conforme a lo establecido en el artículo 156 CC último párrafo, sea el Juez quien atribuya, sin ulterior recurso, la facultad de decidir a uno u otro progenitor.

— **Decisiones respecto a la inversión en gastos extraordinarios**

Según la Jurisprudencia mayoritaria, los gastos extraordinarios son aquellos que no son periódicos ni previsibles, precisan de determinación y objetivación en cada momento y para cada supuesto concreto, por lo que el progenitor habrá de requerir del otro su consentimiento para la asunción de tales gastos extraordinarios, salvo imposibilidad manifiesta y acreditada (*vid.* AAP Barcelona, Sec. 18.ª de 7 y 15 de enero de 2008; de 29 de abril de 2005 entre muchas). Son los supuestos más numerosos, por la frecuencia con la que la controversia accede a la ejecución forzosa, la asistencia médica o psicológica no cubiertas por la Seguridad Social o por seguros privados concertados; estancias en el extranjero de los hijos para cursos o vacaciones, excursiones, fiestas, compras importantes e inscripción del menor en cursos y actividades que redundarán en la mejora del rendimiento académico del menor, o incluso en su ocio... Por tanto, necesita su asunción de acuerdo previo documentado por ambos progenitores o, en su defecto, de autorización judicial para decidir sobre su inversión, conforme al reiterado artículo 156, último párrafo, CC. La falta de comunicación por un progenitor a otro, aun con el pretexto de que el custodia estaba en el convencimiento para asumir el desembolso, sin perjuicio del ulterior reintegro del 50% por el no custodia, podrá provocar, en ejecución de sentencia, que aquel progenitor con cuyo consentimiento no se ha contado, se oponga al pago que se le reclama (SAP Madrid, de 27 de enero de 2006, citada por M. PÉREZ-SALAZAR RESANO, *op. cit.*). A partir del 4 de mayo de 2010 hay que estar a la regulación contenida en el nuevo apartado 4 del artículo 776 LEC, incidente sobre determinación de lo extraordinario del gasto sufragado, previo a la demanda ejecutiva, que no obviará, en caso de oposición a la ejecución que se despache a instancia del progenitor que lo ha sufragado, la oposición del otro, al que se reclama, por no haberse contado con su consentimiento.

IV. RESOLUCIONES JUDICIALES ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO. MEDIACIÓN. LA SANCIÓN DE MULTAS COERCITIVAS. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO

1. La mediación

Una de las importantes reformas procesales introducidas en la tramitación de los procedimientos de familia por la Ley 15/2005 ha sido añadir al artículo 770 LEC un apartado 7.º, a cuyo tenor:

«La partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 LEC, PARA SOMETERSE A MEDIACIÓN».

Es decidida la apuesta del legislador por la mediación, y no sólo por la modificación expuesta, sino por la actividad legislativa que se viene desarrollando en los últimos meses.

En los procesos de Familia es quizás donde todos los operadores jurídicos somos más conscientes de la conveniencia de introducir, tanto en la fase declarativa del pleito como en el de ejecución, un intento de mediación intrajudicial y, nuevamente, los Criterios Orientadores reiteradamente citados en el desarrollo de este trabajo, en su edición de 2009, concluyen que:

«Como medidas efectivas ejecutivas, deberá acudirse previamente a los servicios de mediación u otros medios que faciliten la resolución consensuada del conflicto, pudiendo hacerse efectiva en ejecución la derivación al Punto de Encuentro Familiar correspondiente, o establecer regímenes progresivos, sin necesidad de remitir a las partes al procedimiento de modificación de medidas».

Existen ya ejemplos en la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, de resoluciones que, en Apelación del Auto que ha resuelto la oposición a la ejecución forzosa por incumplimiento de las medidas personales establecidas en la resolución de familia, en cuanto al régimen de estancias y visitas entre progenitor no custodio e hijo menor, remiten a las partes a la Mediación, con revocación de la resolución de instancia, y suspensión o seguimiento por los Equipos Técnicos y en los Puntos de Encuentro, del régimen de visitas (entre otras, AAP Madrid, Sec. 22.ª, de 25 de julio de 2007; AAP Barcelona, Sec. 12.ª, de 3 de diciembre de 2007, en esta última se destaca que «... lo único que se consigue con una actitud beligerante, manteniendo la actual situación de pugna entre las partes o acudiendo reiteradamente a los Tribunales para dirimir las diferencias, es perturbar la tranquilidad del menor, tan perjudicial para su correcto y sano desarrollo integral...»).

2. La imposición de multas coercitivas

La sanción por multas coercitivas contenida en el artículo 776.2 LEC ante el incumplimiento del régimen de estancias, visitas y relaciones con el hijo menor, tanto por el progenitor custodio como por el no custodio, precisa de la concurrencia de un supuesto patente, de manifiesto incumplimiento exteriorizado por la conducta rebelde del incumplidor, que no deje margen de duda de su voluntad impeditiva u obstativa de cumplir aquello a lo que viene judicialmente obligado (AAP Barcelona, Sec. 12.ª, de 3 de diciembre de 2007; AAP Cáceres, Sec. 1.ª, de 19 de diciembre de 2008⁽³⁵⁾).

3. El resarcimiento por daños y perjuicios

Es ilustrativa y pionera en esta materia, tanto en el ámbito jurídico sustantivo como procesal, la STS, Sala Primera, de 30 de junio de 2009.

(35) *Vid. Revista de Derecho de Familia*, núm. 39, p. 236, y núm. 43, p. 212, Editorial Lex Nova.

- **En el ámbito jurídico sustantivo**, pues traslada al Derecho de Familia el reconocimiento de la obligación de resarcir los daños morales y materiales, conforme al artículo 1902 CC, que a uno de los progenitores pueden derivarse de la ruptura total de las relaciones paterno-filiales con el hijo menor, y que tiene su causa en la conducta obstructiva, reticente y continuada del progenitor que tiene en su compañía al hijo común como custodio, y que ha provocado la ruptura total de las relaciones entre el menor y el progenitor inicialmente no custodio —pues posteriormente, los Tribunales españoles le atribuyeron la guarda y custodia del hijo menor, que no pudo ejecutarse en América, lugar al que la madre se trasladó a vivir con el hijo común—⁽³⁶⁾.
- **En el ámbito procesal, dado que la acción entablada prescribe al año, conforme al artículo 1968.2.º CC, se estima que al tratarse de daño continuado, el *dies a quo* para el cómputo a efectos de prescripción extintiva de la acción entablada se inicia cuando el daño desaparezca, y esto sucedió en el momento en el que se extinguió la patria potestad, por alcanzar el hijo la mayoría de edad**⁽³⁷⁾.

(36) *Vid.* Sentencia comentada en *Revista de Familia y Sucesiones*, editorial SEPIN, noviembre-diciembre 2009, núm. 88, pp. 29 a 32 «el daño existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso sólo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra a cargo del menor (...) En consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión 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 acciones penales por desobediencia...».

(37) «... la privación de los contactos con el hijo ha ido manteniéndose a lo largo de su minoría de edad, y por lo tanto, el *dies a quo* para el ejercicio de la acción y para contar el plazo del año de acuerdo con el artículo 1968.2 CC es precisamente el día en que debe cesar la guarda y custodia del padre por haber cumplido el hijo la mayoría de edad y porque en cualquier momento podría haber recuperado el padre la guarda y custodia. Por consiguiente el daño sólo se consolidó cuando el padre supo que definitivamente se le había privado de poder comunicarse con el menor y ejercer la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente y ello ocurrió en el momento en que se extinguió la patria potestad...».

Revista de

Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se declara la nulidad de las sentencias que excluyeron del llamamiento a la herencia a unas hijas adoptivas de un hijo del causante, ya que esta discriminación por el origen de la filiación es contraria a la Constitución, siendo indiferente que el testamento se otorgase mucho antes de promulgarse la norma constitucional.

Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, Sentencia 9/2010, de 27 de abril

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio

ANÁLISIS DEL CASO

En el año 1927 se otorgó testamento por un señor que falleció posteriormente en el año 1945, en el que dispuso una sustitución fideicomisaria condicional si *sine liberis decesserit* a favor de sus cinco hijos. La disposición testamentaria establecía, literalmente, lo siguiente: «Séptima: Y de todos sus bienes restantes, muebles e inmuebles, derechos, créditos y acciones presentes y futuros, instituye heredero universal a su hijo don José Antonio, quien podrá disponer libremente de los bienes de la herencia cuando tenga algún hijo o hija que haya llegado a la pubertad; y en caso contrario sólo podrá disponer de la cantidad de siete mil pesetas que le servirán de pago de su porción legitimaria; y para después de su muerte sin hijos, le sustituyen sus hermanos D. Arcadio, D. Ramón, D. Antonio y D. Juan, no a todos juntos sino el uno después del otro por el orden indicado y con la misma condición impuesta al primer instituido; advirtiendo que si al tener efecto alguna de tales instituciones, hubiese fallecido el sustituto y dejado algún hijo legítimo que entonces o después llegue a la edad de testar, quiere que éstos sucedan en lugar de su padre premuerto en el modo que resultan instituidos, y a falta de disposición observarán el mismo modo de suceder que el testador establece aquí para sus hijos».

El heredero instituido en primer lugar falleció soltero y sin hijos en 1997. El segundo instituido había premuerto al testador en 1940, también soltero y sin descendencia. El llamado en tercer lugar (D. Ramón) había fallecido en 1995, con anterioridad al primer instituido, pero había dejado dos hijas adoptivas que ya habían alcanzado la edad de testar, por lo que acudieron ante Notario a otorgar escritura en la que, acreditando los hechos que se dejan acuestados, se adjudicaban por mitad dos fincas rústicas que constituían el objeto de la herencia fideicomitada.

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, el Registrador denegó la práctica del asiento porque, al ser las otorgantes de la escritura de adjudicación de herencia que se pretendía inscribir hijas adoptivas del hijo llamado en tercer lugar, a juicio del Registrador no podrían ser consideradas hijas legítimas, tal y como disponía el testador. Mientras tanto, el instituido en cuarto lugar (D. Antonio) había obtenido la inscripción a su favor en el Registro

de la Propiedad de las dos fincas que constituían la herencia fideicomitida, a saber, las fincas registrales 395 (antes 13) y 609 del Registro de la Propiedad de Vilafranca del Penedés.

Las dos hijas adoptivas del tercer instituido, así como su esposa, doña María de los Dolores Morera Camps, formularon demanda de juicio declarativo de menor cuantía por la que se reclamaba el dominio por título hereditario de las fincas mencionadas y se pedía que se anulara la inscripción registral de las mismas a favor del fideicomisario instituido en cuarto lugar. Al mismo tiempo, la esposa del instituido en tercer lugar ejercía acción declarativa de dominio por adquisición por prescripción adquisitiva de una de las dos fincas que constituían la herencia fideicomitida.

La demanda fue desestimada íntegramente por Sentencia de 15 de septiembre de 2000 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Vilafranca de Penedés, posteriormente confirmada en apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona mediante Sentencia de 2 de abril de 2003, siendo coincidentes en lo esencial los razonamientos empleados por ambas resoluciones para desestimar la demanda, consistentes en entender que las demandantes, por su condición de hijas adoptivas, no cumplían la condición de ser hijas legítimas establecida en el testamento, de modo que se debía proceder al llamamiento del cuarto sustituto designado por el testador, que fue quien obtuvo la inscripción registral de las fincas fideicomitidas.

Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona interpusieron las demandantes recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el que alegaban, entre otros motivos, la vulneración del artículo 14 CE, vigente en el año 1997 cuando se produjo el fallecimiento del instituido en primer lugar como heredero fiduciario. El recurso fue desestimado mediante Sentencia de 22 de enero de 2004, por entender la Sala que en materia de sucesión testamentaria la voluntad del testador es la ley que debe regir la sucesión y que, en este caso, no es posible distinguir, tal y como pretende la parte apelante, entre una sustitución fideicomisaria regida por la voluntad del testador y una sustitución vulgar en la que, por haberse producido el hecho que desencadena la sustitución en un momento en el que se encontraban legalmente equiparados los hijos adoptivos a los llamados legítimos, aquéllos no podrían ser excluidos de la herencia.

D.^a María Dolores y D.^a María Carmen formularon demanda de amparo que fue estimada por el Tribunal Constitucional que reconoció su derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminadas por razón de nacimiento proclamado por el artículo 14 CE en relación con lo dispuesto en el artículo 39.2 CE; declaró la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 5/2004, de 22 de enero de 2004, dictada en el recurso de casación núm. 90-2003, así como de la dictada con fecha 2 de abril de 2003 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación núm. 1001-2000 y de la Sentencia de 15 de septiembre de 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Vilafranca del Penedés en autos de juicio de menor cuantía núm. 174-1999; todas ellas en lo relativo a la desestimación de la pretensión sucesoria de las recurrentes por causa de su filiación adoptiva; y ordenó la retroacción de las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la Sentencia de primera instancia, para que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Vilafranca del Penedés se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental de las recurrentes a no ser discriminadas por razón de su filiación.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Motivos del recurso de amparo

En su demanda de amparo las recurrentes aducen que la Sentencia impugnada ha vulnerado su derecho a la igualdad proclamado en el artículo 14 CE, precepto éste que se encontraba vigente en el momento de producirse el llamamiento de los sucesivos herederos tras el fallecimiento sin descendencia del instituido heredero fiduciario en primer lugar (1997). Frente a la tesis defendida por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que entiende que la expresión «hijos legítimos» empleada por el testador ha de interpretarse al tiempo del otorgamiento del testamento (1927) o al del fallecimiento del causante (1945), de modo tal que, tanto en una como otra fecha, la expresión «hijos legítimos» no comprendería a los hijos adoptivos, las recurrentes consideran que la interpretación de esta noción debe llevarse a cabo al tiempo del fallecimiento sin hijos del primer instituido, que es lo que desencadena el mecanismo sustitutorio establecido en el testamento, momento en el que ha de examinarse la idoneidad de las demandantes de amparo para entrar en la herencia de su abuelo como sustitutas vulgares de su padre fallecido, procediendo, por tanto, realizar una interpretación de la cláusula testamentaria conforme a los principios constitucionales vigentes. Pues bien, al mantener que los hijos adoptivos no pueden ser considerados hijos legítimos, la Sentencia impugnada habría creado una discriminación por razón de nacimiento no justificada de manera objetiva y razonable, que no sólo habría vulnerado el artículo 14 CE, sino también el artículo 39.2 CE, que establece la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal

Tras una detenida exposición de los antecedentes de los que trae causa la demanda de amparo, el Fiscal realiza algunas consideraciones preliminares sobre este recurso. Por lo que se refiere a su naturaleza, entiende que el presente recurso de amparo es de los denominados «mixtos», porque su eventual estimación no sólo afectaría a la resolución judicial recurrida en amparo, sino

también a los actos de los poderes públicos cuya impugnación se pretendió infructuosamente a través de la demanda rectora de la litis, es decir, la inscripción registral de las fincas a favor del demandado en el procedimiento civil.

En cuanto al objeto del recurso, el Fiscal señala, en primer lugar, que aunque la demanda de amparo se dirige exclusivamente contra la Sentencia dictada en casación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como quiera que dicha resolución confirmó las anteriormente dictadas, tanto en la primera instancia como en el recurso de apelación, por ser también desestimatorias de la pretensión planteada, habrá de entenderse que éstas también son recurridas en este amparo por aplicación de la doctrina establecida por el propio Tribunal Constitucional (STC 115/2003, de 16 de junio, FJ 2). En segundo lugar, el Ministerio Fiscal también añade que, aun cuando en el escrito de demanda se menciona como derecho vulnerado el contenido en el artículo 14 CE desde la perspectiva que ofrece la igualdad en la aplicación de la ley por parte de los jueces y tribunales, ha de entenderse, conforme se desprende del sentido de la queja formulada, que la vulneración aducida se refiere a la prohibición de discriminación que contiene el precepto constitucional invocado. Del contenido de la demanda se desprendería, en efecto, que el motivo de la queja planteada es la discriminación que las recurrentes dicen haber sufrido como consecuencia de que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, fundándose en su condición de hijas adoptivas, las excluyó de llamamiento a la herencia de su abuelo paterno realizado en favor de los hijos legítimos de los instituidos en el testamento.

Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, el Fiscal advierte que «no se puede olvidar la eficacia directa y vinculante para todos los poderes públicos, incluido el Judicial, de las normas que proclaman los derechos fundamentales», como lo es el invocado derecho a la igualdad y a no ser discriminado, cuyo alcance en relación con el contenido unitario de la filiación ha sido oportunamente precisado por

la doctrina constitucional a la luz del mandato constitucional contenido en los artículos 14 y 39.2 CE (STC 200/2001, de 4 de octubre). Sin embargo, a juicio del Ministerio Fiscal no ha sido éste el criterio seguido por la Sentencia recurrida en amparo, que sanciona la exclusión de las demandantes de la herencia de su abuelo por ser hijas adoptivas de uno de los hijos del causante al entender que, conforme a la legislación común y foral existente en el momento en el que se abrió la sucesión, los hijos adoptivos no podían considerarse puestos en condición salvo que así lo dispusiera el causante, y ello a pesar de que en la actualidad sea efectiva la igualdad entre todos los hijos en materia sucesoria merced a lo dispuesto en los artículos 14 y 39.2 CE y a las modificaciones operadas a su amparo en la legislación ordinaria, de la que, según señala el Tribunal Superior de Justicia, no puede hacerse aplicación retroactiva al presente caso.

En opinión del Fiscal, las razones que fundamentan esta decisión no son compatibles con las exigencias que derivan del derecho reconocido en el artículo 14 CE. A dicha conclusión se llegaría atendiendo la secuencia temporal en que se desenvuelve el proceso sucesorio considerado, puesto que en 1997, cuando se produce el llamamiento a la herencia de las demandantes de amparo tras resultar infructuosos los anteriores, existía ya un reconocimiento positivo de la equiparación entre hijos adoptivos y por naturaleza, por lo que no podría sostenerse que la aplicación de dicho régimen al caso enjuiciado entrañe retroactividad de ningún tipo. De lo que se trata, en definitiva, es de aplicar a cada una de las fases que pueden distinguirse en el proceso sucesorio, que se inicia con la apertura de la sucesión y finaliza con la adquisición de la herencia, la legislación que está vigente en cada una de ellas. Pues bien, la sustitución ordenada por el causante respecto de los hijos instituidos herederos en forma sucesiva se somete a una condición consistente en que los sustitutos sean hijos legítimos de los instituidos herederos, cuyo cumplimiento debe apreciarse en el momento en el que los sustitutos son llamados, momento éste en el que, por lo que aquí nos concierne, era inconstitucional en nuestro ordenamiento distinguir, atendiendo al único dato de la filiación, entre hijos adoptivos e hijos legítimos, razón por

la cual esa condición se encontraría prohibida por la ley.

Rechaza asimismo el Fiscal que la Sentencia impugnada pueda encontrar apoyo, como se pretende, en el ATC 22/1992, de 27 de enero, que inadmitió una demanda de amparo formulada contra una Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, de manera semejante a lo que acontece en el supuesto examinado, excluyó de la condición de herederos a quienes la invocaban como hijos adoptivos, al entender que no era posible la aplicación retroactiva del régimen de equiparación entre hijos. Advierte el Ministerio Fiscal, sin embargo, las diferentes circunstancias en que se inscriben uno y otro caso, por cuanto en el examinado en aquel Auto, en el momento en el que se produce el llamamiento de quien se consideraba preterido por su condición de hijo adoptivo (1974) no estaba vigente el actual régimen constitucional de igualdad entre los hijos con independencia de su filiación.

Por todo ello, debería concluirse que la Sentencia impugnada vulneró el derecho de las demandantes de amparo a no ser discriminadas, en la medida en que las perjudicó al desconocer su condición de herederas atendiendo a un motivo expresamente vedado por el artículo 14 CE, procediendo entonces otorgar el amparo solicitado, así como la anulación de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de las dictadas en las instancias judiciales inferiores de las que aquélla es confirmación y de las inscripciones en el Registro de la Propiedad de las fincas que constituían el caudal hereditario practicadas a favor del demandado o de las personas que del mismo traigan causa.

3. Alegaciones de los otros herederos

Entienden las comparecientes, en primer lugar, que es plenamente aplicable al caso enjuiciado la doctrina contenida en el ATC 22/1992, de 27 de enero, que aboca a la desestimación de la demanda porque, tanto la fecha de otorgamiento del testamento (1927) como la del fallecimiento del causante fideicomitente (1945), que produce la apertura de la sucesión, eran entonces, al igual que en el caso aquí examinado, muy anteriores a la promulgación de la Constitución de 1978, por lo que, siguiendo el criterio allí establecido,

han de considerarse inaplicables al caso los preceptos y principios constitucionales invocados, que no estaban vigentes en aquel momento, debiendo ajustarse la interpretación de la voluntad testamentaria al momento histórico en que se otorgó el testamento.

En segundo término, las comparecientes también alegan que la Constitución no ha derogado el principio de libertad de testar y que el principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación únicamente implica que los derechos que la ley les otorga corresponden a todos los hijos por igual respecto de sus padres, pero no que el testador esté obligado a repartir la herencia en partes iguales entre todos sus hijos. En la medida en que las fincas fideicomitidas sobre las que versó el proceso judicial constituían la parte de libre disposición de dicha herencia, el testador fideicomitente habría obrado en el ejercicio legítimo de su derecho a la libertad de testar al llamar como sustitutos vulgares de los fideicomisarios premuertos a los hijos legítimos de éstos.

En el escrito también se aduce que lo que verdaderamente hacen las recurrentes es cuestionar la interpretación del testamento y la determinación de la legalidad aplicable efectuadas por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, lo cual representa una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde resolver a los tribunales ordinarios, sin que pueda apreciarse arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad en la interpretación del testamento realizada por la Sentencia impugnada, dado que, de un lado, el testador fideicomitente transmitió a todos sus hijos la misma cantidad en pago de lo que por legítima les correspondía, por lo que se respetó el principio de igualdad de los hijos, sin vulnerar en modo alguno dicho principio al llamar como sustitutos vulgares de los fideicomisarios premuertos a los hijos legítimos de éstos en relación con los bienes fideicomitidos integrantes de la parte de libre disposición, y, de otro lado, nada cabe reprochar al criterio interpretativo seguido por la resolución impugnada que considera aplicable al caso la legislación vigente en el momento del fallecimiento del testador.

Finalmente, aducen las comparecientes la actuación de mala fe y contra sus propios actos

de las demandantes de amparo al reclamar éstas la totalidad de los bienes fideicomitidos, frente a la reclamación parcial formulada en el procedimiento civil.

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

a) En primer lugar, es doctrina reiterada que el principio de igualdad no prohíbe cualquier tratamiento desigual, sino, específicamente, aquellas desigualdades que, de un lado, «resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados», o que, de otro lado, impliquen consecuencias jurídicas que no «sean proporcionadas a la finalidad perseguida», y que, por ello, generen «resultados excesivamente gravosos o desmedidos. (...) En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas)» (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 4).

b) En segundo lugar, a diferencia del derecho general a la igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad sino sólo la razonabilidad del criterio que funda la diferencia de trato y la proporcionalidad de las consecuencias que de ella se derivan, la prohibición de discriminación por las causas específicas contenidas en el artículo 14 CE implica, por una parte, «un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex Constitutione*, que impon[e] como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitu-

cional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6); y, por otra parte, «[t]ambién resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el artículo 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2)» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4).

c) En tercer lugar, «dentro de la prohibición de discriminación del artículo 14 CE y, más concretamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (SSTC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b; 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; AATC 22/1992, de 27 de enero; 324/1994, de 28 de noviembre), de modo que deben entenderse absolutamente equiparadas éstas (ATC 22/1992, de 27 de enero). Y directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación (ATC 22/1992, de 27 de enero), se encuentra el mandato constitucional recogido en el artículo 39.2 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el artículo 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (STC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5)» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4). La STC 154/2006, de 22 de mayo, subraya la importancia de la interpretación sistemática de ambos preceptos constitucionales como consecuencia del principio de unidad de la Constitución: «el artículo 14 CE opera aquí

con el trasfondo del artículo 39.2 y 3 CE,» que, por lo que aquí interesa, «obliga a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación» (FJ 4).

d) Por último, respecto de las consecuencias específicas que se derivan de lo anterior para los órganos judiciales, también hemos afirmado que éstos «pueden vulnerar el artículo 14 CE cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el artículo 14 CE no consiente (por todas, STC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3)» (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8).

La aplicación de la doctrina constitucional reseñada al presente supuesto conduce al otorgamiento del amparo.

Ante todo, debe tenerse en cuenta que la conclusión alcanzada por la Sentencia impugnada en este amparo, en el sentido de que la expresión «hijos legítimos» empleada por el testador no comprende a los hijos adoptados, no se deduce de manera inequívoca de la formulación literal de la cláusula testamentaria, sino que es producto de la interpretación que de aquella expresión realiza el órgano judicial, de manera que la exclusión de las demandantes de amparo del llamamiento a la herencia no tiene su origen directo en el ejercicio de la libertad de testar sino en el de la jurisdicción. En efecto, una vez sentado que la voluntad del testador es la ley de la sucesión y que ésta debe ser interpretada de conformidad con el sentido literal del testamento (artículo 675 del Código civil), la legislación aplicable y los términos en los que estaba formulada la disposición testamentaria otorgaban en este supuesto a los órganos judiciales un margen de arbitrio dentro del cual éstos podían realizar legítimamente interpretaciones diversas de la expresión «hijos legítimos».

Por un lado, dicha expresión podía interpretarse de conformidad con el significado que tenía en el marco de la legislación vigente en el momento de otorgar el testamento o, en su caso, de fallecer el causante. Este es el criterio empleado por la Sentencia aquí impugnada que, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, al igual que las resoluciones de las que trae causa, entiende que, en el presente caso, la voluntad del testador «es clara, tanto en su interpretación literal, como puesta en relación con las disposiciones legales vigentes en el momento en que es expresada, año 1927, cuanto en el momento en que se abre la sucesión, año 1945», de forma que «el llamamiento a favor de los hijos —para los puestos en condición— sólo comprende a los legítimos y a los legitimados por subsiguiente matrimonio, nunca a los naturales ni a los adoptivos».

Por otro lado, sin embargo, el supuesto que afronta la Sentencia impugnada se caracteriza porque, aunque el testamento se otorgó y el causante falleció mucho antes de 1978, la condición correspondiente a la sustitución fideicomisaria se verificó con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, de tal manera que también podía entenderse que la voluntad del testador expresada en el testamento debe ser interpretada de conformidad con la situación jurídica propia del momento en que ha de ejecutarse la sustitución. Ésta es la interpretación que patrocinaron en su momento las ahora demandantes de amparo, así como la acogida por el propio Tribunal Supremo en algunos pronunciamientos recientes (Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002, de 15 de diciembre de 2005, o de 29 de septiembre de 2006). De acuerdo con este segundo planteamiento, es legítimo presumir que, a menos que en el testamento conste lo contrario de forma inequívoca, no es la voluntad del testador introducir distinciones que resulten contrarias a los fundamentos del sistema jurídico vigente en el momento en que se cumple la condición y han de ser ejecutadas las correspondientes disposiciones testamentarias (en este sentido, por ejemplo, Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2006, FJ 4).

En principio, la cuestión relativa a la aplicación de las normas sobre la interpretación de

los testamentos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, de modo que al Tribunal Constitucional no le corresponde revisar, en vía de amparo, la apreciación que de la misma hayan realizado los órganos judiciales, a menos, claro está, que sea dicha interpretación la que lesione el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Pues bien, esto es, precisamente, lo que ocurre en este supuesto en relación con el derecho reconocido en los artículos 14 y 39.2 CE.

En efecto, no ha sido el causante al formular en su día la disposición testamentaria en el ejercicio de su libertad de testar, sino el órgano judicial al interpretar una expresión ambigua y, por tanto, en el ejercicio de la jurisdicción, quien ha creado un tratamiento jurídico discriminatorio a partir de un criterio como el relativo a la filiación adoptiva, que resulta expresamente prohibido por el artículo 14 CE en relación con el artículo 39.2 CE. A este resultado se llega por aplicación de la doctrina constitucional, a la que ya se ha hecho referencia, en virtud de la cual los órganos judiciales pueden vulnerar el artículo 14 CE cuando interpretan las normas jurídicas con un criterio que produzca «el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el artículo 14 CE no consiente» (SSTC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8).

Como advierten las recurrentes en defensa de su pretensión de amparo, ésta es también la doctrina auspiciada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2004, dictada en el asunto *Pla y Puncernau c. Andorra*, que juzgó un caso similar al ahora examinado en el que los Tribunales andorranos, tomando en consideración el momento histórico y jurídico en el que se otorgó testamento (1939) y aquel en que se produjo el fallecimiento de la causante (1949), estimaron que no podía entenderse puesto en condición un hijo adoptivo en

la sustitución fideicomisaria que ordenaba que quien llegara a ser heredero debía transmitir la herencia a un hijo o nieto de un matrimonio legítimo y canónico. A juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que estima la demanda interpuesta por los recurrentes (el hijo adoptivo del primer instituido y su madre) y condena al Estado andorrano, la interpretación judicial que origina la demanda es discriminatoria y contraria a los postulados del principio de igualdad proclamado por el artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas (en adelante, CEDH), por cuanto, una vez aceptado que la cláusula en cuestión requería una interpretación por parte de los Tribunales internos, ésta no podría realizarse exclusivamente a la luz del contexto social y jurídico en vigor en el momento de la redacción del testamento o del fallecimiento de la testadora (1939 y 1949, respectivamente) y ello debido al largo período de tiempo transcurrido entre las fechas en las que se produjeron tales acontecimientos y el momento en el que tomó efecto la disposición testamentaria (1996), en el curso del cual se produjeron profundos cambios de orden social, económico y jurídico que han dado lugar a nuevas realidades que no pueden ser ignoradas por el Juez.

En conclusión, las Sentencias dictadas en el proceso del que trae causa este recurso de amparo, al fundar la desestimación de la pretensión de las recurrentes en su condición de hijas adoptivas, les han dispensado un tratamiento discriminatorio contrario al artículo 14 CE, interpretado sistemáticamente en relación con el artículo 39.2 CE, lo que corrobora el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la indicada Sentencia con invocación del artículo 14 CEDH, un instrumento internacional, éste, de conformidad con el cual es preciso interpretar los derechos y libertades proclamados por la Constitución (artículo 10.2 CE) y, por lo tanto, también el derecho a no ser discriminado por razón de la filiación reconocido en los artículos 14 y 39.2 CE.

Conviene, finalmente, precisar que, frente a lo que aduce la parte demandada en la instancia, la conclusión alcanzada no entraña en absoluto una aplicación retroactiva de las disposiciones constitucionales, sino el sometimiento y ade-

cuación de la apreciación del órgano judicial al régimen constitucional en vigor cuando toma efecto la previsión testamentaria y, por lo tanto, cuando se ha de enjuiciar el cumplimiento de la condición impuesta por el testador. Precisamente por ello, a lo anterior no puede oponerse, tal y como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, la doctrina contenida en nuestro ATC 22/1992, de 27 de enero, sobre la que afirma apoyarse la Sentencia impugnada, y de la que no se deriva en modo alguno que, en un supuesto como el de autos, el ejercicio de la potestad jurisdiccional con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución pueda dejar de estar sometido al régimen que de ella se deriva. Según afirmamos ya en nuestra STC 80/1982, de 20 de diciembre, ello «no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo, el de la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 y la afirmación de que, en consecuencia, todo español tiene desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento [...]» (FJ 2).

A partir de los razonamientos expuestos es forzoso concluir que la Sentencia impugnada, así como las pronunciadas en las instancias judiciales inferiores de las que aquélla es confirmación, al tomar como fundamento de la desestimación de la pretensión procesal de las recurrentes su condición de hijas adoptivas del instituido sucesor fideicomisario, dispensaron a las demandantes un tratamiento discriminatorio constitucionalmente prohibido en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 CE, interpretado sistemáticamente en relación con el artículo 39.2 CE.

La estimación de la demanda de amparo y el consiguiente restablecimiento de las recurrentes en su derecho fundamental determina la anulación de esos pronunciamientos judiciales en lo relativo a la desestimación de la pretensión sucesoria de las recurrentes por causa de su filiación adoptiva, así como la retroacción de las actuaciones al momento anterior al de dictar la Sentencia de primera instancia, para que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Vilafranca del Penedés adopte una Sentencia respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia que resuelve el recurso de amparo núm. 1026-2004.

En el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 90.2 LOTC expreso mi posición discrepante con la Sentencia aprobada, en la que se declara que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al interpretar una cláusula testamentaria, ha vulnerado el derecho de las recurrentes a la igualdad y a no ser discriminadas por razón de nacimiento (artículo 14 CE en relación con el artículo 39.2 CE).

Comprendiendo la incidencia que en la decisión de la Sala ha tenido la STEDH recaída en el caso *Pla y Puncernau c. Andorra*, aunque no pueda decirse que sean supuestos parejos, considero en cualquier caso que en nuestro Derecho interno la cuestión relativa a la aplicación de las normas sobre la interpretación de los testamentos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, de modo que a este Tribunal Constitucional no le corresponde revisar, en vía de amparo, la apreciación que de las mismas hayan realizado los órganos judiciales, a menos que sea dicha interpretación la que lesione el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

En este sentido, debe tenerse presente que nadie tiene derecho a un acto de liberalidad, por lo que las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE no se proyectan sobre los actos de liberalidad *inter vivos* o *mortis causa*. En nuestro Derecho civil sucesorio, tanto

común como foral, se confiere a la persona un amplio ámbito de libertad de disposición *mortis causa* sobre sus propios bienes, de modo que, respetando en su caso el régimen de legítimas, el causante puede disponer de ellos para después de su muerte del modo que estime conveniente, sin necesidad de ofrecer justificación sobre su decisión ni estar vinculado por las prohibiciones contempladas por el artículo 14 CE.

Siendo esto así, puesto que en materia de interpretación de las disposiciones testamentarias la única regla básica de nuestro Derecho es la indagación de la voluntad del testador (artículos 675 del Código civil y 110 del Código de sucesiones por causa de muerte de Cataluña), considero que si, tras la oportuna labor exegética, el órgano judicial alcanzase la conclusión de que la misma fue excluir de la herencia a los adoptados (o a cualquier otra categoría de personas), tal consecuencia no entra por sí misma en colisión con el artículo 14 CE, pues tanto ese resultado como el contrario son opciones igualmente válidas constitucional y legalmente, acordes con el ejercicio de la libertad de testar, ante las cuales los poderes públicos han de mantenerse neutrales.

En consecuencia, sólo si la interpretación que el órgano judicial realizase de la cláusula testamentaria pudiera conceptuarse —conforme a nuestro reiterado canon de control— como arbitraria, irrazonable o incurra en error fáctico, habríamos de calificar la resolución judicial como contraria, ante todo, al 24.1 CE.

TRIBUNAL SUPREMO

PENSIÓN COMPENSATORIA

No se fija pensión compensatoria ya que la esposa ha mantenido intacta durante el matrimonio su capacidad de trabajo y ha trabajado cuando lo ha considerado conveniente o ha podido, dándose la circunstancia de que, por estar vigente el régimen de gananciales, es titular junto a su esposo de todos los bienes adquiridos durante la convivencia. 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, siendo irrelevante la concurrencia de necesidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de enero de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Jesús Manuel y D.ª Crescencia habían contraído matrimonio en 1969.

D. Jesús Manuel percibía una pensión por incapacidad permanente total de 944,20 € en el año 2004. D.ª Crescencia había trabajado fuera del hogar conyugal en diversos períodos de tiempo antes de la separación desde 1966 a 1982, y con contratos temporales hasta mayo de 2003.

D. Jesús Manuel interpuso demanda de separación contra D.ª Crescencia, solicitando las medidas: a) Se atribuya el uso y disfrute del domicilio familiar sito en Madrid a favor de mi representado, pudiendo la esposa marchar a residir al otro inmueble que conforma el patrimonio familiar, sito en la localidad de Cadalso de los Vidrios de Madrid; b) El uso y disfrute del inmueble de Torrevieja se concederá alternativamente a ambos cónyuges, hasta que se proceda a su enajenación o a la liquidación de la sociedad de gananciales; c) Se fije una cantidad para el levantamiento de las cargas familiares equivalente al 50% del préstamo hipotecario del inmueble de Torrevieja y del resto de los gastos vinculados a dicha vivienda, que cada uno de los cónyuges habrá de ingresar en la cuenta corriente de Caja Madrid (NÚM001) en que están domiciliados. El resto de los gastos vinculados a las viviendas serán abonados por el que tenga asignado su uso y disfrute; d) Se renuncia pensión compensatoria a favor de mi representado. Tampoco procede fijar ninguna pensión a favor de la demandada.

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, presentándose por la representación de D.ª Crescencia, escrito de contestación y demanda reconventional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando:

«... se dicte sentencia desestimando la demanda, con condena en costas del presente procedimiento a la parte actora, todo ello sin perjuicio de que, subsidiariamente, dé lugar a la separación y se fijen las medidas que se solicitan en la siguiente demanda reconvenicional». La demanda reconvenicional se formuló alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... dicte Sentencia por la que, dando lugar a la separación por la causa invocada en la demanda reconvenicional, determine como medidas o efectos derivados de la misma los siguientes: 1. La separación personal de los cónyuges; 2. La revocación de todos los poderes y consentimientos otorgados por los cónyuges; 3. La atribución a D.^a Crescencia del uso y disfrute exclusivo de la vivienda sita en Madrid, calle CALLE000 n.º NÚM000, así como la atribución del uso y disfrute exclusivo de la vivienda sita en la localidad de Cadalso de los Vidrios a D. Jesús Manuel. Todo ello mientras se liquida totalmente la sociedad legal de gananciales; 4. La contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio (mantenimiento del patrimonio familiar) corresponderá a ambos cónyuges según sus ingresos, teniendo en cuenta que mi representada carece de todo tipo de ingresos en la actualidad, a salvo la pensión compensatoria que se establezca; 5. Se fije como pensión por desequilibrio o indemnización por el tiempo dedicado al cuidado y atención de la familia la obligación de pago de la mitad de la pensión que percibe por invalidez permanente don Jesús Manuel a favor de D.^a Crescencia, que en la actualidad asciende a la suma de 7.184,10 euros anuales, que prorrateados representan un total de 598,68 euros al mes en un total de doce mensualidades o de 513,15 euros en un total de catorce mensualidades (incluidas las pagas extraordinarias de junio y de diciembre); 6. Que se fije la cantidad de 2.100 euros en concepto de litis expensas a favor de mi representada. Todo ello con condena en costas a la parte demandante».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 66 de Madrid dictó Sentencia el 16 de noviembre de 2004, decretando la separación y fijando las siguientes medidas: a) Se atribuye el uso y disfrute del domicilio conyugal y del ajuar doméstico a ambos cónyuges, de forma alternativa, comenzando por el esposo, durante períodos de cuatro meses, así mismo se atribuye el uso y disfrute de la vivienda sita en Cadalso de los Vidrios (Madrid) y del ajuar doméstico de la misma a ambos cónyuges, de forma alternativa, por períodos de cuatro meses, comenzando por la esposa. El cónyuge que la desaloje se llevará sus ropas y enseres de uso personal, previo inventario de los bienes que se lleve y de los que queden en la vivienda. Esta medida quedará sin efecto tras la liquidación de la sociedad de gananciales; b) El esposo abonará a la esposa, en concepto de pensión compensatoria, la cantidad de 472 euros mensuales que será entregada dentro de los cinco primeros días de cada mes y revisadas en enero de cada año, a partir de enero del año 2006, para adaptarla a las variaciones del Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística; c) No procede atribuir el uso de la vivienda sita en Torreveja; d) El préstamo hipotecario quedará sujeto a las disposiciones del Código Civil sobre la sociedad de gananciales.

En grado de apelación, la Sec. 24.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 28 de septiembre de 2005, con el siguiente fallo: «Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Jesús Manuel; contra la Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2004; del Juzgado de Primera Instancia número 66 de Madrid; dictada en proceso de separación matrimonial n.º 523/04; seguido con D.^a Crescencia; debemos revocar y revocamos la expresada resolución en el sentido de establecer un plazo para las alternancias en el uso de los domicilios indicados en la instancia, de un año y ello hasta lo que resulte de la liquidación de los

gananciales; y en el caso no procede señalar pensión compensatoria a favor de la Sara. Crescencia y a cargo del Sr. Jesús Manuel; confirmándose el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida. No procede hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes».

D.^a Crescencia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo que declaró como doctrina jurisprudencial que «para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio».

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El tema central de debate es si la esposa tiene o no derecho a la pensión compensatoria. La sentencia de la Audiencia Provincial la excluyó en base a los siguientes argumentos:

«Por lo que se refiere al motivo relativo a la pensión compensatoria; conviene previamente recordar que el artículo 97 del CC configura el derecho a la pensión compensatoria no con carácter automático e indiscriminado sino sobre la base de la confluencia, imprescindible, de una doble condición comparativa, afectante, la primera, a la inferioridad en que el cónyuge reclamante se encuentre a consecuencia de la separación o el divorcio en relación con su anterior situación en el matrimonio; mientras que la segunda hace referencia a la menor capacidad económica de dicho litigante en relación con su consorte, pero sin que el referido derecho pueda convertirse, como criterio de actuación judicial, en un nuevo mecanismo igualatorio de economías dispares. Pues bien, partiendo de lo que antecede, del estudio de las actuaciones y tras valoración conjunta y objetiva de la prueba obrante en las mismas; cabe decir ya, que procede estimar también este motivo del recurso por cuanto, nótese y se reconoce por la representación legal de la Sra. Crescencia, que esta señora ha trabajado fuera del domicilio familiar durante largo tiempo del matrimonio; así, en empresas de limpieza desde 1966 a 1978; desde el año 1979 a 1982 como autónoma y luego con contratos temporales, llegando su hoja de vida laboral del folio 73 hasta mayo de 2003; es decir, de existir en el caso desequilibrio la causa directa,

eficiente y determinante *per se*, como exige el artículo 97 del CC, no es el cese de la convivencia por causa de la separación o el divorcio; sino por las vicisitudes laborales a las que no ampara dicho precepto. Por otro lado la percepción del Sr. Jesús Manuel proviene de una pensión por incapacidad permanente total en cantidad simplemente digna para atender a sus propias necesidades frente a esposa que no consta padezca enfermedad o secuela invalidante; y, finalmente, estamos en presencia de un instituto jurídico que no es mecanismo igualador de economías dispares. De existir hipotéticamente desequilibrio, se insiste y terminamos, la causa directa, eficiente y determinante no sería el cese de la convivencia por la separación matrimonial, sino por la situación laboral de la Sra. Crescencia, pues ha quedado demostrado y reconocido que conoce ampliamente el mundo laboral».

El recurso de casación contiene un motivo único, formulado por interés casacional, al amparo del artículo 477.2.3 LECiv. Señala la recurrente que la sentencia parte de una interpretación subjetivista del concepto de desequilibrio, de acuerdo con el que hay que valorar todas las circunstancias del artículo 97 CC, muy especialmente en el presente caso, la capacitación laboral de la recurrente, que no son solo relevantes para la cuantificación de la pensión, sino también para el reconocimiento del derecho. Esta interpretación aparece confrontada con la que la recurrente denomina «objetivista», de acuerdo con la que es solo necesario el desequilibrio entre patrimonios para conceder la pensión cuando uno es inferior

al otro. El objetivo de la pensión compensatoria es evitar que se produzca un desequilibrio para el cónyuge más débil en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior y pretende mantener una situación de equilibrio, de modo que una vez sentada la existencia del mismo, habrá que tener en cuenta las circunstancias del artículo 97 CC para determinar la cuantía. Se plantea a juicio de la recurrente el interés casacional porque señala que hay dos tendencias en las diferentes Audiencias Provinciales, unas aceptando un criterio objetivista, que al parecer de la recurrente se encuentra en las sentencias de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz 390/1998, de 23 de septiembre y 488/1998, de 10 de noviembre, mientras que las de la sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 482/2002, de 16 de mayo y sección 22 de la misma Audiencia de 25 de febrero de 1997 mantienen la tesis subjetivista, por lo que al parecer de la recurrente queda claro que existe una contradicción entre las Audiencias Provinciales en torno al concepto de desequilibrio.

El motivo se desestima.

La redacción del artículo 97 CC ha dado lugar a diferentes interpretaciones en la doctrina de las Audiencias Provinciales en torno, precisamente, a la que plantea la recurrente en el recurso de casación, semejante, por otra parte al resuelto por esta Sala en sentencia de 17 de julio de 2009. Sin embargo, esta Sala ha venido manteniendo una postura uniforme en la interpretación del artículo 97 CC.

Los criterios que esta Sala ha ido consolidando en la interpretación del artículo 97 CC son los siguientes: a) la pensión no es un mecanismo indemnizatorio (10-3 y 17 de julio de 2009), y b) la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges (SSTS de 10 de febrero de 2005, 5 de noviembre de 2008 y 10 de marzo de 2009). Se puede resumir la doctrina de esta Sala en argumentos de la sentencia de 10 de febrero de 2005: «La pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex

cónyuges, —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontece la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encuentra el cónyuge receptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria [Sentencia de 2 de diciembre de 1987: “... todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrente (artículos 142 y ss. CC)”]. [...]».

Es cierto, sin embargo, que el artículo 97 CC ha dado lugar a dos criterios en su interpretación y aplicación. La que se denomina tesis objetivista, en cuya virtud, el desequilibrio afecta a un cónyuge respecto al otro, determinando un deterioro con relación a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión; según esta concepción del artículo 97 CC, las circunstancias enumeradas en el párrafo segundo de dicho artículo serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada. La tesis subjetivista integra ambos párrafos y considera que las circunstancias del artículo 97 CC determinan si existe o no desequilibrio económico compensable por medio de la pensión del artículo 97 CC.

El recurso de casación formulado por interés casacional obliga a esta Sala a pronunciarse sobre la cuestión. La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situa-

ción anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal.

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 reconvencción. 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 man-

tenido intacta a lo largo del mismo, tal como lo demuestra su hoja laboral.

2.º La dedicación a la familia no le ha impedido trabajar cuando así lo ha considerado conveniente o cuando ha encontrado oportunidades laborales en el mercado de trabajo.

3.º El régimen económico matrimonial que ha regido las relaciones patrimoniales entre los cónyuges ha sido el de gananciales, lo que ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, de modo que los dos inmuebles de que son titulares lo son por mitad.

4.º El divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida en su capacidad laboral; se encuentra en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio.

5.º El derecho a la pensión compensatoria no es un derecho de alimentos, sino que está basado en la existencia de desequilibrio vinculado a la ruptura por lo que debe demostrarse este elemento y es irrelevante la concurrencia de necesidad (STS de 10 de marzo de 2009).

VIVIENDA FAMILIAR

Cesión del uso de la vivienda por parte de los padres a su hijo con ocasión del matrimonio de éste. Separación matrimonial en virtud de la cual se atribuye el uso de la vivienda a la esposa. No hay contradicción de las sentencias de las Audiencias Provinciales, puesto que el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en el sentido de entender que existe una situación de precario por haber finalizado el uso para el cual fue atribuida la vivienda, sin que la sentencia de separación sea oponible a los terceros propietarios.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2009

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Doroteo es propietario, junto con su esposa, de un piso, que cedió de forma gratuita y graciosa a su hijo D. Juan Enrique que ocupaba con su esposa, D.ª Loreto, desde que contrajeron matrimonio el 13 de septiembre de 1991.

D.ª Loreto interpuso demanda de separación. La sentencia de 1.ª Instancia atribuyó otra vivienda propiedad de los cónyuges a la hija y la esposa mientras no se liquidaran los

gananciales; apelada dicha sentencia, se revocó la anterior, atribuyendo la Sala el uso y disfrute de la vivienda litigiosa a la esposa y la hija.

D. Doroteo interpuso demanda de juicio verbal sobre desahucio por precario contra D.^a Loreto solicitando que se dictase sentencia por la que se declare que la demandada «carece de título alguno que le permita continuar en el disfrute del piso (...) de esta localidad, y de la plaza de garaje situada en la planta sótano de tal inmueble, condenándola a desalojar piso y plaza de garaje y dejar ambos inmuebles a disposición de su propietario, bajo apercibimiento de lanzamiento de no verificarlo, imponiéndole las costas del juicio».

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D.^a Loreto, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... Se dicte Sentencia desestimándola íntegramente, con expresa imposición de costas a la demandante por temeridad».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Avilés, dictó Sentencia el 3 de marzo de 2005 estimando íntegramente la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó Sentencia el 20 de julio de 2005 desestimando el recurso interpuesto por D.^a Loreto.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso presenta un motivo único. Denuncia infracción por inaplicación de los artículos 1749 y 1750.1 CC, así como de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 2 de diciembre de 1992, 31 de diciembre de 1994 y 18 de octubre de 1994 y por considerar que existe interés casacional, al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Dice que se vulnera la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque la sentencia impugnada sostiene, primero, que si existiese comodato, éste cambiaría en precario como consecuencia de la ruptura familiar, para afirmar a continuación que la asignación de la vivienda familiar en estas circunstancias no altera el concepto en que se estuviera usando la dicha vivienda. La recurrente entiende que hay dos cuestiones en las que se considera errónea la respuesta de la Sala: la primera, la relativa a la naturaleza del derecho adquirido con la cesión gratuita del piso, que a juicio de la recurrente, debe ser considerado como precario y la segunda, cuál debe ser la incidencia que la crisis familiar debe tener en la atribución del uso de la vivienda. En relación a la jurisprudencia de las Audiencias, la recurrente entiende que existen cuatro crite-

rios que requieren unificación, que describe de la manera siguiente: a) las que entienden que se trata de un simple precario, entre las que enumera las sentencias de las AAPP de Badajoz (núm. 57/2003, sección 1.^a, de 19 de febrero de 2003; núm. 323/2002, sección 6.^a, de 1 de mayo de 2002); Sevilla (652/2003, sección 5.^a, de 3 de octubre de 2003); b) las que consideran que aun cuando hubiese inicialmente comodato, se transforma en precario a consecuencia de la separación, entre las que cita las de la AP de Girona (núm. 433/2002, sección 1.^a, de 31 de julio de 2002 y 737/2000, sección 2.^a, de 28-11- 2000), Asturias (núm. 407/2002, sección 4.^a, de 11 de septiembre de 2002; 686/1999, sección 5.^a, de 8 de noviembre de 1999 y núm. 461/1999, sección 1.^a, de 2 de septiembre de 1999); c) decisión en función del caso concreto, entre las que cita las sentencias de las AAPP de Vizcaya (núm. 841/2000, sección 4.^a, de 25 de octubre de 2000; núm. 578/2000, sección 4.^a, de 20 de junio de 2000), Tarragona sección 1.^a, de 20 de octubre de 2000 y sección 3.^a, de 12 de septiembre de 2002), y d) las que entienden que el uso es específico y determinado, tratándose de un comodato, en el que el comodante no puede recuperar la

cosa hasta que termine el uso para el que se concedió, salvo caso de urgente necesidad, conforme al artículo 1749 CC, entre las que cita las de la AAPP de Valencia (núm. 132/2003, sección 7.ª, de 28 de febrero de 2003; 347/2002, sección 6.ª, de 29-5-2002), Alicante (núm. 22/2002, sección 5.ª, de 21 de enero de 2002, 283/2001, sección 5.ª, de 14 de octubre de 1993; Cádiz (núm. 75/2002, sección 7.ª, de 4-3-2002; sección 3.ª de 2 de febrero de 1995); Madrid (núm. 75/2002, sección 10.ª, de 28 de octubre de 2000 [querrá decir 2002]; sección 10.ª, de 2 de febrero de 1998), Málaga (núm. 56/1999, sección 6.ª, de 4 de febrero de 1999; núm. 670/1998, sección 4.ª, de 27 de octubre de 1998), Las Palmas (núm. 731/2000, sección 4.ª, de 23 de diciembre de 2000; núm. 509/2000, sección 5.ª, de 24 de noviembre de 2000) y Salamanca (sección 1.ª de 19 de noviembre de 1996 y sección 1.ª de 19 de junio de 1995). Finalmente la recurrente propugna que se solucione a favor de esta última interpretación la discrepancia existente entre las diferentes Audiencias Provinciales.

El motivo se desestima.

La sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2009 señala que en esta cuestión se ha sentado doctrina a partir de la sentencia de 26 de diciembre de 2005 (continuada en las SSTs de 2, 23, 29 y 30 de octubre y 14 de noviembre de 2008 y 13 de abril de 2009). Se afirma en primer lugar que en los casos de cesión de la vivienda a título gratuito, como el que ahora ocupa a esta Sala, se

ha de comprobar si se ha consentido para un uso concreto y determinado, «que ha de ser siempre y en todo caso específico y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, debiendo la relación jurídica constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes». A continuación, la sentencia citada recuerda la doctrina de esta Sala relativa a la cesión gratuita de vivienda, que debe aplicarse a este recurso: «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial».

Se ha unificado, por tanto, la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales para el caso en que el progenitor de uno de los contrayentes ceda a su hijo una vivienda en atención al matrimonio; por ello, las sentencias de 2 de diciembre de 1992, 31 de diciembre de 1994 y 18 de octubre de 1994, citadas como infringidas, se refieren a perspectivas jurídicas distintas y no pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de este recurso.

En consecuencia de lo anterior y al existir ya doctrina unificadora de los distintos criterios sustentados por las Audiencias provinciales, no se considera necesario un nuevo pronunciamiento.

La vivienda fue adquirida por una inmobiliaria a un matrimonio que siguió viviendo en el inmueble. Posteriormente la vivienda fue asignada a la esposa en proceso de separación y vendida por la inmobiliaria a los ahora demandantes. Se trata de un simple precario porque, habiendo probado los actores su título de propiedad, no ha quedado probado que la esposa demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer más que a título de precario el inmueble reivindicado.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de enero de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Antonio y D.ª Patricia en escritura pública a 28 de mayo de 1988 venden a la Sociedad Inmobiliaria Pasa, S.A., la vivienda familiar sin más cargas que una hipoteca a favor de la

Sociedad Formesa, S.A., anotación preventiva de embargo a favor de D. Tiago, e hipoteca a favor de D. Bernardo.

A pesar de esta venta el matrimonio continúa viviendo en la citada finca, siendo adjudicado el uso de fecha 15 de abril de 1992 por sentencia de separación a D.^a Patricia, solicitada modificación de medidas por la Audiencia Provincial de Valladolid.

En fecha 2 de julio de 1999, por escritura pública se vende la finca por parte de Inmobiliaria Pasa, S.L. a D. Feliciano y D.^a Lourdes, reflejando como cargas que se encuentra poseída de hecho por D.^a Patricia, separada judicialmente del Sr. Antonio. En la escritura pública de compraventa otorgada por Inmobiliaria Pasa, S.L. a favor de los demandados el 2 de julio de 1999 ante el notario de Valladolid D. Manuel, al núm. 1446 de su protocolo, a la que se refiere la sentencia recurrida, se recogen las siguientes manifestaciones: En la descripción del inmueble: «[...] Estado arrendaticio. Libre de arrendamiento, según manifiestan, si bien se encuentra poseída de hecho por D.^a Patricia, separada judicialmente del Sr. Antonio. [...]» En la estipulación quinta: «Tanto la sociedad vendedora, por su representante, como la parte compradora, se obligan de común acuerdo a instar el inmediato desalojo de D.^a Patricia que ocupa la finca y, de no lograrlo, igualmente se obligan a tramitar los procedimientos judiciales que correspondan para ello». Según la estipulación sexta: «La transmitente entregará la posesión de hecho de la finca objeto de esta operación una vez consiga el desalojo de la actual ocupante referido en la estipulación anterior [...]».

D. Feliciano, D.^a Lourdes y la entidad mercantil Inmobiliaria Pasa S.L. interponen demanda de juicio ordinario ejercitando la acción reivindicatoria contra D.^a Patricia.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valladolid dictó sentencia el 13 de junio de 2000 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Valladolid dictó sentencia de 6 de noviembre de 2000 estimando el recurso interpuesto por los actores y en consecuencia estimando íntegramente la demanda.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Para desestimar la demanda, el Juzgado de Primera Instancia razonó lo siguiente: «Nos encontramos con un uso de la vivienda atribuido judicialmente, teniendo en cuenta el artículo 1320 y artículo 96 CC, 94.1.º del Reglamento Hipotecario y disposición adicional 9.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, este uso constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares, por lo que el tercer adquirente recibe la cosa con la carga de la ocupación y el poseedor es poseedor legítimo, caso contrario primarían los actos fraudulentos del cónyuge, quedando a merced

de su voluntad tutelar o hacer caso omiso del mandato judicial atributivo del uso con la complicidad de terceros que adquieran o compren la vivienda, siendo la atribución judicial título legítimo, justificativo de la ocupación, por lo que procede desestimar la demanda, al no darse los requisitos exigidos para que pueda estimarse la acción ejercitada, ya que existe título en la demandada título que podría ser afectado por modificación de medidas, o ejerciendo otro tipo de acción, que no la ejercitada».

La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, para estimar el recurso y

estimar la demanda utilizó los siguientes argumentos jurídicos:

«**Tercero.**—Antes de entrar en la cuestión básica del presente pleito, que no es otra que determinar la naturaleza y alcance de la posesión que respecto de la vivienda litigiosa mantiene la demandada, conviene precisar, a juicio de la Sala, que si bien no existen dudas respecto a la titularidad dominical que sobre la vivienda ostentan D. Feliciano y D.^a Lourdes y por tanto su legitimación activa, por ser los adquirentes de la misma en documento privado de fecha 10 de marzo de 1998 y posterior escritura pública de fecha de 2 de julio de 1999, convenido con la mercantil Inmobiliaria Pasa S.L., propietaria de la misma desde que la adquirió a D. Florentino y D.^a Patricia con fecha 28 de mayo de 1988, no concurre sin embargo la necesaria legitimación activa para demandar en la mercantil actora y coapelante, ya que transferida por ella la vivienda en su día y producida la *traditio ficta* a que se refiere el artículo 1462 CC, desde ese momento deja de ser propietaria de la vivienda objeto de litigio y por ello y con independencia del compromiso contraído de facilitar la entrega de la posesión real y efectiva a los compradores, es decir, la posesión mediata de la vivienda, lo cierto es que los únicos que ostentan título legítimo de dominio para el ejercicio de la acción reivindicatoria son los adquirentes de la misma, o lo que es lo mismo el de Feliciano y su esposa. Por ello debe desestimarse la demanda y con ello el recurso en lo relativo a la Inmobiliaria Mercantil Pasa S.L.

Cuarto.—Entrando ya en el fondo propiamente dicho, la sentencia recurrida estima que el derecho de uso de la que fue vivienda familiar constante el matrimonio de D.^a Patricia y D. Florentino conferido por el Juzgado de Familia en la sentencia de separación del matrimonio, en aplicación de lo establecido en el artículo 96 del Código constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus ulteriores titulares y que confiere un título legítimo de dominio a la demandada que no puede ser enervado por la acción reivindicatoria entablada. Por el contrario, considera esta Sala que asiste la razón a los apelantes y que la sentencia de instancia no solo se contradice cuando antes de los argumentos que llevan a la

desestimación de la demanda admite expresamente que (...) La asignación del uso del domicilio familiar que se hace en aplicación del artículo 96 CC no altera el título en que se venía disfrutando la vivienda, sino que además, la resolución recurrida asume sin discusión la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, claramente explicitada entre otras en sentencia de 11 de noviembre de 1992, referida a supuestos en los que no concurre el presupuesto de hecho que acontece en el caso presente, pues la indicada doctrina atiende a situaciones en las que el uso del domicilio o vivienda familiar había sido asignado o atribuido judicialmente en un procedimiento matrimonial en el que estaba presente el titular dominical del inmueble, pues éste pertenecía, bien con carácter ganancial a ambos cónyuges, bien en parte privativa y en parte ganancial o, como ocurre en el supuesto examinado por la mentada sentencia del Tribunal Supremo, de forma privativa al cónyuge no adjudicatario. Por el contrario, el supuesto litigioso nos presenta una situación radicalmente distinta, pues ahora nos encontramos ante una vivienda cuyo uso es adjudicado a uno de los cónyuges por la sentencia de separación que resuelve la situación de crisis matrimonial, sin que ninguno de los cónyuges sea titular dominical de la misma, pues al tiempo de efectuarse la atribución judicial del uso pertenecía ya a un tercero, la mercantil Inmobiliaria Pasa S.L. que la había adquirido con anterioridad y que es quien la transfiere posteriormente a los actuales titulares dominicales de la misma.

Quinto.—Es por ello que, atendiendo precisamente a la advertencia que la Juzgadora de Instancia realiza en su resolución, debe examinarse la condición del derecho en cuya virtud se ocupaba la vivienda familiar, pues no puede olvidarse que estamos a presencia de una situación derivada de la crisis matrimonial. Así, siendo evidente que la resolución judicial de atribución del uso del domicilio familiar no crea en el presente caso *per se* un derecho originario, nuevo, que sea oponible *erga omnes*, debe entenderse que frente a terceros podrán exceptuarse tan solo las facultades que con anterioridad a la atribución judicial del uso a uno de ellos disfrutaban ambos cónyuges, y en consecuencia lo único que determina la resolución judicial

recaída en el proceso matrimonial es la concentración en uno de los cónyuges de las facultades de dominio, posesión, uso y disfrute que con anterioridad ostentara el matrimonio.

Sexto.—Es por ello que entiende la Sala que el recurso de apelación debe prosperar y que al menos en relación con el Sr. Feliciano y su esposa la demanda debe ser estimada, pues una vez que el matrimonio formado por D. Florentino y D.^a Patricia vende, con fecha 28 de mayo de 1988, su vivienda a la sociedad mercantil Inmobiliaria Pasa S.L. su permanencia en el inmueble no puede deberse más que al ánimo de liberalidad de la sociedad compradora, en atención posiblemente a que los socios de la misma eran los hijos del matrimonio, pero dicha circunstancia en modo alguno puede conseguir el efecto pretendido por la demandada referente a que se constituyó a favor de los vendedores un usufructo vitalicio sobre la vivienda, pues en modo alguno se desprende así de la indicada escritura de venta, en la que perfectamente pudo hacerse constar tal evento si ciertamente hubiera sido esa la intención de los contratantes. En consecuencia, la ocupación de la vivienda no puede catalogarse más que a título de precario, situación en la que tras la atribución exclusiva del uso por el Juzgado de Familia se encontraba D.^a Patricia desde el año 1992, y por ello se encuentran ahora perfectamente legitimados los actuales propietarios para ponerle fin merced al presente procedimiento».

El recurso de casación se funda en síntesis, en que (a) la resolución recurrida aplica la doctrina jurisprudencial del TS (STS de 11 de noviembre de 1992) a un supuesto radicalmente distinto, en el que ninguno de los cónyuges es titular dominical de la vivienda al tiempo de efectuarse la atribución judicial del uso; (b) la resolución judicial de atribución del uso del domicilio familiar no crea un derecho oponible erga omnes [frente a todos], sino que sólo pueden oponerse frente a terceros las facultades que con anterioridad a la atribución judicial del uso disfrutaban ambos cónyuges; (c) vendida la vivienda a Inmobiliaria Pasa, S.L., la permanencia de los cónyuges en el inmueble no puede deberse más que al ánimo de liberalidad de la sociedad compradora; (d) no puede aceptarse que se constituyese a favor de los vendedores un usufructo

vitalicio sobre la vivienda, pues en modo alguno se desprende así de la escritura de venta.

Para la desestimación del recurso de casación nuestro alto tribunal razona lo siguiente:

A) El uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación del artículo 96 CC se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del artículo 96, último párrafo, CC. El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente.

La jurisprudencia de esta Sala, no obstante, ha experimentado vacilaciones en cuanto a la determinación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda atribuido por sentencia y en cuanto a los efectos del mismo. En algunos casos se ha calificado a este derecho como un derecho de eficacia real oponible a terceros (SSTS 13 de diciembre de 1991, RC núm. 2987/1991, 18 de octubre de 1994, RC núm. 1817/1991), y se ha afirmado que la protección de la vivienda familiar frente a terceros se produce con un ámbito objetivo equivalente al del derecho que la familia tiene al uso, incluyendo en este concepto el derecho privativo del cónyuge a quien se priva del uso. De esta suerte, se ha estimado en alguna ocasión que en el supuesto de pertenencia de la vivienda como bien privativo a uno de los cónyuges, de pertenencia al patrimonio ganancial o de titularidad en régimen de comunidad a favor de ambos cónyuges, la reclamación de un tercero, aunque haya adquirido la finca en pública subasta a raíz de la división de la comunidad, no determina la extinción del derecho de uso, consecuencia de una situación jurídica tutelada legalmente (SSTS de 11 de noviembre de 1992, 14 de julio de 1994, 22 de abril de 2004, 6 de junio de 2007 y 27 de noviembre de 2007, RC núm. 4615/2000) y que en las situaciones en las cuales existe una relación contractual que justifica la posesión por parte de uno de los cónyuges, deben aplicarse, frente a la reclamación del tercero, los efectos que el CC atribuya al expre-

sado contrato, que puede ser el de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado (SSTS 2 de octubre de 2008 y 30 de octubre de 2008, RC núm. 2771/04).

El expresado panorama jurisprudencial exige que, con fines de unificación de doctrina, se pronuncie el Pleno de esta Sala acerca de la naturaleza y de los efectos del derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial al amparo del artículo 96 CC. Así lo hacemos en el mismo sentido fijado por la STS 18 de enero de 2010, RC núm. 1994/2005.

B) El artículo 96 I CC establece que «[en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». El artículo 96 III CC añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV CC en los siguientes términos: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular

del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008).

La aplicación de esta doctrina debe ser amoldada a las circunstancias en aquellos casos en los cuales la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular no pertenece en propiedad al otro cónyuge, sino que ha sido atribuido a éste en virtud de un contrato, como puede ocurrir cuando se considera probado que la vivienda se ha atribuido al citado cónyuge en virtud de un contrato de comodato. En estas situaciones, si la ley no reconoce el derecho del cónyuge a quien se concede el uso a subrogarse en los derechos contractuales del otro cónyuge, resulta procedente examinar la naturaleza de los actos realizados por este último en el ámbito de la relación contractual que mantenía con el propietario de la vivienda. Este examen debe realizarse con el fin de decidir si la legitimación del propietario para reclamar la vivienda deriva de actos del cónyuge no titular que constituyen actos de disposición o, por el contrario, nace de otras circunstancias derivadas del contenido del contrato, como puede ser la existencia de una condición resolutoria para el caso de separación o extinción de la relación conyugal. En la hipótesis de la concurrencia de actos de disposición, estos actos solo pueden ser realizados si concurren los presupuestos establecidos en el artículo 96 III CC. La falta de estos presupuestos es determinante de un supuesto de nulidad oponible a terceros, siempre que concurre la debida publicidad registral, salvo que se den los presupuestos para la protección del tercero hipotecario o de buena fe.

Como decimos en la sentencia del Pleno de la Sala contemporánea a ésta, resulta, pues, matizada nuestra anterior jurisprudencia (SSTS 2 de diciembre de 1992, 17 de julio de 1994 y 14 de abril de 2009, entre otras) en el sentido de que si el título que permitió a uno de los cónyuges el uso de la vivienda perteneciente al tercero tiene naturaleza contractual, el otro cónyuge no se subroga en la relación contractual por el hecho de habersele atribuido el uso de la vivienda por sentencia dictada en pleito matrimonial.

Estas situaciones contrastan con aquellas en las cuales los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso, mediante la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista. Esta misma situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista. En este punto, la doctrina que se fija en esta sentencia no comporta variación sustancial de la que viene manteniendo esta Sala (SSTS de 30 de noviembre de 1964, 13 de diciembre de 1991, RC núm. 2987/1991, 26 de diciembre de 2005), con arreglo a la cual la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial

C) La aplicación de esta doctrina al caso examinado nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario, porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer más que a título de precario el inmueble aquí reivindicado.

En efecto, la sentencia recurrida declara que «una vez que el matrimonio formado por D. Antonio y D.^a Patricia vende, con fecha 28 de mayo de 1988, su vivienda a la sociedad mer-

cantil Inmobiliaria Pasa S.L., su permanencia en el inmueble no puede deberse más que al ánimo de liberalidad de la sociedad compradora». Añade que «[determinada circunstancia de la venta] en modo alguno puede conseguir el efecto pretendido por la demandada referente a que se constituyó a favor de los vendedores un usufructo vitalicio sobre la vivienda, pues en modo alguno se desprende así de la indicada escritura de venta, en la que perfectamente pudo hacerse constar tal evento si ciertamente hubiera sido esa la intención de los contratantes».

Estas declaraciones deben ser respetadas en casación, pues se desenvuelven en el terreno que es propio del tribunal de apelación de valoración del resultado de la prueba e interpretación de las cláusulas contractuales, y no se aprecia en ellas arbitrariedad o manifiesto error suficiente para justificar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (que podría hacerse valer mediante el recurso extraordinario por infracción procesal) ni una desnaturalización de los preceptos sustantivos aplicables mediante la alteración de los supuestos de hecho. Por otra parte, el tenor de las estipulaciones quinta y sexta del contrato de 28 de mayo de 1988, recogidas en el AH quinto, en la que se hace constar el compromiso de ambas partes para instar el inmediato desalojo de la ocupante de la finca, que se describe como poseedora de hecho, no permite mantener que la interpretación realizada por la sentencia recurrida en el sentido de haber existido transmisión de la propiedad sea arbitraria.

D) Los argumentos en que se funda el recurso deben, en consonancia con lo razonado, ser desestimados por las siguientes razones:

- a) No puede aceptarse que no hubiera entrega de la titularidad dominical, pues, admitido que la entrega se produce en virtud de la escritura pública de compraventa si en ella no consta claramente lo contrario, la interpretación que de la escritura pública realiza la sentencia recurrida permite afirmar que no concurre esta última circunstancia.
- b) En el momento en que se produjo la separación conyugal la vivienda había sido enajenada a la sociedad adquirente mediante un contrato en el que intervi-

nieron ambos cónyuges, por lo cual no puede aceptarse el argumento de que la vivienda no podía ser objeto de disposición, como vivienda habitual, por no concurrir consentimiento de ambos cónyuges.

- c) Por lo que acaba de decirse carece de relevancia el argumento de que la titularidad

posesoria del cónyuge que permanece en el uso de la vivienda deriva de la coposesión por parte de ambos cónyuges.

- d) La sentencia judicial se limita a hacer efectiva la protección de la familia dentro de los límites del derecho de ésta a la titularidad de la vivienda, pero no modifica dichos límites.

El otorgamiento a la esposa del uso de la vivienda que pertenece proindiviso al esposo y a su hermana, la cual lo cedió en uso como vivienda familiar constante el matrimonio, no legitima a aquélla para seguir ocupando el inmueble ya que nos encontramos ante una situación de precario. Análisis de los distintos supuestos que pueden presentarse en relación con la atribución del uso y la propiedad del inmueble.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 18 de enero de 2010

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Amparo, es propietaria de la mitad de una vivienda junto con su hermano, D. Gabriel.

D. Gabriel contrajo matrimonio con D.^a Marta y los cónyuges establecieron su domicilio conyugal en la referida vivienda.

Interpuesta demanda de separación contenciosa por parte de D.^a Marta, el uso y disfrute de la citada vivienda fue atribuido a la demandada en este litigio D.^a Marta.

D.^a Amparo interpuso demanda de juicio verbal contra D.^a Marta. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: «... se dicte sentencia por la que, estimando la demanda, se condene a haber lugar al desahucio por precario, ordenando a la demandada a desalojar y dejar a disposición de mi mandante la finca litigiosa en el plazo de un mes, con imposición de las costas a la demandada».

El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Valladolid dictó Sentencia el 10 de noviembre de 2004 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Valladolid dictó sentencia el 31 de marzo de 2005 estimando el recurso y la demanda, condenado a la demandada al desalojo del inmueble.

D.^a Marta interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo, aunque dos magistrados formularon votos particulares al entender que el recurso de casación debía ser estimado declarándose que no existía situación de precario.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de desahucio al entender que la situación

de la vivienda poseída por la demandada no se ajustaba al precario, ya que presentaba una pe-

culiaridad porque la titularidad era compartida con el marido de la demandada y «ello significa que el título originario que justifica la posesión se encuentra no simplemente en la concesión graciosa de la actora, sino esencialmente en la copropiedad que ostenta el esposo de la demandada, del que dimana el uso actual por ella, es decir, el derecho a poseer inherente al condominio que corresponde a ese copropietario está judicialmente atribuido a la demandada y su hija». De este modo, «no cabe considerar precarista al condómino (o a quien ocupa su posición) que posee la cosa común frente a los demás partícipes, ya que [...] no puede ser equiparado con quienes disfrutan de una cosa por mera tolerancia o sin título amparador».

En cambio, la Audiencia Provincial de Valladolid razonó que «la sentencia no crea por sí sola un título de ocupación oponible *erga omnes* y no tiene el alcance modificador del carácter de precario en el disfrute del inmueble, sin que altere el régimen sustantivo de los derechos en cuya virtud se ocupaba anteriormente la vivienda. Solo sería posible esa oponibilidad del título judicial de ocupación creado en el proceso matrimonial en el caso de que la vivienda perteneciese en su totalidad al esposo no adjudicatario que estaba presente en el proceso matrimonial»; señala que la actora no pudo participar en el procedimiento matrimonial, por lo que la demandada no puede oponer más derecho que el que tenía, que no es otro que el precario y finaliza diciendo que «no obsta a la solución tomada el hecho alegado por la parte apelada de que no existe el precario entre copartícipes pues la parte apelada no es un copartícipe en la comunidad existente entre la actora y su hermano, pues los derechos de ocupación de la apelada no nacen de la coparticipación de su esposo en la comunidad sino del título judicial de asignación del uso del domicilio familiar».

El primer motivo denuncia la infracción de los artículos 90.b), 91, 96, 103.2, 1227 y 1280 CC, así como de los artículos 39.1 y 2 CE. Dice la recurrente que la doctrina establecida por la jurisprudencia relativa a la oponibilidad *erga omnes* del convenio regulador homologado judicialmente, contradice expresamente el Fundamento primero de la sentencia recurrida «en la

cual se refiere que la sentencia (refiriéndose a la sentencia en la que se aprueba el convenio regulador de la separación y se atribuye la vivienda objeto de la presente litis) no crea por sí sola título de ocupación oponible *erga omnes* y no tiene alcance modificador del carácter de precario en el disfrute del inmueble» (sic), por lo que la sentencia que homologa el convenio afirma que al haber sido objeto de esta homologación, eleva la condición del mismo a la categoría de documento público, conforme al artículo 1280 CC, con eficacia frente a terceros desde su fecha.

El motivo se desestima. El motivo presenta una evidente falta de técnica cuando cita disposiciones referidas a un convenio regulador [artículo 90.b) CC], que nunca existió, porque la separación se tramitó por el procedimiento contencioso. La lista de disposiciones que se entienden infringidas se completa con las que regulan las medidas que debe tomar el juez cuando el procedimiento matrimonial deba seguirse en defecto de acuerdo de los cónyuges (artículo 91 CC) y el artículo 103 CC, relativo a las medidas provisionales en estos procedimientos. Además se cita el artículo 1227 CC sobre documentos privados y el artículo 1280 CC sobre la interpretación de los contratos, en este caso, sin señalar cuál de sus dos párrafos se considera infringido. Debe añadirse que mal pueden vulnerarse estas disposiciones en un litigio entre el cónyuge a quien se ha atribuido la posesión de la vivienda conyugal y un tercero, afectado por el procedimiento matrimonial, en este caso, la copropietaria de la vivienda.

En el segundo motivo se alega interés casacional por infracción de los artículos 1740 y 1741 y ss. CC. Alega la doctrina, según la recurrente, consolidada, acerca de la diferencia entre comodato y precario y aporta las sentencias de 18 de octubre de 1994 y 2 de diciembre de 1992.

El motivo se desestima. El presente motivo plantea de nuevo la cuestión de la facultad que tiene el tercero, propietario afectado por una sentencia dictada en procedimientos de separación o divorcio en la que se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge no propietario. En general, el conflicto se plantea cuando el propietario ha permitido el uso de dicha vivienda a un pariente suyo, normalmente un hijo, en razón de su matrimonio, pero que quiere recuperar cuando

se ha producido la crisis matrimonial. Este caso ofrece una característica especial, puesto que uno de los cónyuges, el marido, era copropietario de la vivienda antes de haber contraído matrimonio.

Esta Sala ha dictado las sentencias de 30 de junio y 22 de octubre, ambas de 2009, en las que se recuerda que ha abandonado la tesis de las sentencias aportadas en alegación del interés casacional con la finalidad de unificar la doctrina de las Audiencias Provinciales. Por lo tanto, debe recordarse en este momento la doctrina de esta Sala, de acuerdo con la cual, «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial». Esta doctrina es la que actualmente mantiene la Sala y debe aplicarse en el presente litigio.

A continuación el Tribunal Supremo analiza las nuevas situaciones que se están produciendo y da una solución jurídica para cada una de ellas:

1. Nuevos supuestos

En la realidad se están planteando supuestos más complejos que los que inicialmente llegaban a los Tribunales, que se limitaban a la típica cesión de una vivienda a título gratuito, por el progenitor de uno de los cónyuges. La sentencia de 30 de junio de 2009 se refería a la cesión de uso de una vivienda a título gratuito efectuada entre dos hermanas y en el actual litigio, se trata de la cesión del uso exclusivo a uno de los copropietarios por parte del otro, para que utilice como vivienda familiar el piso copropiedad de ambos. Resulta, por tanto, necesario fijar criterios para facilitar la decisión en los diferentes casos posibles.

2. Distintas situaciones en la titularidad de la vivienda familiar

En el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en

cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir, al margen de las previstas en el párrafo primero del artículo 96 CC:

1.º Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia.

Otra cuestión es la relativa a los terceros adquirentes de estos bienes, de la que esta sentencia se ocupa más adelante.

2.º 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. Esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 de diciembre de 2005.

3. Naturaleza del derecho de uso

De ello se va a deducir una importante conclusión: el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233.22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad.

El artículo 96 CC se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pro-

nunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario.

La falta de calificación jurídica del derecho de uso establecido en el artículo 96 CC empezó a generar problemas interpretativos cuando el titular del arrendamiento era el cónyuge que había perdido la posesión, por lo que después de algunas sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 135/ 1986, 159/1989 y 126/1989), el artículo 15.2 LAU (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) estableció que en el caso de atribución del uso al cónyuge en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 CC, éste debe notificarlo al arrendador, a los efectos de la subrogación.

4. La posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar

Otra cuestión distinta es la relativa a los posibles supuestos en que puede encontrarse la vivienda frente a terceros que acrediten algún derecho sobre la misma. Ello obliga a distinguir distintas situaciones:

1.^a El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTs de 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios.

2.^a Puede ocurrir que el tercero sea el propietario y haya cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo. En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, éste no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (artículo 96 CC). La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante, con lo que se confirma de esta manera la doctrina sentada en nuestra sentencia de 3 de abril de 2009 (recurso 1200/2004). Por ello matizando nuestra anterior jurisprudencia, (contenida en las sentencias de 2 de diciembre de 1992 y 17 de julio de 1994 y 14 de abril 2009 entre otras), debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributivo del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial. El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo.

3.^a Cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (SSTs de 26 de diciembre de 2005, 30 de octubre y 13 y 14 de noviembre de 2008 y 30 de junio de 2009).

La regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento.

4.^a De acuerdo con el artículo 445 CC, «la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión». Por ello, la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad. La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el artículo 445 CC admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es este el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla D.^a Amparo por haberla cedido a su hermano. Del artículo 445 CC no debe deducirse que siempre que exista condominio se produce una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor.

5. Conclusiones

Estos razonamientos deben aplicarse a este litigio y, por tanto, debe concluirse que:

1.º La demandada recurrente no tiene título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda, porque existe una situación de precario.

2.º La demandante ahora recurrida, D.^a Amparo, está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad.

6. Buena fe

El Tercer motivo denuncia la infracción del artículo 7 CC, porque el Tribunal Supremo en reiterada y consolidada jurisprudencia, referida al objeto de la presente litis, califica la actitud de la demandante-apelante al pretender el desalojo de la esposa de la que es su vivienda familiar

por atribución judicial, como contraria a la buena fe. Cita las sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 1994 y 2 de diciembre de 1992, de donde concluye que la sentencia cuya casación se pide se opone a la jurisprudencia sentada por esta Sala, que resuelve supuestos parecidos al planteado. Así mismo, cita jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en relación a la distinción entre comodato y precario.

El motivo se desestima. Ya se ha recordado en el motivo tercero la doctrina de esta Sala relativa a la cuestión que se plantea, que debe considerarse reproducido aquí. Por otra parte, no se ha probado en ningún momento en este litigio la pretendida mala fe de la demandante, cuestión que surge de nuevo en el recurso de casación, por lo que no es admisible.

VOTO PARTICULAR

Que formulan los Magistrados Excmos. Sres. D. Xavier O'Callaghan Muñoz y D. Antonio Salas Carceller, al amparo de lo previsto en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Primero.—La sentencia dictada por el Pleno de la Sala en el Recurso de Casación núm. 1994/2005 formula una doctrina, con el fin de crear jurisprudencia, que se refiere directamente al caso enjuiciado y con la que mostramos nuestro desacuerdo.

A partir del fundamento de derecho quinto, se plantean distintas situaciones que son diferentes de la que se da en el caso y que vienen referidas a «la titularidad de la vivienda familiar», «la naturaleza del derecho de uso» y «la posición de los terceros adquirentes de la vivienda familiar», formulando la doctrina que se estima adecuada para cada caso, pero con simples argumentos de carácter *obiter*, que no dan lugar a doctrina jurisprudencial, ya que ésta viene dada únicamente por las declaraciones que sirven de base para la resolución del recurso integrando la *ratio decidendi* de la resolución (sentencias de esta Sala de 25 de junio de 1994, 4 de marzo de 1999, 8 de junio de 2001, 15 de diciembre de 2003, 21 de noviembre de 2006 y la de Pleno de 11 de enero de 2007).

No obstante, como después referiremos, sí se formula determinada doctrina de carácter general en relación con el caso.

Segundo.—Como reitera la sentencia, en el presente supuesto existe una copropiedad por mitad entre dos hermanos sobre la vivienda litigiosa; de modo que uno de ellos, D. Gabriel, que no es parte en este proceso, pasó a poseer dicha vivienda al contraer matrimonio con la demandada D.^a Marta, lo que hizo contando con el consentimiento de su hermana, ahora demandante, D.^a Amparo, titular del 50% restante, estableciendo allí el domicilio familiar durante los años que duró el matrimonio. Una vez producida la ruptura matrimonial y atribuido el uso de la vivienda familiar a la esposa —D.^a Marta— por resolución judicial (artículo 96 del Código Civil), la cotitular, D.^a Amparo, insta el desahucio por precario de aquélla.

Pues bien, con independencia del derecho de uso que, como partícipe en la comunidad pueda asistir a D.^a Amparo —que, en cualquier caso, no podría actuar sin dirigirse igualmente contra su condómino D. Gabriel— no cabe considerar que la posesión actual de la esposa D.^a Marta sea ostentada a título de simple precario, como en sentido contrario se viene a concluir en la sentencia al sentar como doctrina, en su fundamento de derecho séptimo *in fine*, que «no se excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor», para concluir finalmente, en el fundamento octavo, que: «1.º) La demandada recurrente no tiene título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda, porque existe una situación de precario; y 2.º) Que la demandante ahora recurrida, D.^a Amparo, está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad».

Tercero.—La disconformidad con dichos pronunciamientos, así como con los razonamientos que los sustentan, nace de la distinta consideración que nos merece la naturaleza del uso de la vivienda que ostenta la esposa, D.^a Marta, que no puede desligarse del propio título en virtud del cual poseía el esposo, D. Gabriel,

en tanto copropietario de la vivienda en un cincuenta por ciento, lo que le atribuía el mismo derecho a poseer que el que correspondía a su hermana, también copropietaria en igual proporción, D.^a Amparo.

La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en los supuestos de crisis matrimonial comporta una prestación forzosa por parte del que no goza de dicho uso, lo que significa cumplir en parte con los deberes familiares de atención que, en caso de privación de dicho uso por un tercero, puede determinar el incremento de otras prestaciones en concepto de cargas familiares (artículo 91 Código Civil). De ahí el evidente interés que, al menos teóricamente, puede tener el esposo en mantener a la esposa en el uso de la vivienda que fue familiar. Igualmente, el seguimiento del proceso sin la presencia de D. Gabriel implica que —sin haber sido oído— el mismo no pueda obtener en su día la atribución el uso de la vivienda por alteración de circunstancias como prevé el citado artículo 91 del Código Civil, con el resultado de que el copropietario que no tenía el uso de la cosa ha obtenido la posesión íntegra de la misma sin demandar al comunero que anteriormente la disfrutaba.

En definitiva, la posesión actual de la esposa, D.^a Marta, no constituye precario en tanto tal figura está constituida por «una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde» (por todas, la reciente sentencia de esta Sala núm. 1064/2008, de 6 de noviembre). La situación de precario que en tales casos ha sido reconocida por esta Sala en supuestos de ruptura matrimonial (sentencias, entre las más recientes, núm. 910/2008, de 2 de octubre; 1077/2008, de 13 de noviembre y 1078/2008, de 14 de noviembre) respondía al hecho de que no existía un título posesorio y sí una situación de precario, que era común a ambos cónyuges, lo que evidentemente no ocurre en el caso de que se trate de la posesión de un comunero.

Cuarto.—De todo lo anterior, derivamos una conclusión, que no es otra que la estimación del motivo primero del recurso de casación. Haciendo abstracción de la mala técnica casacional de alegar preceptos heterogéneos, como los

relativos al convenio regulador (artículo 90), a las medidas provisionales (artículo 103) a la fecha del documento privado (artículo 1227) y al documento público (artículo 1280), entendemos que se ha producido la infracción del artículo 96 del Código Civil en el sentido de que la atribución del uso de la vivienda conyugal a la esposa (demandada en la instancia) por una sentencia firme, ha sido burlada por la actuación de la hermana (demandante en la instancia) del esposo (que no ha sido parte en este proceso).

La demanda se instó por desahucio por precario y se estimó por la Audiencia Provincial en sentencia objeto del presente recurso de casación, revocatoria de la dictada en primera instancia que había desestimado la demanda.

Entendemos que no hay precario. La vivienda era propiedad del esposo y su hermana. Como copropietarios tienen el uso (artículo 394 del Código Civil) solidario de la cosa común; cada uno la puede utilizar sin perjudicar

al otro o a los otros copropietarios, pudiendo mediar acuerdo entre ellos sobre el uso. Esto es lo que ocurrió en el presente caso: la copropietaria, hermana del esposo, acordó con éste que la vivienda sería utilizada por el matrimonio. Producida la separación conyugal y atribuido el uso de la vivienda a la esposa, tal atribución no se basa en un precario, sino en una copropiedad con uso convenido entre los copropietarios y uso ahora atribuido judicialmente. No hay precario alguno. El título de la esposa, como título judicial, se basa en el título de propiedad del esposo, copropiedad compartida con su hermana con la cual acordaron que el uso sería del matrimonio.

En consecuencia, no debe prosperar el desahucio, sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer entre sí los hermanos copropietarios. Debe, pues, según este voto particular, casarse la sentencia recurrida y confirmar y hacer nuestra la dictada en primera instancia.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Nulidad de las capitulaciones matrimoniales por simulación, habida cuenta de que la verdadera razón de su otorgamiento era la situación generada por las deudas de la empresa familiar. La operación fue diseñada para que, a pesar de que nada figurara a nombre de la esposa, el matrimonio siguiera usando y disfrutando de todos los bienes.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 21 de octubre de 2009

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.^a Santiago, casada con D. Felipe, formaba parte del consejo de administración de la sociedad A S.A. a la que la Agencia tributaria había reclamado una deuda y habiendo resultado fallida la ejecución, acordó la derivación de la responsabilidad a los administradores. La notificación de la resolución de Hacienda se produjo el 3 de mayo de 1996 a D.^a Santiago y a sus hermanos, que se encontraban en su misma situación.

Las hermanas Micaela y Santiago tomaron la decisión de llevar a cabo una serie de operaciones jurídicas para evitar el embargo de los bienes inmuebles que pertenecían a las respectivas sociedades de gananciales, pretendiendo que no aparecieran bienes en el Registro de la Propiedad a nombre de los deudores. A tal efecto, se realizaron las siguientes operaciones: a) D.^a Santiago y su esposo otorgaron una escritura de capitulaciones

matrimoniales el 4 de julio de 1996, en la que pactaron el sistema de separación de bienes, liquidaron la sociedad de gananciales hasta aquel momento vigente e hicieron el inventario de los bienes. Se adjudicó al marido una finca, gravada con una deuda de 6.000.000 de ptas.; no se incluyeron unos planes de pensiones pertenecientes al marido; se adjudicó a la esposa una finca consistente en una vivienda familiar. La hermana de D.^a Santiago, D.^a Micaela, casada a su vez, realizó la misma operación; b) El 6 de junio de 1996, D.^a Santiago donó a sus hijos menores la nuda propiedad de la finca que se adjudicaba en la partición de la sociedad, nombrando usufructuario a su esposo; c) El mismo 6 de junio, D.^a Santiago y D. Felipe firmaron un documento privado cuyo contenido es el siguiente: «que el pasado 4 de junio han otorgado escritura de capitulaciones matrimoniales ante la Notaría [...] pactando el régimen matrimonial de separación de bienes; no obstante lo cual, ambos cónyuges reconocen el carácter ganancial de todos sus bienes y manifiestan expresamente su deseo de seguir rigiéndose a todos los efectos por el régimen económico matrimonial de gananciales. Por ello, los cónyuges se obligan a suscribir cuantos documentos públicos o privados fueran necesarios para restablecer oficialmente el régimen legal de gananciales, bastando para ello el solo requerimiento de uno de ellos hacia el otro»; d) Las mismas o parecidas operaciones efectuaron los hermanos de D.^a Santiago.

Surgida la crisis matrimonial, D.^a Santiago interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Felipe, D. Teófilo, D.^a Bernarda, solicitando se dicte sentencia por la que: «A) Se declare la nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales otorgada con fecha 4 de junio de 1996 por mi mandante y el demandado don Felipe; B) Se declare la nulidad de la escritura de donación otorgada por don Felipe y Doña Santiago, esta última por sí y, además, y junto con el anterior, en nombre y representación de don Teofilo y doña Bernarda, como legales representantes de los mismos dada su menor edad, con fecha 6 de junio de 1996; C) Que, en consecuencia, se declare que la totalidad de los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges con posterioridad a su matrimonio, salvo los que se hubieran podido adquirir con bienes privativos, y tanto los adquiridos con anterioridad como los adquiridos con posterioridad a la citada escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales de fecha 4 de junio de 1996, tienen el carácter de gananciales del matrimonio de don Felipe y doña Santiago; D) Se decrete la cancelación de las inscripciones registrales practicadas como consecuencia de las capitulaciones matrimoniales y donación, respecto de los bienes que en ellas se contemplan y que se relacionan en los hechos tercero y cuarto de este escrito, ordenando librar los correspondientes mandamientos, por duplicado, al Sr. Registrador de la Propiedad de Tordesillas, a fin de que aparezcan como titulares de los bienes las mismas personas que figuraban antes de procederse a tales inscripciones que se cancelan. E) Decrete, asimismo, la cancelación de la anotación practicada al margen de la inscripción de matrimonio de los cónyuges en el Registro Civil de Valladolid, y que consta al tomo 28, folio 420 de la Sección 2.^a, librando el correspondiente mandamiento al mencionado Registro Civil. Todo ello con expresa imposición de las costas, de oponerse a la presente demanda, a los demandados».

Por resolución de fecha 2 de septiembre de 2002, se acordó, dado que la demandada Bernarda, es menor y teniendo intereses contrapuestos a los de sus padres formar pieza separada de defensor judicial de la menor, dejando el suspenso los autos principales. Por Auto de fecha 8 de octubre de 2002, se acordó nombrar defensor judicial de D.^a Bernarda, a D.^a Inocencia,

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados que se personaron en autos y contestaron a la demanda a excepción de D. Teófilo.

El Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Valladolid dictó sentencia de 15 de julio de 2004 estimando íntegramente la demanda, «declarando la nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales otorgada con fecha 4 de junio de 1996 por D.^a Santiago y D. Felipe, así como la de la escritura de donación otorgadas por éstos a favor de D. Teófilo y D.^a Bernarda el 6 de junio de 1996; asimismo se declaró que la totalidad de bienes adquiridos con cargo a bienes gananciales, antes o después del otorgamiento de esa escritura, tienen carácter ganancial, condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y ordenándose la cancelación de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad de las escrituras ya mencionadas, para lo que se librá mandamiento a los Registros de la Propiedad correspondientes, y la cancelación de la anotación practicada en el Registro Civil de Valladolid al margen de la inscripción del matrimonio celebrado por D.^a Santiago y D. Felipe, obrante al tomo 28, folio 420 de la Sección 2.^a, relativa a la modificación del régimen económico matrimonial, para lo que se librá el oportuno exhorto; todo ello con expresa imposición de la mitad de las costas causadas a la parte actora para D. Felipe, y sin hacer especial pronunciamiento sobre las originadas por la acción del punto B del suplico de la demanda».

En grado de apelación, la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó sentencia el 2 de marzo de 2005 desestimando el recurso interpuesto por D. Felipe.

D. Felipe interpuso recurso por infracción procesal y casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de dictada por el Juzgado de Primera Instancia señaló que de las pruebas practicadas se deducía que «las capitulaciones matrimoniales, liquidación de la sociedad ganancial y posterior donación obedecieron única y exclusivamente a la intención de las hermanas Santiago y Micaela y sus respectivos esposos, de deshacerse de los bienes que aparecían a su nombre en el Registro de la Propiedad [...] sin perjuicio de que tal planteamiento no hubiera soportado la más mínima confrontación jurídica» si se hubiera procedido a investigar las operaciones realizadas. «Es claro que lo que se pretendía era dificultar la actuación investigadora de la AET a la hora de hallar bienes de los deudores pues cuando hiciesen consultas a los Registros de la Propiedad no aparecerían bienes a nombres de los deudores sino de sus cónyuges e hijos [...]». Los indicios que llevan al juzgador a considerar que se produjo esta simulación son: a) la «sospechosa coincidencia en el tiempo» entre la comunicación por parte de la

AET y las operaciones relativas al régimen de bienes; b) inexistencia de causas que justifiquen la donación; c) el volumen de gastos que comportaban todas estas operaciones en un momento de crisis económica de la familia; d) el documento privado suscrito el 6 de junio en que se expresa que continúa el régimen de gananciales; e) la omisión de diversos bienes en la liquidación de la sociedad; f) la inclusión de un pasivo ficticio de 6.000.000 de ptas., y g) la propia situación personal de las partes puesto que el conflicto se suscitó después de la separación matrimonial. A la vista de los antecedentes, la sentencia concluyó que debía ser estimada la demanda «pues los distintos negocios jurídicos simulados en las dos escrituras firmadas escondían una causa ilícita, pues solo pretendían hacer desaparecer sus bienes de los registros públicos y constituían una clara simulación, pues en ningún momento se pretendió pactar el régimen de separación de bienes y liquidar la sociedad ganancial, ni tampoco

posteriormente donar la demandante a sus hijos el bien que le había sido adjudicado [...]».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid añadió que la situación «obedeció a una operación previamente diseñada para que los diferentes componentes de la entidad mercantil “A. S.A.” se colocaran en situación de insolvencia», porque el mismo día que los litigantes (6 de junio de 1996) y en la misma notaría la hermana de la demandante/recurrida liquidó de idéntica forma su sociedad de gananciales y efectuó la misma donación, concluyendo que «la verdadera razón de las capitulaciones y donación era la situación generada por las deudas de la empresa familiar. Y la operación fue diseñada para que, a pesar de que nada figurara a nombre de la Sra. Santiago, el matrimonio siguiera usando y disfrutando de todos los bienes».

6.º D. Felipe presenta contra esta sentencia recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.3 LEC, con un único motivo, y recurso de casación, al amparo del artículo 477.1 LEC, dividido en 5 motivos. Ambos recursos fueron admitidos por auto de 17 de junio de 2008.

1. Recurso extraordinario por infracción procesal

El motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal, invoca la infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad o hubiese de producir indefensión. En concreto, se han infringido los artículos 217, 1, 2, 3 y 6 y el artículo 326.1 y 2 LEC, relativos a la carga de la prueba y a la impugnación de un documento privado. Dice que cuando se impugna un documento, el artículo 326 LEC proclama la regla de que no va a poder hacer prueba plena en el proceso y grava a quien lo presenta con la carga de proponer pruebas para acreditar su autenticidad, que por tanto correspondería a la actora que lo presentó. La sentencia recurrida se limita a negar la credibilidad del documento por la no coincidencia de un primer informe provisional desmentido a posteriori por la misma perito. La sentencia, además, centra la valoración en la prueba pericial, pero omite valorar el documento impugnado de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El motivo se desestima. El motivo está mezclando dos cuestiones, la relativa a la prueba de la autenticidad del documento privado de 6 de junio y la de la valoración de dicho documento. En realidad se está discutiendo si tal documento podía o no constituir prueba plena. Los documentos privados constituyen prueba plena cuando no son impugnados por la otra parte, cosa que no ha ocurrido en este caso. Es por ello que el documento impugnado fue objeto de prueba, porque el demandado y ahora recurrente pretendía haber firmado un folio en blanco que fue rellenado con el contenido que se ha reproducido en el Fundamento primero de esta sentencia con posterioridad. La prueba llevada a cabo a petición del propio recurrente no consiguió probar que fuera rellenado por una tercera persona con posterioridad a la fecha de la firma, como pretendía el recurrente. Excluida la falsedad, debía examinarse e interpretarse de acuerdo con los demás documentos aportados al proceso, por tanto, su valor probatorio es el que el Tribunal les atribuye, como los demás medios de prueba y por ello, se ha valorado como un indicio más a la hora de determinar si había o no simulación, junto con las otras señas, que se enumeraron en la sentencia de 1.ª Instancia.

El recurrente plantea dos cuestiones, pues: la de la falsedad del documento, que debe rechazarse porque no hay prueba de ello, y la de la valoración del mismo, que debe rechazarse también, puesto que no incurre en ningún absurdo y además, no es el único indicio utilizado para determinar si concurrido o no la simulación.

2. Recurso de casación

El recurrente pretende demostrar que los elementos de la simulación no concurren, por lo que el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales y las operaciones subsiguientes no tienen causa falsa y aplica los mismos argumentos al pacto sobre régimen económico (motivos primero, tercero y cuarto), la liquidación del régimen anteriormente vigente (motivo segundo) y la donación efectuada a los hijos (motivo primero). Sobre el pacto relativo al régimen matrimonial, intenta demostrar tres cuestiones: a) que no hubo simulación; b) que no hubo causa ilícita; c) que siendo la única finalidad perjudicar a terceros, el cambio de régimen era válido, con las limitacio-

nes del artículo 1317 CC (motivo tercero), y d) que teniendo naturaleza privada el documento en el que se decía que seguirían rigiéndose por el régimen de gananciales, no tenía virtualidad para cambiar el ya pactado en los capítulos matrimoniales. Estos razonamientos dejan de lado los indicios que han llevado a declarar la simulación absoluta de las operaciones efectuadas. Con esta perspectiva, se van a examinar los diferentes motivos del recurso de casación.

El motivo primero señala la infracción del artículo 1261 CC y la doctrina jurisprudencial sobre la simulación absoluta. Dice que entre los cónyuges se concluyeron tres negocios jurídicos: los capítulos matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes; la liquidación del régimen de gananciales y la donación a los hijos. Entiende el recurrente que se debe examinar la concurrencia de simulación en cada uno de ellos. Al respecto alega que: a) con respecto al acuerdo sobre el régimen de separación, no se ha probado que el pactado no fuera claramente querido; b) la modificación del régimen no perjudicaba a terceros; c) no concurre causa ilícita y en definitiva, no hay simulación absoluta porque en la escritura de capítulos consta el consentimiento, el objeto y la causa. Lo mismo puede afirmarse de la liquidación y de la donación, utilizando los mismos argumentos.

En el mismo sentido se presenta el motivo segundo. Invoca la infracción de los artículos 1274, 1275 y 1276 CC. Se dice que la sentencia recurrida ha apreciado la ilicitud de la causa sin analizar separadamente cada uno de los negocios jurídicos llevados a cabo por los cónyuges y sin examinar si en cada uno de ellos concurre o no causa ilícita. Dice que cada uno de los negocios jurídicos llevados a cabo tiene naturaleza y efectos distintos y que la modificación del régimen económico matrimonial no es un acto de disposición de bienes, y, por definición, no perjudica los derechos de los terceros, porque se trata de un acto de especificación, concreción o determinación de la cuota que cada cónyuge ostentaba en la comunidad.

Los motivos primero y segundo se desestiman. La razón fundamental para la desestimación de estos dos motivos consiste en que el recurrente incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, entendida ésta en el sentido deter-

minado por la jurisprudencia en sentencias muy reiteradas, entre las que se encuentra la de 30 de junio de 2009 y las allí citadas. Efectivamente, el recurrente olvida que las resoluciones recaídas en el presente litigio han considerado probada la concurrencia de simulación absoluta que deducen de los indicios señalados en la sentencia de 1.ª Instancia, enumerados en el Fundamento Jurídico primero, que fueron aceptados totalmente por la sentencia recurrida. De aquí que la argumentación de estos dos motivos debe ser calificada como totalmente artificiosa, porque bajo el argumento de la necesidad de valoración independiente de los negocios jurídicos llevados a cabo, se están planteando situaciones absolutamente distintas de las declaradas probadas. Si el recurrente piensa que las pruebas aportadas al procedimiento no han sido examinadas correctamente, le hubiera quedado el cauce del error en la valoración de la prueba, que no ha utilizado. Al pretender que se reexamine la concurrencia o no de simulación absoluta en el recurso de casación, deben rechazarse estos motivos porque la casación no ha sido nunca una tercera instancia y mucho menos después de la regulación del artículo 477 LEC.

El motivo tercero invoca la infracción del artículo 1317 CC. Dice que al apreciar la sentencia recurrida que la intención de la esposa fue la de despatrimonializarse y dificultar a la Agencia tributaria la investigación, se produce una infracción del artículo 1317 CC porque la modificación del régimen no perjudicaba los derechos de terceros ya que no puede predicarse la nulidad de la modificación.

El motivo se desestima. El recurrente alega en este motivo un razonamiento absolutamente alejado de lo que ha sostenido la sentencia recurrida. Hay que recordar que por propia declaración de la esposa demandante, se simuló una serie de negocios jurídicos relacionados con el régimen de bienes para dificultar las reclamaciones de Hacienda por unas deudas contraídas por la sociedad anónima de la que eran Consejeros los hermanos Santiago y Micaela. No se infringe el artículo 1317 CC porque no se ha aplicado al no ser ello necesario: efectivamente, el artículo 1317 CC declara la no oponibilidad de los capítulos matrimoniales a terceros, en un sistema en el que se busca compaginar la libertad de los

cónyuges para elegir el régimen que crean más conveniente y la protección de terceros acreedores. Pero este sistema no es necesario si puede declararse su nulidad porque el artículo 1317 CC parte de la validez de las capitulaciones y de los pactos en ella contenidos y por ello se requiere otra figura jurídica para evitar el perjuicio de terceros. En este litigio se ha probado la simulación absoluta, lo que conlleva la nulidad de las capitulaciones, de modo que no es necesario utilizar la figura del artículo 1317 CC para evitar dicho perjuicio, que nadie ha discutido en esta litis. Por lo que no puede considerarse infringida una disposición que no es aplicable.

El motivo cuarto invoca la infracción del artículo 1327 CC, que exige forma pública para la modificación del régimen económico matrimonial y por ello, el documento privado de 6 de junio de 1996, que ha sido declarado auténtico, no tenía virtualidad para modificar un régimen de separación, que había sido pactado en la escritura de capitulaciones matrimoniales.

El motivo se desestima. La declaración de nulidad de los capítulos matrimoniales por simulación absoluta determina como efecto esencial que no se produjera el efecto buscado, es decir, el cambio de régimen, que sólo fue aparente, pero no real como consecuencia de la simulación. Por ello mal se ha podido infringir el artículo 1327 CC relativo a la forma necesaria de los capítulos cuando el tantas veces citado

documento privado tenía como finalidad evitar entre los cónyuges la apariencia de cambio de régimen creada con las capitulaciones nulas. Es decir, no se restauraba el régimen que se había extinguido con el pacto capitular, sino precisamente se destruía la apariencia creada y se mantenía entre los cónyuges el régimen que rigió su matrimonio desde el momento de la celebración del mismo sin interrupción.

El motivo quinto denuncia la infracción de los artículos 1401 y 1084 CC. Dice que la sentencia recurrida ha otorgado relevancia para apreciar la simulación absoluta al dato de haberse omitido una deuda existente con la madre de la demandante y haber inventariado otra, asumida por el demandado y ambas vinculadas con la financiación de la vivienda familiar, siendo así que los artículos que se consideran vulnerados por inaplicación no declaran la nulidad de la liquidación de los gananciales en los que se haya omitido una deuda, sino sólo que del pago de la misma responden los cónyuges con sus bienes.

El motivo se desestima. Deben considerarse reproducidas aquí las razones que han servido para desestimar los motivos tercero y cuarto, puesto que, además, el tema que se plantea ha sido considerado por la sentencia recurrida como un indicio de la existencia de simulación y mal puede hablarse de esta nulidad alegada cuando al ser simulados los capítulos, no hubo ni cambio de régimen ni, por consiguiente, liquidación.

CUESTIONES PROCESALES

La denuncia presentada por el padre y su hija contra su ex mujer y la actual pareja de ésta, siendo víctima la hija del matrimonio, no es un supuesto encuadrado en la competencia de los Juzgados de Violencia de Género y por tanto la competencia para el conocimiento de la demanda de modificación de medidas corresponde al Juzgado de Familia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de octubre de 2009

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

ANÁLISIS DEL CASO

D. Gaspar presentó ante el Juzgado de Primera Instancia número Veinticuatro de Madrid, demanda de juicio verbal de modificación de medidas de divorcio, contra doña Rafaela, con domicilio en Navalunga (Ávila).

El Juzgado de Primera Instancia número Veinticuatro de Madrid, por auto de quince de abril de dos mil ocho acordó la inhibición del procedimiento al Juzgado número Dos de Ávila de conformidad con el artículo 49 bis 1 de la LEC.

Este auto fue recurrido en apelación por la parte demandante y su recurso desestimado por auto de 6 de marzo de 2009 por la Sec. 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid.

Remitidas las actuaciones al Juzgado número Dos de Ávila, éste, por auto de 29 de junio de 2009, planteó conflicto negativo de competencia ante esta Sala, al considerar que no se cumplían los requisitos del artículo 49 bis de la LEC en relación con el artículo 1 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El Tribunal Supremo declaró la competencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La inhibición por el Juzgado de Primera Instancia número Veinticuatro de Madrid, a favor del Juzgado número Dos de Ávila fue improcedente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues el acto de violencia al que se hacía referencia en la demanda de modificación de medidas no era de los previstos en el artículo 1 de la Ley 1/2004 Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Este artículo en su apartado primero regula el ámbito de actuación de la ley en los siguientes términos: «La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». El artículo 49 bis remite al 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto al cumplimiento de los requisitos para que el Juzgado de Violencia de Género conozca de los asuntos civiles; entre ellos, según su apartado tercero, letras b), c) y d) se encuentran los consistentes en que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que se hace referencia el apartado 1 a) del presente

artículo, que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género y que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer. Sin embargo, en este caso, a tenor de la denuncia incorporada a las actuaciones (folio 26) ésta se presenta por el demandante y su hija contra su ex mujer y la actual pareja de ésta, siendo víctima la hija del matrimonio. Por tanto, no puede encuadrarse en los delitos conocidos por los Juzgados de Violencia de Género, puesto para que esto fuera así sería necesario, conforme al artículo 87 tres, a), que los cometidos contra los descendientes se hubieran producido conjuntamente con un acto de violencia de género, circunstancia que no ha ocurrido en el presente supuesto, en el que la demandada en el pleito civil, no es víctima sino denunciada. Y no concurre tampoco la circunstancia de que alguna de las partes del pleito civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario, de un acto de violencia de género, pues el denunciado, pareja de la demandada, no es parte en este procedimiento civil de modificación de medidas. Por todo ello, la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia número Veinticuatro de Madrid.

MENORES

La expulsión de un menor de un centro de enseñanza privado, por no seguir las normas de convivencia impuestas por el centro, no vulnera su derecho a la educación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2009

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Juan María, D.ª María Luz y D. Benedicto interpusieron demanda de ordinario contra la entidad mercantil «St. Michael's School, S.L.» solicitando se dictase sentencia declarando: Vulnerado por parte de «St. Michael's School S.L.» como consecuencia de la expulsión del menor Juan María del centro educativo referido, el derecho fundamental a la educación, el derecho a que se respeten los principios de legalidad y tipicidad así como el derecho a la dignidad y todas sus manifestaciones inherentes. Se declaren asimismo vulnerados por parte de «St. Michael's School S.L.» como consecuencia de la expulsión del centro del menor Juan María, los derechos fundamentales de D.ª María Luz y D. Benedicto, padres y representantes legales del menor, del derecho a la educación de su hijo, derecho a la dignidad y todas sus manifestaciones inherentes y el derecho a la propia imagen. Se condene a «St. Michael's School S.L.», a indemnizar al menor Juan María en la cantidad de veintiocho mil euros, en concepto de daños morales, y a D. Benedicto y D.ª María Luz en la cantidad de cuatrocientos sesenta y siete euros con treinta y un céntimos en concepto de daño emergente, así como en concepto de daños morales sufridos en la cantidad de doce mil doscientos veinticuatro euros. Se ordene la publicación de la sentencia, que se dicte en tres diarios de ámbito nacional, sufragando la demandada los costes que ello origine, a efectos de restituir la imagen del menor y sus padres, con imposición de las costas del presente procedimiento.

La mercantil «St. Michael's School S.L.» contestó a la demanda y, oponiendo los hechos y fundamentos que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se desestime la demanda, imponiendo las costas de acuerdo con los preceptos legales.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Móstoles dictó sentencia el 11 de febrero de 2005d desestimando la demanda.

En grado de apelación la Sección 13.ª de la AP Madrid dictó Sentencia el 27 de octubre de 2005, confirmando la sentencia de instancia, aunque modificó el pronunciamiento sobre costas, acordando que cada parte abonara las causadas a su instancia.

D. Juan María, D.ª María Luz y D. Benedicto interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del procedimiento se ha centrado en determinar si la salida del colegio del menor supone la vulneración del derecho a la educación, tratándose de un centro privado, con autonomía para establecer su régimen interno, con normas de regulación de convivencia entre los alumnos y siempre con sometimiento a los derechos que garantiza la Constitución.

Se propugna por los recurrentes la vulneración del derecho fundamental a la educación consagrado en el artículo 27 de la Constitución Española, en relación con el artículo 3.1 y 2 de la Convención de derechos del niño de las Naciones Unidas y su desarrollo por el artículo 3 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y el artículo 269 del Código Civil, al entender la parte recurrente que la medida de expulsión resulta inadecuada para favorecer el pleno desarrollo de la personalidad humana, debiendo primar el interés superior del menor que prevalece sobre cualquier otro interés legítimo.

El derecho invocado —derecho fundamental a la educación— engloba entre otros aspectos, el derecho de los padres de elección de centro docente, de elección de tipo de educación y elección de la formación para sus hijos, pues carecería de coherencia reconocer una libertad de enseñanza que no incluya la libertad de centro docente, de entre la variedad de centros que ofrece el sistema.

Declara el Tribunal Constitucional, en sentencia 51/1981 «Aunque no lo diga expresamente la Constitución, estamos ante un derecho fundamental autónomo directamente derivado del artículo 27.1 de la Constitución Española», derecho que lógicamente tiene límites y por ello el Tribunal Constitucional en Sentencia 195/1989, de 27 de noviembre, ya declaró que «una de las cortapisas necesarias de la facultad paterna de elección de centro docente es la derivada de la propia opción realizada; una vez que los padres han escogido cierta escuela pública o privada lo que no pueden pretender es modificar sus axio-

mas o sus métodos por mucho que la mayoría democrática de ellos esté de acuerdo con el cambio. Hay que ser coherente con las propias decisiones y atenerse a las consecuencias de lo que uno mismo ha escogido para su hijo».

Al objeto de tutelar el pacífico disfrute del derecho a la instrucción del conjunto del alumnado, es un deber básico del alumnado, además del estudio, el respeto a las normas de convivencia dentro del centro docente; normas cuyo establecimiento se confía a la autonomía de los centros privados. El incumplimiento de las normas de convivencia puede, por consiguiente, justificar suficientemente la expulsión de la escuela, sin que ello suponga en modo alguno la vulneración de derecho fundamental. Solo en los supuestos en que la sanción se haya impuesto arbitrariamente cabría plantearse la hipotética lesión del derecho en cuestión.

Constatada la existencia de base razonable para que el centro adoptase la sanción, procede a analizar el cumplimiento de los requisitos mínimos, que el reglamento de régimen interior del centro educativo establece entre las sanciones por infracciones constitutivas de faltas muy graves, debiéndose recordar que el artículo 27 de la Constitución Española, en su párrafo sexto declara la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto de los principios constitucionales, y que conlleva el derecho a la dirección de los centros creados, lo que supone que el titular siempre pueda tener la decisión última en las cuestiones de trascendencia, que afecten a su centro.

Así pues, dentro de este marco, tal como ha declarado probado la Audiencia Provincial el procedimiento establecido en el reglamento interno del centro fue respetado —competencia del director del centro, consultados el profesor o educador, jefe de estudios y psicólogo y oído el alumno (en este caso los padres atendiendo la edad de menor)—, si bien el mismo se tramitó de forma oral. No existe en consecuencia, la vulneración de los derechos invocados, porque la medida adoptada no resultó arbitraria y se cumplieron los requisitos fijados para su imposición en el reglamento de régimen interno, lo

cual se corresponde con la actuación del centro, sin que quepa exigir el escrupuloso respeto de todas y cada una de las garantías que sobre el particular puedan estipularse, quedando en el presente caso constancia de la tramitación del expediente al efecto.

Por último no puede apreciarse la vulneración del artículo 269 del Código Civil, al no

ser extrapolable al caso de autos ni dialécticamente ni en modo legal, los términos expuestos siendo la función básica del educador la de transmitir de modo sistemático y con un mínimo de continuidad determinado cuerpo de valores y conocimientos. Se desestima por ello, el motivo articulado como segundo, en el escrito de recurso de Casación.

SUCESIONES

A pesar de fallecer el causante sin descendencia se instituye heredera a la viuda en virtud del contenido de las cláusulas del testamento, del que no puede hacerse una interpretación literal, debiendo buscarse en todo caso la verdadera voluntad del testador.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2009

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Adelaida interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Candelaria, D.ª Carla y D. Luis Alberto y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que: A) Se declare cesada entre la demandante y los demandados D.ª Candelaria, D.ª Carla y D. Luis Alberto la comunidad de bienes existente ente los mismos en relación con las fincas relacionadas en el expositivo tercero de esta demanda, condenándoles a estar y pasar por dicha declaración. B) Se proceda a la división de las referidas fincas y, caso de ser físicamente indivisibles, se lleve a cabo la enajenación en pública subasta, con admisión a licitación de terceros extraños, de las referidas fincas para, con su producto, ser repartido entre los comuneros en sus respectivas participaciones. C) Se condene a los demandados al pago de las costas causadas.

D.ª Candelaria 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 desestimando íntegramente la demanda e imponiendo las costas a la actora. Y formulando demanda reconvenicional alegó los hechos y fundamentos de derecho para terminar suplicando que, estimando la reconvenición, efectúe los siguientes pronunciamientos: 1. Declarar que D.ª Candelaria y D. Sebastián y D.ª Rosa son los únicos y universales herederos, a partes iguales, de D. Leovigildo en virtud del testamento que éste otorgó ante el Notario que fue de Toro D. Jesús García Sánchez el 7 de febrero de 1985; y que D.ª Adelaida es legataria del usufructo vitalicio universal en virtud del mismo testamento, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración. 2. Declarar que la escritura de manifestación y aceptación de la herencia de D. Leovigildo otorgada por D.ª Adelaida ante la Notario de Toro D.ª María Antonieta el 25 de septiembre de 2002

es nula de pleno derecho, anulándola y dejándola sin efecto. 3. Declarar la nulidad y ordenar la cancelación de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad núm. 1 de Zamora a favor de D.^a Adelaida correspondientes a los bienes incluidos en el inventario contenido en la referida escritura de aceptación de herencia bajo los números 1 a 5 inclusive, que se han descrito y relacionado con los mismos números en el hecho tercero de esta reconvencción, así como de cualesquiera otras inscripciones de bienes, derechos y participaciones que en los Registros públicos puedan practicarse a favor de la misma como heredera de D. Leovigildo, y de los demás actos jurídicos y disposiciones realizadas por la misma en el mismo concepto de heredera de aquél, condenándola a estar y pasar por esta declaración. 4. Declarar que D.^a María Antonieta, Notario de Toro que autorizó la escritura de manifestación y aceptación de la herencia de D. Leovigildo, el 25 de septiembre de 2002, es responsable civil de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha escritura, debiendo satisfacer a D. Sebastián y D.^a Candelaria y D.^a Rosa la indemnización correspondiente a tales daños y perjuicios en la cuantía que se determinará en trámite de ejecución de sentencia.

D. Sebastián, y por fallecimiento de éste, sus herederos D. Luis Alberto, D. Arturo, D. Eugenio, y D.^a Carla y D.^a Magdalena, 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 desestimando íntegramente la demanda e imponiendo las costas a la actora.

D.^a Adelaida contestó a la demanda reconvenccional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia desestimando íntegramente la demanda reconvenccional, imponiendo las costas causadas a los propios demandados/reconvinientes.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zamora dictó sentencia con fecha 17 de febrero de 2004, estimando la demanda, desestimando la demanda reconvenccional y declarando: a) La disolución y división de la comunidad de bienes existente sobre las fincas registrales (...) del Registro de la Propiedad núm. 1 de Zamora, cuyas demás circunstancias constan en el hecho tercero de la demanda, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración. b) La disolución se efectuará en ejecución de sentencia respecto de las fincas (...), mediante la división material y formación de lotes en proporción a la cuota de cada comunero, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 406 del CC y concordantes y respecto de la finca núm. (...) mediante la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, que se verificará igualmente en fase de ejecución de sentencia y conforme a las reglas contenidas en los artículos 655 a 675 de la LEC 1/2000, de 7 de enero, y preceptos a los que éstos se remitan, repartiendo su producto entre los comuneros en proporción a sus respectivas cuotas. Todo lo anterior con imposición de costas a los demandados.

En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Zamora dictó sentencia el 24 de septiembre de 2004 desestimando el recurso interpuesto por los demandados.

D. Víctor Manuel, D.^a Enriqueta y D. Leoncio, D. Luis Alberto, D. Arturo, D. Eugenio, y D.^a Carla y D.^a Magdalena y Roncero interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que se plantea en casación es muy concreta y, aparentemente, sencilla. La demandante en la instancia doña Adelaida, viuda de don Leovigildo, como heredera del mismo, ejerció la *actio communi dividundo* respecto a unas fincas cuya propiedad era de éste y de tres hermanos suyos, los codemandados en la inicial demanda. Sin embargo, la postura de los demandados no era, como no podía ser menos, de oposición a la división de la cosa común, sino la alegación en demanda reconvenicional de que la demandante no era heredera del causante, su esposo, sino que los herederos del mismo eran sus hermanos, demandados y recurrentes en casación (ellos o sus respectivos herederos).

Por tanto, la cuestión que se planteó en la instancia y se plantea en casación es de interpretación del testamento. En éste, otorgado por el esposo de la demandante y hermano de los demandados don Leovigildo lega a su esposa, aquella demandante, el usufructo universal de sus bienes con aplicación de la *cautela socini*. En aquel momento, ni tampoco después, tenían descendencia. Y hace institución de heredero en la cláusula cuarta con el siguiente tenor literal, que es el que provoca el conflicto: «Instituye y nombra por sus únicos y universales herederos, por partes iguales, a los hijos que pueda tener, con sustitución —para caso de premoriencia o incapacidad— por sus respectivos descendientes; y a falta de éstos y para caso de conmoriencia instituye por sus únicos y universales herederos, a partes iguales, a sus hermanos: Carla, Candelaria y Sebastián, con sustitución, igualmente, para caso de premoriencia o incapacidad, por sus respectivos descendientes; y si no hubiera descendientes, instituye heredera universal, en pleno dominio, a su citada esposa D.^a Adelaida».

La sentencia de la Audiencia Provincial confirmando la de primera instancia, estima la demanda y declara que, según la interpretación lógica del testamento, la heredera es la esposa del causante, demandante y parte recurrida en casación, con una serie de argumentos y concluye que el testamento no permite, en su tenor literal, conocer la voluntad del testador y se debe acudir a una interpretación lógica y finalística.

Frente a esta sentencia, los demandados, hermanos del causante, algunos de ellos fallecidos y sustituidos procesalmente por sus respectivos herederos, han formulado el presente recurso de casación, que contiene cinco motivos, no referidos a la acción de división de cosa común, sino a la pretensión de su reconvenición dirigida a la declaración de nulidad del título por virtud del cual dice ostentar la demandante doña Adelaida la titularidad de copropietaria de la parte de su esposo fallecido, en su condición de heredera del mismo. Lo cual se afirma en las sentencias de instancia y se niega por la parte demandada en la instancia y ahora en casación. Por lo que el extremo esencial de ésta es dilucidar la condición de heredero de la demandante o si los herederos son los demandados, hermanos de aquel causante o descendientes de los mismos.

Los cinco motivos del recurso se refieren a esta cuestión aunque desde diferentes puntos de vista. El primero alcanza a la cuestión crucial, que es la interpretación del testamento; el segundo vuelve a lo mismo, pero con la alegación de norma sobre interpretación del contrato. El tercero se va al tema de la condición imposible que, como el cuarto, relativo a la intangibilidad cualitativa de la legítima, son ajenos al presente caso. El quinto está fuera de lugar, pues discute la valoración de la prueba testifical, en relación a la prueba extrínseca del testamento.

Acerca de la interpretación del testamento, como proceso de averiguación del sentido y alcance de la voluntad del testador que pretende la reconstrucción de la misma, es preciso recordar la abundante doctrina jurisprudencial, que resumen las sentencias de 18 de julio de 2005, 20 de diciembre de 2005, 29 de septiembre de 2006 y 20 de noviembre de 2007 en estos términos: a) que en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador (sentencias de 1 de febrero de 1988 y 9 de octubre de 2003, entre muchas otras); b) que la interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria y que sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llega-

do en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley (sentencias de 14 de mayo de 1996, 30 de enero de 1997, 21 de enero de 2003, entre muchas otras), y c) que en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y que sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (como ya anunciaban las sentencias de 9 de junio de 1962 y 23 de septiembre de 1971 y que continúan las sentencias de 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998, 23 de febrero de 2002, entre muchas otras).

Asimismo, cabe destacar que, entre otras muchas, tanto las citadas sentencias como las de 29 de diciembre de 1987 y 21 de enero de 2003 insisten en que la interpretación del testamento corresponde a los órganos de instancia y sólo es revisable en casación cuando resulte ilógica o claramente contraria a la voluntad del testador.

Así, siguiendo lo que dispone el artículo 675 del Código Civil y desarrolla la jurisprudencia, el primer criterio de interpretación del testamento es el gramatical; el segundo es la interpretación subjetiva que busca la verdadera voluntad del testador cuando quiebra el primer criterio; el tercero, criterio de la duda, en cuyo caso se observará lo que aparezca más conforme con la intención del testador.

Aplicando lo anterior al caso de autos, debe analizarse el motivo primero del recurso de casación que precisamente alega la infracción del artículo 675 del Código Civil y entiende que lo ha infringido la sentencia recurrida al considerar que la viuda es la heredera, siendo así que los recurrentes, demandantes reconventionales, son ellos los herederos. En el desarrollo del motivo se razona su posición acerca de la interpretación de la cláusula que ha sido transcrita, interpretación que se mantiene desde su demanda reconventional. La Sala no la acepta y desestima el motivo por las siguientes razones.

En primer lugar, porque la interpretación del negocio jurídico tanto *inter vivos* como *mortis causa*, corresponde a los Tribunales de instancia, a no ser que sea ilógica, absurda, contraria a la ley o, en el caso del testamento, disconforme claramente con la voluntad del testador. No es el caso

presente. La sentencia de la Audiencia Provincial, objeto del recurso, expone los argumentos para mantener que la heredera es la viuda demandante, en la expresión «conmoriencia» que no tendría sentido si no se le da esta interpretación y lo mismo por la de que expresión «si no hubiera descendientes...» por lo que tal falta de claridad impide la interpretación literal y, por la interpretación lógica, que también argumenta, llega a la conclusión aludida. Esta Sala, no sólo no la considera ilógica o absurda, sino que la comparte.

En segundo lugar, porque la interpretación literal es inviable por la contradicción entre la primera disposición («instituye herederos... a sus hermanos») y la última («instituye heredera universal, en pleno dominio, a su esposa...») en ambos casos, a falta de descendientes, que efectivamente no los hubo; la expresión «conmoriencia» no tiene sentido, pues no es posible entender a quién se refiere.

En tercer lugar, porque la interpretación lógica, aplicable en defecto de la literal, lleva a entender que lo único claramente decisivo es el último inciso: «y si no hubiera descendientes, instituye heredera universal, en pleno dominio, a su citada esposa doña Adelaida». Por cierto, no se la cita antes, en esta cláusula, lo que abona que no cabe la literalidad.

En cuarto lugar, porque en caso de duda, que la hay, debe observarse lo que aparezca más conforme a la intención del testador, como dice el artículo 675 del Código Civil y en autos, como declara probado la sentencia de instancia, consta que la voluntad del testador, al tiempo de hacer testamento, momento al que debe referirse la interpretación (como reitera la sentencia de 19 de diciembre 2006), era la de favorecer, si no tenía descendencia, que no la tuvo, a su esposa; en ningún caso a sus hermanos antes que a ella.

Al rechazarse el motivo primero, caen por su base todos los demás. El motivo segundo alega la infracción del artículo 1284 del Código Civil: éste se halla dentro de la normativa de interpretación del negocio jurídico *inter vivos* y si bien son aplicables a la interpretación del testamento las normas del Código Civil que recogen aquella normativa (así, sentencia de 23 de junio de 1998) convenientemente adaptadas a la especial naturaleza del testamento y complemen-

tando la norma específica del artículo 675, no es aplicable dicho artículo 1284 al caso presente en la forma que pretenden los recurrentes. Conforme a la misma y habiendo duda, el sentido más adecuado para que produzca efecto es precisamente el considerar que es la esposa la que debe ser tenida como heredera.

El motivo tercero alega la infracción del artículo 792 del Código Civil relativo a las condiciones imposibles y viene referido a la expresión «conmorienencia» que se halla en la mencionada cláusula cuarta del testamento y carece de sentido. El motivo se rechaza pues, por más que la sentencia de instancia haga referencia a la condición, su consideración se lleva a la cuestión esencial de la interpretación del testamento y no

hace sino abonar que, al ser un contrasentido al no expresarse con quién se produce la conmorienencia, la heredera es la esposa y no los hermanos.

El motivo cuarto se desestima de plano pues la infracción alegada del artículo 813 del Código Civil en relación con la *cautela socini* no tiene aplicación en el presente caso, pues no se ha dado el supuesto de hecho de la existencia de descendiente legitimarios.

El motivo quinto tampoco es apreciable, pues alegan la infracción del artículo 1282 del Código Civil cuando se ha aplicado correctamente el 675 y ni siquiera ha sido mencionado en la sentencia recurrida. Volver con ello a la interpretación del testamento, no es sino repetir lo dicho al rechazar el motivo primero.

La relación cliente-habilitado es personal y nace del mandato, como contrato basado en la confianza, si bien la empresa, como tal organización patrimonial unitaria que explota autónomamente una actividad de servicios que evidentemente se basaba en relaciones contractuales, tiene un valor patrimonial que ha sido calculado parcialmente y que, por ello, debe estar incluido en la partición.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2009

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

ANÁLISIS DEL CASO

D. Lucas, D. Santiago y D.^a Virtudes, interpusieron demanda de juicio ordinario contra D.^a Joaquina, D. Calixto, D. Feliciano y Monsalves 15, S.L y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare: 1.º La nulidad del testamento otorgado en fecha 24 de marzo de 1994, por D. Lucas, y en consecuencia de todos los actos que del mismo se derivan. 2.º Subsidiariamente, se declare nula y sin efecto la escritura de partición de herencia, otorgada en fecha 9 de junio de 1998 con retroacción de todas las cosas de la herencia al momento anterior a inventario. 3.º Subsidiariamente, se declare la rescisión de las operaciones particionales realizadas respecto de la herencia causada por D. Sebastián por la existencia de lesión superior al 25 por 100 en las legítimas de los herederos forzosos, y retro trayendo todas las cosas objeto de la herencia a la situación anterior a dichas operaciones particionales. 4.º Adición a la partición del efectivo metálico 18.214.930 ptas. Dejado en usufructo en la herencia de D.^a Joaquina, cónyuge del causante y cuya nuda propiedad fue adjudicada a los suyos. 5.º En todos los casos anteriormente enunciados, se ordene la cancelación de los asientos registrales correspondientes a las fincas inventariadas en la mencionada partición de herencia y cuya inscripción se haya producido en virtud de las adjudicaciones

producidas en dicha escritura. Condenando a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones y al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.

D.^a Joaquina, D. Calixto y D. Feliciano y M. 15 S.L. 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 estime una o varias de las excepciones propuestas ordenando lo consecuente y, en otro caso, se desestime la demanda, absolviendo a mis representados de los pedimentos contenidos en el suplico de la misma y todo ello con expresa condena en costas a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia número 21 de Sevilla dictó sentencia con fecha 27 de febrero de 2003 estimando la falta de legitimación pasiva respecto de la sociedad M. 15, S.L. absolviendo a ésta de los pedimentos de la demanda, y desestimando la demanda respecto al resto de demandados.

En grado de apelación la Sec. 21.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 13 de abril de 2005, estimando parcialmente el recurso interpuesto por los actores, revocando la sentencia del juzgado en el sentido de declarar la nulidad de la partición de herencia de D. Sebastián para la inclusión en la misma del negocio de habilitación de clases pasivas que regentaba el causante así como se deduzca del caudal hereditario la cantidad de 18.214.930 pesetas atribuidas en usufructo al causante en la herencia de D.^a Joaquina, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada y sin hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas de ninguna de las dos instancias.

D.^a Joaquina, D. Calixto y D. Feliciano interpuso recurso de casación y por infracción procesal, siendo desestimado este último y estimado el de casación en el único sentido de eliminar la declaración de nulidad de la partición para deducir del caudal hereditario la cantidad de 18.214.930 pesetas atribuidos en usufructo al causante en la herencia de doña Joaquina.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La acción ejercitada por los actores pretendía la impugnación de la partición en un doble aspecto: nulidad de la partición para la inclusión en la misma del negocio de habilitación de clases pasivas y la deducción del caudal hereditario de una determinada cantidad que había sido atribuida al causante en la herencia de su esposa fallecida anteriormente.

1. Recurso por infracción procesal

El recurso por infracción procesal que han interpuesto los hermanos codemandados —a la sociedad codemandada M.15, S.L. le ha sido apreciada la falta de legitimación pasiva, lo que ha sido aceptado por las partes— contiene cuatro motivos.

Los dos primeros, fundados en el artículo 469.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegan la falta de litisconsorcio pasivo necesario en relación con el albacea contador-partidor (el primero) y con el habilitado de clases pasivas que compartía el despacho con el causante (el segundo). Ambos motivos se desestiman porque la excepción fue alegada en la primera instancia y desestimada en la sentencia del Juzgado, la parte se aquietó y no se adhirió a la apelación formulada de contrario para mantenerla en segunda instancia: quedó, por ello, firme el rechazo de la excepción. Pero, a mayor abundamiento, no tenía sentido demandar al albacea ya que no se discutía la validez del testamento, lo que sí le corresponde defender conforme al artículo 902.3.º del Código Civil; las demás fun-

ciones no alcanzan a ser parte en proceso entre los coherederos. Tampoco lo tiene el demandar al compañero de despacho, ya que el contenido de la partición de la herencia de su compañero, en nada le puede afectar.

El tercero de los motivos, fundado en el artículo 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega la infracción del artículo 218 de la misma ley, sin decir el apartado que estima infringido, lo cual de por sí es motivo de inadmisión ya que no tiene esta Sala que indagar cuál es el precepto que la parte considera infringido. Se desestima el motivo, además, porque alega una incongruencia omisiva respecto a la excepción de litisconsorcio necesario que no se ha producido. La sentencia de primera instancia razona que no se da tal excepción en ninguna de las personas a las que se refiere y desestima íntegramente la demanda y, al aquietarse la parte que las alegó, la Audiencia Provincial no entró ni tenía que entrar en la argumentación; y el fallo de ésta confirma en este extremo el del Juzgado.

El cuarto de los motivos del recurso por infracción procesal también fundado en el mismo número 3.º del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil también alega el artículo 218 sin especificar el apartado, siendo así que tiene tres. Se refiere a una incongruencia interna por entender que la parte del fallo de la sentencia de instancia recurrida que ordena deducir del caudal hereditario la cantidad que había sido objeto del usufructo del causante, se contradice con el texto. El motivo se desestima porque no se trata de una cuestión procesal que pueda ser objeto de este recurso, sino de un tema de fondo que es objeto del recurso de casación y allí se formula como motivo segundo.

2. Recurso de casación

El recurso de casación que han interpuesto también como el anterior, los hermanos demandados se compone de dos motivos, ambos al amparo del artículo 477.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El primero, por infracción del artículo 659, en relación con los artículos 1709 a 1739, especialmente el 1732.3.º, todos del Código Civil y con los artículos 1 y 25 del Real Decreto 1678/1987, de 30 de diciembre, por el que se

reglamenta la profesión de Habilitado de clases pasivas.

Se parte de la cláusula cuarta del testamento del causante, don Sebastián, padre de demandantes y demandados, que dice así: «B) Lega y en su caso mejora expresamente por terceras e iguales partes a sus hijos Joaquina, Feliciano y Calixto, con la planta (...) de la casa número (...) de Sevilla, así como los negocios instalados en la misma, mobiliarios, ordenadores e instrumentos de trabajo y todo lo que exista de puertas para adentro».

Se ha interpretado la cláusula en el sentido de que el prelegado que instituye comprende el negocio o empresa de habilitación de clases pasivas, no sólo objetos materiales, lo que no se discute. Lo que sí se discute, o más bien se impugna en este motivo, es que tal empresa se incluya en la partición de la herencia, como ha hecho la sentencia recurrida, que dice al respecto:

«La habilitación, en cuanto empresa y objeto unitario de derecho, formaba parte integrante del patrimonio de su titular, y en su consecuencia forma parte integrante de la masa hereditaria del farmacéutico fallecido, de modo que debe ser incluida en el activo patrimonial del causante y evaluada por su valor de mercado, como se ha realizado en esta segunda instancia con la prueba pericial practicada en la que se valora el negocio de habilitación de clases pasivas de D. Sebastián, a fecha del fallecimiento de éste el 17 de septiembre de 1997 en 152.534.245 pesetas. Los herederos del Sr. Sebastián ostentan la titularidad dominical del haber patrimonial que constituye la empresa, pudiendo haberla transmitido a quien ostentase la necesaria titulación administrativa o continuar con la misma, como se deduce de la documental aportada y, en consecuencia, debe ser incluida su valoración en la partición, por lo que su omisión determina la nulidad de la misma debiendo estimarse en consecuencia en este sentido el recurso y la demanda interpuestos».

En el desarrollo de este motivo se razona con detalle que la relación cliente-habilitado es personal y nace del mandato, como contrato basado en la confianza, lo que es cierto, pero lo que no es cierto es que la empresa, como tal, organización patrimonial unitaria que explota

autónomamente una actividad de servicios (en este caso) que evidentemente se basaba en relaciones contractuales (como en toda empresa), no tenga un valor patrimonial que ha sido calculado pericialmente y que, por ello, debe estar incluido en la partición.

En este sentido, procede la partición adicional. Esta, como dice la sentencia de 11 de diciembre de 2002 con profusa cita de jurisprudencia anterior, procede cuando los bienes omitidos son de escasa importancia en relación con los inventariados, pero si son de importancia, la partición no se completa, sino que se anula y se practica una nueva. Así se ha acordado en la sentencia de instancia y así se mantiene por esta Sala, que desestima el motivo ya que los artículos que se alegan no se han infringido: el artículo 659 del Código Civil porque precisamente se cumple al incluir la empresa en el caudal hereditario y los artículos relativos al contrato de mandato no se han infringido porque en nada afectan al contenido de la herencia, sino a la posible relación de clientes con ésta.

El segundo de los motivos del recurso de casación alega infracción del artículo 659 en relación con el 513.1.º, del Código Civil. Se parte de que en la sentencia de instancia se acuerda que «se deduzca del caudal hereditario la cantidad de 18.214.930 pesetas, al haber quedado extinguido el usufructo por el fallecimiento del

usufructuario, correspondiendo a los herederos la plena propiedad de una sexta parte de dicha cantidad».

El tema viene de la herencia de su esposa, fallecida anteriormente: en la herencia de la misma se atribuyó al esposo, don Sebastián, causante de la herencia discutida en este proceso y padre de los litigantes, el usufructo de la mencionada cantidad. Al fallecer éste, la sentencia recurrida entiende que ésta debe deducirse de la partición. No es así: La sentencia de la Audiencia Provincial yerra e infringe los alegados artículos 659 y 513.1.º del Código Civil.

El usufructo de que era titular dicho causante se extinguió con su muerte (artículo 513.1.º) y la cantidad usufructuada era propiedad, como nuda propiedad, de sus hijos, demandantes y demandados. A la muerte del usufructuario, se consolidó con la propiedad y ésta, no ya nuda sino plena, quedó como titularidad de los hijos. Todo ello fuera del contenido de la herencia (artículo 659); no se incluyó en la partición y no cabe deducción alguna. Por otra parte, en el suplico de la demanda se interesó la adición a la partición de dicha cantidad y no se da lugar al pedimento sin que quepa acordar una deducción no pedida. En este sentido, se estima el motivo y sólo en este aspecto se da lugar al recurso de casación, se casa la sentencia recurrida, sin especial condena en costas.

Si bien es cierto que el contador partidor no tiene facultades dispositivas para crear un derecho de usufructo, se da la circunstancia de que ha quedado acreditada la existencia de un acuerdo entre las herederas para solucionar el problema de vivienda que planteaba la madre de una de ellas, por lo que el contador partidor se ha limitado a plasmar jurídicamente en el cuaderno particional la voluntad de las herederas.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2009

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Pura falleció habiendo otorgado testamento en el que nombraba herederas por partes iguales a D.ª Milagrosa, D.ª Raimunda y D.ª Belén, así como a D.ª Catalina. Respecto a esta última el testamento establecía la siguiente cláusula: «[...]lo sea como heredera fidu-

ciaria de su cuarta parte, estando obligada a conservar y entregar lo que le corresponda por este concepto, a las otras tres herederas [...] quedando designadas desde ahora como fideicomisarias por iguales partes en aquel cuarto. La fiduciaria podrá disponer por cualquier título *inter vivos* de los bienes fideicomitidos con autorización unánime de todos los que fueren fideicomisarios en el momento de la disposición».

La testadora D.^a Pura nombró contador partidor a D. Abelardo.

El 25 de septiembre de 2001 el contador partidor dio cumplimiento al encargo y otorgó el cuaderno particional en el que figura la relación de bienes inmuebles pertenecientes al caudal relicto, que valoró en 378.207,84 euros; dicho caudal estaba formado por 16 fincas cuyo valor era de 366.187,59 euros y que a cada heredera le correspondía la suma de 91.546,90 euros, que atribuyó adjudicando los bienes correspondientes.

En la hijuela de la Sra. Catalina se incluyó el derecho de usufructo sobre la vivienda de la difunta que constituía el domicilio de la madre de aquélla. En lo que en la escritura se denomina «supuesto sexto», se dice lo que se transcribe: «Por acuerdo unánime de las cuatro herederas, inmediatamente después del fallecimiento de D.^a Pura, se convino en ceder el uso y disfrute de la casa donde vivía ésta, inventariada con el número 9 y valorada en 20.000.000 de ptas., a D.^a Catalina, mientras viviera su madre, D.^a Almudena, constituyéndose a tal efecto un derecho real de usufructo sobre la finca. Esta decisión se tomó teniendo en cuenta el deseo de D.^a Almudena, ya anciana, de no abandonar la casa que constituye su domicilio habitual desde hace muchos años. En consecuencia se adjudicará a D.^a Catalina el usufructo de la casa mientras viva su madre D.^a Almudena, valorándose este derecho real, según las normas aplicables al efecto, en 2.000.000 de ptas. (10% de la finca gravada)».

D.^a Catalina demandó a las demás coherederas. Pidió: a) la nulidad de la partición por la constitución de un usufructo no previsto en el testamento, y b) que se declarara la rescisión por lesión de la partición porque su hijuela resultaba absolutamente desproporcionada en relación a las de las demás herederas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Majadahonda, dictó Sentencia el 31 de julio de 2002 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia con fecha 11 de marzo de 2005 desestimando el recurso interpuesto por D.^a Catalina.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Majadahonda, desestimó íntegramente la demanda al considerar probada la existencia del pacto entre las coherederas para resolver el problema de vivienda de la madre de la demandante y señaló que «no cabe oponer este hecho como causa de nulidad del cuaderno particional. La

actora debe atenerse a sus propios actos y es posible que cuando pidió del resto de las herederas la constitución del usufructo a favor de su madre no midiera el alcance de esta solicitud pero lo cierto es que no puede ahora atribuir al contador partidor la responsabilidad por este hecho». Respecto a la petición de rescisión por lesión, la

sentencia consideró correcta la valoración efectuada por el contador partidor de acuerdo con los criterios establecidos por Hacienda para la valoración de los usufructos y, de acuerdo con la prueba practicada, dedujo que si concurría, la lesión consistiría a lo sumo en el 2,49%, por lo que no cabía hablar de efectos rescisorios.

La Audiencia Provincial de Madrid rechazó la petición de nulidad de la partición porque se trató de una partición efectuada por contador partidor en la que no intervinieron los herederos y porque «[...] la constitución de un usufructo a favor de la demandante como parte de su hijuela daría lugar solo y en todo caso a una rescisión por lesión de la partición pero nunca a una nulidad o anulabilidad de la misma». Tampoco puede ser admitida la rescisión por lesión, porque el usufructo fue creado teniendo en cuenta el acuerdo de las herederas y en virtud de las facultades otorgadas en el testamento al contador partidor. En relación a si éste conculcó la voluntad de la testadora de igualar a las herederas, de la prueba practicada deduce la sentencia ahora recurrida que no se produce lesión en el mínimo legal exigible por el artículo 1074 CC.

El primer motivo denuncia la infracción de los artículos 6.4, 1061, 1073 y 1074 CC. Se refiere a la naturaleza y valor de las fincas que han sido adjudicadas a la recurrente en su hijuela y dice que la Audiencia Provincial se ha engañado al decir que se le ha adjudicado mayor superficie que a las coherederas recurridas, porque ello esconde el nulo aprovechamiento urbanístico, con los consiguientes valores catastrales que se han disparado en las atribuidas a las demandadas/recurridas.

El motivo se desestima. La recurrente está aprovechando el recurso de casación para introducir un problema de prueba acerca de los valores de las distintas fincas que formaban la masa hereditaria. Efectivamente, lo que se discute en el motivo es si se ha tenido o no en cuenta en la valoración de los bienes hereditarios tanto a nivel de fijación del caudal relicto como de los que integran las distintas hijuelas, una determinada situación o circunstancia urbanística que afecta a algunas de las fincas de la herencia. Ésta es una cuestión de hecho que no es discutible en casación, ya que corresponde a la sala de

instancia comprobar que la apreciación de estos bienes se ajuste a los valores correctos, según se establece en reiterada doctrina.

En el segundo motivo se alega la infracción de los artículos 6.3, 1259, 1261, 1262, 1056, 1057.1, 467, 468, 1259, 5.º y concordantes CC. Insiste en la nulidad del usufructo creado por el contador partidor, por las siguientes razones: a) falta la voluntad de la recurrente, y b) que ello le causa un grave perjuicio. Además, en el testamento de D.^a Pura no se hablaba del usufructo, y por ello no son admisibles extralimitaciones en la función del contador partidor, cuya misión es cumplir la voluntad del testador y si se apartó del testamento al constituirlo, debió contar con el consentimiento de las coherederas y que no concurría se deduce de la prueba consistente en la declaración de los herederos y del contador en el juicio oral.

El motivo se desestima. La primera razón para la desestimación es de tipo formal: la recurrente cita artículos del Código Civil como infringidos que poca relación tienen entre sí a los efectos del examen de su infracción por la sentencia recurrida. Aunque el recurso de casación se presente ahora bajo una nueva forma legal, no por ello debe obviarse el deber del recurrente de identificar de forma clara las violaciones de la ley en que hubiera incurrido la sentencia recurrida, por lo que siguen sin poder admitirse las denuncias de infracciones referidas a artículos inconexos o bien a disposiciones que se citan con la fórmula «y siguientes» o «y concordantes», como ocurre en el caso que ahora nos ocupa, doctrina que por ser suficientemente conocida, obvia la cita de resoluciones concretas.

Pero, además, debemos entrar a examinar el fondo de la argumentación que ofrece este motivo del recurso, lo que nos va a llevar también al examen de los motivos tres y cuatro, que coinciden fundamentalmente con el segundo. El fondo de la cuestión planteada se refiere a si el contador partidor tenía o no facultades para crear un usufructo y atribuirlo a una de las coherederas, siendo así que en el testamento de la causante no se preveía esta posibilidad.

En principio, la regla general es que el contador partidor no tiene facultades dispositivas, por lo que si no hubiera existido el consentimiento

de los coherederos, la creación de este derecho real en la partición no hubiera sido válida. Pero las coherederas como tales sí ostentaban estas facultades, como tales herederas. De ahí que la partición ha de ajustarse al testamento, a no ser que los coherederos estén de acuerdo en la creación de todo tipo de derechos reales.

Entramos aquí en una segunda cuestión, también puesta de relieve por la recurrente, pero que incide de nuevo en problemas probatorios: la voluntad de los coherederos debe manifestarse, cosa que ocurrió en el presente caso, puesto que la sentencia recurrida considera probada la existencia de un acuerdo entre las herederas para solucionar el problema de vivienda que planteaba la anciana madre de la recurrente, y es de hacer notar que este pacto no ha sido negado por D.^a Catalina. De este modo el contador partidor se ha limitado a plasmar jurídicamente en el cuaderno particional la voluntad de las herederas, tesis de la sentencia recurrida, que así lo considera, ya que las herederas, en su pacto, habrían ya dispuesto de los bienes hereditarios, creando el usufructo cuestionado, para lo que tenían plena facultad.

Se van a examinar conjuntamente los motivos tercero y cuarto. El motivo tercero denuncia la infracción de los artículos 1056, 1057, 1259, 1261, 1262 CC, que originan la nulidad de la partición por extralimitación de las facultades del contador partidor. Dice que al establecer el fideicomiso, la testadora estaba efectuando la partición de la herencia porque la fiduciaria y ahora recurrente no podía vender y sí disfrutar, por lo que el contador partidor sólo tenía que adjudicar el 25 por 100 en fideicomiso, razón por la que al constituirlo, el contador ha convertido la propiedad fiduciaria en un usufructo de breve duración y prácticamente inútil. Quien únicamente tiene facultades para constituir el usufructo es el dueño de la cosa y de ahí que solo la causante podría haberlo hecho. El motivo cuarto alega la infracción de los artículos 667, 670, 1057, 1061, 1261, 1262 CC porque el contador partidor ha suplantado la voluntad de la testadora en la disposición de sus bienes, de donde se sigue la nulidad de la partición. Al faltar la voluntad de D.^a Catalina, el pretendido y parcial aspecto contractual de la partición es inadmisibles por la teoría de los requisitos para la validez de los contratos. Es nulo

porque varía la voluntad de la testadora, porque constituido el usufructo por el tiempo que resta de vida a una persona de 95 años de edad, «se ha perdido la fiducia y ya no cabe obtener autorización alguna de las hermanas». La cláusula de usufructo rompió la igualdad.

Ambos motivos se desestiman. Los motivos tres y cuatro están relacionados con el segundo, por lo que los argumentos expuestos en el Fundamento tercero de esta sentencia deben considerarse reproducidos aquí. Se incurre también en el defecto de citar artículos inconexos, así como se repite el argumento de la falta de facultades del contador partidor esta vez en relación a la conversión de la sustitución fideicomisaria en usufructo, cosa que no es cierta en absoluto y que, además, aparece como una interpretación pro parte de quien interpone el recurso de casación sin al mismo alegar la infracción del artículo 675 CC como infringido. Tampoco se vulneran las disposiciones de los artículos citados en el motivo cuarto, porque la partición otorgada por el contador partidor es unilateral y no requiere el consentimiento ni la asistencia de los herederos, por lo que no puede nunca infringirse el aspecto que la recurrente califica como «contractual» de la partición, porque esta naturaleza no concurre en este tipo de partición.

El motivo quinto denuncia la aplicación indebida del artículo 7.1 CC en relación con la jurisprudencia de los actos propios dictada en sentencias de 4 de marzo de 1992, 30 de septiembre de 1992, 17 de julio de 1995 y 16 de febrero de 1998, entre otras. Dice que la sentencia de instancia no valora las declaraciones de las cuatro herederas ni las del contador partidor, que a su parecer son irrefutables en su significado contrario al pacto de usufructo. Después de examinar la prueba, deduce que la recurrente no había otorgado ninguna confianza porque no se había alcanzado ningún tipo de acuerdo.

El motivo se desestima. La desestimación es debida a la falta de técnica casacional, ya que está incurriendo en el vicio casacional denominado hacer supuesto de la cuestión, porque está partiendo de unos hechos absolutamente diferentes de los declarados probados. En el fondo, lo que se está intentado es que la Sala vuelva a valorar la prueba producida en

las instancias anteriores sobre la concurrencia o no de la voluntad de las coherederas para la creación del derecho usufructo, que se ha con-

siderado probada. Al no ser el recurso de casación una tercera instancia, el motivo debe ser desestimado.

Ineficacia del testamento otorgado en peligro de muerte ante testigos, puesto que para que esa declaración de voluntad valiese como testamento se requeriría que quedase cubierta con la forma del testamento ológrafo, lo que no ocurre aquí, por estar conservado lo que se pretende que valga como declaración de voluntad por causa de muerte, en un documento informático que no cumple ninguna de las formas requeridas en el Código para la validez del testamento.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de noviembre de 2009

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

ANÁLISIS DEL CASO

El 27 de marzo de 2001, D. Dámaso, que se hallaba ingresado en la UCI del Hospital de la Cruz Roja en Murcia, quiso otorgar testamento. El médico requirió a cuatro personas para oír al testador y presentes cinco testigos, el enfermo declaró que quería que su última voluntad fuese la que había manifestado en su domicilio unos días antes a la oficial de la Notaría de Santomera. Ésta habría recogido en unas notas las previsiones sucesorias del causante, que se archivaron en un documento informático, en el ordenador de la notaría, pero no se llegó a elevar a testamento debido a la mala salud del declarante.

En el hospital se extendió el siguiente documento, que figura sólo en fotocopia: «D. Dámaso desea que se cumpla el borrador que existe en la Notaría de Santomera con Pili. Este documento lo firma en la UCI del Hospital General en presencia del personal sanitario de guardia. 27 de marzo de 2001». Figura la firma muy desfigurada de D. Dámaso. D. Dámaso falleció 22 horas después de este acto.

D.ª Trinidad instó la protocolización de este documento, que consideraba testamento otorgado en peligro de muerte, por medio de expediente de jurisdicción voluntaria. El auto del Juzgado de 1.ª Instancia accedió a la pedida protocolización; recurrido éste, el auto de la sección 3.ª de la AP de Murcia, de 14 de junio de 2002, revocó el auto apelado, tras argumentar que los documentos que se aportaban no podían estimarse válidos a los efectos de considerar este documento como testamento abierto otorgado en peligro de muerte, porque los testigos desconocieron los términos testamentarios y disposiciones patrimoniales que se contenían en el borrador depositado en la Notaría, por lo que faltaba la «manifestación última de voluntad del testador».

D.ª Trinidad interpuso demanda de juicio ordinario contra D.ª Raimunda, D. Joaquín, D.ª Esther, D.ª Elena, D. Carlos María, D.ª Palmira, D.ª Ángeles, D.ª Irene, así como contra todos aquellos que pudieran ostentar algún derecho hereditario del fallecido D. Dámaso, sobre protocolización de testamento otorgado en inminente peligro de muerte por el causante D. Dámaso. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: «... se dicte sentencia

declarando válido el testamento otorgado en inminente peligro de muerte por don Dámaso, ordenando su protocolización en la Notaría que por turno corresponda, con imposición de costas solidarias a los demandados».

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Carlos María, D.^a Esther, D.^a Raimunda y D. Joaquín, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte en su resolución por la que estime las excepciones propuestas y, en caso, dicte en su día sentencia por la que sea desestimada íntegramente la demanda formulada de contrario, ordenando levantar las medidas cautelares adoptadas, con expresa imposición a la actora de las costas causadas en este procedimiento».

No habiendo comparecido los demandados D.^a Elena, D.^a Palmira, D.^a Ángeles, D.^a Irene y los herederos desconocidos del fallecido D. Dámaso, por resolución de fecha 29 de septiembre de 2003, se les declaró en rebeldía.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Murcia dictó Sentencia el 8 de enero de 2004 desestimando la demanda, declarando no haber lugar a declarar como válido el testamento otorgado en peligro de muerte por D. Dámaso.

En grado de apelación, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Murcia dictó Sentencia el 22 de abril de 2005 desestimando el recurso interpuesto por la actora.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia señaló que el testador se hallaba ingresado en un hospital de Murcia, ciudad donde había guardia notarial. Puso de relieve también que las circunstancias y el inminente peligro de muerte en que se hallaba «permiten purgar el requisito» de la exigencia de que no sea posible la presencia del Notario, requerida en el artículo 700 CC. Sin embargo, añadió que a pesar de ello, era patente la vulneración de lo establecido en los artículos 679 y 695 CC, porque «el requisito que lo es *ad solemnitatem* exige que los testigos conozcan cuál es la voluntad del testador y su contenido. En nuestro caso los beneficiarios supieron que el testador quería que valiese como testamento un borrador que había en la notaría de Santomera “con Pili”. Ni una sola mención se hizo por el testador al contenido de dicho borrador. En esta tesitura se mantiene si puede integrarse la voluntad real del testador con dicha referencia. La conclusión ha de ser

negativa no puede obviarse que los testigos desconocen el contenido del testamento a pesar de la prescripción legal y el requisito formal cuya finalidad es dar credibilidad al testamento, no puede en este caso quedar integrado o convalidado por la referencia a un borrador incierto de que conoce una única persona...» «el hecho de que los testigos desconozcan el contenido de la voluntad del testador, como exige la ley, resta credibilidad al borrador que presuntamente la contiene».

La de la AP de Murcia, sección 4.^a, de 22 de abril de 2005, confirmó la apelada. Con argumentos parecidos a los utilizados en la sentencia de 1.^a Instancia, la de la Audiencia Provincial ahora recurrida dice que el testamento otorgado en peligro de muerte no puede ser tenido como válido porque no reúne los requisitos de validez necesarios ya que no cumple lo establecido en el artículo 671 CC, y porque su contenido es inexistente «por cuanto se remite a disposiciones

que son nulas al constar en un borrador que no reúne los requisitos del testamento ológrafo».

El Motivo único del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 700 CC y la indebida aplicación de los artículos 671 y 672 CC. El resumen sistemático del motivo es el que sigue:

a) El argumento de la indebida aplicación de los artículos 671 y 672 CC se centra en que estas disposiciones se refieren a un supuesto distinto del que ha sucedido, porque no es que hayan aparecido papeles privados relativos a la institución de heredero, sino que existe un borrador, al que no se ha otorgado la característica de la fiabilidad, lo que no es correcto porque dicha existencia ha sido autenticada por el testador; b) Además, señala la recurrente que la doctrina más moderna se alinea en la tesis de la desacralización de la forma, especialmente en esta situación límite. No puede decirse que no es válida la remisión hecha por el testador al borrador por carecer éste de los requisitos del testamento ológrafo y ello es contradictorio con decir que la manifestación ante cinco testigos no alcanza la categoría de testamento y, finalmente, c) El problema según la recurrente, es si constando manifestación expresa de que el finado expresó claramente que su deseo era que se cumpliera como testamento el borrador que tenía preparado en la Notaría y acreditada la exigencia de este borrador al que el testador se remitió, es lícito ignorar dicha manifestación, de claro contenido testamentario en estas circunstancias.

El motivo se desestima. La forma del testamento constituye una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de la voluntad testamentaria. No se puede admitir la relajación de las formas en este tipo de testamentos en los que no concurre un funcionario público experto que contraste la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Código Civil para cumplir las finalidades antes expuestas. La forma en los testamentos no es, por tanto, un elemento inútil y, en consecuencia, no se puede afirmar que la doctrina haya relajado este tipo de exigencias, de modo que cuando se plantea el problema de la validez del testamento cerrado que presenta algunos problemas de forma, el CC opta por la presunción de revocación del testa-

mento cerrado que ha perdido forma, tal como establece el artículo 742.1 CC, presunción que admite la prueba en contrario expresamente prevista en la misma disposición.

Sin embargo, el problema real que presenta el actual recurso de casación no se refiere a la forma, sino al contenido del testamento, puesto que lo que se discute aquí es si existió o no auténtica voluntad testamentaria.

El testamento otorgado ante testigos cuando el testador se hallare en peligro de muerte, previsto en el artículo 700 CC, constituye una modalidad del testamento abierto, en el que se sustituye la presencia del notario por la de cinco testigos. A tal efecto el artículo 679 CC define este testamento de la siguiente manera: «Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone» y el artículo 700 CC dispone que cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte, «puede otorgarse testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario». Al tratarse de un testamento abierto, debe cumplirse lo establecido en el artículo 695 CC, que exige que el testador manifieste oralmente o por escrito su voluntad ante el Notario, sustituido en este caso por los cinco testigos, que de hecho cumplen el mismo rol. Esta manifestación constituye la declaración de voluntad precisa para la existencia de testamento (STS de 27 de junio de 2000).

En el caso actual, el difunto declaró que quería que valiera un pretendido borrador, que ni tan solo había escrito, sino que constituía un simple resumen de lo que había manifestado a la oficial de Notaría, a la espera de otorgar testamento. Sentencias antiguas de esta Sala, como las de 9 de marzo de 1908, 30 de septiembre de 1911 y 6 de noviembre de 1929 dicen que si no se había probado «el propósito serio y deliberado que tuviera el causante de otorgar su voluntad, ni que los testigos oyeran simultáneamente todas las disposiciones que quería que tuviesen como expresivas de aquélla [...] carece de los requisitos necesarios para ser testamento» (STS de 6 de noviembre de 1929). A ello se añade el argumento de que los testamentos *per relationem*, en los que se oculta la voluntad testamentaria con referencia a papeles privados, no se

admiten en el artículo 672 CC cuando establece que «Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo», de modo que solo la existencia de forma permitiría la validez de este tipo de disposiciones testamentarias, lo que no ocurre en este caso (argumentos de la STS de 29 de septiembre de 1956).

El testador declaró lo que se ha transcrito en el Fundamento primero, o sea, que quería que se cumpliese lo que aparecía en un documento

depositado en la Notaría. Para que esta voluntad valiese como testamento, como pretende ahora la recurrente, se requeriría que hubiese quedado cubierta con la forma del testamento ológrafo, lo que no ocurre aquí, por estar conservado lo que se pretende que valga como declaración de voluntad por causa de muerte, en un documento informático, que no cumple ninguna de las formas requeridas en el Código para la validez del testamento. En consecuencia no procede considerar que se nos hallemos ante un testamento válido porque carece de expresión de la voluntad testamentaria y la pretendida voluntad no reúne los requisitos de forma necesarios para su validez como tal testamento.

Obligación impuesta por el testador al heredero de convivir con él y cuidarle hasta su fallecimiento. Al no existir necesidad en la testadora antes de su muerte el supuesto de hecho previsto en la condición nunca se produjo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2009

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

ANÁLISIS DEL CASO

D.ª Flor falleció viuda y sin hijos. En aquel momento tenía dos hermanos vivos, D. Luis Ángel y D.ª Felicísima; le había premuerto su hermano Luciano, dejando dos hijos.

D.ª Flor había otorgado testamento en el que figuraban las siguientes cláusulas: «PRIMERA.—Instituye herederos universales por terceras e iguales partes a sus hermanos Felicísima y Luis Ángel y a sus sobrinos D.ª Marcelina y D. Arsenio, hijos de su hermano fallecido D. Luciano, heredando los dos primeros por cabezas y los dos últimos por estirpes [...]. SEGUNDA.—La institución de herederos queda sometida a la condición de que los mismos—, atiendan y asistan a la testadora en caso de enfermedad o en cualquier otra situación de necesidad de la misma, estableciendo que los que no le presten su asistencia en tales circunstancias perderán toda participación en la herencia, acreciendo su parte a los restantes herederos que cumplan la voluntad de la testadora».

D. Luis Ángel impugnó las operaciones particionales y además pidió que se declarara que sólo él se había ocupado de su hermana antes del fallecimiento, por lo que en cumplimiento de la condición del testamento de D.ª Flor, le correspondía ser el único heredero. Alegaron los demandados que la finca adjudicada en la partición a D.ª Felicísima y los hijos del premuerto, D. Luciano, había sido vendida a DISJUGA, S.L., quien debía intervenir en el pleito por afectarle su resultado. Así se efectuó.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Salamanca dictó Sentencia el 25 de enero de 2005 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la AP de Salamanca dictó sentencia el 13 de junio de 2005 estimando en parte el recurso en el particular relativo a las costas imponiéndolas al actor.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia desestimó la demanda con los siguientes argumentos: a) que el actor no había intentado ni siquiera probar que los herederos llamados conocieran la condición de la institución antes de la muerte del testador, que tampoco él conocía, por lo que «mal puede exigírseles a dichos demandados que acrediten haber cumplido dicha condición cuya existencia ignoraban»; b) la condición contenida en la cláusula 2.^a del testamento de D.^a Flor «no puede afectar la validez de la institución de heredero porque no fue conocida por los herederos instituidos hasta después de la muerte de la testadora, la cual estando en vida no consta ni que comunicase la existencia de dicha cláusula a los herederos, ni que propiciase el cumplimiento de la misma yéndose a vivir con alguno de ellos para su cuidado y asistencia últimos. Atención, cuidado y asistencia que fue imposible de cumplir voluntariamente por ninguno de los herederos»; c) que siendo «potestativa y de hechos pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento», aplicando así la doctrina derivada de los artículos 795 y 798 CC.

Aplicando el artículo 795 CC y la doctrina de las SSTs de 2 de enero de 1928 y 9 de mayo de 1990, señala la sentencia de la Audiencia Provincial que confirmó la sentencia del Juzgado que dicho artículo «parece partir del presupuesto de que el instituido tendrá conocimiento del testamento y, por tanto de la condición, después de la muerte del testador. Lo que sí deja claro el precepto es que no puede estimarse que hay incumplimiento cuando el favorecido no realice la condición por desconocimiento de la misma». Las razones para rechazar la pretensión del re-

curso se pueden resumir, siguiendo a la sentencia, en los siguientes apartados: a) porque no se ha acreditado por el actor que los demandados conocieran que habían sido instituidos conjuntamente con D. Luis Ángel y mucho menos que la causante hubiera establecido una condición de prestarle asistencia en los términos que se establece, porque «dichos demandados tampoco tuvieron la ocasión de cumplir o no cumplir tal condición»; b) tampoco se ha demostrado que la causante se encontrase en situación de necesidad, porque se hallaba en una residencia proveyendo su coste con sus propios recursos, y c) aunque el demandante le hubiese prestado una mayor atención debido a la proximidad de su residencia, las circunstancias personales de los demás lo impedía, lo que era conocido por la propia causante.

En el primer motivo se denuncia la no aplicación del artículo 675 CC. Considera que el testamento de D.^a Flor es claro y que deja pocas dudas interpretativas, dado lo cual el pleito debió centrarse en la interpretación de lo que significan las expresiones «caso de enfermedad» y «situación de necesidad». Añade que «sostener que se desconocía la existencia de la condición equivale a negar la interpretación que se viene sosteniendo en este motivo, es decir, la interpretación literal de la condición». Han existido las situaciones de necesidad, que han sido cubiertas por el recurrente y, finalmente, la no modificación del testamento por la causante no debe equivaler a decir que aceptaba la situación en que se encontraba. En resumen, se pretende con el motivo que se ha desviado la voluntad de la testadora, expresada con claridad y suficiencia. El motivo se va a examinar conjuntamente con el segundo, donde se denuncia la no apli-

cación de los artículos 790 y siguientes CC, en relación con el artículo 675 y en particular la aplicación indebida de los artículos 795 y 798 CC. Señala el recurrente que la sentencia invoca el artículo 795 CC para establecer que la condición impuesta debe ser cumplida por los herederos una vez conocida, pero es evidente que semejante interpretación se aparta de la obligación impuesta en el testamento. La condición fue impuesta a sabiendas de las dificultades que podían encontrar en los herederos y concluye diciendo que «la obligación impuesta es válida, incumbe a los herederos y la distribución hereditaria debe hacerse de acuerdo con su tenor literal», lo que debe llevar a admitir las pretensiones del recurrente.

Ambos motivos se desestiman. Todo el litigio se centra en la interpretación de la cláusula segunda del testamento de D.^a Flor, donde estableció la que ella misma calificó como condición, en la que quería que si alguno de sus nombrados herederos no la atendiera en una situación de necesidad, no recibiera ninguna participación en la herencia. La Sala de instancia ha calificado esta cláusula como una condición potestativa, cuyo cumplimiento resultaba imposible porque no era conocida por los herederos antes de la apertura de la sucesión y que una vez fallecida la testadora, ya no pudo cumplirse. El recurso de casación, en los dos motivos antes resumidos, incide en esta cuestión, pero no se centra en el verdadero sentido de la cláusula discutida. Por ello debemos: a) interpretar correctamente la cláusula que contiene la así llamada condición, y b) comprobar si lo previsto en ella se cumplió o no.

Es cierto que esta Sala ha venido declarando en relación a la interpretación de las disposiciones testamentarias y a la violación del artículo 675 CC, que se denuncia en el primer motivo del recurso, que la interpretación de los testamentos es tarea atribuida al juzgador de instancia y que solo en los casos en que exista un manifiesto error puede ser revisada en casación. Como ejemplo, la sentencia de 30 enero 1997 dice que «es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Tribunal de instancia» (asimismo, SSTS de 26

de julio y 6 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1996, 29 de diciembre de 1997, 23 de junio de 1998, 12 de junio de 2002 y 9 de octubre de 2003, entre muchas otras). Pero además, también es constante el acogimiento por esta Sala de la regla de acuerdo con la que «[...] si bien en principio las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de las palabras, está permitida la búsqueda de otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando se exprese de modo oscuro» (STS de 26 de abril de 1997, entre muchas otras).

En el presente caso, la interpretación efectuada por la AP de Salamanca llega a una conclusión correcta, tal como se verá en los argumentos que se defienden a continuación.

La difícil calificación de este tipo de instituciones, en las que un testador condiciona la efectividad de la institución de heredero a un acontecimiento que sólo puede ocurrir antes de la apertura de la sucesión es ciertamente difícil. La jurisprudencia ha calificado en ocasiones como un modo la obligación, impuesta por el testador al heredero o legatario, de convivir con él y cuidarle hasta su fallecimiento. En la sentencia de 21 de enero de 2003, esta Sala calificó como modo y no como condición el supuesto en que la causante había efectuado a uno de sus hijos un legado «con la obligación modal de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto precisen sanos o enfermos, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes»; en la sentencia referida, esta Sala consideró que debía interpretarse como una institución modal, porque se usaba este término en la disposición y el criterio de la menor vinculación, a fin de evitar la revocación de la institución. En sentido parecido, las sentencias de 3 de junio de 1967 y 18 de diciembre de 1965. Sin embargo, la sentencia de 9 de mayo de 1990, ante una cláusula muy parecida a la del testamento que nos ocupa, señala que la «lectura revela que se trata de condición suspensiva, que impide adquirir el derecho si no se cumple, y que consiste en hechos pasados, puesto que han de tener existencia antes de que el testamento despliegue su eficacia. Además es potestativa, puesto que su cumplimiento depende de la voluntad de la persona del favorecido bajo condición (tam-

bién de la voluntad de la causante). Así pues, siendo potestativa y de hechos pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que su voluntad pueda determinar el cumplimiento. El Código prevé la hipótesis de condición suspensiva consistente en hechos posteriores a la muerte del causante y, además, potestativas (artículo 795), pero no contempla la condición suspensiva potestativa de hechos pasados [...]».

Sin embargo, como afirma la sentencia referida, el Código Civil no prevé este tipo de condiciones, lo que no significa que, en virtud de la autonomía del testador, no puedan introducirse en el testamento. El artículo 423.15, 1 del Código Civil de Catalunya, establece que «Únicamente se considera cumplida la condición si el cumplimiento se produce una vez muerto el testador, salvo que se trate [...] de una condición que no se pueda volver a cumplir o cuyo cumplimiento no se pueda reiterar, aunque en el momento de testar el causante ignorese el cumplimiento». El artículo 204 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia establece que «también será válida la disposición hecha bajo la condición de cuidar y asistir al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge [...]».

De este panorama comparado debe concluirse que la institución contenida en el testa-

mento de D.^a Flor está correctamente calificada en la sentencia recurrida. Se trata de una institución de heredero bajo condición de pasado, aunque para el causante, como en este caso, debe considerarse siempre de futuro y tendrá la cualidad de potestativa impuesta a los herederos, que deberá haberse cumplido antes de la apertura de la sucesión.

Identificado el tipo de condición, debemos ahora examinar cuál ha sido su eficacia y si se ha cumplido o no y para ello deben estudiarse los requisitos exigidos por la testadora. El contenido de la condición consiste, en definitiva, en la asistencia en la necesidad. La sentencia de la Sala de instancia considera probado que nunca existió la necesidad a la que la testadora D.^a Flor hacía referencia para el sometimiento de los herederos a la condición impuesta. Es decir, nunca se produjo el supuesto de hecho en que se habría activado la previsión de la cláusula segunda, por la que la condición debía cumplirse antes del fallecimiento de la testadora y devino inútil al no suceder lo previsto por la testadora, en el único tiempo en que debería haber ocurrido el evento condicionante, es decir, antes de su muerte.

De ahí que la interpretación efectuada por la sentencia recurrida resulta correcta en este aspecto ya que ni se conocía el texto del testamento, ni se produjo la necesidad.

El valor de la parcela adquirida con el dinero donado por el padre y la madre y que debe colacionarse viene referido al momento del fallecimiento de los respectivos otorgantes de la donación, siendo indiferente que en aquel momento tuviese la calificación de rústica y que en la actualidad sea urbanizable.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 10 de diciembre de 2009

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

ANÁLISIS DEL CASO

Los cónyuges D. Fermín y D.^a Sara tuvieron siete hijos, D. Jesús Miguel, D.^a Raquel, D.^a María Esther, D.^a Celestina, D.^a Clara, D.^a Amalia y D. Fermín.

D. Fermín falleció el 22 de octubre de 1982, con testamento otorgado el 21 de marzo de 1962. En él nombró heredera vitalicia usufructuaria a su esposa y herederos a sus siete hijos, con derecho de representación a favor de sus respectivas estirpes. Además estableció la siguiente cláusula sobre colación: «Quinta. No obstante lo dispuesto en la cláusula anterior, el testador manifiesta que la parcela de tierra de veinte fanegas que sus hijos D.^a Amalia y D. Fermín compraron a D. Jesús Miguel, [...], fue adquirida con dinero de que sus dichos hijos recibieron del propio testador: en su consecuencia, el valor de dicha parcela referido al fallecimiento del otorgante deberá ser colacionado por sus nombrados hijos, para que en la realidad sean iguales en el momento de dividirse la herencia». En un documento firmado por D. Fermín y sus hijos el 6 de octubre de 1982, el testador al referirse a esta finca, que es la que ocasiona el presente litigio, dijo: «FINCA003: en el término de Palma del Río, que tiene una superficie de veinte fanegas, mantiene su deseo de que sean de la propiedad de sus hijos Fermín y Amalia, en la forma en que se haya escriturada a favor de los mismos».

La esposa, D.^a Sara, falleció el 8 de junio de 1996, con testamento otorgado el 9 noviembre 1995. La herencia de D. Fermín aún no se había partido. Estableció un legado a sus hijos D. Jesús Miguel y D. Fermín y en el resto llamó como herederos a todos sus hijos por partes iguales, con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes. En la cláusula quinta estableció lo que se reproduce en relación a la colación: «ordena la testadora, como norma de partición, y no obstante la institución de herederos que antecede, que la parcela de tierra de veinte fanegas que sus hijos D.^a Amalia y D. Fermín compraron a D. Jesús Miguel [...], que fue adquirida con dinero ganancial que sus citados hijos recibieron de su padre D. Fermín, sea colacionada en la herencia, en cuanto al valor de la misma al momento del fallecimiento de la testadora, a fin de que todos sus hijos puedan percibir tal herencia por partes iguales».

La hermana D.^a Clara falleció el 17 de mayo de 2000, sin haber otorgado testamento, siendo declarados herederos intestados sus hermanos. En el momento de su fallecimiento aún no se había efectuado la partición.

Los hermanos María, Esther, Raquel, Jesús, Miguel, Clara, Celestina, Amalia solicitaron la división judicial de las herencias de sus padres y hermana. Pidieron que tras la práctica de las operaciones divisorias y su aprobación, se procediera a la adjudicación de los bienes hereditarios en la forma prevenida en el Código Civil. Iniciado el trámite y citados todos los herederos a la formación del inventario, D.^a Amalia y D. Fermín se opusieron, por lo que, habiéndose suscitado la controversia sobre la exclusión o inclusión de bienes en el inventario, se acordó citar a los interesados a una vista y continuar la tramitación con arreglo a los trámites previstos para el juicio verbal.

La sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Posadas, de 8 de julio de 2004 estimó en parte la demanda y fijó el inventario de los bienes relictos en cada una de las tres herencias. Se pronunció sobre los siguientes extremos suscitados por las partes: a) Los demandados habían planteado la excepción de falta de legitimación activa para pedir la partición porque en el documento de 6 de octubre de 1982, al que ya se ha hecho alusión, D. Fermín había ya realizado la partición; la sentencia entendió que la herencia no se encuentra dividida, sino que en dicho documento solo se hizo constar la voluntad del causante de que determinados bienes se repartieran de una determinada forma; b) Quedaba

patente la voluntad del testador de repartir sus bienes por partes iguales, igual que su esposa; c) el valor de los bienes colacionables es el del momento en que «se tasen los bienes hereditarios, en vez de situarlo en la fecha de la donación». La finca debería colacionarse la mitad en la herencia del padre y la otra mitad, en la de la madre.

Los demandantes recurrieron la sentencia. La de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2.ª, de 15 de junio de 2005, desestimó el recurso. La sentencia parte de que el procedimiento tiene por objeto la división judicial de la herencia, habiéndose seguido los trámites del artículo 782 y ss. LECiv. En el trámite del inventario, se ha suscitado controversia sobre los bienes. Las razones de la sentencia para desestimar el recurso se resumen a continuación: a) Respecto del documento 14 de la contestación, donde los recurridos se basaban para negar la legitimidad del procedimiento, la sentencia afirma que «no puede identificarse con una partición», sino que es «una especie de complemento al testamento necesario para dar efectividad a las disposiciones testamentarias, [...] es decir, ordenar adecuadamente el destino de sus bienes, tal vez con el sano propósito manifestado días antes de su muerte, de evitar posibles conflictos entre sus hijos»; b) Aplica el artículo 1045 CC para la valoración de los bienes colacionables y concretamente de la finca en cuestión, que ha sido recalificada urbanísticamente. Dice la sentencia que «[...] el valor de tal finca a los efectos de la colación parece evidente que se ha producido en beneficio del donatario a que alude el texto legal. Y es claro que, como dice el recurrente, se trata de una circunstancia sobrevenida que altera sustancialmente el valor de la finca, por lo que la determinación de la fecha es fundamental a la hora de fijar el valor de los bienes a colacionar, [...]». Y como los padres, en sus respectivos testamentos, establecieron que el valor de la parcela debía referirse «al momento del fallecimiento del otorgante», a los efectos de la colación será este valor el que deberá ser objeto de la colación.

D. Jesús Miguel, D.ª Raquel, D.ª María Esther y D.ª Celestina interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero denuncia la infracción de la doctrina casacional dictada en interpretación del artículo 675 CC en cuanto a la averiguación de la verdadera voluntad del testador. Los causantes querían la igualdad de todos los hijos y la sentencia «comete la mayor de las desigualdades», pues ordena que una finca que es urbanizable, sea colacionada como rústica, la mitad al valor de 1982 y la otra mitad al de 1996. Este motivo va a ser examinado conjuntamente con el segundo en que denuncia la inaplicación de la doctrina casacional sentada por esta Sala en aplicación del artículo 1045 CC. Dice que el segundo párrafo de dicho artículo hay que interpretarlo de acuerdo con la doctrina de esta Sala,

que entiende que el aumento de valor se refiere al que experimenta la cosa por obra del hombre, ya que es lógico que quien mejora la tierra con su dinero y esfuerzo sea el beneficiario de su mayor valor, mientras que si el aumento no se debe al trabajo personal del donatario, sino a circunstancias externas, ello debe beneficiar a todos los coherederos. Los motivos primero y segundo se desestiman.

1. Naturaleza voluntaria de las normas sobre la colación

La primera cuestión que debe solucionarse se refiere a la naturaleza de las normas sobre co-

lación establecidas en el artículo 1045 CC, que ordena aportar a la herencia no las mismas cosas objeto de la donación, sino «su valor al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios». El segundo párrafo del artículo 1045 CC, añadido en la reforma efectuada por la Ley 11/1981, especifica que «el aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario».

La interpretación de ambas reglas ha producido diversas sentencias de esta Sala, cuyo resumen se efectúa a continuación:

a) La valoración de los bienes colacionables debe efectuarse al tiempo de su evaluación, señalando las sentencias de 4 de diciembre de 2003 y 22 de febrero de 2006 la lógica de esta conclusión al decir que «[...] al tratarse de una prestación de valor había que tener, en principio, en cuenta, el importe de la donación cuando se hizo, pero debidamente actualizado, por mor, esencialmente, al fenómeno económico de la inflación y el de la devaluación monetaria [...]», añadiendo que la interpretación del párrafo primero «[...] significa que en circunstancias normales los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier evento dicha partición —como es el caso— no ha podido ser hecha efectiva, la evaluación se deberá hacer efectiva en el momento de practicar dicha partición». Esta misma regla ha sido aplicada por esta Sala en la colación de una suma de dinero, en la sentencia de 20 de junio de 2005.

b) Respecto a los aumentos y disminuciones de valor de la cosa donada, previstos como regla de valoración en el segundo párrafo del artículo 1045 CC, la sentencia de 17 de diciembre de 1992 señala que los aumentos de valor no físicos, «[...] han de correr a cargo y beneficio de la masa partible y, asimismo, cuando se produce la alteración del valor, como en el caso de autos, por consecuencia de una actuación administrativa y no de forma constatada por la propia actividad, decisiva, exclusiva y determinante del recurrente».

c) Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con las normas sobre imputación legítima, que son imperativas con la finalidad de

proteger al legitimario, las normas sobre colación son voluntarias, participando de la naturaleza de la institución de heredero, de modo que si el testador puede hacer la institución de la forma que considere más conveniente, también resulta voluntaria la fijación de normas sobre colación o no de los bienes donados, sobre determinada valoración, distinta de la establecida en el Código Civil o cualquier norma sobre institución de heredero que el testador crea conveniente en relación a los intereses buscados. Todo ello sin perjuicio de las legítimas que correspondan.

2. La interpretación del testamento

Esta Sala ha venido declarando en relación a la interpretación de las disposiciones testamentarias y a la violación del artículo 675 CC, que se denuncia en el primer motivo del recurso, que la interpretación de los testamentos es tarea atribuida al juzgador de instancia y que sólo en los casos en que exista un manifiesto error puede ser revisada en casación. Como ejemplo, la sentencia de 30 de enero de 1997 dice que «es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Tribunal de instancia» (asimismo, entre muchas otras, las de 21 de enero de 2003, 20 de diciembre de 2005, 29 de septiembre de 2006, 20 de noviembre de 2007, 29 de enero de 2008). Pero además, también es constante el acogimiento por esta Sala de la regla de acuerdo con la que «[...] si bien en principio las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de las palabras, está permitida la búsqueda de otros medios probatorios de la voluntad del testador cuando se exprese de modo oscuro» (STS de 26 de abril de 1997 y 18 de julio de 2005, entre muchas otras).

El examen de las cláusulas sobre colación en los concretos testamentos en que se basa la sentencia recurrida para concluir que los bienes colacionables deben valorarse en el momento del fallecimiento del testador, lleva a esta Sala a la misma conclusión que la sentencia recurrida. Las cláusulas que se han reproducido en el Fundamento primero de esta sentencia establecían, ambas, que el valor de la parcela adquirida con

el dinero donado por el padre y la madre venía referido al fallecimiento de los respectivos otorgantes de la donación y, por tanto, deben colacionarse estos bienes por el valor que tuvieran en dicho momento. Y ello porque como ya se ha dicho, la colación es una institución voluntaria y por ello, los testadores pueden fijar el momento de la valoración de los bienes donados, de la misma forma como pueden excluirla.

De aquí debe concluirse la corrección de los argumentos de la sentencia recurrida que llevan a fijar momentos distintos para la valoración de cada una de las mitades de la finca, atendiendo al hecho de que el dinero para su adquisición fue facilitado por el padre y por la madre, al tratarse de bienes gananciales y obedecer estos momentos al fallecimiento de cada uno de los progenitores.

Validez de un testamento otorgado por una persona con una visión muy reducida, sin la concurrencia de testigos y sin que se utilizara la forma específica del artículo 697.2 CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 11 de diciembre de 2009

Ponente: **Excmo. Sra. Encarnación Roca Trías**

ANÁLISIS DEL CASO

El causante, D. Octavio, era viudo y tenía dos hijas, D.^a María José y D.^a Margarita.

El 9 de octubre de 2001 otorgó testamento abierto ante notario en el que nombró heredera universal de todos sus bienes a su hija D.^a Margarita, sin perjuicio de la legítima estricta que correspondía a D.^a María José. En el testamento consta lo que sigue: «Leído el presente testamento en voz alta por mí, el Notario, al testador, advertido del derecho a hacerlo por sí, del que no usó, manifiesta quedar enterado de su contenido y de estar conforme con su última voluntad por lo que firma». El testamento no contó con la presencia de testigos.

D. Eulalio había perdido un ojo durante la guerra civil y en el otro ojo padecía una catarata que le produjo una pérdida progresiva de la visión, por lo que se discutía si en el momento del otorgamiento de su último testamento, el 9 de octubre de 2001, tenía o no totalmente anulada la visión. D.^a María José interpuso demanda de juicio ordinario sobre acción declarativa de nulidad de testamento abierto contra D.^a Margarita y D. Alexis, solicitando que se dicte sentencia declarando nulo el testamento abierto otorgado por don Octavio ante el Notario de Madrid don José Manuel Hernández Antolín el día 9 de octubre de 2001 y como consecuencia de ello se declare válido y eficaz el testamento otorgado por don Octavio el día 29 de julio de 1985 ante el notario de Madrid don Francisco Javier López Contreras en el cual el finado instituye herederas, por partes iguales, a sus dos hijas María José y Margarita

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados que se personaron en autos y se opusieron a la estimación de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 73 de Madrid dictó Sentencia el 8 de julio de 2003 estimando la demanda y declaró la nulidad del testamento otorgado con fecha 9 de

octubre de 2001 por D. Eulalio ante el Notario de Madrid D. José Manuel Hernández Antolín, con núm. de protocolo 6.194, cobrando toda su eficacia y validez el testamento abierto otorgado con fecha 29 de julio de 1985 por D. Eulalio ante el Notario de Madrid D. Francisco Javier López Contreras, con núm. de protocolo 1717.

En grado de apelación, la Sec. 11.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 22 de junio de 2005 estimando el recurso y desestimando la demanda.

D.^a María José interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad del testamento al considerar acreditado que el testador «tenía tan limitado el sentido de la vista que resulta suficiente para entender que estaba ciego cuando otorgó el testamento». Por ello «el otorgamiento del testamento había de cumplir necesariamente con los requisitos establecidos en el artículo 697, 2.º CC, por el que es necesaria la presencia de dos testigos para que se cumpliera con las solemnidades y formalidades del mismo, extremos que, al no concurrir en el presente caso, obligan a estimar la declaración de nulidad testamentaria».

La Sentencia de la Audiencia Provincial desestimó la demanda con el siguiente argumento: «Examinando la prueba practicada, se puede afirmar que el núcleo de la propuesta por parte de la actora y que ha servido de base para acordar la nulidad del testamento, ha sido la pericial de parte y la documental que dicha prueba valora, echándose en falta —aunque parte de ella sí se propuso—, la testifical de los facultativos que trataron en vida al causante y que suscribieron sus informes en base a los cuales el Doctor D. Fulgencio, ha emitido su dictamen». Añade que a la vista de toda la prueba y valorándola en su conjunto, se deduce que la falta de visión del testador era similar a la de la fecha en que compareció ante notario para otorgar un poder amplio a favor de sus hijas, seis meses antes. Por ello considera que «no ha quedado acreditado que dicho señor, pese a su importantísima y evidente limitación visual, no fuera, con esfuerzo, capaz de tomar

conocimiento por sí del acto y contenido del testamento abierto que otorgó el 19 de octubre de 2001 y ello pese a que, como también dicen estas testigos, ya no salía solo de casa y había dejado de leer el periódico, pues una cosa es que, por la incuestionable dificultad de hacerlo, se deje de practicar el hábito de la lectura y otra muy distinta, es que, con evidente esfuerzo, un concreto documento pueda ser leído por el causante». Por ello concluye la Sala que «la demandante, como la correspondía, no ha acreditado, con la rotundidad precisa, la carencia de visión bastante en el testador para que, en aplicación del artículo 697 CC, se exija la concurrencia, al acto del otorgamiento del testamento, sin que tenga trascendencia alguna la circunstancia de que al otorgamiento del testamento cuya validez se propugna por nulidad del posterior, sí comparecieran dos testigos», porque dicho testamento se otorgó vigente la normativa anterior a la reforma de 1991.

1. Recurso extraordinario por infracción procesal

Se van a examinar los tres primeros motivos conjuntamente, porque tienen un denominador común: la vulneración de las normas sobre valoración de la prueba.

El primer motivo señala la infracción de las normas que establecen el valor probatorio de los medios de prueba y especialmente, el artículo 326.1 LEC y entra a continuación a examinar los documentos del historial médico del causante, concretamente los informes de 26 de

octubre de 2001 y 4 de febrero de 2002, ya que se trata de informes muy próximos a la fecha en que se otorgó el testamento. La recurrente dice que su contenido no se ha puesto en duda, por lo que deben hacer prueba plena de lo que documentan y ello a pesar de que no hubieran sido ratificados por el autor. Al no conceder la Audiencia Provincial valor probatorio a estos documentos, exigiendo que el facultativo compareciera en autos y ello no es necesario al no haberse dudado sobre la autoría, ha infringido dicho artículo. El segundo motivo denuncia la infracción de los artículos 348 y 335 LEC en cuanto a la prueba pericial. No hay informes contradictorios; la pericia tenía por objeto determinar el grado de visión del testador cuando otorgó el testamento. Las infracciones que se cometen en la sentencia respecto a la prueba son: a) que le hace decir al perito algo que no ocurrió realmente, porque nunca ha informado que existan dos informes emitidos por dos médicos distintos que sean coincidentes sobre el grado de visión de D. Eulalio; b) el tribunal de instancia comete una serie de errores al no valorar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, c) el tribunal dio relevancia a un documento notarial en el que el testador había otorgado un poder a sus hijas por delante del informe de los peritos. Finalmente, el tercer motivo denuncia la infracción del artículo 376 LEC respecto a la prueba pericial efectuada. Aunque dice no desconocer que se trata de una prueba de libre valoración por el Juzgador, señala que se han infringido las reglas de la sana crítica, ya que «las mismas llevan a pensar que si no veía y esto lo dice el propio testigo propuesto por la demandada, cómo pueden al mismo tiempo decir que “... Veía la televisión e incluso ayudado por una lupa veía las caras de una fotografía...” (considerando que esto último se lo había dicho su hermano)».

Los motivos primeros, segundo y tercero se desestiman.

Las disposiciones citadas como infringidas tienen en común que establecen la regla general que determina que la valoración de las distintas pruebas debe efectuarse de acuerdo con los criterios de la sana crítica. Así, el artículo 348 LEC establece que «el tribunal valorará los dictáme-

nes periciales según las reglas de la sana crítica» y el artículo 376 LEC establece asimismo que «los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica». Por ello no se pueden considerar vulneradas estas disposiciones cuando el tribunal llega a unas conclusiones distintas de las de la parte recurrente, aplicando unos criterios valorativos lógicos, aunque no coincidan con las apreciaciones de la parte recurrente.

Además, el artículo 335 LEC se limita a establecer el objeto y la finalidad del dictamen de peritos, que se han cumplido en este caso, puesto que las conclusiones a que lleguen en sus apreciaciones no son vinculantes para el tribunal, quien debe valorarlas.

Finalmente, no puede considerarse vulnerado el artículo 326.1 LEC, citado como tal en el motivo primero, porque la recurrente comete el error de incluir como documento privado lo que en realidad se trata de un informe pericial acerca del estado de salud del testador, por lo que debe aplicarse la regla de valoración del artículo 348 LEC (ver STS de 21 de octubre de 2009).

En este mismo sentido, debe desestimarse por las mismas razones, el motivo quinto que denuncia la infracción del artículo 386 LEC. Se trata de un problema de valoración de la prueba pericial y no de presunciones. Por ello debe aplicarse lo dicho en los párrafos que anteceden.

El cuarto motivo del recurso extraordinario por infracción procesal denuncia la vulneración de los requisitos internos de la sentencia previstos en el artículo 218 LEC por a) falta de motivación; b) arbitrariedad en la interpretación y valoración de la prueba, y c) al no tener en cuenta hechos alegados y probados en los autos, predeterminando con ello el fallo. Se insiste en la valoración de la prueba documental pública y privada, de la prueba del dictamen de peritos y de la prueba testifical, a las que se acusa de no estar bien valoradas, se tergiversan las conclusiones y no se aplican las reglas de la sana crítica.

El cuarto motivo se desestima. Además de las razones que se han expuesto en el fundamento anterior, que deben considerarse reproducidas, hay que insistir en que no se produce

aquí falta de motivación, porque no es cierto que no exista en la sentencia recurrida, ya que se valoran las pruebas, aunque ciertamente no se coincide con la opinión de la recurrente. Los requisitos internos de la sentencia no se vulneran cuando la valoración de la prueba se efectúa de acuerdo con los criterios que establece el propio ordenamiento, es decir, según conforme a las reglas de la sana crítica y hacen que el juzgador llegue a resultados distintos de los pretendidos por la parte recurrente.

El sexto motivo señala la infracción del artículo 217 LEC porque a) no se aporta prueba alguna que rebata las conclusiones del dictamen pericial aportado al litigio por la recurrente, y b) no se atiende al principio de disponibilidad probatoria.

El motivo se desestima. La recurrente pretende aquí imponer su particular apreciación de la prueba, por lo que no se ha infringido el artículo 217 LECiv, que recoge el principio de la carga de la prueba por el que se determina que corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas que se deban aplicar a cada uno de ellos (STS de 21 de mayo de 2009 y las allí citadas de 11 de marzo y 27 de diciembre de 2004, 20 de julio de 2006 y 9 de mayo de 2007). En definitiva, para que se considere que se ha infringido la carga de la prueba «es preciso que la sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuya las consecuencias de la falta de prueba a la parte a quien no le correspondía el *onus probandi* según las reglas aplicables para su imputación a una u otra de las partes, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba», y no es éste el sentido de las impugnaciones presentadas.

El séptimo motivo señala la infracción del artículo 281.3 LECiv, que establece que «están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los liti-

gantes». Sobre esta norma, la recurrente entiende que existen una serie de hechos, como los informes referidos al desarrollo de la enfermedad del causante, sobre los que las partes están de acuerdo, de modo que deben vincular al juzgador.

El motivo no se estima. La recurrente está pretendiendo en este recurso que este Tribunal vuelva a revisar la prueba, sin tener en cuenta que la casación no es una tercera instancia. La infracción aquí denunciada no es aceptable porque una cosa es que se esté de acuerdo con unos determinados hechos, sobre los que no es factible que se produzca prueba, y otra cosa es que de los hechos sobre los que las partes estén de acuerdo, pueda deducirse la conclusión que se pretende, es decir, la falta absoluta de visión del testador. Los hechos sólo se refieren a las diversas consultas de oftalmología y la operación de cataratas. De esta vinculación no pueden llegar a deducirse las consecuencias que se pretenden, por lo que no se ha infringido la norma alegada.

El octavo motivo dice que todas las anteriores infracciones han producido una vulneración del artículo 24 CE, porque señala que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho de la recurrente a una sentencia que no contenga errores del tipo de los enunciados.

El motivo se desestima. El rechazo de este motivo viene propiciado por el de los anteriores, porque ya se ha argumentado que los pretendidos errores de la sentencia no son tales, sino diferentes formas de interpretar la prueba, cuya valoración corresponde al Juez. Solo debe añadirse que si la impugnación efectuada por la recurrente se refiere a la existencia de error judicial en la decisión, derecho a indemnización de los daños que cause (artículo 121 CE y 292 LOPJ), no da derecho a la casación de la sentencia, a no ser cuando exista un error notorio.

2. Recurso de casación

El recurso se refiere a la problemática de la capacidad del testador y de las formalidades que deben utilizarse cuando éste presenta un defecto que le priva de una determinada función física,

que pueda afectar al acto del otorgamiento del testamento.

En el primer motivo se denuncia la infracción por aplicación indebida, del artículo 666 CC, porque la capacidad del testador debe examinarse en el tiempo del otorgamiento del testamento y no en momentos anteriores o posteriores. El segundo señala la infracción, por aplicación indebida, del artículo 697.2 CC; dice que lo importante es que el defecto visual impida la lectura y que el Tribunal *a quo* infringió el contenido del artículo 697 CC al considerar que no era necesaria la presencia de testigos en el acto del otorgamiento del testamento impugnado, a pesar de que el testador no pudo leer su propio testamento por la ceguera que padecía. El tercer motivo denuncia la infracción por aplicación indebida, del artículo 687 CC en relación con el artículo 738 CC, así como la jurisprudencia que cita, porque considera que dicho testamento debería ser declarado nulo por falta de formalidades. Finalmente, el cuarto motivo dice que se ha infringido por interpretación y aplicación errónea de la jurisprudencia que se cita en la sentencia recurrida el artículo 687 CC y el principio *favor testamenti*. Señala que la presunción de capacidad del testador se había destruido por las pruebas presentadas, lo que quedó corroborado por el juzgador de 1.ª Instancia, al decir que en la fecha en que el causante otorgó testamento padecía una catarata que le impedía la visión.

Los motivos primero, segundo, tercero y cuarto del recurso de casación se desestiman.

La defensa de la recurrente se centra en tres tipos de argumentos, que se van a examinar, a pesar de que el problema que presenta este recurso es que incurre en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión, puesto que parte de que se había probado la falta total de visión del testador, cuando a partir de la valoración de la prueba, la sentencia recurrida concluye lo contrario.

a) Es cierto que la exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afirmado la reciente sentencia de 4 de noviem-

bre de 2009. Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio *favor testamenti*, especialmente cuando en el testamento interviene el Notario, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia. En este caso, se hace constar por el funcionario autorizante del testamento, que el propio notario leyó en voz alta el testamento y que el testador se mostró conforme. Pocas dudas quedan, por tanto, de que su declaración de voluntad fue recogida literalmente por el notario, en un testamento de contenido muy simple.

b) Es cierto también que la falta de la forma determina la nulidad del testamento. Pero no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad que debe concurrir cuando ocurra alguno de los defectos físicos previstos en el artículo 697.2 CC. La finalidad de la norma es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento. Pero al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad y más cuando no se ha probado la falta de visión en que se fundaba la demanda.

c) El notario debe apreciar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento del testamento (artículo 666 CC). Esta es una cuestión de prueba y, como se ha dicho antes, la sentencia recurrida apreció la capacidad del testador en el momento del acto del otorgamiento, aunque sí es cierto que para probarla en el litigio, se han tenido en cuenta las circunstancias que concurren en el causante en los momentos anteriores. La recurrente no ha conseguido probar, como se ha venido repitiendo, la falta de visión del testador que le impidiera otorgar un testamento sin testigos, es decir, no ha conseguido destruir la presunción de capacidad, por lo que los argumentos que utiliza no pueden ser tenidos en cuenta.

d) Estos mismos argumentos impiden tener en cuenta la alegación de que el artículo 738 CC ha sido aplicado indebidamente. No se ha conseguido demostrar la falta de aptitud del testador para otorgar el testamento en la forma en que lo otorgó.

A partir de la STS de 11 de enero de 2007, seguida posteriormente por las de 20 de noviembre de 2007, 4 de marzo y 5 de mayo de 2008, 4 y 27 de mayo de 2009, entre otras, se ha producido un cambio de criterio interpretativo en relación con la donación encubierta, de modo que la doctrina jurisprudencial resultante es contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación, sea pura o remuneratoria, cuando se trata de bienes inmuebles, siendo solamente válida cuando se otorga escritura pública de donación que visualice el *animus donandi*, con cumplimiento del requisito *ad solemnitatem* del artículo 633 CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández

ANÁLISIS DEL CASO

D. Nicanor interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra D.ª Elisenda, D. Federico y D.ª Montserrat en la que solicita se declare: 1. Que por los respectivos títulos adquisitivos allí expresados D. Nicanor es propietario, en pleno dominio, de las fincas a que se refieren los hechos Quinto, Sexto y Séptimo de la presente demanda. 2. Que son radicalmente nulos o inexistentes, por simulación absoluta, los aparentes negocios jurídicos de transmisión de aquellas fincas formalizados en las siguientes escrituras públicas: 5 de mayo de 1982, 2 de julio de 1982, 15 de enero de 1992, 27 de agosto de 1982, 27 de diciembre de 1985, 27 de septiembre de 1988. 3. Que en consecuencia carecen de efectividad jurídica por nulidad de los títulos que los causaron, los asientos e inscripciones de los Registros de la Propiedad en que constan aquellas transmisiones, por lo que procede su cancelación. 4. Que, por todo ello, deben ser restituidas a D. Nicanor las fincas objeto de dichas escrituras, con los frutos percibidos o que hubieran podido percibirse, los que se determinarán en ejecución de sentencia. Condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a cumplir lo que en ellas se dispone, expidiendo, en su caso y momento, mandamientos por duplicado a los Registros de la Propiedad en que figuran inscritas las fincas, al objeto de que sean canceladas las inscripciones contradictorias del dominio de principal sobre ellas, condenando, asimismo a los demandados, al pago de las costas del juicio.

El 3 de septiembre de 1998 por D. Nicanor se presentó escrito de ampliación de la demanda contra la entidad La Caixa solicitando se declare: 1. Que es nula la Declaración de Obra Nueva sobre la finca registral núm. NÚM001 del Registro de la Propiedad de Pollense, formulada por D.ª Elisenda en escritura de 2 de marzo de 1990, y en consecuencia, procede la cancelación del asiento registral causado por dicha escritura, o sea, la inscripción 7.ª de dicha finca. 2. Que la entidad demandada «La Caixa» viene obligada a la cancelación de la hipoteca que ostenta sobre dicha finca, una vez queden cumplidas las obligaciones garantizadas con dicha hipoteca, y que dicha cancelación se haga constar en los Libros de dicho Registro de la Propiedad. 3. Que D.ª Elisenda viene obligada a garantizar a su costa, las obligaciones contraídas frente a la entidad hipotecante y garantizadas con dicha hipoteca.

Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, se opusieron a la misma D.^a Elisenda y don Federico alegando, en síntesis, que las transmisiones no fueron simuladas, sino con causa existente y lícita, respondiendo las operaciones que tenían por objeto el solar de la CARRETERA000 a un negocio fiduciario de préstamo concedido por doña Montserrat, tesis que ésta también adujo en su contestación a la demanda.

Por su parte, la entidad bancaria demandada alegó ser tercero hipotecario a quien no podían afectar las pretendidas nulidades de las compraventas.

El Juzgado de Primera instancia núm. 3 de Inca dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 2003, estimando parcialmente la demanda y acordando: 1. Decretar la nulidad de la escritura de compraventa otorgada en fecha de 27 de agosto de 1982 entre D. Nicanor y Dña. Montserrat sobre Solar de DIRECCIÓN000 consistente en «Solar propio para edificar procedente de la finca llamada DIRECCIÓN000, situada en el término de Sa Pobra». Por auto de aclaración se declaró la nulidad de las inscripciones registrales en que constan las transmisiones que se originaron en el Tomo NÚM005, Libro NÚM006 de Sa Pobra, Folio NÚM007, Finca NÚM001, ordenando al Sr. Registrador de la Propiedad de Pollença que proceda a su cancelación, manteniendo el resto de la misma en su integridad. Se condenó igualmente a los codemandados a la restitución de la finca del Solar de DIRECCIÓN000 al Sr. Nicanor, con los frutos percibidos o que se hubiesen podido percibir, que se determinarán en ejecución de Sentencia, así como que los codemandados estén y pasen por las anteriores declaraciones, expidiendo una vez que la presente resolución sea firme, mandamiento al Registro de la Propiedad donde figura la citada finca, al objeto de que sean canceladas las inscripciones contradictorias de dominio sobre ellas. También se acordó la nulidad de la Declaración de Obra Nueva sobre la finca registral núm. NÚM001 del Registro de la Propiedad de Pollença, formulada por D.^a Elisenda en escritura de 2 de marzo de 1990 y, por lo tanto, procede la cancelación del asiento registral causado por dicha escritura, o sea, la inscripción 7.^a de dicha finca. Asimismo D.^a Elisenda deberá garantizar a su costa, las obligaciones contraídas frente a la entidad La Caixa y garantizadas con dicha hipoteca. Por último se desestimó la nulidad de las escrituras públicas de compraventa de 25 de mayo de 1982 (de D. Nicanor a D.^a Elisenda en relación a la finca urbana en Plaza del Ayuntamiento de Sa Pobra); 2 de julio de 1982 (de D. Nicanor a D. Federico sobre la Rústica DIRECCIÓN001, de Muro); y 15 de enero de 1992 (de D. Federico a D.^a Elisenda, de la anterior finca DIRECCIÓN001).

En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia el 22 de septiembre de 2004, estimando en parte el recurso de apelación entablado por la representación procesal de D. Nicanor, sucedido procesalmente por D.^a Natividad y D.^a María Cristina, y los de las representaciones procesales de D.^a Elisenda y D.^a Montserrat, y, en consecuencia, revocó y deja sin efecto la resolución de primera instancia, y en su lugar acuerda estimar parcialmente la demanda interpuesta por la representación del Sr. Nicanor contra D.^a Elisenda, D.^a Montserrat, D. Federico, y «La Caixa» de Barcelona, y acuerda: Se declara que don Nicanor es propietario de las fincas a que se refieren los hechos quinto y sexto de la demanda, es decir, la urbana de Sa Pobra y rústica de «DIRECCIÓN001» de Muro, inscritas a los números NÚM000 de Pollensa y NÚM002, NÚM003 y NÚM004 del Registro de la Propiedad de Inca, respectivamente. Se desestima dicha pretensión respecto de la finca descrita en el hecho séptimo de la demanda, urbana en Sa Pobra, número NÚM001 del Registro de la Propiedad de Pollensa. Se declara la

nulidad de la escritura pública de fecha 25 de mayo de 1982, otorgada ante el Notario don Raimundo Clar Garau entre don Nicanor y doña Elisenda, la otorgada el 2 de julio de 1982, ante el mismo notario, entre don Nicanor y don Federico y la otorgada el 15 de enero de 1992, ante el notario de Alcudia don Bartolomé Bibiloni Guasp, entre don Federico y doña Elisenda. Se desestiman el resto de pretensiones de nulidad de los demás instrumentos públicos mencionados en la demanda. Se declara que carecen de efectividad los asientos e inscripciones en los Registros de la Propiedad que constan en las transmisiones declaradas nulas, por lo que procede su cancelación. Se condena a los demandados a restituir a don Nicanor las fincas urbanas de Sa Pobla y rústica de «DIRECCIÓN001» de Muro, inscritas a los números NÚM000 de Pollensa y NÚM002, NÚM003 y NÚM004 del Registro de la Propiedad de Inca, con los frutos percibidos o que hubieran podido percibirse y que se determinarán en ejecución de sentencia. Instada la aclaración de la anterior resolución por la representación de la entidad La Caixa, se dictó Auto de fecha 7 de octubre de 2004, en el que se acordaba incluir en el fallo de la sentencia el pronunciamiento por el que absuelve a «La Caixa» de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Todas las partes interpusieron recurso de casación siendo estimado el interpuesto por D.^a Natividad y D.^a María Cristina acordando el Tribunal Supremo la nulidad de las compraventas documentadas en las escrituras públicas de 27 de agosto de 1982, 27 de diciembre de 1985 y 27 de septiembre de 1988, confirmando íntegramente lo acordado por la Sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia número 3 de Inca en la Sentencia de 31 de octubre de 2003 y en el Auto de Aclaración de 4 de diciembre siguiente.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del proceso versa sobre la declaración de simulados de diversos contratos de compraventa formalizados en varias escrituras públicas, algunas de ellas interrelacionadas, habiéndose ejercitado las acciones de impugnación por inexistencia contractual por falta de causa por la parte que aparece como disponente de los bienes, y suscitándose numerosas cuestiones jurídicas sustantivas y procesales en relación con la apreciación de la simulación, la validez de una donación remuneratoria encubierta en escritura de venta y la aplicación de la doctrina de los actos propios en relación con la legitimación del impugnante.

El planteamiento del proceso se resume en el fundamento jurídico primero de la Sentencia de la Audiencia Provincial diciendo: «Mediante el presente proceso don Nicanor insta la nulidad, por falta de causa, de sendas escrituras públicas en las que él mismo intervino como otorgante aduciendo en su demanda que tales actos jurídicos, cuya principal beneficiaria sería doña Elisenda, con la que a la sazón mantenía

una relación sentimental y que más tarde sería su esposa, son meramente simulados y se celebraron «con el propósito de crear una aparente insolvencia patrimonial de mi principal en detrimento de las pensiones alimenticias y compensatorias para su esposa e hijas y para privarles o disminuirles sus derechos legitimarios».

1. Recurso de casación de D.^a Natividad y D.^a María Cristina

El recurso de casación pretende que se anule la resolución recurrida y se acuerde declarar nulas las compraventas referidas en las escrituras públicas de 27 de agosto de 1982, 27 de diciembre de 1985 y 27 de septiembre de 1988, y se declare radicalmente nula, en su caso, la supuesta donación remuneratoria disimulada en la mencionada escritura pública de compraventa de 27 de septiembre de 1988; o subsidiariamente, declarar la nulidad de la supuesta donación remuneratoria en cuanto a la misma indivisa de la finca «DIRECCIÓN000» que no fue objeto de compraventa simulada.

La Sentencia de la Audiencia examina el contrato documentado en la escritura pública de 27 de agosto de 1982, y estima que es nulo por simulación absoluta, porque encubre un contrato inexistente (fundamento cuarto), y analiza los contratos de 27 de diciembre de 1985 y 27 de septiembre de 1988, para concluir que el primero es nulo por simulación absoluta, y el segundo válido por simulación relativa, con base en que hay una donación remuneratoria y la jurisprudencia (SS. 1 de febrero de 2002 y 18 de marzo de 2003) considera válida la donación de un inmueble encubierta en un contrato de compraventa otorgado en escritura pública, y, como consecuencia de todo ello, estima que «debe mantenerse formalmente la validez de las escrituras de 27 de agosto de 1982 y 27 de diciembre de 1985 a los efectos de que se mantenga el principio de tracto sucesivo que posibilite el mantenimiento de la inscripción registral de la finca a la que se refiere la escritura de 27 de septiembre de 1988 a nombre de doña Elisenda, verdadera propietaria del inmueble, con independencia de la falta de validez de las transmisiones intermedias anteriores, y ello con la finalidad de evitar complicaciones que pudieran derivarse de la ejecución de una sentencia en la que, en coherencia con lo más arriba sentado, se hubiera de declarar la nulidad de dichas escrituras obligando así a la Sra. Elisenda a instar la condena a las herederas de don Nicanor a otorgar escritura pública de la mitad del inmueble a su favor, lo que parece contrario al principio de economía procesal».

Para la resolución del caso tiene carácter prioritario la consideración de que a partir de la Sentencia de esta Sala de 11 de enero de 2007, seguida posteriormente por las de 20 de noviembre de 2007, 4 de marzo y 5 de mayo de 2008, 4 y 27 de mayo de 2009, entre otras, se ha producido un cambio de criterio interpretativo en relación con la donación encubierta, de modo que la doctrina jurisprudencial resultante es contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación, sea pura o remuneratoria, cuando se trata de bienes inmuebles, siendo solamente válida cuando se otorga escritura pública de donación que visualice el *animus donandi*, con

cumplimiento del requisito *ad solemnitatem* del artículo 633 CC.

Como consecuencia de la doctrina expuesta procede estimar el motivo tercero del recurso, que acarrea (a) la innecesidad de examinar los otros dos motivos —el primero relativo a que no se probó el *animus donandi*, ni cabe presumirlo; y el tercero formulado para el supuesto de que no se estimase el segundo—; (b) la casación de la Sentencia recurrida en cuanto a las pretensiones objeto del recurso; (c) la asunción de la instancia; y (d) no hacer imposición de costas por el recurso de casación (artículo 398.2 LEC).

Este Tribunal, en funciones de instancia, asume los razonamientos de la Sentencia de la Audiencia Provincial, en cuanto complementa los del Juzgado de Primera Instancia, que rechazan la existencia del préstamo alegado, y de un negocio fiduciario *cum creditore*, de garantía de aquél, y estiman que concurre una simulación que supone la inexistencia contractual de las compraventas formalizadas en las escrituras públicas de 27 de agosto de 1982, 27 de diciembre de 1985 y 27 de septiembre de 1988. Los argumentos invocados en los recursos de apelación de D.^a Montserrat y D.^a Elisenda han sido adecuadamente respondidos en los fundamentos de derecho cuarto y quinto de la Sentencia de la Audiencia, a los que incluso cabe añadir que, dadas las circunstancias concurrentes, los tres actos jurídicos responden a un único propósito simulatorio, encaminados a disimular una transmisión dominical gratuita del Sr. Nicanor a la Sra. Elisenda, en cuya operación la Sra. Montserrat asume el mero papel de intermediaria para tratar de enmascarar la auténtica realidad jurídica.

La declaración de nulidad afecta a las tres escrituras públicas de conformidad con lo razonado en los fundamentos cuarto y quinto de la Sentencia del Juzgado que se dan por reproducidos en motivación por remisión.

2. Recurso de casación de D. Federico

El recurso impugna la declaración de contratos simulados respecto de las compraventas formalizadas notarialmente el 2 de julio de 1982 y 15

de enero de 1992 sobre las fincas procedentes del predio DIRECCIÓN001 en Muro en las que intervino el recurrente Sr. Federico como comprador y vendedor, respectivamente.

En el motivo segundo del recurso (el primero, como se dijo, fue inadmitido) denuncia el recurrente infracción de los artículos 1274 y 1277 del Código Civil por haber incurrido la Sentencia impugnada en error en la valoración de la prueba que le lleva a la conclusión errónea de la inexistencia de causa, desconociendo que los hechos favorecidos por una presunción legal de existencia no precisan de prueba alguna.

En el motivo se plantea con carácter exclusivo un problema de índole probatorio, y consiguientemente de naturaleza procesal, que no corresponde ubicar en un recurso de casación, y que posiblemente no fue inadmitido con anterioridad por la paradoja de que, con arreglo a la normativa de derecho intertemporal, en materia de valoración probatoria habrán de aplicarse en las dos instancias (S. 28 de octubre de 2009, entre otras) las normas de la LEC de 1881 (y las que recogía el Código Civil, actualmente derogadas) toda vez que el proceso se inició bajo tal régimen jurídico, y, en cambio, el acceso a los recursos extraordinarios se rige por la LEC 2000, dado que la fecha de la Sentencia recurrida es posterior a la entrada en vigor de dicha Ley (disposiciones transitorias tercera y cuarta LEC). La apreciación expuesta tiene especial relevancia porque al plantearse un tema probatorio, no resulta idóneo al efecto el recurso de casación en el cual solo cabe suscitar cuestiones sustantivas civiles en sentido amplio, comprensiva de las mercantiles.

Es cierto que en el enunciado se mencionan dos preceptos del Código Civil, pero ninguno se alega en una perspectiva civil sino probatoria, y, por lo tanto, procesal.

El artículo 1274 CC describe lo que debe entenderse por causa según cuál sea la clase de contrato en que intervenga (oneroso, remuneratorio, de pura beneficencia), pero lo que se discute en el motivo no afecta a tal descripción, sino a la existencia o inexistencia de la causa en un contrato oneroso, que, como tiene reiterado esta Sala, es una cuestión de hecho. Es claro,

por lo tanto, que el artículo 1274 CC no contiene ninguna regla de valoración probatoria.

El artículo 1277 CC recoge lo que se denomina «abstracción procesal». Se entienda que es una presunción legal *iuris tantum*, como sostiene una parte de la doctrina y vienen manteniendo numerosas Sentencias de esta Sala —aunque la formulación normativa no se avenga con la exigencia estructural por falta de la afirmación base—, que acarrea lo que se considera un desplazamiento o inversión de la carga de la prueba, o bien se entienda que se trata de una regla especial de carga de la prueba, como mantiene otro sector doctrinal y también se ha aludido en alguna Sentencia de este Tribunal, lo cierto es que, en todo caso, el tema, como se plantea, es de carácter procesal, y consiguientemente no corresponde examinarlo en un recurso de casación. Ello es así porque la sentencia recurrida declara probada la inexistencia de la causa contractual, por lo que opera la exclusión de la presunción, dado que, como dispone el artículo 1251 CC (actualmente artículo 385 LEC), las presunciones establecidas por la ley (claro es, las genuinas presunciones legales que son las *iuris tantum*, pues las *iuris et de iure* son disposiciones legales) pueden destruirse por la prueba en contrario, que es lo que aquí ha ocurrido.

Por todo ello el motivo decae.

En el motivo tercero se alega vulneración de la doctrina de los actos propios o principio que veda el venir contra *factum proprium*, cuya vigencia viene apoyando la doctrina jurisprudencial en el artículo 7 del Código Civil.

El motivo está formulado de manera imprecisa porque de la lectura de su desarrollo parece deducirse que, por un lado, plantea los actos propios en relación con los comportamientos extraprocesales del Sr. Nicanor a propósito de las operaciones jurídicas litigiosas en la perspectiva de destruir los indicios de simulación tomados en cuenta por la resolución recurrida, o de configurar elementos de convicción en orden a acreditar la realidad de la causa contractual. Esta primera reflexión argumentativa, con independencia de que tales actos no son precisamente a los que se refiere la doctrina invocada

en el enunciado por la propia esencia de la simulación —mera apariencia; *colorem habet*—, no es aquí valorable porque pertenece al ámbito probatorio.

Por otro lado, en cambio, cabe entender que la parte recurrente pretende hacer referencia a la falta de legitimación del demandante, como advierte la parte recurrida. En tal particular, sin necesidad de entrar a analizar aquí el espinoso tema de la incidencia de la doctrina de los actos propios en el campo de la nulidad negocial, en orden no a validarlos sino a privar de legitimación al autor para impugnarlos, lo cierto es que según la doctrina científica la regla de que se trata no impide la legitimación impugnatoria de los simulantes entre sí en el caso de simulación contractual porque se está atacando un contrato sin realidad ni efecto jurídico alguno; y así lo reconoce pacífica doctrina de esta Sala (SS. 22 de febrero de 1946, 31 de mayo de 1963, 24 de febrero de 1986, 30 de octubre de 1992, 4 de octubre de 2004).

Sucede que si el fundamento de la doctrina alegada es «la confianza puesta fundadamente en la apariencia» (SS 30 de diciembre de 2004, 21 de abril de 2006, 20 de septiembre y 2 de octubre de 2007) —la doctrina jurisprudencial hace hincapié en la exigencia de una conducta coherente en el tráfico jurídico sin que sea doble defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás (SS 9 de mayo de 2000; 25 de enero y 26 de julio de 2002; 13 de marzo y 23 de mayo de 2003; 8 de marzo y 6 de abril de 2006; 9 de abril y 31 de octubre de 2007); protección de la confianza que el acto o conducta de una persona suscita objetivamente en otra u otras (SS 20 de febrero y 22 de mayo de 2003); confianza fundada en un comportamiento futuro coherente (SS 10 de mayo, 15 y 30 de diciembre de 2004; 4 y 28 de febrero y 26 de mayo de 2009); cuando se han creado en otra persona expectativas razonables (SS 27 de septiembre y 28 de octubre de 2005; 28 de julio y 17 de octubre de 2006; 15 de junio de 2007)—, no es imaginable la situación en la simulación contractual por cuanto los intervinientes en el negocio son por igual conscientes y responsables de la ficción.

Por todo ello, el motivo decae.

3. Recurso de casación de D.^a Elisenda

En el motivo segundo del recurso se alega infracción de los artículos 1274 y 1277 del Código Civil.

El motivo se desestima por las mismas razones —aplicables *mutatis mutandis*— que lo fue el motivo segundo del recurso de casación de D. Federico.

En el motivo tercero del recurso se alega infracción de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil.

El motivo se desestima porque aparte de que no formula adecuadamente la infracción dado que no cabe acumular dos criterios de hermenéutica contractual que son incompatibles —párrafo primero del artículo 1281 CC, por un lado, y párrafo segundo del mismo artículo y artículo 1.282 CC, por otro—, tal y como reitera la doctrina de esta Sala (SS, entre otras, de 27 de febrero de 2008, 13, 16, 18 y 27 de marzo; 21 de abril y 8 de julio de 2009), y de que no basta pretender una nueva visión del tema interpretativo, sino que ha de demostrarse que la interpretación realizada en la sentencia recurrida es arbitraria o ilógica, pues en otro caso debe prevalecer la efectuada por el Tribunal que conoce en instancia (SS, entre las más recientes, de 5, 10, 18 y 27 de febrero, 21 de abril; 8 de mayo de 2009), en cualquier caso, el problema litigioso no es interpretativo, sino de valoración probatoria, aspectos que no cabe confundir por tratarse de tareas distintas, dado que la valoración de la prueba atiende a la fijación de los hechos y la interpretación a la indagación y alcance jurídico de los mismos (SS, entre otras, de 21 de febrero, 16 de abril y 19 de junio de 2008).

La doctrina de esta Sala viene declarando de forma reiterada y uniforme que la inexistencia de precio determina la ausencia de causa y ocasiona la nulidad [*rectius*, inexistencia] del negocio, y que la simulación constituye una cuestión de hecho competencia de los Tribunales que conocen en instancia (SS, entre las más recientes, de 28 de septiembre de 2006; 17 y 27 de abril, 14 de mayo y 5 de octubre de 2007; 6 de febrero, 28 y 29 de mayo de 2009).

Para complementar lo expuesto procede señalar que la doctrina de esta Sala viene reco-

nociendo, a falta de pruebas directas, que es el supuesto frecuente dado el lógico interés de los intervinientes de no dejar huellas de la realidad, la singular idoneidad y eficacia de las presunciones, como conjunto armónico de indicios, para fundamentar la apreciación de la simulación (SS. entre otras, de 27 de abril de 2000; 3 de noviembre de 2004; 19 de junio y 4 de diciembre de 2006; 17 de abril, 26 de junio, 24 de julio, 5 de octubre y 30 de noviembre de 2007; y 28 de febrero, 18 de marzo, 14 y 29 de mayo y 14 de noviembre de 2008), y en el caso sucede que la sentencia recurrida ha cumplido con dicha guía jurisprudencial, cuyo acierto o des-

acierto ponderativo forma parte de la valoración probatoria, y no de la interpretación documental contractual.

En el motivo cuarto se alega infracción de la doctrina de los actos propios, por cierto sin cita del artículo 7.1 CC en que se funda y como es exigible (artículo 479.3 LEC), aunque en el caso el defecto formal puede estimarse salvado por la evidencia de la norma legal aplicable.

El motivo se desestima por las mismas razones —que son aplicables *mutatis mutandis*— del motivo tercero del recurso de casación de D. Federico.

CUESTIONES PENALES

Condena por un delito de estafa al haber dispuesto en concepto de dueños del patrimonio hereditario que se hallaba en condominio con otros terceros, en perjuicio de éstos y mediante el empleo a tal fin de un engaño bastante. Esta ilícita disposición en exclusiva representa una estafa, y no una apropiación indebida, al haber estado presidida su acción por engaño, basado en la ocultación de la desaparición del título de disposición anterior al fallecimiento del padre.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2009

Ponente: **Excmo. Sr. Luciano Varela Castro**

ANÁLISIS DEL CASO

El 15 de febrero de 1997 D. Porfirio contrajo matrimonio canónico en régimen de gananciales con Dña. Belinda, él era padre de dos hijos fruto de su anterior matrimonio, y ella madre de otros dos, también fruto de su anterior matrimonio. En fecha 7 de junio de 2005 se produjo el fallecimiento de D. Porfirio cuando éste era titular de diversas cuentas bancarias.

El día 9 de junio de 2005, Carlos, actuando de común acuerdo con su hermano Ángel, aprovechando la autorización de la que hasta el momento del fallecimiento de su padre disponía en la cuenta núm. NÚM000 de la entidad Caja Madrid, y ocultando a los empleados de la misma el fallecimiento del titular el día 7 de junio anterior, procedió a ordenar una transferencia bancaria por importe de 80.000 euros a favor de la cuenta NÚM004 de la que eran titulares dejando en la cuenta de Caja Madrid un saldo de 4.661 euros.

El día 10 de junio de 2005, puestos los acusados de común acuerdo procedieron a ingresarse en su propia cuenta del Banco Pastor, el cheque NÚM005, procedente de la cuenta NÚM001 que su padre tenía en la entidad Banesto, aprovechando la condición de autorizado que en esta última tenía el acusado Carlos y ocultando al personal de esta enti-

dad el fallecimiento de su padre. El importe que por este procedimiento de compensación de cheque se transfirieron los acusados a su propia cuenta fue de diez mil euros.

A partir del día 16 de junio de 2005, en la cuenta del Banco Pastor en la que se habían ingresado los fondos procedentes de la cuenta de la que era titular el fallecido D. Porfirio, se comenzaron a detraer, sobre un saldo de 114.991 euros existente a fecha 14 de junio de 2005, los importes de varias transferencias efectuadas por sus titulares o por alguno de ellos de acuerdo con el otro, hasta dejar un saldo de 41 euros que permaneció hasta el día 7 de octubre de 2006, en que los acusados comenzaron a reintegrar fondos a dicha cuenta a través de varias transferencias y traspasos, de tal forma que a fecha 24 de diciembre de 2006 la cuenta bancaria cuya titularidad correspondía a los acusados disponía de un saldo de 115.000 euros, sin que ninguno de los fondos que los acusados extrajeron de las cuentas de las que era titular el fallecido D. Porfirio se hayan reintegrado a las mismas».

El Juzgado de Instrucción núm. 41 de Madrid instruyó Procedimiento Abreviado núm. 3058/05, contra Carlos y Ángel, por un delito de apropiación indebida, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 5 de diciembre de 2008, dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento: «Que debemos condenar y condenamos a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de estafa previamente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, e imponer a cada uno de ellos la pena de seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad, y al pago de las costas procesales por mitad con inclusión de las de la acusación particular. Los acusados de forma conjunta y solidaria deberán ingresar en la cuenta de consignaciones de este Tribunal la cantidad de 90.000 euros más los intereses legales correspondientes que se reintegrarán a las cuentas corrientes de las que se detrajeron dichos fondos en la forma que se ha declarado probado».

Carlos y Ángel, hijos del causante, interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primero de los motivos, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, combaten los recurrentes la subsunción de los hechos probados en el tipo delictivo de la estafa por la que vienen condenados, estimando que esa condena implica infracción del artículo 248.1 del Código Penal.

La argumentación del motivo parte de que el dinero de que disponen los acusados «no integra patrimonio ajeno» por lo que de los hechos, además, «no deriva perjuicio patrimonial alguno». De lo anterior derivaría la inexistencia de desplazamiento patrimonial y lucro ilícito alguno.

La configuración jurídica de las circunstancias en que los acusados despliegan el compor-

tamiento penado se determina, atendiendo a los datos probados, como sigue:

a) la madre de los querellantes tenía constituida una sociedad de gananciales con el padre de los querellados. En el activo de tal sociedad, al día del fallecimiento de éste se integraba parte del saldo de la cuenta en Caja-Madrid, en la que figuraba como titular el padre y estaban autorizados los hijos querellados. Y también la cuenta en Banesto identificada en sus últimas cifras 3271, de la que el padre era titular y uno de sus hijos autorizado;

b) al fallecimiento del padre queda constituida simultáneamente lo que la doctrina viene denominando «sociedad postganancial», integra-

da por el cónyuge viudo superviviente y los herederos del causante fallecido, que son los hijos acusados. Obviamente sin perjuicio de los derechos hereditarios, respecto del fallecido, que corresponden a la viuda. Esa cotitularidad concierne a lo que hasta el momento del fallecimiento del padre integraba el patrimonio ganancial. Y por ello el saldo de las cuentas antes referidas, sin perjuicio de la eventual deducción del importe de dicho saldo en la cuenta de Caja-Madrid al tiempo del matrimonio de los padres de querellantes y querellados.

c) Respecto de dicha situación jurídica tiene dicho el Tribunal Supremo en su Sentencia 458/2007, de 9 de mayo, que se rige por las normas de la comunidad ordinaria (SSTS de 6 de junio de 1997, 21 de noviembre de 1987, 3 de marzo de 1998, 19 de junio de 1998, 7 de diciembre de 1999 y 13 de diciembre de 2006, entre otras), respecto de la cual no cabe la alteración de la cosa común, y consiguientemente la enajenación, sin consentimiento de todos los condóminos (artículo 397 CC y SSTS de 10 de diciembre de 1966, 25 de junio de 1995, 25 de junio de 1990, 31 de marzo de 1997 y 23 de enero de 2003).

En la núm. 1275/2006, de 13 de diciembre, también dijo: disuelta, pero no liquidada, la sociedad de gananciales, se constituye entre los cónyuges una comunidad de bienes, la comunidad postganancial, sujeta a las normas que rigen la comunidad ordinaria de bienes, artículos 392 y siguientes del Código Civil. Es doctrina reiterada de esta Sala, en interpretación del artículo 394 del Código Civil, la de que cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad, siempre que no se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor (Sentencias, entre otras, de 6 de junio de 1997, 3 de marzo de 1998 y 7 de diciembre de 1999).

d) Por tanto los acusados podían disponer del dinero de las cuentas indicadas pero no en exclusivo y personal beneficio.

De ello deriva que al llevar a cabo los reintegros que se declaran probados, trasladando los importes de titularidad postganancial a depósitos bancarios de su titularidad exclusiva, y, luego, disponer de estos importes en su exclusivo personal beneficio, causaron un correlativo perjuicio patrimonial al patrimonio de la comunidad

postganancial, titularidad en parte de la madre de los querellantes.

Establecido lo anterior es necesario establecer si eso implica un comportamiento tipificado y, en su caso, si lo es a título de estafa o apropiación indebida.

La disposición de dinero depositado en cuenta bancaria bajo titularidad no exclusiva del que dispone ha sido calificado por este Tribunal como delito de apropiación indebida.

Así en la Sentencia de esta Sala de 20 de junio de 2003, núm. 899/2003, rec. 57/2002, dijimos: Podemos citar cuatro sentencias de esta sala que, respecto de estos casos en que hay copropiedad con relación a una cantidad de dinero que posee uno de los condueños en su totalidad, considera que comete delito de apropiación indebida quien se queda con la parte que corresponde a otra u otras personas. Hay en estos casos una recepción de una cosa mueble a virtud de un título que obliga a entregar la parte ajena a su dueño, de modo que si se queda con todo para sí comete este delito (o falta, según la cuantía). Son las sentencias de 19 de diciembre de 1974, 14 de octubre de 1993, 9 de mayo de 1994 y 28 de abril de 2000, esta última referida a un premio de bingo para tres amigas cuando una de ellas lo cobró y se quedó con su importe total. En estos casos hay apropiación indebida respecto de aquella parte que pertenecía a la otra u otras personas. Podemos leer en la primera de tales cuatro sentencias, en la de 19 de diciembre de 1974, lo siguiente: «En tiempos pretéritos la idea de hurto, estafa o apropiación indebida de cosa común repugnaba a la doctrina y a la jurisprudencia porque no resplandecía debidamente el requisito, juzgado indispensable, de la alienidad o ajenidad de la cosa sustraída, defraudada o apropiada, pero posteriormente, se comprendió que la cosa común en sí no es ajena, pero lo es en tanto en cuanto excede de la parte que corresponde al sustractor, defraudador o apropiador, resultando así idóneo para la comisión de tales delitos todo cuanto sobrepase la cuota, porción, parte o interés, aunque sea ideal o intelectual, cuya titularidad pertenezca al culpable».

En la más reciente Sentencia de 5 de febrero de 2004 el Tribunal de la instancia había dicho que: «quien hace uso de una tarjeta de compras,

fingiendo la disponibilidad de la cuenta bancaria en la que están domiciliados sus pagos, efectuando compras silenciando que ya no tiene autorización para disponer de tal cuenta» comete el delito de estafa del artículo 248 CP, pues ha violado la prohibición del titular de la cuenta bancaria para disponer de ella. Pero esa calificación fue rechazada por este Tribunal Supremo que la calendada resolución dijo que el acusado, mientras no habían tenido efecto determinadas medidas provisionales que le concernían, tenía frente a terceros la capacidad de obligar a la titular de las cuentas y que el vendedor no se representó otra cosa. Con otras palabras: el vendedor no fue engañado, pues en ese momento su autorización no estaba cancelada frente a terceros (...) No obstante, es evidente también que el acusado había vulnerado sus deberes frente a la persona que lo autorizó a cargar gastos en su cuenta y, de esa manera, infringió un deber de confianza mediante una distracción de dinero en el sentido del artículo 252 CP. Es decir: debió ser condenado por la comisión de un delito de administración desleal y no por el delito de estafa. Por otra parte, y esta es la cuestión central del presente caso, la subsunción del hecho bajo el tipo penal de la estafa es incorrecta porque la estafa requiere que el sujeto que realiza la disposición patrimonial lesiva del patrimonio sea el mismo que el engañado.

En el caso ahora juzgado cabe proclamar, como en los de las sentencias que citamos, la ilicitud de la disposición en exclusiva. Pero el método seguido para la ilícita disposición por los acusados difiere de los allí examinados. Concordamos pues con la sentencia de instancia en que concurre un engaño al ocultar los acusados que ha desaparecido su título de disposición anterior al fallecimiento de su padre. Este no podía facultarles disposiciones para después de su fallecimiento. Y ello sin entrar a examinar el alcance y validez de la autorización para tales disposiciones en vida del causante, dada la naturaleza ganancial —al menos en parte— de los saldos bancarios. Y el engaño se integra también porque al ocultar el fallecimiento del titular de la cuenta en que se llevan a cabo los reintegros, esa ocultación lo es también de la nueva titularidad y, con ella, nuevo régimen de disponibilidad de los fondos.

La persona que resulta engañada, es entonces la entidad bancaria que es la misma que realiza los actos de desplazamiento patrimonial causante del correlativo perjuicio de los cotitulares del patrimonio dispuesto.

Se concluye así el cuadro de requisitos del delito de estafa imputado.

El motivo se rechaza.

Por el cauce del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se protesta un supuesto error en la valoración de la prueba llevada a cabo por la sentencia recurrida.

Se invoca al efecto una certificación bancaria que predica el carácter de cotitulares de la cuenta bancaria de Caja-Madrid respecto de los acusados. Pero eso sí reconociendo en su exposición los recurrentes que tal certificación no se ajusta a la realidad. Admiten que en puridad eran meros autorizados. La invocación del documento no pretende otra cosa que proclamar la justificación de una supuesta creencia de tener el carácter de cotitulares.

Sabido es que este cauce procesal exige que el documento invocado baste por sí solo para acreditar un hecho, que éste sea opuesto al afirmado en la sentencia y que no exista otro elemento de juicio que contrarreste o se oponga a lo que el documento invocado proclama.

Es evidente que el notorio error padecido por Caja-Madrid cuando —octubre de 2005— emite el certificado de cotitularidad no tenía que concurrir en los propios acusados y, menos aún, meses antes de la emisión del documento, es decir, cuando —junio de 2005— aquéllos cometen los hechos imputados.

Y, desde luego, el errado certificado de Caja-Madrid es notoriamente insuficiente para por sí solo evidenciar cuál era aquello de lo que los acusados eran conscientes y cuál de lo que no tenían consciencia.

Por ello el motivo debe ser rechazado.

Finalmente, por el mismo cauce procesal, invocando documentos que dan cuenta de intentos de liquidar la sociedad de gananciales, se pretende que se infiera la inexistencia de ánimo de lucro en los acusados, cuando realizaron el comportamiento por el que vienen penados.

Basta reiterar lo ya dicho para el éxito de tal motivo. Aun dando por acreditados esos intentos, en modo alguno se ha de vincular a ellos la inexistencia de afán de ilícito enriquecimiento, evidenciado por los hechos imputados.

Se absuelve a la heredera del delito de estafa e insolvencia punible toda vez que mientras el testamento no fue declarado nulo el ordenamiento jurídico amparaba la actuación de aquella, siendo inexistente el engaño al encontrarse en la creencia de que el dinero era suyo en virtud de su condición de heredera universal y única del causante. Lo procedente hubiera sido establecer las medidas cautelares oportunas en el procedimiento civil para salvaguardar la eficacia de la sentencia que en su día procediera dictar.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2009

Ponente: **Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar**

ANÁLISIS DEL CASO

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Barakaldo incoó P.A. núm. 13/2006 por delitos de estafa continuada y alzamiento de bienes contra Elisenda, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bizkaia que con fecha 14 de julio de 2008 dictó Sentencia núm. 62/2008, que contiene los siguientes Hechos Probados: «La acusada Elisenda, nacida el día 4 de octubre de 1941, con DNI núm. 000 sin antecedentes penales, mantuvo una relación sin determinar con Lázaro, el cual falleció el día 3 de octubre de 1994, sobre las 1,30 horas de la madrugada, encontrándose ingresado en el hospital San Eloy de la localidad de Barakaldo. Tres días antes, el 30 de septiembre, estando ya hospitalizado, Lázaro solicitó la presencia de un Notario, acudiendo al hospital el Notario D. Francisco Javier Piera Rodríguez, y otorgó poder general bastante a favor de Elisenda, e igualmente en ese acto, otorgó testamento abierto desheredando a sus hijas María Cruz y María Carmen y a sus dos nietos, hijos de María Carmen, por concurrir la causa prevista en el artículo 353.2 (sic) del C. Civil al haber sido maltratado por sus descendientes, considerando vejatorio el trato recibido por ellos. En dicho testamento instituye heredera única y universal de todos sus bienes, derechos y acciones en pleno dominio a Elisenda.

Por el Juzgado de primera instancia núm. 4 de Barakaldo, se dictó sentencia el día 13 de diciembre de 1995 declarando nula la desheredación hecha en el testamento por Lázaro y la nulidad de la institución de heredera a favor de la acusada. Esta última interpuso contra dicha sentencia recurso de apelación que fue desestimado, y posteriormente recurso de casación que no fue admitido deviniendo firme la sentencia de fecha 29 de mayo de 1998 dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya.

La denunciante y su hermana en enero del año 2001 instaron procedimiento para división de la herencia de D. Lázaro tramitándose por el Juzgado de Primera instancia 4 de Barakaldo con núm. de autos 121/01 procedimiento en el que una vez realizadas las

operaciones por la contadora partidora resultó la acusada deudora de las demandantes en la cuantía de 122.981,21 euros.

Con fecha 3 de octubre de 1994 horas después del fallecimiento de Lázaro, la acusada acudió a la sucursal bancaria Deutsche Bank, sita en la Avenida de la libertad de Barakaldo y exhibiendo el poder general que le había otorgado el fallecido tres días antes, y ocultando el hecho del fallecimiento a los empleados de la sucursal, retiró de un fondo titularidad de Lázaro la cantidad de 59.137,30 euros y abrió una cuenta a su nombre donde los ingresó. El día cuatro octubre realizó la misma operación y exhibiendo el mismo poder ante una sucursal bancaria de La Caixa, retira el dinero existente en cuentas que poseía el fallecido en la sucursal de la BBK sita en la calle Bizkaia de Barakaldo. También los mismos días 3 y 4 octubre de 1994 la acusada realizó 15 reintegros a través de cajeros de la BBK por importe de 20.000 ptas. cada uno de una cuenta que poseía el fallecido en la sucursal de la BBK sita en la calle Bizkaia de Barakaldo. A partir del año 1995 la acusada realiza inversiones con el dinero obtenido del Sr. Lázaro (sic) con mediación de la sociedad valores Beta capital hasta el 26 de octubre del 2000 en que liquidó sus inversiones, cobrando un cheque nominativo por importe de 131.418,71 euros a la fecha de liquidación, y habiendo percibido diversos dividendos que se ingresaban en una cuenta de la BBK titularidad de su hija. A finales de 1999 la Sra. Elisenda vendió una vivienda de su propiedad sita en Barakaldo por un precio de 17.900.000 pesetas. El 27 de marzo de 1998 la acusada Elisenda adquiere el usufructo vitalicio y su hija Visitación junto con su esposo Joaquín la nuda propiedad de una vivienda sita en la localidad de Castro Urdiales Avenida de los Derechos Humanos por un precio global de 12.500.000 pesetas constituyéndose al mismo tiempo hipoteca sobre dicha vivienda a favor de La Caixa, el pago de esa hipoteca con amortizaciones anticipadas, lo vino realizando exclusivamente la acusada Elisenda hasta febrero del 2002 primero mediante los pagos de las cuotas mensuales mixtas de amortizaciones en la cuenta de la Caixa núm. 001 titularidad de la acusada, y posteriormente el pago se domicilia en la también cuenta exclusiva de la Sra. Elisenda en la Caixa núm. 002 cuyo primer pago es una amortización anticipada. Finalmente en fecha 15 de septiembre de 2003 en escritura otorgada en notario la acusada renunció al usufructo que poseía sobre la vivienda sita en la localidad de Castro Urdiales.

En fecha 11 de julio de 2002 la acusada reconoció carecer de patrimonio alguno».

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «Que debemos condenar y condenamos a Elisenda como autora penalmente responsable de un delito continuado de estafa conforme al Código Penal de 1973 a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, y como autora de un delito de insolvencia punible por alzamiento de bienes a la pena de 1 año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a las herederas de Lázaro en la cantidad de 122.981,21 euros por el perjuicio económico causado, más los intereses legales desde la fecha de la sentencia recaída en auto de división de herencia núm. 121/2001 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barakaldo, así como al pago de las costas procesales de la presente instancia incluidas las de la acusación particular».

Elisenda interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que la absolvió de los delitos por los que fue condenada inicialmente.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo de su recurso se formaliza por estricta infracción de ley, conforme a lo autorizado en el artículo 849.1 de la Lecrim, denunciando la indebida aplicación del artículo 248 del Código penal, en su vertiente de inexistencia de engaño precedente y falta de perjuicio patrimonial; subsidiariamente, error de tipo por la creencia de actuar conforme a derecho.

Dado el anclaje casacional del motivo, se ha de partir de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, cuya subsunción jurídica reprocha la recurrente. En éstos, se narra que Elisenda, mantenía una relación (sin determinar, dice la sentencia recurrida) con Lázaro, el que falleció en las primeras horas del día 3 de octubre de 1994, ingresado en un hospital. Tres días antes, y estando ya hospitalizado, solicitó la presencia de un notario, y ante éste otorgó poder general bastante a favor de la acusada, e igualmente, en otro instrumento público, la instituyó heredera universal y única de sus bienes y derechos, en pleno dominio, desheredando a sus dos hijas, al concurrir la causa prevista en el artículo 353.2 del Código Civil. Así lo declara la sentencia recurrida literalmente, aunque debe de tratarse de un error de transcripción y referirse al artículo 853, cuya causa segunda se refiere al hecho de haber maltratado al testador de obra, o injuriado gravemente de palabra. Horas después del fallecimiento de Lázaro, la acusada acudió a una sucursal bancaria, y exhibiendo el poder general otorgado tres días antes, pero ocultando el fallecimiento de aquél, logró retirar fondos de titularidad del mismo, por importe de 59.137,30 euros; al día siguiente, hizo lo propio en otra entidad financiera por importe de 81.823,64 euros, y mediante cajero automático realizó los reintegros que se reseñan en la *factum*, en otro banco, con la tarjeta del fallecido. En los dos primeros casos, abrió una cuenta a su nombre en la propia entidad bancaria.

La sentencia recurrida señala que, a partir de 1995, la acusada realiza diversas inversiones que se reseñan en la sentencia recurrida, y desde el año 1998 a 2002, lleva a cabo actos de despatrimonialización para quedar en situación de in-

solvencia, liquidando sus activos patrimoniales, ante el hecho de resultar deudora en la ejecución de la sentencia civil que se dictó el día 13 de diciembre de 1995, declarando nula la desheredación dispuesta en el testamento anteriormente citado, y la nulidad de la institución de heredera a favor de la acusada, resolución judicial decretada por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Baracaldo, y posteriormente recurrida por la ahora recurrente, pero en suma, tras su confirmación por la Audiencia Provincial, en fecha 29 de mayo de 1998, firme por la inadmisión del recurso de casación resuelto por la Sala Primera de este Tribunal Supremo. En enero de 2001 se insta procedimiento de división de la herencia, y tiempo después, pero sin que se determine cuándo exactamente en la *factum*, resulta la acusada deudora de las hijas de Lázaro, en cuantía de 122.981,21 euros.

La recurrente considera que no existe engaño precedente, al encontrarse en la creencia de que el dinero era suyo en virtud de su condición de heredera universal y única del causante, sin otros partícipes hereditarios, sin que tuviera ánimo de ocultación «como lo acredita el hecho de que en el mismo acto abriera cuenta en los mismos bancos donde ingresó el dinero», que previamente había reintegrado de los fondos del causante. Añade que hasta que el testamento no se impugnara y correlativamente se declarara nulo, su actuación fue jurídicamente correcta, o al menos, estaba en la creencia de considerarla así.

Esa «creencia de ser la única y universal heredera y de estar disponiendo de lo suyo», que el autor del recurso consigna como fundamento de su queja casacional, nos lleva a analizar esta impugnación en los términos del error de tipo, a que hace referencia el artículo 14.1 del Código penal.

Como ha declarado la STS de 8 de marzo, el dolo, en su elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho, que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el co-

nocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que se denomina ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (*error facti*) que podría coincidir con el error de tipo, y error de Derecho (*error iuris*) que correspondería a la ignorancia, o propio error de derecho.

Esta distinción entre una y otra causa, excluyente del dolo, se dice en STS 13 de octubre de 1989 —analizando el artículo 6 bis a) del anterior Código, antecedente del artículo 14 del actual— «fue estudiada cuidadosamente por la doctrina científica y por la jurisprudencia, la cual resaltó la falta de regulación legal de estas dos figuras, tratando de distinguir con criterios seguros el error de hecho, del error de derecho, y dentro de éste, entre error de norma penal y error de normas extrapenales. Era sumamente dificultosa la distinción entre error de tipo y error de prohibición, de prolegie germánica, como lo demuestran las SS 26 de febrero y 24 de octubre de 1981, entre otras. Por su parte, el Legislador introdujo en 25.6.1983 en el Código, el artículo 6 bis a), donde conviven ambas clases de error, aunque sin denominarlos, ni con la terminología hoy en día obsoleta, ni con la moderna, señalando las sentencias posteriores a la reforma, 1 de febrero y 8 de abril de 1986, que la terminología adecuada debe ser la subyacente en el precepto, esto es, la que distingue entre error de tipo y error de prohibición, sosteniendo que aquél se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (tal vinculación con la tipicidad y culpabilidad se reconoce en SSTS 12 de diciembre de 1991, 23 de marzo de 1992, 28 de marzo de 1994, 22 de abril de 1994).

Así, pues, en el artículo 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, con distinta relevancia, según sea sobre los elementos esenciales del tipo (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o

sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); (STS de 7 de julio de 1995); y en el núm. 3, el error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre el error sobre la norma prohibitiva (error de prohibición directo) y un error sobre una causa de justificación (error de prohibición indirecto).

La jurisprudencia, después de destacar la dificultad en determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que basta su mera alegación, sino que debería probarse (SSTS de 13 de junio de 1990, 22 de enero de 1991, 25 de mayo de 1992, 7 de julio de 1997, 20 de febrero de 1998, 22 de marzo de 2001), tanto en su existencia como en su carácter invencible (SSTS de 28 de marzo y 30 de junio de 1994), siendo más proclive a sufrir error una persona de escasa cultura o experiencia, que otra que no posea esas condiciones.

En el caso enjuiciado, es claro que la acusada obró en la creencia de que el dinero le pertenecía por haber sido declarada heredera universal de los bienes de Lázaro. En realidad así era, y mientras ese testamento no fuera declarado nulo, el ordenamiento jurídico amparaba la actuación de la Sra. Elisenda, ya que el artículo 659 del Código Civil dispone que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte, y que (artículo 657) los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, siendo así que la sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley (artículo 658). Es evidente, por así relatarlo el *factum*, que el Sr. Lázaro otorgó testamento instituyendo «heredera única y universal de todos los bienes, derechos y acciones en pleno dominio a Elisenda».

La sentencia recurrida no declara ni concreta si la nulidad civil se retrotraía al momento del fallecimiento del causante (*ex tunc*), o sus efectos se establecían desde el dictado de la sentencia civil (*ex nunc*), y desde luego, este aspecto tampoco podría retrotraerse sobre el dolo del agente, a modo de ficción legal, ni tomarse en perjuicio del mismo, ante la falta de cons-

tatación en la resolución judicial objeto de este recurso de casación.

De manera que si el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo para provocar el error determinante del desplazamiento patrimonial que se persigue por el autor del delito, la autora de las detracciones dinerarias no puede estimarse que actuara con tal resorte doloso, por cuanto se encontraba en la creencia de que el dinero era suyo, por ser la legítima heredera de los bienes de Lázaro. Es más, como única y universal heredera, no le afectaría el concurso de otros partícipes de la herencia, ni las consecuencias de una hipotética partición, pues no podía activarse este mecanismo jurídico cuando solamente una persona es la heredera universal de todos los bienes y derechos del causante. De modo que, a salvo cuestiones fiscales, que no son aquí de contemplar, ella era la propietaria del dinero depositado en el banco a nombre del fallecido, en el momento de su óbito.

El engaño en el delito de estafa ha de estar en relación de causalidad directa con el desplazamiento patrimonial que el sujeto pasivo realiza, autolesionándose él, o perjudicando a un tercero, en virtud del error que ha creado el autor, consecuencia de la información falsa que suministra, o de la omisión de la verdadera, a la que se encuentra obligado. Es cierto que la acusada ocultó el hecho del fallecimiento a la entidad bancaria, que en caso contrario hubiera aducido —correctamente— la extinción del poder, y no hubiera procedido a entregar el dinero, del que, por cierto, se abrió inmediatamente una cuenta a nombre de la heredera en la propia sucursal. Pero este elemento no ha sido el nuclear del engaño que se dice desplegado, sino un aspecto mendaz (periférico), que no está protegido por el derecho penal, cuando quien realiza el acto jurídico cuestionado está en la creencia de que el patrimonio es suyo (y efectivamente, en ese momento así lo era). Esto se justifica con un ejemplo. Si tal disposición hubiera sido realizada por las hijas del causante, suponiendo que no hubieran sido desheredadas y que, por el contrario, ostentaran en ese momento la condición de sucesoras testamentarias a título universal de su

padre, como lo era la ahora recurrente, y contando con el propio instrumento de poder general, hubieran realizado idéntico reintegro que la acusada, nadie podría considerar que ese engaño, en el sentido de ocultar el fallecimiento de su padre, hubiera dado lugar a un delito de estafa, por faltar el elemento del engaño causante del delito, ni siquiera el requisito de perjuicio patrimonial. Aquí ocurre lo propio. Pudo obtenerse el dinero sin expresar un hecho relevante que afectaba al poder con el que actuaba la acusada, pero no incidía en el ámbito propio del delito de estafa, porque aquélla se encontraba en la creencia de que el dinero le pertenecía por ser legalmente la heredera universal de Lázaro. Y así era ciertamente, mientras no se declarara nulo el testamento. De manera que tanto desde la perspectiva del engaño, como desde el error de tipo quedaría neutralizado el delito, e igualmente desde el ámbito de la falta de perjuicio patrimonial, por tratarse de patrimonio propio, la conducta no puede ser subsumida en el delito de estafa por el que fue condenada Elisenda. La STS 1375/2005, de 24 de noviembre, llega a la misma conclusión en un supuesto de similares contornos jurídicos.

Lo procedente hubiera sido establecer las medidas cautelares oportunas en el procedimiento civil, para salvaguardar la eficacia de la sentencia que en su día procediera dictar, si ésta era estimatoria de las pretensiones anulatorias del testamento. No obstante, la cuestión civil, continúa vigente exactamente igual.

Por consiguiente, procede estimar este motivo y absolver a la acusada del delito de estafa. Y en tanto la insolvencia punible está construida sobre la existencia de un delito precedente, conforme razonan los jueces *a quibus*, es evidente que no puede tener tampoco consistencia punitiva desde la perspectiva del artículo 258 del Código penal, que ha sido el aplicado por la Sala sentenciadora de instancia. En efecto, este precepto castiga al responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente. El Tri-

bunal *a quo* entiende que desde los años 1998 a 2002, la acusada realizó distintas operaciones dirigidas a liquidar su patrimonio, como consecuencia del ilícito penal precedente. Pero al

proceder la absolución por éste, es evidente que no puede cometerse el subsiguiente, por lo que igualmente procederá la estimación del motivo segundo del recurso de Elisenda.

Se condena al padre por el asesinato de su esposa con alevosía y ensañamiento, pero no se le impone la pena de alejamiento de sus hijos pues no supone un peligro real para ellos y les profesa afecto.

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 13 de noviembre de 2009

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín**

ANÁLISIS DEL CASO

Tras un breve noviazgo, Domingo, nacido el 17 de julio de 1968 y sin antecedentes penales, contrajo en 1998 matrimonio con María Luz por haber quedado ésta embarazada. El primer hijo de la pareja, Luis Pedro, nace en 1999.

El 23 de noviembre de 2001 María Luz acudió a la consulta de la psicóloga Dña. Elisabeth, que le aprecia cuadro ansioso depresivo reactivo con insomnio, tristeza, somatizaciones, miedo, confusión, impotencia, astenia, incapacidad para tomar decisiones, sentimientos de culpa, inseguridad, desesperanza, desconfianza, aislamiento, incapacidad para comunicarse con su entorno, baja autoestima, no aceptación de su rol femenino.

La esposa llegó a plantear su deseo de separarse, que no sólo no llevó a efecto sino que en 2003 tuvieron a su segunda hija, Rosa.

La relación matrimonial no fue satisfactoria para María Luz, que no sólo se veía excesivamente controlada por el esposo en materia personal y económica sino que, a veces, éste tenía un comportamiento poco deferente hacia ella ante sus familiares, diciéndole en tono burlón: «bulto», «vaya patas tienes», «torpe», «dentúa». Asimismo, en alguna ocasión se comportaba de forma severa con su hijo, castigándole con cachetes en el culo, tirándole de las patillas o encerrándole en el cuarto de baño o en el garaje.

Por esas fechas María Luz comenzó a estudiar auxiliar de clínica con el apoyo del esposo, que siempre quiso que su esposa mejorara profesionalmente.

Sobre mediados del mes de enero el año 2006 María Luz planteó, de nuevo, al esposo su deseo de separarse. Esta decisión, que no era compartida por el esposo, provocó en éste tristeza y dificultad para conciliar el sueño, que motivó que el día 30 de enero de 2006 acudiera a su médico de cabecera, quien le diagnosticó un proceso ansioso depresivo, con síntoma principal de insomnio, y le recetó un comprimido de lextatín 3 por las noches y otro de fluoxetina por las mañanas para combatir el insomnio y la ansiedad, sin que ello diera lugar a su baja laboral de su puesto de funcionario del Centro Penitenciario de Sevilla.

Comoquiera que la medicación no había producido el resultado apetecido, acudió de nuevo al médico de cabecera el 3 de febrero, que modificó el tratamiento, prescribiéndole stilnox 10 en lugar de lextatín.

Después de mantener una discusión con su esposa en la vivienda familiar entre la 1:00 y las 2:00 horas del día 4 de febrero de 2006 el esposo entró en el dormitorio en que dormían el hijo varón y María Luz, haciéndolo el niño en la cama principal, ella más al fondo de la habitación, en una cama nido, más baja, y que en caso de no usarse puede recogerse bajo la principal, cogió el niño, dormido, y lo traslado al dormitorio de la hija, Rosa. Acto seguido cogió de la cocina dos cuchillos, y del salón de la vivienda cogió una figura que representa a un giraldillo de 46 cm de alto y 2,5 kg de peso.

De seguido, el esposo subió a la primera planta al dormitorio donde dormía María Luz; y colocándose a horcajadas sobre ella, que estaba boca arriba, comenzó a golpearle fuertemente en la cabeza con la figura de bronce hasta que ésta se rompió en varias piezas. Al despertarse, María Luz intentó defenderse con sus manos y brazos, recibiendo golpes en cabeza, cara y cuello que le produjeron 14 otras heridas contusas, así como varias contusiones en muñeca y dorso de mano derecha. A continuación el esposo cogió el cuchillo de cocina y le asestó 3 cuchilladas sobre el abdomen y tórax de María Luz, hasta que se rompió, tomando entonces el cuchillo jamonero con el que le propinó otras 40 cuchilladas repartidas por tórax, abdomen, pelvis, muslos, espalda, región lumbar y glútea, antebrazos, brazos y manos, y algunas de ellas en la región genital como represalia a una imaginada infidelidad. Durante toda la agresión María Luz permaneció tumbada boca arriba y sólo podía mover el tronco, a derecha e izquierda, y los brazos. Todas las heridas causadas por el esposo se producen estando viva la víctima.

A resultas del shock hipovolémico provocado por las heridas ejecutadas con los cuchillos, que penetraron en tórax y abdomen, afectando a los pulmones, hígado, bazo y arterias, se produjo la muerte de María Luz tras unos 15 minutos de agonía.

Una vez María Luz quedó inmóvil, el esposo bajó al salón y sobre las 2.30 horas llamó por teléfono a su hermana María Esther. Como ésta tardó en coger el teléfono, la llamada se cortó, aunque al quedar grabado el número en el terminal telefónico, María Esther inmediatamente devolvió la llamada, respondiendo el esposo «ven corriendo por mis niños que la he matado». El esposo también llamó a la policía por dos veces y comunicó lo sucedido.

Al llegar encuentran al esposo en la puerta de la casa, en pijama y bata, con el pantalón manchado de sangre, sosteniendo en la mano derecha una botella de whisky medio vacía y una bolsa con varias cajas de medicamentos y en la izquierda un teléfono móvil, al comprobar que los agentes se acercaban y podían ver lo que hacía, el esposo dio un trago a la botella.

Inmediatamente el esposo fue detenido y trasladado a dependencias policiales, donde en presencia de agentes de la guardia civil, y de forma espontánea, comenzó a narrar y a escenificar todo lo sucedido, llegando a decir: «La hija de puta creía que no iba a tener huevos». Comoquiera que el esposo parecía sufrir pérdida de conocimiento, avisaron al servicio de urgencias. Se personó en el cuartel la Dr. Noemi, quien tras su examen y pensando que pudiera sufrir una crisis conversiva o una intoxicación por cocaína, administrándole Anexaten IV, Benadon IV y Benerva IM. En la fecha de los hechos el esposo sufría

una sintomatología ansiosa-depresiva leve, pero su capacidad de conocer y de querer no se encontraban afectadas.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 2 de Sevilla instruyó Sumario con el número 1/2007 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de dicha capital que, con fecha 15 de octubre de 2008 dictó sentencia condenando al procesado Domingo como autor de un delito de asesinato, ya circunstanciado, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal agravante de parentesco y atenuante de confesión, a las penas de 23 años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y privación del derecho a residir en la localidad de San José de la Rinconada durante 10 años más que la pena de prisión impuesta. Le imponemos el pago de 1/5 parte de las costas procesales, entre las que no se incluyen las de las acusaciones particular y popular, declarando el resto de oficio. Le condenamos a que indemnice a sus dos hijos, Luis Pedro y Rosa en la suma de 200.000 euros, cantidad que devengará el interés legal establecido en el artículo 576 de la LEC. Se absuelve al procesado de los delitos de amenazas, malos tratos habituales físicos y psíquicos y de obstrucción a la justicia.

Tanto la acusación particular como el condenado interpusieron recurso de casación, estimándose el primero por el Tribunal Supremo que acordó la imposición de la mitad de las costas al condenado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso de casación interpuesto por la acusación particular (madre y hermanos de la víctima)

Se plantean ocho diferentes motivos, de los que el Primero y los cinco últimos se refieren a supuestos errores de hecho (artículo 849.2.º LECr) en los que habría incurrido la Audiencia en su tarea de valoración de la prueba disponible, mientras que el Segundo y el Tercero aluden a dos infracciones de Ley (artículo 849.1.º LECr) por indebida inaplicación a los hechos declarados probados de sendos preceptos sustantivos.

Comenzando, por consiguiente, por el primero de los grupos enunciados, hemos de recordar cómo el apartado 2.º del artículo 849 de la Ley procesal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la

equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.

Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.

Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle prosperidad (SSTS de 23 de junio y 3 de octubre de 1997, por citar sólo dos).

Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que ha de ser «litosuficiente», es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de julio de 1997, por ejemplo).

Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy «documentada» que se encuentre en aquellos, no alcanza el valor de verdadero «documento» a estos efectos casacionales (SSTS de 23 de diciembre de 1992 y 24 de enero de 1997, entre muchas otras).

Por otra parte, la contradicción entre el contenido documental y los pronunciamientos de la Sentencia ha de referirse a un extremo realmente esencial, de verdadera trascendencia para el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquélla con éste, la conclusión inicialmente alcanzada quede carente, total o parcialmente, de sustento fáctico.

Así mismo el contenido del documento designado en sustento de la pretensión impugnativa no ha de hallarse, a su vez, enfrentado al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, de eficacia probatoria equivalente a aquel, que justificarían la decisión adoptada en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SSTS de 12 de junio y 24 de septiembre de 2001).

En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

A partir de estas premisas, los motivos en el presente supuesto claramente aparecen como infundados en su mayor parte, al remitirse a una serie de pruebas que, por su carácter personal no ostentan, de acuerdo con lo ya expuesto, la cualidad de medios probatorios incontestables e inmunes a la crítica valorativa, sino que, antes

al contrario, tan sólo aportan una información susceptible de ser sometida al criterio aplicado por el Tribunal de instancia, sobre la base de su confrontación con otros medios de prueba de valor en principio equivalente.

Tal ocurre, por tanto, con los motivos Primero, Sexto y Séptimo que pretenden apoyarse en meras declaraciones, testificales o del propio acusado, para afirmar extremos, a juicio de los recurrentes incontestables, como la inexistencia de base fáctica para la aplicación de la atenuante de confesión o la suficiencia de prueba para la condena por los delitos de amenazas y obstrucción a la Justicia, que la Acusación Particular también imputa al acusado.

Por su parte, los restantes motivos de este grupo, es decir, el Cuarto y el Quinto, además de incurrir en el mismo error de los anteriores, al designar en su fundamento la existencia de ciertas declaraciones testificales, incluyen también, para afirmar la existencia de los delitos de maltrato habitual sobre la esposa y el hijo del acusado, la referencia a pericias psicológicas obrantes en las actuaciones.

Así, respecto del valor de los informes periciales como documentos con eficacia casacional, esta Sala tiene reiteradamente dicho que tan sólo podrá otorgárseles esa eficacia en aquellos supuestos excepcionales en los que dichos informes no sean la expresión de una mera opinión del experto sino que constituyan afirmaciones de un rigor y solidez científicos incontestables, unívocas y únicas, o en caso de ser varias sus procedencias que todas ellas resulten plenamente coincidentes, frente a las que la conclusión contraria alcanzada por el Tribunal no se encuentre suficientemente argumentada, con base en elementos objetivamente capaces para neutralizarlas.

Evidentemente éste no es el caso que nos ocupa, en el que el criterio de los psicólogos es perfectamente susceptible de valoración por la Sala de instancia, dentro del conjunto del material probatorio disponible.

Y, por último, el motivo Octavo, y último, de este Recurso, aunque con cita, al igual que los precedentes, del artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en realidad plantea la in-

fracción en la aplicación de la Ley (artículos 123 y 124 CP y 240 LECr) en que habría incurrido la Audiencia al excluir de las costas impuestas al condenado en la instancia las correspondientes a la propia Acusación Particular, atendido el hecho de que su intervención resultó «... superflua, inútil y perturbadora, pues ha formulado acusaciones heterogéneas con las conclusiones de la sentencia, que además, carecen de un mínimo rigor técnico, como hemos analizado anteriormente respecto de los delitos de amenazas y contra la Administración de Justicia».

Por supuesto que no les falta razón en lo esencial a los Jueces *a quibus* respecto de tales afirmaciones, pero no deja de ser también cierto el que, estando presidido el criterio de esta Sala en materia de costas de la Acusación Particular por un principio genérico favorable a la inclusión de las mismas (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 3 de mayo de 1994 y SSTS de 20 de abril y 10 de diciembre de 2004, entre muchas otras) y aunque en el presente caso no fueran acogidas varias de las pretensiones de la referida Acusación, sí que lo fue, sin embargo, su principal imputación por delito de Asesinato y, además, su calificación de los hechos dio lugar a un debate del todo pertinente, aunque finalizase con un pronunciamiento absolutorio por otra parte acertado, en torno a la posible existencia del delito de malos tratos habituales, por lo que, a la vista de que la afirmada «heterogeneidad» en la que se basa la Audiencia no fue absoluta (SSTS de 12 de junio de 2003 y 27 de abril de 2004, por ej.), parece más ajustado y correcto apreciar parcialmente el motivo, imponiendo al condenado la mitad de las costas ocasionadas a dicha Acusación.

Razón por la que deberá dictarse, a continuación, la correspondiente Segunda Sentencia, en la que tenga cabida este pronunciamiento.

Los motivos Segundo y Tercero se refieren a otras tantas infracciones de Ley (artículo 849.1.º LECr), por indebida aplicación, en la recurrida, de los artículos 173.2 del Código Penal, que define el delito de malos tratos habituales, y 57, que prevé la posibilidad del alejamiento del condenado, en este caso respecto de sus hijos.

El cauce casacional aquí utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta

Sala, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, desde la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

a) En este sentido, es clara la improcedencia del motivo Tercero, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia no permite el pronunciamiento condenatorio en relación con el artículo 173.2 del Código Penal, por la escasa entidad de las conductas atribuidas en esa narración al condenado, en relación tanto con su esposa como con su hijo que, si bien referidas a ciertos insultos dirigidos a aquella o a un riguroso control de los gastos económicos que efectuaba y a algún incidente de leve maltrato al menor, que la propia Audiencia tan sólo califica como «comportamiento severo» (cachetes en el culo, tirones de las patillas y encierros en el cuarto de baño y el garaje), no pueden, en ningún caso, considerarse como delito, de acuerdo con lo que la propia recurrida, tan correctamente, razona en su Fundamento Jurídico, sobre la base, incluso, de las propias declaraciones testificales de los familiares de la fallecida.

En realidad, el Recurso incorrectamente parte, en este punto, de los Hechos que considera que deberían haberse declarado probados tras las correcciones derivadas de la prosperidad de los motivos Cuarto y Quinto, respecto de los malos tratos, y del Sexto, en cuanto al delito de amenazas que tampoco encuentra asiento alguno en la narración de la Audiencia.

La previa desestimación de aquellos hace inviable la prosperidad de éste.

Es por ello por lo que hay que coincidir con el criterio de la Audiencia, en el sentido de que nos encontramos, en realidad, ante la comisión exclusivamente del delito de Asesinato objeto

de condena, con exclusión de los restantes incluidos en la Acusación.

b) Por lo que se refiere, de otra parte, a la aplicación del artículo 57 del Código Penal, en lo que afecta a la imposición de la pena accesoria de alejamiento del condenado respecto de las personas de sus hijos menores, como ya decíamos en nuestra reciente Sentencia de 18 de septiembre de este mismo año, en un caso del todo similar al actual:

«... es clara la improcedencia del motivo Segundo, que se refiere a la inadecuada inaplicación de los preceptos relativos a la previsión de alejamiento del condenado respecto de los menores, hijo y nieto de la víctima, así como a la privación de la patria potestad en cuanto al primero de ellos, hijo también de Manuel Jesús.

En efecto, aunque dicho alejamiento sería en principio también perfectamente aplicable no sólo en relación con la propia víctima sino, incluso, con sus familiares, pues así lo establece expresamente, como posibilidad abierta al Tribunal, el artículo 48.2 del Código Penal, lo cierto es que hay que tener en cuenta que semejante decisión no significa un pronunciamiento de carácter estrictamente punitivo sino de finalidad exclusivamente protectora respecto de aquellos a quienes se establece, por lo que habrá de apreciarse la existencia de algún riesgo real para ellos, constatado como consecuencia de los hechos enjuiciados, que establezca y justifique la conveniencia de su adopción.

Y en el presente caso se advierte claramente cómo en ningún momento la acreditada conducta infractora del condenado, según el correspondiente relato de hechos probados de la recurrida, revela intención delictiva alguna contra los menores que ni fueron en este caso objeto de agresión directa ni tampoco en los hechos precedentes a los que se refieren las anteriores condenas que sirven para integrar el delito de maltrato habitual.

Por ello es del todo correcta la decisión de la Audiencia, razonada en el ya mencionado Fundamento Jurídico Cuarto de su Resolución, cuando considera inadecuada tanto la adopción del alejamiento respecto de ambos menores como la privación del derecho a la patria potes-

tad en cuanto a uno de ellos, en concreto el hijo del condenado».

Sentados tales criterios, tampoco procede en este caso, en el que incluso se advierte explícitamente, y a pesar de la autoría de su horrenda acción para con la madre de los niños, el afecto que a éstos personalmente aún les profesa, no sólo tomando la precaución de retirar al hijo varón de la estancia donde cometió su crimen antes de ejecutarlo sino, incluso, siendo la primera llamada telefónica que efectuó posteriormente, antes de ponerse en comunicación con la Policía para confesar el hecho, dirigida a su hermana con el único fin de pedirle que viniera a recoger a los menores para evitar su presencia en un escenario tan dramático para ellos, por lo que resulta evidente la ausencia de fundamento para acordar una pena accesoria que no persigue otra finalidad que la de la cautelosa protección de la víctima o de sus familiares frente a la animosidad que contra ellos pudiera aún mantener el autor del delito o, todo lo más, para evitar a aquellas el traumático encuentro con su agresor.

En definitiva, y por lo dicho hasta aquí, procede la desestimación de ambos motivos.

2. Recurso de casación del condenado

En este caso el Recurso, formalizado por quien fue condenado por la Audiencia, como autor de un delito de asesinato, a las penas de veintitrés años de prisión y prohibición de residir en la localidad de residencia de los familiares de la víctima por otros diez años más, incluye quince diferentes motivos, agrupados por materias, de las que la inicial versa, a lo largo de tres motivos (puesto que a un Cuarto se renunció), sobre otros tantos quebrantamientos formales, que pasamos analizar:

a) En el motivo Primero se alega, como defecto de forma, la inadmisión de pruebas (artículo 850.1.º LECr), pero sin detallar a qué pruebas no admitidas se atribuye el carácter de admisibles y, por ende, por qué se causó la indefensión necesaria para la prosperidad del motivo, limitándose el Recurso a afirmar que

«... cualquiera de las pruebas propuestas en tiempo y forma por esta defensa debieran haber

sido admitidas en aras a no provocar la indefensión del acusado...» (sic), añadiendo a continuación, tan sólo, que la demora en la tramitación del procedimiento para la práctica de las pruebas interesadas por las Acusaciones justificaría plenamente esa admisión íntegra de las propuestas por la Defensa.

Por ello el motivo es claramente insostenible, máxime cuando parece intuirse que pueda referirse a ciertas pruebas periciales tendentes a acreditar el estado psíquico del recurrente, materia que será objeto de ulteriores pretensiones que oportunamente se analizarán.

b) Por su parte, los motivos Segundo y Tercero de los de este grupo inicial abordan, a través del artículo 851.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la falta de claridad y la de concreción en la que, a juicio del recurrente, incurre la narración de hechos probados incorporada a la Resolución de instancia, impidiéndole «... conocer qué es lo que la Audiencia Provincial ha considerado o no como probado».

Tras cita jurisprudencial relativa al contenido de este cauce casacional, el Recurso atribuye la oscuridad e inconcreción denunciadas a aquellos extremos que el relato fáctico dedica al estado psíquico del recurrente, tanto con anterioridad a los hechos objeto de enjuiciamiento como al momento inmediatamente posterior a ellos.

El primero de los supuestos de Casación por quebrantamiento de forma contenidos en el artículo 851.1 de la Ley procesal alude a la falta de claridad en la narración de los Hechos probados consignados en la Sentencia recurrida. Gravísimo defecto formal que, obviamente, determina la anulación de la Resolución que de tal irregularidad adolece, a fin de que se proceda a su nueva y correcta redacción.

Pero por las radicales consecuencias que conlleva, semejante defecto *in iudicando* ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta incompreensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado (SSTS de 15 de junio y 23 de octubre de 2001, entre muchísimas otras).

La oscuridad de comprensión ha de provenir, por tanto, de los propios términos y de la construcción semántica, gramatical o lógica de lo descrito, es decir, supone una ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones.

Obligado resulta, por último, para la prosperidad de un Recurso amparado en este fundamento legal, que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca.

En el presente caso, el recurrente denuncia, bajo este motivo y fundamento, esa supuesta falta de claridad por no haberse concretado suficientemente, como ya dijimos, su estado mental con anterioridad y posteriormente a su acción homicida pero, al margen de que la Audiencia lo que describe en esos apartados no es sino el resultado de su convicción acerca de tales circunstancias, a partir del examen de la prueba de que dispuso, relatando el leve «... proceso ansioso depresivo...», con síntoma principal de insomnio y medicación con «Lexatin» y «Fluoxetina», que venía padeciendo Domingo, y el estado en el que se encontraba «... en la puerta de la casa, en pijama y bata, con el pantalón manchado de sangre y sosteniendo en la mano derecha una botella de whisky medio vacía y una bolsa con varias cajas de medicamentos...», cuando se personó la policía en su domicilio, basta leer la narración para comprobar cómo resulta plenamente inteligible su contenido y que lo que en realidad se persigue en este caso no es sino corregir ese resultado histórico que el Tribunal *a quo* obtiene de su valoración imparcial de las pruebas practicadas y que narra con toda claridad, por otro más favorable para la Defensa.

Sin que estemos, así mismo, ante omisión o laguna alguna que provoquen incompreensión en los hechos, pues ese denunciado vacío fáctico

en relación con lo que el recurrente considera suficientemente probado acerca del «... nivel de ingestión alcohólica, el estado físico y psicológico provocado en el mismo por la mezcla de alcohol y medicación con droga a que venía sujeto», tampoco deriva en falta de claridad en la narración efectuada por la no inclusión de los extremos aludidos en el Recurso.

En consecuencia, los tres motivos han de desestimarse.

Los siguientes cuatro motivos del Recurso, con cita del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, integran el grupo de denuncias de vulneraciones de derechos fundamentales del recurrente, en concreto de los siguientes:

a) Derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.1 y 2 CE) al no haber sido admitida por el Tribunal de instancia una prueba pericial propuesta por la defensa ni atendido el contenido de otra objeto de práctica (motivos Primero y Segundo).

Aunque en esta ocasión el Recurso sí que al menos genéricamente afirma que es la inadmisión de ciertas pruebas periciales lo que provoca, a su juicio, una «desigualdad de armas» en el presente procedimiento, como no precisa cuáles fueron esas pruebas tan relevantes que resultaron inadmitidas, difícil resulta atender con más rigor a sus pretensiones.

No obstante, es lo cierto que, si se está refiriendo, como parece, a pericias referentes a las condiciones psíquicas del recurrente, se advierte que el tribunal de instancia ya dispuso de medios probatorios al respecto, que parecen suficientes para formar su criterio en este punto.

Más bien da la apariencia de que lo que el Recurso persigue, de nuevo, es discutir la tarea valorativa de esos elementos acreditativos que llevó a cabo, con toda corrección y acertada fundamentación, el Tribunal de instancia, por lo que no cabría hablar, en modo alguno, de infracción de derechos fundamentales.

b) Derecho a un Juicio sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE) por los casi tres años de duración en la tramitación de la presente causa (motivo Tercero).

Es cierto que esta Sala acordó, en el Pleno celebrado en fecha de 21 de mayo de 1999, seguido en numerosas Sentencias posteriores como las de 8 de junio de 1999, 28 de junio de 2000, 1 de diciembre de 2001, 21 de marzo de 2002, etc., la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6.º del Código Penal, en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE).

Ese derecho al proceso sin dilaciones viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas «paralizaciones» del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc. Semejante derecho no debe, así mismo, equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos.

La «dilación indebida» es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (SS. del TC 133/1988, de 4 de junio, y del TS de 14 de noviembre de 1994, entre otras).

Los Hechos ocurren en la madrugada del 4 de febrero de 2006 y la Sentencia que los enjuicia en la instancia es de fecha 15 de octubre de 2008, es decir, algo más de dos años y medio después.

Duración en el tiempo que, al margen de la posible existencia de algún retraso a causa de la actuación de la Acusación Particular a la que también la recurrida expresamente se refiere, en modo alguno puede considerarse de tanta gravedad como para significar una auténtica vulneración del derecho de referencia, desde el

punto de vista de la celebración del Juicio en un «tiempo razonable», a que aluden los textos internacionales suscritos por nuestro país, ni, menos aún, a la existencia de las «dilaciones indebidas» mencionadas en nuestra Constitución, máxime cuando el recurrente no precisa los términos temporales de ninguno de los períodos de esas «dilaciones» en concreto.

Razonamientos, así mismo, utilizados por la Audiencia, en su Fundamento Jurídico Primero, apartado 3.º, con un detallado seguimiento de cada fase de las actuaciones, en el que se advierte la inexistencia de las referidas dilaciones injustificadas.

c) Derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), en relación con la concurrencia de las agravantes específicas de alevosía y ensañamiento que no resultaron suficientemente acreditadas (motivo Cuarto), según el recurrente.

Una vez más hemos de recordar cómo basta, para dar respuesta a tal alegación, recordar que la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal *a quo*, no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Y, en este caso, nos encontramos con una argumentación, contenida esencialmente en el

Fundamento Jurídico Tercero de la Resolución de instancia en lo referente a la concurrencia de las agravantes específicas de alevosía y ensañamiento cuya acreditación es aquí lo único que se cuestiona, en el que se enuncian y analizan una serie de pruebas, especialmente las propias declaraciones iniciales del recurrente, los informes periciales médicos y datos objetivos materiales tales como el número de puñaladas, las zonas a las que las mismas se dirigieron, la lesión ocasionada con la estatua de bronce también utilizada en la agresión, la ausencia de restos de sangre de la víctima fuera del lecho en el que fue agredida o la de lesiones derivadas de actos defensivos de la mujer en el cuerpo de su agresor, todas ellas válidas en su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces para sustentar los aspectos aquí controvertidos del Fallo condenatorio.

En concreto, el ensañamiento queda suficientemente probado, como ya se ha dicho, por las intenciones vengativas confesadas por el recurrente ante la Policía, junto con el número de puñaladas, más de cuarenta, todas ellas sufridas por la mujer estando aún con vida y muchas dirigidas a zonas no vitales pero tan significativas de la intención de causar sufrimiento consciente como las partes genitales de la mujer, a la que su agresor atribuía la autoría de una conducta de infidelidad, en tanto que, por lo que se refiere a la alevosía, la ausencia de lesiones en la persona del agresor, indicativas de algún acto defensivo de la víctima, la evidencia de que ésta no pudo ni tan siquiera abandonar el lecho en el que padeció la agresión, ya que no había huellas de sangre fuera del mismo, o el que la pericial constate que el primer acometimiento fue el llevado a cabo con el fuerte golpe en la cabeza con una figura de bronce que llegó a romperse, a partir de lo cual la mujer ya tenía completamente mermadas sus posibilidades de defensa, son datos todos ellos que avalan el acierto de las conclusiones fácticas alcanzadas por la Audiencia.

Frente a ello, el Recurso se extiende en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida, que, en definitiva, se alejan del contenido que le es propio a un Recurso de Casación como éste.

Por consiguiente, también estos motivos se desestiman.

El motivo Primero de la tercera agrupación que contiene el Recurso, referente a las infracciones de Ley, plantea, a través del artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la existencia de un error de hecho en el que habría incurrido la Audiencia a la hora de valorar la prueba de la que disponía, en concreto la pericial relativa al estado psíquico e imputabilidad del recurrente al tiempo de la comisión del delito.

Pero con el solo recordatorio de la doctrina acerca de las características, requisitos y alcance de este cauce casacional, que ha quedado ya extensamente expuesta en el Primero de los Fundamentos Jurídicos de la presente Resolución, se advierte con facilidad no sólo la ineficacia de unas opiniones expuestas en la pericia para avalar la existencia de un error indiscutible en la tarea valorativa desarrollada por el Tribunal *a quo* sino, incluso, hasta qué punto resulta inapropiado en este momento el que el Recurso proceda, sin más, a cuestionar esa valoración realizada en la Sentencia recurrida, en un intento de sustituir el razonable e imparcial criterio de la Audiencia, que merece ser aquí confirmado, por el suyo propio, lógicamente parcial.

Razones por las que el motivo debe desestimarse.

Los restantes motivos de este último grupo, en concreto siete, se refieren a otras tantas infracciones de Ley (artículo 849.1.º LECr), por incorrectas aplicaciones del Derecho sustantivo a los hechos declarados como probados por la recurrida.

A este respecto nuevamente hemos de recordar doctrina ya expuesta en los Fundamentos que preceden, en concreto en el Segundo, acerca de la intangibilidad del relato de hechos contenido en la Resolución de instancia, para la desestimación de todos y cada uno de los motivos, toda vez que:

a) Tanto la alevosía como el ensañamiento (artículo 139.1.º y 3.º CP) han resultado de plena aplicación, a la vista de la descripción contenida en la narración fáctica de la recurrida (motivos Segundo y Tercero) de la que ya se ha dado noticia en el anterior Fundamento jurídico.

b) En tanto que no se encuentra base alguna, en ese mismo relato, para la apreciación de la concurrencia de la eximente, completa o incompleta, de alteración psíquica (artículos 20.1.º y 2.º o 22.1.ª CP), que el recurrente pretende (motivo Sexto).

c) De modo semejante a lo que ocurre con la atenuante de reparación del daño causado con el delito (artículo 21.5.ª CP), que se pretende además construir sobre el hecho insuficiente del ofrecimiento de donación de su patrimonio, por parte del recurrente, a sus hijos (motivo Quinto).

d) Mientras que por lo que se refiere a la concurrencia de una atenuante analógica de dilaciones indebidas (artículo 21.6.ª CP), tampoco resultan de recibo las alegaciones del recurrente en este sentido, a las que ya dieron cumplida respuesta los Jueces *a quibus* en el Fundamento Jurídico Undécimo de su Resolución y nosotros en el apartado 2) del Quinto de ésta, señalando cómo en modo alguno puede considerarse excesivamente dilatada una tramitación que, teniendo en cuenta la necesidad de práctica de numerosas testificales y pericias, se inicia el día 4 de febrero de 2006, fecha de los hechos enjuiciados, concluyendo la instrucción el 14 de noviembre de 2007 y dictándose la correspondiente Sentencia el 15 de octubre de 2008, tras la práctica de una prueba pericial psiquiátrica solicitada por la propia Defensa del recurrente, que provocó un retraso de varios meses, cuando podía haber sido interesada con anterioridad.

e) Y, por último, lo cierto es que no se alcanza fácilmente a comprender la vinculación que el Recurso trata de establecer entre la que señala como indebida aplicación de los artículos 109 a 113 del Código Penal, es decir, los referentes a la obligación indemnizatoria del autor del delito, con la calificación como asesinato de los hechos por él cometidos que pretende, sin asistírle la razón como ya se dijo que, fueran calificados como simple homicidio pues, en ambos caso, el resultado de la muerte de la agredida sería fundamento para la misma cuantificación resarcitoria.

Definitivamente, la desestimación de estos últimos motivos conlleva así mismo la del Recurso en su integridad.

Se condena al acusado por un delito de asesinato, pero se deja sin efecto la apreciación de la circunstancia de ensañamiento, absolviéndose de los dos delitos de amenazas graves y de la falta de amenazas leves y la de hurto.

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 22 de diciembre de 2009

Ponente: **Excmo. Sr. D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez**

ANÁLISIS DEL CASO

Alberto, mayor de edad y con antecedentes penales y Jacinta mantuvieron durante unos dos años una relación de pareja con convivencia que terminó en enero de 2006. En sentencia de fecha 14 de marzo de 2008 dictada por el Juzgado de lo Penal número 5 de Sevilla, hoy firme, Alberto fue condenado como autor de un delito de maltrato habitual sobre Jacinta, tres delitos de lesiones o maltrato ocasional con idéntica víctima, un delito de amenazas y dos faltas de vejaciones, a las penas de un año y tres meses de prisión por el primero, 9 meses de prisión por cada uno de los tres del artículo 153, 8 meses de prisión por el de amenazas y 6 días de localización permanente por cada falta, todas ellas con las correspondientes accesorias; el último hecho contemplado en dicha resolución con relevancia jurídico penal fue el ocurrido en la noche del 26 de enero de 2006. Ello no obstante y pese a que a partir de esa última fecha y hasta el fallecimiento de la segunda, Alberto y Jacinta tuvieron diversos acercamientos e incluso reanudaron su relación en alguna ocasión, como luego se expondrá, lo cierto es que Alberto, hasta el día 13 de febrero de 2007 que luego se mencionará, vino sometiendo a Jacinta a continuas humillaciones, haciéndole objeto de actos violentos tanto físicos como psíquicos con los que pretendía someterla a sus dictados e imponerle su presencia, contexto en el que se sitúan todos los hechos que se relacionan a partir de este apartado.

El 7 de marzo de 2007 el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Alcalá de Guadaíra, en las Diligencias previas número 305/2006, dictó auto por el que prohibía a Alberto aproximarse a menos de 300 metros a Jacinta o al domicilio de ésta sito en CALLE000 núm. NÚM000 de Alcalá de Guadaíra, así como comunicar con ella, resolución que fue notificada a aquél con los oportunos apercibimientos, pese a lo cual durante toda la vigencia de dicha medida Alberto se aproximó en numerosas ocasiones al referido domicilio, llegando a hacer rechinar las ruedas del vehículo que conducía en la expresada calle para hacer patente a Jacinta y sus familiares su presencia allí y limitándose en otras ocasiones a merodear por las inmediaciones del domicilio en cuestión; entre esas situaciones se incardinan los hechos ocurridos los días 1 y 2 de 2006 que acto seguido se relacionan. Finalmente, la expresada medida quedó sin efecto a instancias de la propia Jacinta con fecha 6 de noviembre de 2006, al haberse producido la reconciliación entre ambos o al menos un acercamiento.

Sobre las 22.30 horas del día 1 de octubre de 2006, Alberto se personó en el domicilio de Jacinta y, aprovechando que le abrió la puerta el hijo menor de ésta, a la sazón de 7 años, se introdujo en la vivienda y concretamente en la cocina, donde se apoderó de una cartera con cien euros y un recibo así como un teléfono móvil, marchándose corriendo al ser re-

criminado por Jacinta que se percató de su presencia y se dirigía hacia él desde el interior de la vivienda; poco después y utilizando el teléfono móvil sustraído, Alberto telefonó al domicilio de los padres de Jacinta, contactando con el padre, Eutimio, al cual le dijo entre otras cosas a que les iba a matar a él y a Jacinta.

Ya sobre las 3 horas del día siguiente, 2 de octubre, Alberto volvió a las inmediaciones del domicilio de Jacinta y estuvo merodeando por la calle de éste, marchándose al verse descubierto por la madre de Jacinta, Bibiana, que vigilaba desde el balcón de su propio domicilio, muy próximo a aquél, precisamente por el temor de que Alberto pudiera volver a intentar acceder al domicilio de Jacinta. Hacia esas fechas, sin que pueda concretarse el día, Alberto esperaba en una ocasión a Jacinta en las inmediaciones de su domicilio y cuando ésta salió del mismo y subió a un turismo en compañía de una amiga, Alberto se aproximó a ellas conduciendo su propio vehículo hasta colisionar con aquél, momento que aprovechó para, tras apearse, dirigirse a Jacinta, abrir la puerta de su coche y sacarla del mismo violentamente agarrándola del pelo.

En día no determinado de las Navidades del año 2006 Alberto y Jacinta volvieron a reconciliarse, llegando el primero a acudir al domicilio de los padres de la segunda; el día 6 ó 7 de enero Jacinta sufrió un accidente vasculo-cerebral o patología similar, que motivó su ingreso hospitalario durante unos 17 días, durante los cuales Alberto estuvo junto a ella y sus familiares en dicho centro hospitalario; tras el alta hospitalaria Jacinta estuvo algunos días residiendo con sus padres, pero pronto regresó a su propio domicilio, y aunque no consta que Alberto estableciera allí su residencia, sí que es cierto que acudía con frecuencia e incluso pernoctaba allí alguna noche, pues como queda dicho habían reanudado su relación de pareja.

Sobre las 12 horas del día 30 de enero de 2007 Alberto acudió al tan citado domicilio de Jacinta, aprovechando para entrar que lo hacía una vecina de ésta, momento en que Jacinta comenzó a recriminarle que hacía dos noches que no aparecía y le dijo que se marchara, reaccionando Alberto violentamente diciéndole que ahora se iba a enterar, al tiempo que le propinaba una bofetada y una patada, llegando a coger de la cocina un cuchillo; entretanto la vecina había avisado al padre de Jacinta, personándose allí Eutimio aunque no pudo acceder momentáneamente pues Alberto había colocado un tenedor bloqueando la cerradura, tiempo durante el cual Alberto siguió golpeando a Jacinta, llegando a causarle una herida con el cuchillo en la espalda, cuchillo que llegó a ponerle en el cuello diciendo que la iba a matar. Finalmente Eutimio pudo acceder al domicilio, al lograr la propia Jacinta quitar el tenedor, y Alberto se marchó de éste corriendo, no sin antes volverse en la escalera y decirle a Eutimio —que estaba llamando a la Policía— que los tenía que matar. A raíz de los hechos Jacinta sufrió un eritema en parte lateral del cuello y herida inciso-contusa en espalda de 4-5 centímetros de longitud, que curaron en 7 días con una sola asistencia facultativa. Jacinta denunció los hechos relatados en el párrafo anterior, solicitando orden de protección, lo que dio lugar a que ya el siguiente día 31 el Juzgado de Instrucción número 3 de aquella localidad la concediera en diligencias previas 117/2007, prohibiendo a Alberto aproximarse a menos de 200 metros a Jacinta o comunicar con ella por cualquier medio; pese a haber sido notificado formalmente de tal resolución, Alberto hizo caso omiso de la misma y continuó llamando a Jacinta y merodeando por las inmediaciones de su domicilio, y así, por ejemplo, el día 12 de febrero de 2007 y en la propia calle de éste, preguntó por

Jacinta a un vecino de ésta que, por conocer el carácter violento de Alberto, negó falsamente haberla visto para así protegerla, pese a lo cual Alberto se encaminó primero al portal de Jacinta para luego esconderse entre dos coches y finalmente introducirse en el portal aprovechando la salida de una vecina.

Ya en la mañana del 13 de febrero de 2007, Alberto buscó a Jacinta por diversos lugares de Alcalá de Guadaira, llegando a personarse en una peluquería que ésta frecuentaba, y al encontrarla ya pasadas las 12 horas caminando junto con una vecina por la calle Salud Gutiérrez de dicha localidad, atravesó por delante de ellas el turismo matrícula FO-....-SF que conducía, cortándoles el paso, para acto seguido de forma muy rápida dirigirse hacia Jacinta portando en su mano derecha un cuchillo de un solo filo, con el decidido propósito de acabar con su vida y sin mediar otra palabra que no fuera «aquí te quería ver», sabedor de que así anulaba cualquier posible respuesta o defensa por su parte, la agarró violentamente del cabello por la nuca con la mano izquierda en tanto que con la derecha le asestó tres golpes con el cuchillo que alcanzaron a Jacinta en la parte izquierda del cuello, una de ellas que le seccionó la arteria vertebral y parcialmente el tronco braquicefálico; Jacinta, paralizada por el inesperado, violento y rápido acometimiento, no pudo reaccionar inicialmente si bien; tras las primeras cuchilladas, trata ya de protegerse tan sólo anteponiendo sus manos y brazos, pese a lo cual Alberto continúa lanzándole golpes con el cuchillo hasta causarle dos nuevas heridas inciso-punzantes en el hemitórax izquierdo que afectaron a pulmón y músculo diafragma, seis heridas incisas e inciso-punzantes en miembros superiores, cadera izquierda y cara y diversas erosiones y excoriaciones en miembros superiores. La herida del cuello arriba descrita provocó una hemorragia masiva y llevó al fallecimiento de Jacinta horas después, ya sobre las 12 horas del día 14, pese a ser trasladada a un centro hospitalario e incluso intervenida quirúrgicamente, por muerte encefálica secundaria al shock hemorrágico. Cuando ya Jacinta cayó al suelo, Alberto se marchó del lugar en el mismo vehículo en que había llegado; no constando dónde estuviera las siguientes horas si bien, ya avanzada la tarde, acudió a casa de una hermana, que ya sabía de lo ocurrido, y tras ello, sabedor de que era buscado, se presentó en la Comisaría Macarena de la Policía Nacional ya sobre las 21.55 horas de ese día; desde poco después de la ocurrencia de los hechos, la Policía Nacional que acudió al lugar sabía ya, a través de los testigos presenciales, de la participación de Alberto y del vehículo utilizado, habiendo iniciado su búsqueda y la instrucción del oportuno atestado que principió a las 13.10 horas de ese día 13 de febrero. Jacinta había nacido el 7 de septiembre de 1973 y era madre de un hijo llamado Gerardo, nacido el 22 de abril de 1997 de su relación con Laureano. Segundo. Alberto fue condenado también por sentencia dictada el 7 de abril de 2008 por el Juzgado de lo Penal número 2 de Sevilla, hoy firme, como autor de un delito contra la seguridad del tráfico cometido el 16 de septiembre de 2005 a la pena, entre otras, de un año y tres meses de prisión.

El Juzgado de instrucción número 3 de Alcalá de Guadaira instruyó sumario 1/2007, por delitos de asesinato, maltrato habitual, quebrantamiento de medida cautelar, lesiones y allanamiento de morada contra Alberto, en la causa referida en la que intervinieron además del acusado el Ministerio fiscal que ejerció la acusación pública, Bibiana y Eutimio, la Delegación del Gobierno contra la violencia sobre la mujer y el Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira como parte acusadora y, concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla.

La Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia el 24 de marzo de 2009 con los siguientes hechos probados pronunciamientos: «Absolviéndole del delito de allanamiento de morada de que también venía acusado, debemos condenar y condenamos a Alberto, como autor penalmente responsable de los delitos y faltas que se indican, más arriba descritos y circunstanciados, a las penas que igualmente se expresan: Por un delito de asesinato doblemente cualificado, a las penas de veintitrés años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Por un delito de maltrato habitual sobre su pareja, a las penas de dos años y seis meses de prisión; inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cinco años. Por un delito de maltrato o lesiones leves sobre su pareja, a las penas de once meses de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de tres años. Por dos delitos continuados de quebrantamiento de medida cautelar, a las penas de once meses de prisión por cada uno de ellos e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Por dos delitos de amenazas leves sobre su pareja, a las penas de nueve meses de prisión por el primero y once meses de prisión por el segundo, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años por cada uno de ellos. Por dos faltas de amenazas sobre el padre de su pareja, a las penas de ocho días de localización permanente por cada una de ellas. Y por una falta de hurto a la pena de un mes de multa a razón de seis euros cuota diaria. Fijamos en treinta años el límite de cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas al penado en la presente sentencia así como en la sentencia de fecha 14 de marzo de 2008 dictada por el Juzgado de lo Penal número 5 de Sevilla y en la sentencia de 7 de abril de 2008 del Juzgado de lo Penal número 2 de Sevilla, a los que se remitirá testimonio de la presente a fin de que surta los referidos efectos tan pronto sea firme. Imponemos asimismo al procesado Alberto la privación del derecho a residir en Alcalá de Guadaíra o acudir a dicha localidad por tiempo de cuarenta años, cuyo cumplimiento será simultáneo con el de la pena privativa de libertad. Por vía de responsabilidad civil, el condenado Alberto indemnizará al menor Gerardo en la cantidad de 120.621,73 euros, y a Eutimio y Bibiana en la cantidad de 8.615,84 euros a cada uno de ellos. Condenamos asimismo al acusado al pago de siete octavas partes de las costas de este proceso, incluidas las de la acusación particular pero no las de las restantes acusaciones, declarando de oficio el resto de las costas. Notifíquese la presente a Laureano, no personado en autos, de conformidad con el artículo 270 LOPJ y como titular de la patria potestad del menor Gerardo».

Alberto interpuso recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo quien dictó sentencia con los siguientes pronunciamientos: Se condena a Alberto, como autor de un delito de asesinato con la agravante de parentesco, a las penas de dieciocho años de privación de libertad e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Se absuelve al anterior de los delitos de amenazas leves y de las dos faltas de amenazas y la de hurto y se declara de oficio la proporción correspondiente de las costas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Analicemos separadamente cada uno de los motivos del recurso de casación:

1. Vulneración del derecho de defensa

Por el cauce de los artículos 852 y 5.4 LOPJ se ha denunciado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa, porque —se dice— entre el 14 de febrero de 2007 y el 5 de febrero de 2008 el imputado estuvo desasistido jurídicamente. En apoyo de esta afirmación se recogen las vicisitudes registradas en la causa para dotar de letrado a Alberto, de las que resulta que fue precisa la designación de ocho de estos profesionales, con el seguimiento de los correspondientes trámites, para que, al final, uno de ellos aceptase el encargo.

Tiene razón el que recurre al denunciar esta situación, no precisamente ideal, que habría exigido de la corporación implicada y del juzgado algo más que la burocrática reiteración de ciertos trámites. Pero también es cierto que como, precisamente, ponen de manifiesto todas estas incidencias durante el curso de las mismas se trató de cumplir con el derecho del imputado a la defensa.

Por otra parte, y en fin, de lo acontecido no se sigue y menos necesariamente, que aquél se hubiera visto concretamente perjudicado en la materialidad de su derecho de defensa, en el sentido de que por ese anómalo encadenamiento de nombramientos y renunciaciones se le hubiese producido un preciso perjuicio, por la imposibilidad de hacer alguna alegación o de procurarse algún elemento de prueba. Es por lo que no cabe dar lugar al motivo.

2. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías

Por el mismo cauce que en el caso anterior, se ha alegado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. El argumento es que el 14 de enero de 2008 el instructor dictó auto de procesamiento por los delitos de asesinato y quebrantamiento de medida cautelar, que el 31 del mismo mes fue objeto

de aclaración mediante nuevo auto. Actuación ésta que se considera anómala, puesto que habría consistido en la adición de hechos nuevos, constitutivos de otro delito de quebrantamiento de medida cautelar y de los delitos de amenazas y de lesiones. Resolución que no consta notificada. Pues bien, se entiende que esta modificación de los hechos, llevada a cabo sin instancia de parte, habría afectado negativamente a los derechos del recurrente que se invocan.

Pero el motivo no se sostiene. En efecto, como es bien sabido, el auto de procesamiento es un acto de imputación formal, producido a tenor de lo que en el momento de dictarse resulte del estado de la causa, en función de los indicios de delito que puedan inferirse de la información acopiada en la misma. En tal sentido, no tiene carácter preclusivo, y podría perfectamente integrarse con nuevos elementos emergentes, bien a instancia de parte o por la propia iniciativa del instructor.

Como tantas veces se dijo, en la lógica del proceso ordinario por razón de delito, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su versión original, el auto de procesamiento cumplía una función de garantía del imputado, que, a partir de ese momento, ya con conocimiento de causa, «podía [...] aconsejarse de letrado» e intervenir en las actuaciones, en las que, hasta ese momento, por lo regular, había sido objeto pasivo, más que sujeto procesal de pleno derecho.

La regular anticipación de la imputación y de la asignación de letrado al imputado, en los términos en que hoy están previstas y, por lo general, se producen, hace que el procesamiento haya perdido parte de su histórica función y de su relevancia.

Así las cosas, lo cierto es que nunca, ni siquiera en su versión original, ese instituto, desde el punto de vista de la formalización de la acusación tuvo más que una función anticipatoria y, como tal, provisional, a expensas de que las partes, pública y, eventualmente, privada, presentes en las actuaciones, cumplieran con ese trámite, éste sí, de cierre efectivo de la relación procesal, mediante el establecimiento y fijación formal de los términos del contradictorio.

Pues bien, a tenor de estas consideraciones, resulta patente que lo sucedido en este caso carece de la relevancia que pretende el recurrente y el motivo no es atendible.

Se reitera la misma denuncia que en los casos anteriores, ahora porque de los 7 vídeos en los que se registró el desarrollo de la vista hay varios que no serían audibles.

De nuevo la circunstancia descrita y las consideraciones del recurrente vienen a evidenciar el acaecimiento de una situación que rompe la normalidad. Pero también, de nuevo, resulta que, más allá de este dato, que en ningún caso debe banalizarse, lo cierto es que, en los folios 276-292, existe un acta del secretario que contiene información básica sobre lo sucedido en el juicio; y, por otro lado, la parte no denuncia ningún vacío de información que le afectara de forma relevante, en el sentido de impedirle reaccionar adecuadamente contra la sentencia en este momento procesal. Más bien, por el contrario, la lectura de su escrito de recurso, si algo sugiere, es que no ha tenido problema alguno, al menos de esa clase y de esa procedencia, para fijar su posición frente a la sentencia.

En consecuencia, el motivo no puede acogerse.

3. La sala condenó por asesinato doblemente cualificado, por la alevosía y el ensañamiento, cuando tendría que haber condenado por homicidio

Al amparo de lo que dispone el artículo 849,1.º Lecrim, se ha alegado indebida aplicación de los artículos 139,1.º y 140 CP en relación con el artículo 22,1.ª y 5.ª e inaplicación del artículo 139, todos del mismo texto. El argumento es que la sala condenó por asesinato doblemente cualificado, por la alevosía y el ensañamiento, cuando tendría que haber condenado por homicidio. Al respecto, se argumenta que de los hechos no se sigue la concurrencia de la primera circunstancia, porque la propia actitud del acusado allí descrita, del que se dice que, visiblemente, portaba un cuchillo, sugiere que la víctima pudo resultar advertida de que iba a ser objeto de agresión; y, por otra parte, no consta que el propósito de aquél fuera el de reducir a esta última a la indefensión. Y, en lo que hace

al ensañamiento, se objeta que su existencia no puede medirse por el número de las heridas, sino que debe resultar acreditada la existencia de un ánimo de acentuar gratuitamente el sufrimiento.

Se trata de un motivo de infracción de ley, y es preciso atenerse rigurosamente al tenor de los hechos, para valorar la calidad de la subsunción.

Pues bien, lo que consta en aquéllos del modo de actuar de Alberto el 13 de febrero de 2007, es que llegó en auto hasta Jacinta y la vecina que le acompañaba por la calle, cortó su paso, descendió del mismo portando un cuchillo y, de forma muy rápida, acompañándose de la expresión «aquí te quería ver» dio a la víctima tres golpes con el arma en la parte izquierda del cuello.

A tenor de esta descripción, hay que decir que el modo de razonar del recurrente es en extremo especioso. En efecto, pues lo que presenta como una suerte de anuncio apto para prevenir eficazmente a la asaltada, sugiriendo que habría generado en ella alguna capacidad defensiva, es, precisamente, el factor sorpresa que, por lo imprevisible, en concreto, de la acción, por la rapidez de la secuencia, con la evidencia y la inminencia de la brutal agresión, sólo pudo tener un efecto aterrorizante y paralizador, con la consiguiente reducción de la víctima a la inermidad más total. Y es lo que dice también, de forma sumamente expresiva, el tribunal: «Jacinta, paralizada por lo inesperado, violento y rápido del acometimiento» no pudo reaccionar antes de la primera cuchillada, y sólo después de ésta trató, ya inútilmente, de protegerse con las manos, sin el menor resultado.

En vista de lo que acaba de exponerse, no parece que haga falta un especial esfuerzo de persuasión argumental para concluir que el contemplado es un supuesto paradigmático de agresión reflexivamente producida en condiciones de objetiva y deliberada eliminación de cualquier riesgo procedente de una eventual defensa de la agredida, que es lo que exige el artículo 22,1.ª CP, glosado en infinidad de sentencias de esta sala.

Algo distinto —tiene razón el Fiscal— debe afirmarse del ensañamiento. Para que éste concorra, es preciso que se den datos evidenciadores de que lo buscado, en casos como éste

fue, además de matar, ocasionar padecimientos que excedieran ostensiblemente de los propios de la clase de acción generalmente idónea —en la perspectiva de la relación medio/fin— para la ejecución del tipo objetivo del delito de que se trate. El autor tendría que haber realizado, pues, no sólo el mal del delito, sino otros adicionales, asimismo queridos, recreándose en el plus de sufrimiento ocasionado a la víctima. Y lo que hay aquí es el rápido encadenamiento de una serie frenética de acciones, todas inequívocamente orientadas a acabar con Jacinta. No debe ser obstáculo a esta consideración el hecho de que, en una valoración *ex post*, y además técnica, como nunca podría serlo la del acusado, pueda decirse que alguna de las lesiones no mortales causadas lo fueron después de producidas alguna o algunas de las verdaderamente letales, pues ésta no es una representación atribuible al autor, del que consta acuchilló a Jacinta hasta que la redujo a la inmovilidad, es decir, hasta que tuvo la certeza de que podría haber acabado con su vida.

No se le oculta a esta sala la difícil aceptación que consideraciones de este género encuentran en la opinión pública y en la sensibilidad social, tan explícitamente mortificadas por acciones del grado de odiosidad de las que aquí se contemplan. Pero lo cierto es que, al discurrir como lo exige el concepto legal del ensañamiento, no se cuestiona en absoluto la legitimidad de esa clase de apreciaciones; si bien es lo cierto que el mismo obliga a establecer grados (jurídicos) de crueldad en el comportamiento de los autores, y tal es lo que se hace en este caso; en el que los golpes de arma blanca propinados por el ahora recurrente, a pesar de que fueron propinados con saña (en el sentido del diccionario) no así con «ensañamiento», en el sentido del Código Penal.

Por eso, y sólo en este aspecto, debe estimarse el motivo.

4. No consta que entre el 31 de enero de 2007 y el 12 de febrero de 2007 el condenado quebrantara la orden de alejamiento ni que la comunicación con la víctima se hubiera llevado a cabo sin el consentimiento previo de ésta

Por la vía del artículo 849.1.º Lecrim, se denuncia la doble aplicación indebida del artículo 468

CP. En apoyo de esta afirmación se explica que la víctima el 7 de marzo de 2006 solicitó y obtuvo una orden de alejamiento, dejada sin efecto a su solicitud el 6 de noviembre del mismo año. También que el 31 de enero de 2007 solicitó protección, que le fue otorgada ese día; pero no consta que entre el 31 de enero de 2007 y el 12 de febrero de 2007 el condenado quebrantara la orden de alejamiento ni que la comunicación con la víctima se hubiera llevado a cabo sin el consentimiento previo de ésta.

El recurrente reprocha, pues, al tribunal que no tuviera en cuenta la relevancia del consentimiento de la víctima, pero lo cierto es que en la sentencia, antes de que éste hubiese podido producirse, se describen concretos y reiterados actos de quebrantamiento de la primera medida judicial aludida; y también de la segunda, porque Alberto continuó llamando a Jacinta y merodeando por su entorno, en franca desobediencia de la orden recibida hasta la misma víspera de la mortal agresión, cuando también estuvo en el portal de Jacinta; y el día de la misma, en que de nuevo la buscó por diversos lugares.

Por tanto, falta base fáctica para la pretensión que anima el motivo, que, por tanto, y por la propia claridad con que se expresa la sala de instancia al respecto, tiene que desestimarse.

Lo aducido ahora, también al amparo del artículo 849.1.º Lecrim, es aplicación indebida del artículo 153.1 y 3 CP, con violación, se dice, del derecho a la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*. El argumento es que no existe prueba de cargo, porque los hechos se habrían producido únicamente estando presentes los directamente implicados.

El recurrente hace, así, una doble denuncia, de infracción de ley, y de falta de acreditación probatoria. Ahora bien, de la sentencia resulta que, en relación con el hecho del 30 de enero, la sala contó con el testimonio de la vecina Parra, que, por más que trate de cuestionarse, arroja un dato, y es que ante la presencia de Alberto y por lo que su forma de presentarse hacía temer, la misma creyó necesario advertir al padre de Jacinta, que acudió, algo admitido por el propio acusado. En este contexto, y contando con el apoyo del parte médico al que asimismo que se refiere la sala, es por demás razonable la atri-

bución de valor convictivo a las manifestaciones de la víctima.

En fin, la objeción de infracción de ley no es admisible, en vista de que de los hechos se desprende que Alberto golpeó a Jacinta, llegando a causarle, incluso, una herida con un cuchillo en la espalda.

5. **Condena por dos delitos de amenazas graves**

El reproche es de indebida aplicación del artículo 171.4 CP, con violación del artículo 24 CE (presunción de inocencia e *in dubio pro reo*). Y tiene que ver con la condena por dos delitos de amenazas graves, una situada en el 1 de octubre de 2006 y producida mediante una llamada telefónica; y la otra el 30 de enero de 2007, realizada directamente por Alberto, cuando bajaba la escalera de la casa tras discutir con Jacinta. De la primera se dice no se sabe quién la habría recibido ni desde qué teléfono se realizó; y de la segunda se apunta la diferencia de sentido de las expresiones que esta última y su padre ponen en boca del primero.

El motivo, aun planteado de la forma híbrida que consta, como de infracción de ley y del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, no está exento de fundamento en lo relativo a este segundo aspecto. En efecto, pues si es verdad que en los hechos se describen dos acciones que podrían ser tratadas al amparo del precepto citado del Código Penal, lo cierto es que, en contra de lo que afirma el Fiscal, en el primero de los fundamentos de derecho no consta con la mínima y necesaria precisión cuáles sean los antecedentes en que se apoyan aquellas afirmaciones inculpativas, que, por tanto, se agotan en sí mismas y resultan probatoriamente infundadas. Así las cosas, no hace falta seguir a la defensa en el análisis de algunos pasajes de la instrucción, y basta estar a los términos de la sentencia, que en lo tocante a ambos delitos acusa un vacío de presupuestos. Es verdad que, dado el tenor de las restantes acciones bien acreditadas del acusado, las imputadas en estos otros dos casos son perfectamente plausibles. Pero es obvio que esto no basta y, por eso, y por lo que acaba de razonarse, hay que estimar el motivo.

6. **Derecho a la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo***

También invocando el artículo 849.1.º Lecrim, se ha denunciado la aplicación indebida del artículo 173.2 CP, y, como en los casos precedentes, del derecho a la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*. Aquí por la condena al amparo del artículo 172.3 CP (maltrato habitual), por hechos que, se dice, no habrían sido siquiera denunciados y sobre los que no existe prueba.

Todo el aparato de justificación de este motivo se reduce a la afirmación de que las conductas a que se refiere no son perseguibles sino a instancia de parte. Un aserto sin justificación, pues no concurre tal condición de procedibilidad.

Por lo demás, dice bien el Fiscal: los hechos dan cuenta de un verdadero rosario de malos tratos y abusos, claramente instalados en la forma de relación a la que el acusado sometió a Jacinta, de la que además consiguió, es cierto, perdón en algunos momentos; algo que penalmente no le exculparía, y que si algo denota es su predisposición al abuso de lo que pudo ser, quizá, una forma de dependencia afectiva. En cuanto a la prueba, la propia sentencia recoge elementos particularmente expresivos que denotan un acoso persistente y la imposición de una presencia que tuvo que llegar a ser insoportable. A los que el Fiscal añade las manifestaciones privilegiadas de la vecina Parra, en el juicio: «... que oía que la insultaba y le decía puta y perra. Que a Jacinta la ha visto con hematomas en las piernas y brazo, que decía que Alberto se lo había hecho (...) que él lleva tiempo maltratándola».

Por lo demás, la sentencia del Juzgado de lo Penal de Sevilla (folios 96-101) a que se refiere el recurrente enjuició hechos de enero de 2006, anteriores a los ahora considerados, que, como explica la sala, van desde el 27 de enero de 2006 al 13 de febrero de 2007.

No es preciso abundar en la falta de fundamento del motivo; aunque vale la pena dejar constancia de la llamativa falta de análisis de las supuestas debilidades probatorias de la resolución impugnada en este punto: un reconocimiento implícito de que las indebidamente reprochadas no son tales.

Con apoyo en el artículo 849.1.º Lecrim, se ha aducido aplicación indebida de los artículos 620.2 y 623,1 CP, con violación también, se dice, de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.

De estar a lo que consta en los hechos probados, habría que objetar que en ellos se describen dos acciones (la sustracción de un teléfono y la afirmación dirigida al padre de Jacinta, en el sentido de que le iba a matar) que serían, en efecto, constitutivas de las faltas de referencia. Pero, aun cuando el modo de plantearlo no sea procesalmente muy correcto, lo cierto es que el recurrente tiene razón al afirmar que ese aspecto de los hechos probados no responde a un correcto uso del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, pues los aludidos asertos de los hechos probados carecen por completo de sustento argumental con referencia a la prueba, en la resolución impugnada. Y tal es la razón por la que el motivo tiene que estimarse.

7. Aplicación indebida del artículo 23 CP sobre agravante de parentesco

Lo objetado en este caso es aplicación indebida del artículo 23 CP, agravante de parentesco. El argumento es que, además de la correspondiente relación de orden civil, para la apreciación de la misma tendría que concurrir entre los implicados la afectividad propia de una relación familiar.

Pero no tiene razón el recurrente. La sentencia de esta sala núm. 216/2007, de 20 de marzo, entre otras muchas, ha puesto de relieve con ejemplar claridad que, además del estatus de pareja, en este caso formalmente matrimonial, es preciso que las acciones delictivas emerjan o incidan en el marco de relaciones propias del mismo. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la crisis de la relación, la existencia de discusiones, tensiones, continuas desavenencias, es compatible con la agravante de que se trata (STS 1337/2004, de 18 de noviembre), cuando, como es el caso, la conducta inculpada expresa, precisamente, una modalidad degradada del tipo de relación, impuesta o que trataría de imponerse contra la voluntad de uno de los implicados, en las condiciones privilegiadas que, a tal efecto, propicia el íntimo conocimiento. Y las atormentadoras vicisitudes de las que dan cuenta los hechos, es

claro, difícilmente podrían haberse producido al margen de los lazos, ciertamente deteriorados, pero en alguna medida subsistentes, de los que el que recurre hizo un abuso insostenible. Es por lo que el motivo tiene que rechazarse.

8. En el momento de los hechos tenía menoscabada su capacidad de control y estaría afectado por alguna adicción a drogas

Invocando el artículo 849.1.º Lecrim, pero también el 852 de la misma y el 5.4 LOPJ se ha alegado indebida aplicación del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.1 CP y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. El argumento es que en el momento de los hechos el acusado tendría menoscabada su capacidad de control y estaría afectado por alguna adicción a drogas, que, por las deficiencias en materia de defensa, antes denunciadas, no se habrían hecho valer debidamente en el momento oportuno.

En apoyo de estas afirmaciones se invocan manifestaciones del propio recurrente en el sentido de que había padecido algún proceso depresivo y consumido cocaína, por inhalación, el día de los hechos.

La sala, dice bien, puso de manifiesto en la sentencia la falta de acreditación de alguna afección psiquiátrica de la que los actos enjuiciados pudieran haber sido un síntoma reconocible; así como de que el acusado hubiese sido padecedor de alguna tóxicodependencia ciertamente relevante. Y si algo pone de manifiesto el motivo es la patente carga de razón de tales afirmaciones, frente a las que todo lo que cabe oponer son las imprecisas y banales alegaciones del propio interesado. Pues ni un posible estado depresivo ni el simple consumo de cocaína que se sugiere son factores con capacidad de incidir de manera relevante en las facultades cognitivas y en la capacidad de autodeterminación, a los efectos de los preceptos cuya aplicación se pretende.

Por otra parte, la referencia que se hace en el recurso a algunos síntomas como ansiedad, nerviosismo e ideas autolíticas posteriores al ingreso en prisión, aparte de que nada dicen en el sentido de la lógica del motivo, son perfecta y racionalmente asociables al auto-reproche por los actos criminales realizados y a la perspectiva

de una condena tan grave como la que Alberto podía esperar.

En fin, la sala de instancia ha discurrido con estimable claridad y rigor sobre todos estos extremos.

Es claro, pues, que el motivo no se sostiene.

9. Falta de aplicación del artículo 21.4 y 6 CP, sin tener en cuenta que el acusado, sobre las 21.30 horas del día de los hechos, se entregó en comisaría

También por el cauce del artículo 849.1.º Lecrim, se ha objetado indebida falta de aplicación del artículo 21.4 y 6 CP, sin tener en cuenta que el acusado, sobre las 21.30 horas del día de los hechos, se entregó en comisaría.

También en este caso la objeción que se hace a la sentencia es meramente retórica y, por tanto, inatendible. En efecto, pues hay constancia de que el acusado se entregó más de diez horas después de los hechos, cuando estaba perfectamente identificado y tenía motivos para saberlo; y, además, dando una versión sesgada y manipuladora de lo efectivamente sucedido. Y la sala explica muy bien su correcta inteligencia de la falta de presupuestos para la aplicación de la atenuante.

10. Error en la apreciación de la prueba

La alegación es de error en la apreciación de la prueba resultante de documentos que demostrarían la equivocación de la sala.

Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del artículo 849.2.º Lecrim tiene por objeto

hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde «documento» es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba.

De otra parte, hay que tener en cuenta que las declaraciones de imputados y testigos que, regularmente aparecen transcritas en las causas, carecen de la calidad de documentos en sentido técnico (entre muchísimas, SSTS 1701/2001, de 24 de septiembre y 168/2004, de 11 de febrero).

El motivo es francamente inatendible, ya que no se ajusta en absoluto a los requerimientos legales que se expresan en la jurisprudencia que acaba de citarse. En efecto, se objeta que la prohibición impuesta por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Alcalá de Guadaíra no incluía la de comunicar con la víctima, pero se trata de un extremo que carece de la menor relevancia en la economía de los hechos y desde el punto de vista de su significación penal. Y, por lo expuesto, es claro que las manifestaciones personales producidas en la causa no pueden ser usadas, en este marco procesal, con la finalidad que pretende el recurrente.

Por domicilio de la víctima hay que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, por cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Auto de 13 de enero de 2010

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

ANÁLISIS DEL CASO

Con fecha 18 de agosto pasado, se recibió en el Registro General de este Tribunal Supremo, exposición razonada, acompañada de testimonio de las Diligencias Previas 217/09

del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Irún, planteando cuestión de competencia con el de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza, Diligencias Previas 211/09, acordándose por providencia de 30 de septiembre formar rollo, designar Ponente al Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca y el traslado al Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal, por escrito de 27 de octubre, dictaminó: «... No es relevante, como señala la Exposición Razonada elevada a esa Excmo. Sala por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Irún, para la determinación de la competencia, la manifestación de que se trataba de un matrimonio de conveniencia, cuya validez en tanto no se anule es indudable. En conclusión, el Fiscal entiende que, la Cuestión de Competencia negativa suscitada debe resolverse conforme a lo dispuesto en el artículo 15 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal y Acuerdo de 31 de enero de 2006 a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza».

El Tribunal Supremo acordó que la competencia para el conocimiento del asunto corresponde al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Zaragoza.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Irún, incoó Diligencias Previas, por denuncia presentada ante la Ertzaintza de Irún, por un presunto delito de maltrato por parte de Pablo a Patricia Beatriz, pareja de hecho, al tener domicilio la denunciante en Irún. De la investigación llevada a cabo se constata que los hechos ocurrieron en Zaragoza a partir de diciembre de 2008, en el domicilio de la c/ Eva Duarte de esa Ciudad. El Juzgado de Irún, por auto de 23.03.09, se inhibió a favor de Zaragoza, el núm. 1 de Violencia sobre la Mujer, en sus Diligencias Previas 211/09, dictó auto de 30.06.09 rehusando la inhibición, motivando que, si bien el domicilio en que sucedieron los hechos se encontraba en Zaragoza, «... la relación existente entre ella y el denunciado no reunía los requisitos consustanciales de todo vínculo matrimonial, al carecer, pese a contraerse formalmente, de las notas de vocación de permanencia tratándose de un matrimonio de conveniencia...».

El artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporado por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, dispone que «En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar

del domicilio de la víctima...» norma que trata de favorecer la situación procesal de la víctima en su relación con el órgano jurisdiccional y que puede suponer una excepción a la norma general del *forum delicti comisi*.

Hay que decidir lo que se entiende por domicilio de la víctima ya que el nuevo precepto no precisa si se está refiriendo al domicilio de la víctima en el momento en el que se producen los hechos punibles o el que tenga al tiempo de presentar la denuncia.

Esta decisión ha sido sometida a un Pleno no jurisdiccional de esta Sala que, en reunión celebrada el día 31 de enero de 2006, ha acordado que por domicilio de la víctima habrá que entender el que tenía cuando se produjeron los hechos punibles, en cuanto responde mejor al principio de juez predeterminado por la Ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio y es el criterio que coincide con el expuesto por el Ministerio Fiscal, aplicando el mantenido por la Circular 4/2005, de la Fiscalía General de Estado. La cuestión de competencia debe ser resuelta, como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala, a favor de Zaragoza, pues los hechos, maltrato familiar del denunciado frente a la denunciante, mujer que era en ese momento su pareja sentimental, se subsumen en el marco

competencial que el artículo 14.5 a) LECrim., atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y, habida cuenta de que el domicilio de la denunciante en el momento en que sucedieron los hechos era el de Zaragoza, cuestión que comparten ambos juzgados, que discrepan en

que según Zaragoza es un matrimonio de conveniencia no competencia de los juzgados de violencia, que no comparte el Juzgado de Irún, el Ministerio Fiscal ante esta Sala, ni esta Sala, a Zaragoza corresponde la competencia (artículo 15 bis LECrim.).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

GUARDA Y CUSTODIA

Se confirma la custodia compartida dado que el grado de conflictividad entre los progenitores no es extremo, ya que sólo existe una falta de comunicación que no afecta al desarrollo integral del menor, habiéndose acreditado una buena adaptación de éste al sistema rotatorio domiciliario. El cambio de residencia de la madre ante expectativas laborales podría suponer una modificación que lo sería por interés de la madre y no necesariamente del menor.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 8 de marzo de 2010

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau**

El fundamento del motivo de casación deducido según la recurrente sería, en síntesis, la improcedencia de la guarda y custodia compartida del menor de cinco años de edad, cuyos padres no tienen relación alguna, con nulas posibilidades de diálogo y con enfrentamientos continuos que desaconsejarían la medida atendido el interés del menor y su «reconversión» por la custodia monoparental que solicita la madre.

A tenor de reiterada jurisprudencia de este TSJC —SSTSJC 29/2008, de 31 de julio, 31/2008, de 5 de septiembre, 24/2009, de 25 de junio y 9/2010, de 3 de marzo— la atribución de la guarda y custodia compartida debe adecuarse al interés del menor, que resulta ser el principio que rige en materia de guarda y custodia y de otros efectos en materia de nulidad, separación y divorcio, infringiéndose su protección tanto de lo dispuesto en nuestra Carta Magna (artículo 39 CE) y artículos 12 y 15 Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre, como en las normas y convenciones internacionales (artículo 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, artículo 24.2 de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000), y más concretamente, en nuestro marco normativo vigente del Codi de Família, en los artículos 82.2 en relación con los artículos 76.1.a), 78.1 y 79.2 CF, que no excluyen la aplicación de la guarda

y custodia compartida, sin necesidad de su heterointegración con lo dispuesto en el artículo 92 CC.

La sentencia recurrida opta por el sistema de guarda y custodia compartida frente a la solicitud de custodia monoparental con base en los siguientes razonamientos:

a) No cabe duda de que la situación ideal es que los progenitores tengan una comunicación fluida y lleguen acuerdos en todo lo que afecte a los hijos. Pero no puede sostenerse de forma automática que ante una situación de conflictividad no pueda optarse por la guarda y custodia compartida. En cada caso, deberá examinarse su pertinencia, con la finalidad de valorar lo más adecuado para los intereses de los menores, no el de los padres. Y añade que, en realidad, lo que existe en el caso de autos es una falta de comunicación, sin que se aprecie ningún tipo de maltrato, ni tampoco una situación límite o que no pueda revertirse con un poco de buena voluntad, siendo un dato determinante el informe del EATC que se decanta decididamente por la custodia compartida, lo que es aceptado en los informes del Ministerio Fiscal y declarado en la sentencia de instancia. El informe del EATC que se practicó en la segunda instancia es detenidamente anali-

zado en el fundamento decimosegundo de la sentencia recurrida, señalándose que el menor en la situación actual de custodia compartida se ha adaptado positivamente y que la falta de comunicación de los padres es independiente de la modalidad de custodia, sin que ello haya repercutido en el menor.

b) La edad del menor (cinco años) tampoco es un obstáculo en el presente caso, puesto que se encuentra plenamente escolarizado, sigue sin problemas el régimen horario de su colegio, lo que supone que la mayor parte del día lo pasa en él y no con ninguno de sus padres; presentando un gran vínculo afectivo con ambos progenitores. Y si en 2007, con tres años, se acudió al argumento de dicha minoría de edad para otorgar la custodia a la madre, el paso del tiempo ha desdibujando este argumento a medida que el niño ha ido creciendo, siendo lo definitorio el interés del menor relacionado con idéntico grado de afectividad con ambos padres, y

c) La disponibilidad horaria de los padres para compartir con el menor es idéntica y respecto a los inconvenientes que pudiera suponer para el menor cambiar semanalmente de vivienda, en el informe del EATC se puso de relieve que al principio el niño se encontraba desorientado, situación que la ha superado y se ha acomodado perfectamente en poco tiempo.

Frente a la motivación precedente, el recurrente, sin interponer recurso extraordinario de infracción procesal y por tanto hemos de partir del *factum* que consta en la sentencia, pretende la custodia monoparental alegando, en síntesis:

a) La custodia compartida sólo es excepcionalmente recogida de modo expreso, como facultad judicial en un procedimiento contencioso, con citas de derecho comparado.

b) El hecho probado que la falta de comunicación de los padres es por completo independiente de la modalidad de custodia, según la sentencia recurrida, es contraria a la doctrina y jurisprudencia de esta Sala Civil del Tribunal Superior de Cataluña. Esta confrontación de los progenitores y la colisión entre los mismos se deduce, según el recurrente, tras realizar un extenso análisis de las pruebas practicadas y su valoración, lo que como es sabido y luego se rei-

terará no se corresponde con la función nomofiláctica del recurso de casación, y

c) No se ha tenido en consideración la intención y la necesidad de trasladarse —la Sra. María José— a Madrid, dada su profesión y la falta de posibilidades de encontrar trabajo como modelo publicitaria, actriz y presentadora de televisión en Cataluña, ya que el núcleo de productores de cine, teatro y televisión se encuentra en Madrid, excepción hecha de quienes trabajan para TV3, aunque no olvidemos, según se añade en el recurso, que la Sra. María José, por su poca fluidez con la lengua catalana, no tiene la más mínima posibilidad de trabajar aquí, por lo cual, no logra contratos y no dispone de ingresos, a salvo que renuncie a su hijo y éste se quede en Girona junto con su padre.

El análisis de las argumentaciones realizadas por la recurrente requiere precisar los siguientes extremos:

a) Hemos declarado que la LEC 2000 diferencia los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal, pues mientras, el recurso de casación ha quedado circunscrito a la estricta función revisora de las normas sustantivas (nomofiláctica) con las que han de resolverse las pretensiones materiales deducidas por las partes, el recurso extraordinario por infracción procesal viene referido a cuestiones procesales, lo que se plasma por lo que respecta al recurso de casación en el artículo 477.1, y por lo que atañe al recurso extraordinario por infracción procesal en el artículo 469.1 de la referida LEC 2000 (SSTSJ de Cataluña de 27 de abril de 2000, 21 de octubre de 2002, 26 de marzo de 2003, 22 de mayo de 2003, 23 de junio de 2003, 16 de octubre de 2003, 15 de diciembre de 2003, 22 de diciembre de 2003 y 18 de noviembre de 2004, y AATSJ de 16 de junio de y 7 de julio de 2003, 2 y 5 de enero, 17 de junio y 28 de octubre de 2004, 8 de enero de 2007, 21 de enero y 15 de mayo de 2008, entre otros) y de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (por todos, los AATS 1.^a de 22 de noviembre de 2005, 24 de enero de 2006, 12 de noviembre de 2007 y 22 de enero de 2008); precisándose por esta Sala que la precedente delimitación conlleva un desplazamiento hacia el recurso por infracción procesal de todas las cuestiones de índole procesal.

La aplicación de esta doctrina al caso de autos comporta que todas aquellas cuestiones sobre valoración de la prueba de especialistas y peritos y su crítica debió haberse realizado por el cauce del recurso extraordinario de infracción procesal, sin que ello resulte viable, como se realiza extensamente en el recurso y de modo erróneo, por la vía del recurso de casación que se encuentra reservado para el examen de la infracción de las normas sustantivas que, en el caso de autos, se ceñiría a la infracción del principio del interés del menor.

b) La jurisprudencia de esta Sala ha declarado—SSTSJC 29/2008, de 31 de julio; 24/2009, de 25 de junio y 9/2010, de 3 de marzo— que es el interés superior de los hijos el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida, siendo que su aplicación debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados; procurando su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores de tal modo que ni la guarda y custodia compartida constituye una situación excepcional frente a la custodia monoparental o que haya de primar una de ellas, en cualquier caso, frente a la otra pues es el interés del menor el criterio preferente.

Y declaramos en la STSJC 9/2010, de 3 de marzo, que el interés del menor, por tratarse de un concepto indeterminado y no establecer nuestra legislación pautas uniformes y generales—no se encuentra entre aquéllas de derecho comparado que ofrecen lista de criterios referenciales para su identificación— habrá de valorarse en cada caso sobre la prueba practicada en los autos, dando preferencia a los acuerdos de los progenitores siempre que sean respetuosos con el interés de los hijos y atendiendo, a falta de acuerdo, a las relaciones interparentales y valoración de sus capacidades, sin perjuicio de considerar la voluntad del menor cuando contiene suficiente uso de razón.

c) La guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos—SSTSJC 29/2008, de 31 de julio; 24/2009, de 25 de junio—, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y

que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (artículo 79.2 CF), teniendo en cuenta la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras circunstancias similares, teniendo siempre en cuenta el preferente interés de los menores.

En dicho sentido, aun cuando la custodia compartida o conjunta por ambos progenitores puede presentar indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, no puede afirmarse que constituya una solución única que valga para todos, ni tampoco puede afirmarse, como hemos señalado precedentemente, que dicha solución radique en el sistema de la custodia monoparental acompañado de un régimen de visitas más o menos amplio, lo que habrá de tener un examen específico en cada caso.

Ello se puede observar si examinamos la jurisprudencia de esta Sala expuesta en las SSTSJC 2/2007, de 26 de febrero; 29/2008, de 31 de julio; 31/2008, de 5 de septiembre; 24/2009, de 25 de junio y 9/2010, de 3 de marzo, pues mientras en las dos primeras se desestima la guarda y custodia compartida al no advertirse una ilogicidad en la medida de guarda y custodia monoparental acordada siendo plenamente respetuosa con el principio del interés del menor; en la tercera de las citadas (31/2008, de 5 de septiembre) se parte de una atribución de la guarda y custodia compartida—no debatida en casación por ninguno de ambos progenitores— para plantearse sus efectos en las relaciones patrimoniales y la atribución de la vivienda. En cambio, la STSJC 24/2009, de 25 de junio, se enfrenta al problema de petición de una guarda y custodia compartida frente a la monoparental acordada, denegándose la misma por entender que existe una fuerte conflictividad (que se desprende tanto de las denuncias—desestimadas— de malos tratos imputados a la madre por parte del otro progenitor, como a la necesidad

de imponer coactivamente el régimen de guarda y visitas por actuaciones unilaterales contrarias del padre, así como la necesidad de que durante unas semanas tuvieran que quedar al cuidado de una tía) y con la finalidad de no descompensar a los menores, procurando estabilizarlos en su actual entorno, sin que la solución adoptada resulta ilógica o arbitraria aconsejándose el mantenimiento del actual status familiar. Para concluir con esta síntesis de nuestra jurisprudencia, en la STSJC 9/2010, de 3 de marzo, tras estimar el recurso extraordinario de infracción procesal deducido contra la valoración de la prueba del SATAV, se acuerda la guarda compartida con revocación de la custodia monoparental anteriormente decidida, y revisión de la pensión alimenticia y atribución de la vivienda familiar, y d) Desde un planteamiento simplemente casacional, la valoración de si el interés de unos concretos menores ha quedado adecuadamente salvaguardado, dada una determinada situación de hecho indiscutible, sólo podría afrontarse en aquellos casos en que la solución aplicada por la Audiencia Provincial fuera irracional, ilógica o arbitraria, o, en su caso, claramente atentatoria contra el interés de los menores.

Aplicando el anterior contexto normativo-jurisprudencial al caso de autos resulta que:

a) El grado de conflictividad no es extremo, sino que se parte de una falta de comunicación que no afecta al desarrollo integral del menor, conforme a las conclusiones de la sentencia recurrida producto de un examen acertado de los informes periciales, cuyo análisis no corresponde realizarse por esta vía casacional, amén de que no se produce el menor atisbo de ilogicidad en sus conclusiones, respetando y primando

siempre el interés del menor por encima de los intereses de sus progenitores.

b) La guarda y custodia compartida adoptada en el caso litigioso es aconsejable para la estabilidad emocional del menor, sin que le hayan afectado los cambios de domicilio, produciéndose una buena adaptación al sistema rotatorio domiciliario. Ello tampoco ha repercutido en su ambiente escolar ni personal, siendo en el supuesto concreto examinado atinadas las argumentaciones de la sentencia recurrida en relación con la aplicación del principio rector del *favor filii* y su mantenimiento adecuado al potenciarse en el menor un grado de afectividad idéntico con ambos progenitores, y

c) En relación con el necesario desplazamiento, por razones laborales de la Sra. María José a Madrid, para poder obtener mayores ingresos, debe recordársele que en su escrito de demanda se afirmaba que al trasladarse desde Madrid a Girona, vender el piso de soltera que tenía en Madrid y fijar su residencia en Girona añadía que «... la estabilidad del niño exige que no se le aparte de su entorno y residencia habitual desde su nacimiento...», siendo que, en la actualidad, el retorno a Madrid, podría suponer una modificación que lo sería por interés de la Sra. María José y no necesariamente del menor; pudiendo, en cualquier caso, mediante una mejor comunicación entre los progenitores —tal como se viene aconsejando en los informes periciales— adaptarse la Sra. María José al menor para su custodia rotatoria y sea ésta quien se acomode a las necesidades del menor y no a la inversa.

En consecuencia, con lo expuesto, procede confirmar la sentencia recurrida y desestimar íntegramente el recurso de casación deducido.

La exigencia de que exista buena relación entre los progenitores para la concesión de la custodia compartida no puede extremarse hasta el punto de hacer depender este modelo de custodia de una armonía prácticamente imposible de obtener tras cualquier crisis matrimonial.

TSJC, Sala Civil, Sentencia de 3 de marzo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio**

Sostiene la recurrente que la única prueba en que ha basado su criterio la Audiencia Provin-

cial para decidir sobre la guarda y custodia de los menores —el informe psicosocial del SA-

TAF— ha sido valorada, según se desprende de la motivación de la sentencia recurrida, de forma absolutamente ilógica e incoherente, en la medida en que de las «conclusiones» de dicho informe se desprende inequívocamente que, en el caso concreto, se ha producido un «debilitamiento de la figura materna que los menores han sufrido al ostentar la custodia exclusiva el padre», de manera que en aras del «interés superior de los menores» se hace imprescindible ampliar la «frecuencia y asiduidad» del contacto de éstos con la madre en la forma solicitada por ésta, no sólo por razones afectivas y de adecuado desarrollo de su personalidad en formación, sino también por razones culturales, educativas y de aprovechamiento escolar, ya que los menores han sido criados en la cultura alemana, que es la materna —siempre han estudiado en un colegio alemán—, con el mismo o incluso mayor nivel de intensidad que la española y catalana, que es la paterna, por lo que constituye un grave perjuicio para ellos la pérdida progresiva de vinculación con la madre y con este «aspecto fundamental» de su vida, que no puede considerarse reparado por la contratación por el padre de una profesora particular de alemán.

Por lo demás, afirma la recurrente que no existe ningún otro elemento probatorio en la causa que desautorice esas conclusiones del informe de los especialistas, existiendo en cambio otros muchos que demuestran la intensa y efectiva dedicación de la madre a sus hijos desde antes de que fuera adoptado el actual régimen de custodia, en especial en todos los temas relacionados con su educación y formación escolar.

Lo cierto es que, al margen de los argumentos estrictamente jurídicos que contiene la sentencia recurrida (FJ 2) para denegar la custodia compartida demandada por la madre —por ausencia de los requisitos previstos en el artículo 92 CC—, los cuales serán analizados convenientemente en sede casacional, y por lo que se refiere específicamente a la valoración del «informe psicosocial» emitido por el Equipo de Asesoramiento Técnico Civil del Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya, que se dice efectuada por el tribunal de apelación conforme a las «reglas de la sana crítica», en la sentencia recurrida se resuelve mantener la guarda

y custodia exclusiva en favor del padre —decidida ya en el incidente de medidas provisionales— fundamentalmente en razón a «la acusada conflictividad» o «alto grado de conflictividad» existente entre los progenitores en relación con la guarda y custodia de los menores, convertida entre ellos en «una auténtica lucha de poder».

El razonamiento de la Audiencia Provincial contiene una referencia argumentativa añadida a la estabilidad emocional de los menores, cuando alude al posicionamiento de éstos «al lado de su progenitor», con quien manifiestan «una vinculación (...) firme», por lo que respecta al «conflicto de deslealtades» (sic) provocado por razón de la aludida conflictividad de los padres, y otra a la adaptación de aquéllos —«con relativa facilidad»— a la situación de guarda y custodia monoparental.

Curiosamente, a la hora de analizar la evidente menor vinculación de los menores con la madre y sus causas, la sentencia recurrida realiza las siguientes consideraciones extraídas directamente del informe de los especialistas:

«El padre, no obstante la favorable situación actual, vertebró un discurso ambivalente hacia la figura materna, lo que conlleva a la necesidad, en aras de facilitar la preservación de la figura materna, de un contacto frecuente con la progenitora, ante la observancia de una vinculación afectiva débil de la madre con sus hijos, la cual ha perdido cierta capacidad de constituirse en referente para los mismos.

Los menores acuden a un colegio alemán al ser la familia materna alemana. La dificultad del padre para hablar alemán, idioma que desconoce, lo que dificulta la ayuda escolar que pueda prestarles, es suplida con la contratación de una profesora, con la finalidad de evitar retrasos en los deberes.

No obstante ello, por las razones antes expuestas, el tribunal *a quo* desestimó el recurso de apelación considerando adecuado —«suficientemente amplio»— el régimen de visitas existente «para preservar la figura materna».

La revisión casacional de la prueba pericial o, mejor dicho, de la valoración de la prueba pericial efectuada por el tribunal de instancia, es admitida sólo de manera muy restrictiva por la

jurisprudencia del TS, al considerar que, no hallándose positivadas las reglas de la sana crítica y siendo perfectamente posible al tribunal de instancia apartarse de las conclusiones de los peritos, que no son vinculantes, sólo se producirá la infracción procesal si la valoración judicial «tergiversa ostensiblemente» dichas conclusiones, o «falsea arbitrariamente» sus dictados, o «extrae deducciones absurdas o ilógicas», u «opuestas al raciocinio humano o a las máximas comunes de experiencia», pues de otro modo se convertiría la casación en una tercera instancia con posibilidad de impugnación abierta y libre de la sentencia recurrida y, en particular, de una nueva valoración de la prueba, todo lo cual explica que sea claramente mayoritario el número de resoluciones que la vienen denegando (*vid.*, entre otras muchas, SSTS 1.ª 9/2007, de 16 de enero; 988/2007, de 19 de septiembre; 1248/2007, de 16 de noviembre; 1273/2007, de 30 de noviembre; 430/2008, de 29 de mayo; 609/2008, de 25 de junio; 390/2009, de 10 de junio y 532/2009, de 22 de julio). En el mismo sentido se ha manifestado esta Sala en el pasado (SSTSJC 3/1990, de 26 de febrero, y 29/2005, de 30 de junio).

Sin embargo, no han faltado casos —ciertamente excepcionales— en los que, precisamente por apreciar una grave desarmonía o falta de lógica en el ejercicio de la función valorativa, considerándose afectado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se ha estimado la correspondiente infracción procesal por error en la valoración de la prueba pericial conveniente y oportunamente denunciada (*vid.* SSTS la 393/2004, de 24 de mayo y 295/2005, de 22 de abril; así como SSTSJC 34/2007, de 22 de noviembre y 37/2008, de 6 de noviembre).

El del presente recurso es, precisamente, uno de estos casos en los que la valoración del informe de los especialistas efectuada por el tribunal de instancia se revela claramente ilógica en sus conclusiones, puesto que, en ausencia de otras consideraciones que las que fragmentariamente toma prestadas del propio informe, el interés superior de los menores —sobre cuya importancia y definición volveremos más adelante— hubiera exigido en este caso ampliar cuantitativa y cualitativamente el régimen de contacto de éstos con su madre, tal y como recomendaban los propios

peritos a la vista del notable debilitamiento del correspondiente vínculo que llegaron a observar, con evidente y grave afectación para el correcto desarrollo de sus incipientes personalidades, atendida su temprana edad y las particularidades de su formación cultural y educativa, en la que la influencia de la madre y de su entorno familiar se considera particularmente determinante —al menos al mismo nivel que la del padre—, a pesar de lo cual la Audiencia Provincial se decantó por mantener las cosas tal y como estaban en atención —aparte de otras razones jurídicas que luego se analizarán— a dos argumentos absolutamente insatisfactorios en este caso, como son la «acusada conflictividad» entre los progenitores y la conveniencia de no someter a los menores a más cambios que los ya padecidos, atendido la adaptación demostrada a lo decidido caute­larmente durante el procedimiento con arreglo a parámetros puramente provisionales.

Ciertamente que una de las causas que empecen a la concesión del ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos menores tras la ruptura matrimonial viene constituida, sin duda, por la conflictividad u hostilidad entre los padres, porque cualesquiera que hubieren sido las causas de la separación o del divorcio, es necesario un cierto grado de entendimiento y consenso entre los progenitores para poder ejercer de modo adecuado la corresponsabilidad parental, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la autoridad judicial en caso de desacuerdo o de conflicto de intereses (artículos 138.1, 139.2 y 151 CF).

Ahora bien, esta exigencia no puede extremarse hasta el punto de hacer depender el otorgamiento de la custodia compartida —o, en su caso, el mantenimiento de la misma— de una armonía prácticamente imposible de obtener tras cualquier crisis matrimonial. Como dijimos en la STSJC núm. 29/2008, el ejercicio compartido de la guarda y custodia no es adecuado «en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento —nosotros mismos nos pronunciamos en tal sentido en la STSJC 2/2007, de 26 de febrero—, en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y su-

bordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados (ATC 336/2007, de 18 de julio)». En el mismo sentido, en la STSJC 24/2009, de 25 de junio, denegamos el ejercicio compartido de la guarda y custodia y mantuvimos la decisión de custodia monoparental por no resultar ni ilógica ni arbitraria en atención al estatus familiar, al apreciar una fuerte conflictividad, con denuncias de malos tratos, incumplimientos del régimen de guarda y visitas y la necesidad de intervención de un pariente durante unos días en el cuidado de los menores, con la finalidad de no descompensarlos y de procurar estabilizarlos en su nuevo entorno.

Pero en aquella misma ocasión —STSJC núm. 29/2008— dijimos también que ello no significa «que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que (incluso) no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (artículo 79.2 CF)», soluciones que han sido adoptadas razonable y exitosamente por diversos juzgados y tribunales (*vid.* S AP Barcelona 18.^a 131/2008, de 21 de febrero).

Pues bien, tal y como se deduce del informe psicosocial, las particularidades del presente caso —en las que está fuera de discusión la capacidad de ambos progenitores para asumir la custodia, como se desprende de la sentencia de primera instancia— revelan que la conflictividad existente entre los padres se centra exclusivamente, o al menos primordialmente, en la custodia de los propios hijos, cuya temprana edad los hace particularmente sensibles a comportamientos desleales —como el que se evidencia en este caso por parte del padre—, por medio de los cuales uno de los progenitores, mostrándose intransigente a la hora de compartir la responsabilidad parental, desautoriza o desvaloriza frente a ellos la figura del otro, aunque sea inconscientemente, utilizando para tal fin cualquier fórmula atractiva que sirva para procurar su alianza o complicidad —particularmente, como aquí ocurre, las que recompensan la natural tendencia lúdica de los niños y su comprensible resistencia a la disciplina académica—, con el propósito de colocarlos a su lado en el conflicto y concitarlos contra el

otro de modo que su opinión o deseo, aunque no nazca de una madurez reflexiva imposible por su edad, coadyuve a desnivelar definitivamente la balanza en su favor por lo que se refiere a la siempre comprometida y compleja decisión judicial, aunque sea a costa del inevitable perjuicio para el desarrollo de sus personalidades derivado del desequilibrio en las referencias y modelos imprescindibles para su adecuado crecimiento —perjuicio que no puede entenderse compensado en este caso con los inestimables cuidados de una cuidadora de confianza— y, además, con el consiguiente daño para su formación cultural y académica —que tampoco puede entenderse reparado aquí solo con el concurso de una profesora particular.

Es por ello que se estima este motivo único del recurso extraordinario por infracción procesal, con las consecuencias que se dirán tras el examen del correspondiente recurso de casación.

El primer motivo del recurso de casación denuncia la indebida aplicación del artículo 92 CC y la inaplicación igualmente indebida del artículo 82.2 CF en relación con el artículo 76.1.a) CF y con el artículo 111.5 del Codi civil de Catalunya, con cita de nuestra STSJC núm. 29/2008, de 31 de julio, al haber fundado el tribunal *a quo* su negativa a la concesión de la custodia compartida en el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal, al que se otorga sin más carácter vinculante a la vista de la falta del correspondiente acuerdo al respecto entre los progenitores, cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales de Cataluña que no puede entenderse resuelta con la emisión de una sola sentencia de esta Sala de casación.

En efecto, como ya hemos adelantado, la sentencia recurrida (FJ 2) funda su decisión contraria a la custodia compartida en la falta de concurrencia de «los presupuestos del artículo 92 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio» y, singularmente, a la vista de la falta de acuerdo de los progenitores para su establecimiento, en la ausencia del «informe favorable del Ministerio Fiscal».

El motivo así expuesto debe ser estimado.

Como tuvimos ocasión de aclarar en la aludida STSJC núm. 29/2008 y de reiterar en la

STSJC núm. 31/2008 (de 5 de septiembre), el artículo 92 CC no es aplicable en el territorio del derecho civil catalán, en el que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 111.5 C.C.Cat., rige en esta materia lo dispuesto en el artículo 82.2 CF en relación con el artículo 76.1.a) CF, conforme a los cuales ha sido posible y sigue siéndolo disponer entre nosotros la guarda y custodia «compartida» por los progenitores de sus hijos menores de edad, aun sin acuerdo (*vid.* STS 1.ª 623/2009, de 8 de octubre —FJ 5—), de la misma manera que también lo era en el sistema del Derecho civil común antes de la entrada en vigor de la nueva regulación (véase la STC 4/2001, de 15 de enero), ponderando en su aplicación las circunstancias de cada caso atinentes a la cuestión.

Por lo demás, en la adopción de la correspondiente decisión se habrá de evitar especialmente que de ningún modo hayan podido ser utilizados los menores como objeto o como instrumento del conflicto matrimonial, debiendo dejar suficientemente expresadas en la motivación correspondiente las razones esenciales de la conclusión finalmente adoptada (STS 1.ª 623/2009, de 8 de octubre), a fin de comprobar que se ha tenido en cuenta siempre y en todo momento el interés superior del menor, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia.

Así se desprende del artículo 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre 1989; del artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; y del principio mínimo 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE núm. C.241 de 21 de septiembre de 1992), documentos internacionales todos ellos que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (artículo 39.4 CE). En el mismo sentido, deben tenerse en cuenta los artículos 12.1.b) y 3.b), 15.1 y 5 y 23 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, en vigor desde el 1 de marzo de 2005.

Así resulta también del artículo 82.2 en relación con el artículo 76, ambos del Codi de Família de Cataluña aprobado por la Llei 9/1998, de 15 de julio, y del artículo 3 de la Llei 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, de manera congruente con lo dispuesto en el artículo 752.2 LEC sobre la facultad de los tribunales de decidir en este punto lo más adecuado para los menores al margen de las concretas pretensiones de las partes del procedimiento.

Así lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, según el cual constituye «un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional» (STC 141/2000, de 29 de mayo) y un «criterio básico y preferente» en los procedimientos en materia de familia (ATC 127/1986, de 12 de febrero), que «debe inspirar la actuación jurisdiccional» (STC 217/2009, de 14 de diciembre) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso *ex officio* sobre todo lo concerniente a los menores (STC 4/2001, de 15 de enero).

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, para el que debe prevalecer «incluso por encima del de sus progenitores» (STS 1.ª 719/2003, de 9 de julio) y cuyas características de orden público lo convierten en un principio de necesaria observancia por jueces y tribunales (STS la 614/2009, de 28 de septiembre).

Así, finalmente, lo ha considerado en el ámbito de sus competencias esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, catalogándolo de «regla universal (...) que siempre ha de prevalecer» en materia de guarda y custodia de menores (STSJC 31/2008, de 5 de septiembre), conteniendo «elementos indiscutibles de *ius cogens* no dispositivos para ninguna de las partes» que justifican la actuación *ex officio* del tribunal (STSJC 29/2008, de 31 de julio).

Cierto es, de todas formas, que, por tratarse de un concepto indeterminado y por resultar incapaz la ley para supervisar todas las relaciones interpersonales estableciendo pautas uniformes y generales al respecto, entre nosotros el interés superior del menor afectado por un proceso judicial habrá de ser precisado caso por caso por los tribunales sobre la base de la información recabada al respecto en el procedimiento. No

existe en nuestra legislación —ni en la estatal ni en la autonómica— una lista de criterios de referencia para poder identificarlo con carácter general, a fin de comprobar en qué medida haya podido quedar satisfecho por la concreta decisión adoptada en relación con la guarda y custodia, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones extranjeras, como las de Francia o Inglaterra, o las de Estados Unidos, Suecia o Canadá (*vid.* STS 1.ª 623/2009, de 8 de octubre —FJ 5—).

Precisamente por su carácter eminentemente casuístico, nos vimos obligados a recordar que su revisión casacional sólo podría afrontarse, en su caso, en aquellos supuestos en que la concreta solución adoptada por el tribunal de instancia sobre la guarda y custodia debiera tenerse como «irracional, ilógica o arbitraria, o, en su caso, claramente atentatoria contra el interés de los menores» (STSJC 29/2008, de 31 de julio), o lo que es lo mismo —como de forma más didáctica ha declarado el TS—, «la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá» (STS Ia 614/2009, de 28 de septiembre —FJ 2—).

De cualquier manera, nada se opone a que, a falta de un acuerdo inobjetable al respecto de los progenitores (artículo 78.1 CF), que en la medida de lo posible debería ser instigado (artículo 79.2 CF), se llegue en nuestro territorio autonómico a soluciones judiciales parecidas a las que se vienen propiciando por las legislaciones extranjeras de nuestro entorno (*vid.* STS 1.ª 623/2009, de 8 de octubre —FJ 5—).

De hecho, en los acuerdos internacionales relativos a los menores (artículo 39.4 CE) se encuentran algunas pautas esenciales acerca del modo de atender a la efectiva protección de los intereses de los hijos menores en supuestos de rupturas matrimoniales, en especial, en el artículo 9.3 CIDN, que establece como derecho básico y fundamental el de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular y adecuado, con la única excepción de que ello sea contrario a su «interés superior».

No es extraño, por lo tanto, que en algunos países de nuestro entorno (Suecia, USA), en los supuestos de rupturas matrimoniales se atienda especialmente a esa necesidad de contacto estrecho y adecuado preferentemente bajo el principio de corresponsabilidad parental (*Joint custody*) como la fórmula más adecuada para procurar la satisfacción de los derechos del menor tras la crisis familiar, o, en los casos en que no haya más remedio que confiar la custodia a uno de los padres (*soie custody*) —solo porque así lo exija el interés del menor y sin perjuicio de considerar su deseo cuando tenga suficiente uso de razón—, otorgando la custodia a aquel de los dos progenitores (*friendly parent*) que, en principio, favorezca más y mejor el contacto estrecho y adecuado entre el menor y el progenitor no custodio y con su particular entorno familiar.

Por todo ello —lo razonado tanto en el presente fundamento como en el anterior—, consideramos en este caso que la guarda y custodia compartida es el instrumento más adecuado y eficaz para satisfacer el interés superior de los dos menores —en cuanto a la descripción de algunos beneficios de la custodia compartida nos remitimos a lo expuesto en nuestra STSJC 29/2008, de 31 de julio—, en la medida en que estimamos que ambos padres son igualmente capaces para asumir su cuidado y, de acuerdo con lo informado por los especialistas, que cada uno de ellos está en condiciones de ejercer —ya que no conjuntamente, al menos cumulativamente, cada uno por su cuenta— sobre ellos una influencia beneficiosa en diferentes aspectos esenciales para su formación integral, para lo cual resulta esencial otorgarles frente a los menores una posición idéntica como corresponsables perfectos de su cuidado —si bien de forma alterna—, con el fin de evitar que los niños puedan constituir en el futuro un objeto o un instrumento del conflicto matrimonial. Precisamente por esta razón, deberá valorarse muy especialmente por el órgano encargado de acometer la ejecución de la presente sentencia la adecuada disposición que cada uno de los progenitores muestre para su cumplimiento voluntario, recabando los informes periódicos que se consideren necesarios para valorar el progreso de la medida, a los eventuales efectos de una ulterior modificación del régimen de custodia.

A tal efecto, se dispone la guarda y custodia compartida de los menores G. y M. por sus padres, en sus respectivos domicilios, por semanas alternas enteras que se contarán de viernes a viernes, tomando como momento del cambio de custodia la hora de salida del colegio, con

independencia de que el día en cuestión sea o no festivo y de que por cualquier motivo el menor o los menores no hayan asistido ese día al colegio; y las vacaciones por mitad, en la misma forma en que ya venían reguladas en el presente procedimiento.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Aunque se otorga la custodia compartida por semanas alternas, dada la importante diferencia de capacidad económica entre ambos progenitores, se fija una pensión alimenticia para los dos hijos de 1.600 euros mensuales a cargo del padre.

TSJC, Sala Civil, Sentencia de 3 de marzo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio**

El segundo motivo del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 267 CF en relación con el artículo 76.1.C CF, por considerar que, aun cuando se adopte la decisión de otorgar la guarda y custodia compartida, procederá igualmente fijar una pensión de alimentos por importe de 4.000 euros mensuales a favor de los hijos y a cargo del padre, a quien se atribuye una capacidad económica muy superior a la de la recurrente.

Este motivo se estima parcialmente.

En efecto, en la STSJC núm. 29/2008 dijimos que: «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 pen-

sión 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».

Por otra parte, en la STSJC núm. 31/2008 precisamos que: «El artículo 76.1.c) del Codi de Família, es plenamente aplicable a los casos de custodia conjunta o compartida, en los que, obviamente, procede la fijación de alimentos —lo contrario iría en contra del fundamental principio del *favor filii*—, atendiendo al binomio posibilidad-necesidad contemplado en el artículo 267.1 del propio Codi».

Pues bien, por la lectura de la sentencia de primera instancia (FJ 5.º) no modificada en este extremo por la sentencia de apelación, en el presente supuesto se evidencia la mayor capacidad económica del padre, cuyo patrimonio personal se confunde con el de un entramado de sociedades mercantiles, con cargo a las cuales se abona la «práctica totalidad» de sus gastos personales, frente a la menor capacidad económica de la ma-

dre. 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 in-

dependencia del que en cada momento los tenga en su compañía.

Dicha pensión deberá ser abonada por el padre a la madre, en la cuenta corriente que ésta designe y comunique al Juzgado encargado de la ejecución a tal efecto, en los cinco primeros días de cada mes. El importe de esta pensión se revalorizará anualmente con efectos desde el primero de enero de cada año conforme al índice de precios de consumo que publica el INE u organismo que le sustituya.

En cuando a los gastos extraordinarios, deberán ser abonados por ambos progenitores por mitad.

VIVIENDA FAMILIAR

Como la madre dispone de una vivienda en la que se venía cumpliendo satisfactoriamente el régimen de visitas, aunque se acuerda ahora la custodia compartida por semanas alternas, no procede atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre e hijos al ser privativa del padre.

TSJC, Sala Civil, Sentencia de 3 de marzo de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio**

El tercer y último motivo del recurso, relacionado con el anterior, denuncia la infracción del artículo 82 CF en relación con el artículo 76.3.a) CF por considerar que, aun cuando se adopte la guarda y custodia compartida, procederá atribuir el uso del que había sido domicilio familiar a la recurrente, por ostentar ella junto con los hijos el interés más necesitado de protección en atención a los medios económicos que —según la recurrente— posee el otro progenitor.

En la STSJC núm. 31/2008 (5 de septiembre), al tiempo de desaconsejar con carácter general que en los supuestos de guarda y custodia compartida se atribuyera el uso del que fue domicilio familiar antes de la ruptura matrimonial por períodos temporales alternos —«pues ello no deja de ser una incomodidad para todos, amén de una fuente segura de conflictos»—, aclaramos que el artículo 83.2.a) CF contempla los supuestos en los que la guarda de los menores no se atribuya a uno solo de los progenitores, en cuyo caso establece que

«si la guarda deis filis es distribueix entre els cónjuges, resol rautoritat judicial», de modo que, «en tales casos, se faculta a los órganos jurisdiccionales para que adopten la solución más adecuada sobre la atribución del uso del que en su día constituyó el hogar conyugal, en función, obviamente, de la situación fáctica resultante como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial».

En el presente supuesto, habida cuenta que la vivienda que constituyó la sede del domicilio conyugal es propiedad exclusiva del padre y que la madre posee un domicilio adecuado, en el que viene cumpliendo satisfactoriamente el régimen de visitas hasta ahora establecido, no procede lo solicitado en este motivo, teniendo en cuenta además que este extremo ha sido ya considerado a los efectos de fijar el *quantum* de la pensión de alimentos que a partir de ahora deberá abonar el padre a la madre.

Por ello, se desestima este motivo del recurso de casación.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Concedida la pensión compensatoria en sede del proceso de separación, no cabe replantear la misma cuestión, salvo concurrencia de circunstancias modificativas de conformidad con el artículo 84.3 CF, en sede de divorcio. Menos aún cuando las partes han convenido su extinción mediante la adjudicación en pago de un inmueble con efectos *pro soluto*.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 28 de enero de 2010

Ponente: **Excma. Sra. D.^a M. Eugenia Alegret Burgués**

Los hoy litigantes, doña Carmen y don Ovidio, iniciaron un procedimiento de separación matrimonial en el año 2003 que terminó, después de agotar todas las instancias procesales, mediante sentencia firme de fecha 25 de mayo de 2006 por la que se dispuso que el Sr. Ovidio abonaría a la esposa en concepto de pensión compensatoria del artículo 84 del Código de familia de Catalunya la suma de 5.000 euros mensuales actualizables con el IPC anual durante el plazo de 10 años así como una indemnización del artículo 41 del propio Código de 1 millón de euros.

En ejecución de dicha sentencia de separación matrimonial las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial mediante el cual y en sendas escrituras públicas se convino: a) capitalizar la pensión compensatoria a cuyo pago había resultado condenado el Sr. Ovidio así como adjudicar en pago de la misma un inmueble a la Sra. Carmen y b) abonar la suma de 1.074.329 euros en concepto de indemnización del artículo 41 del Código de Familia. Se acordó igualmente que con la satisfacción de todos los pagos comprendidos en el acuerdo, las partes se daban por saldadas y finiquitadas de cuantos derechos y obligaciones respectivas tenían derivadas de la sentencia de 25-5-2006, sin derecho a reclamarse ni pedirse cantidad o derecho adicional alguno por ningún concepto.

Presentadas las escrituras ante el Juzgado, doña Carmen desistió de la ejecución emprendida.

En fecha 9 de enero de 2008 don Ovidio presenta demanda de divorcio contra doña Carmen en la que pretende que sus efectos se

acomoden a lo en su momento pactado entre ellos.

La Sra. Carmen se opuso a la demanda presentada estimando, de un lado, que el convenio y los pactos a los que habían llegado eran nulos y, de otro, que iniciado el procedimiento de divorcio, podía volver a replantearse la cuestión referida a la pensión compensatoria.

La sentencia dictada en apelación desestima dicha pretensión argumentando que: «... ambos ahora litigantes convinieron en la estipulación segunda, titulada “pensión compensatoria”, lo siguiente: “La sentencia núm. 19 de 25 de mayo de 2006 convenía el pago por parte de don Ovidio a favor de doña Carmen de 5.000 euros, actualizables con el IPC anual, con carácter mensual y por el plazo de 10 años constados a partir de la fecha julio del 2005. Ambas partes acuerdan transformar la pensión periódica y capitalizar el pago de la pensión compensatoria a través de la entrega del bien inmueble Casa Unifamiliar con jardín sito en Premiá de Dalt, C/ DIRECCION000 núm. NUM000, en concepto de libre de cargas y ocupantes. Dicha capitalización se realizará a través de adjudicación de bien inmueble en escritura pública en el día de hoy y se declarará por el valor que conste en la misma, siendo de cuenta y cargo exclusivo del (sic) D. Ovidio todos los gastos derivados de Notario y Registro de la propiedad de la cancelación de cargas y la oportuna escritura de adjudicación. En dicho acto de la escritura pública de adjudicación Don. Ovidio aportará la documentación de la casa...”.

En cumplimiento de dicho pacto consta también en las actuaciones la escritura de adjudicación en pago de la finca referenciada.

Y al tratarse la materia relativa a la pensión compensatoria no de derecho público sino de derecho dispositivo, por tanto, sujeta a la libertad de pactos que en nuestro ordenamiento jurídico autoriza el artículo 1255 del Código Civil, con las limitaciones que el mismo contempla de no ser contrarios a la ley, la moral ni el orden público, y siempre que concurren los requisitos que para los contratos prevé el artículo 1261 del mismo texto legal, esto es, consentimiento libre de los contratantes, objeto y causa, al haber convenido libremente los ahora litigantes que la pensión compensatoria en su día fijada a favor de la ahora apelada en la Sentencia de separación sea sustituida por la entrega de un bien inmueble, al haberse hecho mediante escritura pública la adjudicación del correspondiente bien, procede, como queda dicho, la estimación del recurso de apelación respecto a dicha pretensión».

En el recurso de casación que plantea doña Carmen contra la sentencia dictada por la Sección 12.^a antes referida, denuncia la infracción del artículo 84 del Código de Familia de Catalunya de 15 de julio de 1998 el cual dispone que:

«1. El cónyuge que, como consecuencia del divorcio o la separación judicial, vea más perjudicada su situación económica y, en caso de nulidad, sólo en cuanto al cónyuge de buena fe, tiene derecho a recibir del otro una pensión compensatoria que no exceda el nivel de vida del que disfrutaba durante el matrimonio, ni el que pueda mantener el cónyuge obligado al pago.

2. Para fijar la pensión compensatoria, la autoridad judicial debe tener en cuenta:

- a) La situación económica resultante para los cónyuges como consecuencia de la nulidad, el divorcio o la separación judicial y las perspectivas económicas previsibles para uno y otro.
- b) La duración de la convivencia conyugal.
- c) La edad y la salud de ambos cónyuges.
- d) En su caso, la compensación económica regulada en el artículo 41.3.

Cualquier otra circunstancia relevante.

3. La pensión compensatoria debe ser disminuida si quien la percibe pasa a mejor fortuna o quien la paga pasa a peor fortuna.

4. A petición de parte, la sentencia puede establecer las medidas pertinentes para garantizar el pago de la pensión y puede fijar los criterios objetivos y automáticos de actualización dineraria».

Considera la recurrente que la sentencia no ha aplicado correctamente la norma citada, ni ha valorado el desequilibrio patrimonial existente entre las partes ni la concurrencia de los restantes requisitos de dicho artículo.

El motivo debe ser rechazado por manifiestamente temerario. La Sala de apelación, lo que ha establecido es que la pensión compensatoria en su día reconocida a la Sra. Carmen en el proceso de separación previo había sido abonada ya por el deudor en la forma convenida por las partes, mediante su capitalización y la adjudicación en pago de un inmueble, siendo este pacto válido tanto en virtud de lo dispuesto en el artículo 1255 del CC como en relación con el artículo 85,2 del Código de familia y las sentencias de esta Sala 4 de octubre de 2001, 19 de julio de 2004 ó 10 de julio de 2006, las cuales admiten la validez de los pactos referidos a pensión compensatoria e indemnización del artículo 41 CF.

De este modo la última sentencia citada establece que:

«Por ello y 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 (artículo 1255 CC), siempre que se den los requisitos mínimos imprescindibles (artículo 1261 CC), respecto a cuya concurrencia en el presente caso se ha de aceptar la valoración del tribunal de apelación, y entre los cuales no se encuentra ninguno específico relativo a la forma (artículo 1278 CC en relación con el artículo 1280 CC), llegándose a admitir incluso que la

renuncia de los derechos pueda ser tácita (entre otras, STS 1.ª 30 de octubre de 2001)».

De igual modo la STSJC de 7 de mayo de 2007 declara que:

«En relació al primer dels raonaments a partir dels quals la Sentència recorreguda desestima la petició de la recurrent, cal tenir en compte el contingut de l'article 85 CF que de manera literal diu que «la pensió compensatòria s'ha de pagar en diners i per mensualitats avançades», configurant així la pensió compensatòria com una pensió periòdica. Aquesta norma, de caràcter imperatiu, només admet dues excepcions que faculden al cònjuge obligat al pagament a substituir el pagament en diners i per mensualitats avançades pel lliurament de béns en ple domini o en usdefruit: a) quan així ho acordin els cònjuges i b) per decisió judicial. Observem que la substitució de la pensió periòdica pel lliurament de béns la configura la citada disposició com una facultat del cònjuge obligat al pagament, facultat que, com hem vist, només pot exercitar si hi ha acord entre els cònjuges o si està emparada per una decisió judicial que autoritzi el canvi».

No cabe extenderse más respecto de esta cuestión suficientemente clara.

En el siguiente motivo del recurso de casación se denuncia una sedicente «tesis del carácter autónomo del divorcio» e infracción del artículo 86 del Código de Familia.

El primer motivo debe ser rechazado de plano ya que no existe tal tesis en la forma que se expresa (lo acordado en el procedimiento de separación respecto de la pensión compensatoria no implica que no pueda reclamarse de nuevo en el ulterior procedimiento del divorcio que goza de total autonomía respecto del primero).

El recurso de casación, que es un recurso de carácter extraordinario, no puede ser utilizado para plantear cualquier cuestión, ya que ha de fundamentarse en infracciones de tipo jurídico.

Las afirmaciones de la recurrente carecen de todo rigor y son contrarias a la doctrina de esta Sala pues como dice la sentencia de 7 de mayo de 2007 citando otras anteriores:

«perquè es pugui concedir la pensió compensatòria s'ha de produir un desequilibri econòmic en un cònjuge en relació amb la posició de l'altre que impliqui un empitjorament en la seva situació anterior al matrimoni, i que el realment rellevant per tal de determinar l'anivellament de les possibilitats econòmiques d'ambdós cònjuges per medi de la pensió compensatòria de l'article 84 del Codi de Família és el moment del trencament matrimonial, que s'ha d'ubicar en el moment de cessar la vida en comú, com diu la sentència d'aquest Tribunal STSJC núm. 38/2006 de 19 d'octubre que, recollint la doctrina de la Sala fixada ja en anteriors Sentències, senyala també que "la situació econòmica a valorar per la fixació de la pensió és el moment de la ruptura, sense que puguin ser ateses circumstàncies ulteriors o sobrevingudes que suposarien l'alteració de la naturalesa de la pensió i col·locarien el deutor en una posició permanent d'inseguretat jurídica" (STSJC núm. 38/2003, de 28 d'octubre i STSJC núm. 47/2003, d'11 de desembre), sens perjudici que el títol que genera el dret sigui la Sentència de separació nul·litat o divorci (STSJC núm. 35/2006 de 26 de setembre)».

Es claro pues que concedida la pensión compensatoria en sede del proceso de separación, no cabe replantear la misma cuestión, salvo concurrencia de circunstancias modificativas de conformidad con el artículo 84.3 CF, en sede de divorcio. Menos aún cuando las partes han convenido su extinción mediante la adjudicación en pago de un inmueble con efectos *pro soluto*. En la dación en pago coinciden deuda y el precio dado a los objetos transmitidos, teniendo caracteres propios por su finalidad extintiva de la obligación (SSTS de 4 de julio de 1997 o de 5 de octubre de 1987).

Tampoco ha infringido la sentencia el artículo 86 del Código de Familia como se dice en el recurso por no darse en el presente caso ninguno de los motivos de la extinción de la pensión que contempla dicho artículo toda vez que la transacción y la adjudicación en pago vienen contemplados en la normativa general —artículos 1809 y 1816 del Código Civil de 1889— como modo de extinguir las obligaciones además de los específicos de cada caso.

Como se deriva de la normativa antes citada y de las sentencias de esta Sala antes relacionadas, no es preciso, para que la transacción produzca efectos *inter partes*, que sea homologada judicialmente, sin olvidar, además, que en el aspecto procesal, la LEC dispone en el ar-

tículo 556 que el pago o cumplimiento de las sentencias o bien los pactos y transacciones convenidos entre las partes en documento público son motivos de oposición a la ejecución de sentencias firmes.

El motivo no merece mayores comentarios.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

La apelante no se casó con persona distinta de aquella con la que pretendía contraer matrimonio. Hay que entender que en la referencia a las «cualidades personales» se está contemplando las características interiores o internas, las endógenas o que no pueden apreciarse por signos externos de uno de los contrayentes, entre las que no puede incluirse el ejercicio de una profesión sin título habilitante para ello, incluso con lo que esto pueda representar en cuanto a falta de honradez del que así la ejerce.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 22 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Paulino Rico Rajo**

Contra la Sentencia dictada en fecha 23 de febrero de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Rubí en el juicio verbal sobre nulidad de matrimonio registrado con el número 133/2008 seguido a instancia de doña Covadonga contra don Mario, cuyo fallo ha quedado transcrito en el antecedente de hecho primero de esta resolución, interpone recurso de apelación la Sra. Covadonga en solicitud de que «se dicte sentencia mediante la cual se estime íntegramente el presente recurso de apelación y se revoque la Sentencia de instancia declarando la nulidad del matrimonio civil contraído por D. Mario y D.^a Covadonga, así como la condena en costas a la parte recurrida», al que se opone el Sr. Mario, y también se opone el Ministerio Fiscal.

Aduce la apelante, como primer motivo del recurso de apelación (alegación tercera), «infracción del artículo 73.4 del Código Civil», y señala que «erróneamente la Juzgadora ha interpretado que la cualidad esencial que motiva la petición de nulidad es el ejercicio de la profesión de médico (...); en realidad el motivo de la nulidad es la falta de honradez y la conducta delictiva del demandado, por venir ejerciendo una profesión de forma pública, notoria y continuada, careciendo de título oficial y con grave

perjuicio para la salud pública incluso de la propia Sra. Covadonga y de su familia (como ya se puso de manifiesto en el hecho segundo de nuestro escrito rector)».

Y en dicho hecho de la demanda rectora del procedimiento del que la presente alzada trae causa la actora, ahora apelante, tras manifestar que el precepto legal que motiva la demanda es el artículo 73 núm. 4 del Código Civil, aduce que «la causa es que el Sr. D. Mario —y con desconocimiento e ignorancia total y absoluta de mi representada— ha venido ejerciendo sin serlo la profesión de médico de forma pública y notoria desde el año 1995 hasta la actualidad, actuación gravísima por la enorme repercusión que ha podido acarrear a la salud pública y cuyos efectos reales esta parte aún desconoce, amén de que tan monumental engaño le ha sido infringido de forma continuada y durante más de doce años a mi representada».

Con lo que, de dicha transcripción de la parte del hecho segundo en la que, en esencia, la Sra. Covadonga basa su demanda de nulidad del matrimonio no puede considerarse, en absoluto, que resulte erróneo que la resolución recurrida haya interpretado que la cualidad esencial que motiva la petición sea «que el demandado se hizo pasar por médico de forma pública y noto-

ria durante 10 años», que es lo que, literalmente se dice en la Sentencia apelada que vine a coincidir, aunque con otras palabras, con lo argüido por la demandante en su demanda.

Como tampoco puede considerarse que la resolución recurrida infrinja el artículo 73.4 del Código Civil.

Y es que al disponer dicho precepto legal que es nulo el «matrimonio celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento», descartada la causa relativa a la identidad de la persona en el caso de autos pues es claro que la apelante no se casó con persona distinta de aquella con la que pretendía contraer matrimonio, hay que entender que en la referencia a las «cualidades personales» se está contemplando las características interiores o internas, las endógenas o que no pueden apreciarse por signos externos de uno de los contrayentes, entre las que no puede incluirse el ejercicio de una profesión sin título habilitante para ello, incluso con lo que esto pueda representar en cuanto a falta de honradez del que así la ejerce, como se infiere, sin duda, de que cualidad es sinónimo de propiedad, atributo, condición, naturaleza, peculiaridad, todas ellas cualidades o aspectos interiores o intrínsecos de la persona, a diferencia del ejercicio de una profesión que es un distintivo exógeno que se manifiesta externamente, aunque unas y otra puedan contribuir al desarrollo de la personalidad.

Así se deriva de la jurisprudencia sobre la referenciada causa de nulidad al señalar ésta que «la norma en cuestión se refiere no a cualquier cualidad individual equivocada, sino a aquellas que por su entidad hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento» (STS de 11 de julio de 1987, ROJ: STS 4957/1987), y en el mismo sentido se ha pronunciado esta Sección al decir que «más bien están referidas, según constante doctrina legal, a supuestos tales como enfermedades físicas o mentales importantes; patologías que incapaciten la procreación, u otros supuestos que de haberse conocido hubieren evitado la prestación del consentimiento» (Sentencia núm. 254/04, de 28 de abril de 2004), y que «Se entiende que la cualidad per-

sonal se predica tanto de la dimensión física de la persona como de la psíquica, incluyéndose aquí las deficiencias o anomalías psíquicas que no impiden ni obstaculizan la emisión de un consentimiento válido por parte de quien las padece» (Sentencia núm. 178/2006, de 17 de marzo de 2006).

Con lo que atendido el hecho de que la propia demandante manifiesta que conoció al Sr. Mario en el año 1990 en el Institut Guttmann (el demandado fija el conocimiento mutuo en el año 1989), que ella compaginaba sus estudios de enfermería con su trabajo los fines de semana en el citado centro y el Sr. Mario realizaba su trabajo como auxiliar de enfermería, que en el año 1997, consolidado el noviazgo, adquirieron un inmueble (el demandado lo señala en el año 1998), que en dicho año el Sr. Mario por una promoción interna asciende a la categoría de técnico auxiliar clínico, que en dicho año éste le dijo que había concluido su carrera de medicina, el propio entorno en que se conocieron, el hecho de que la demandante no era totalmente ajena a la profesión médica, hace presuponer que, no obstante lo que el Sr. Mario le manifestara sobre sus estudios y posteriormente sobre la finalización de la carrera de medicina, incluso el hecho de que hubiera venido ejerciendo la misma sin título habilitante, con una diligencia media por parte de la recurrente hubiera, fácilmente, constatado que dicha finalización de la carrera de medicina no era cierta y que no estaba habilitado para ejercerla, por lo que, en definitiva, y con independencia sobre la colaboración de la ahora recurrente en el ejercicio de dicha profesión que el demandado alega en su escrito de contestación a la demanda y viene a reproducir en el escrito de oposición al recurso de apelación que no es dable analizar en esta resolución al encontrarse en trámite un procedimiento penal, respecto a lo que por el juzgador *a quo* se desestimó la prejudicialidad penal alegada por la Sra. Covadonga, al no poderse considerar tampoco que la Sentencia recurrida haya infringido lo dispuesto en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por cuanto es clara, precisa y congruente con el objeto del procedimiento determinado por la pretensión oportunamente deducida en la demanda, procede la desestimación del recurso de apelación.

PATRIA POTESTAD

No hay incumplimiento de las funciones de la patria potestad, ya que la madre, tras trasladar su residencia a un pueblo cercano a la capital, inscribió a la hija en el colegio público que pudo conseguir, comunicando esta circunstancia al padre, quien no ha logrado acreditar la posibilidad de obtener otro colegio que él considerara «mejor».

AP Granada, Sec. 5.^a, Sentencia de 29 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaró Lazcano**

Nos encontramos ante un supuesto sometido a preceptos y principios de *ius cogens*, «derecho imperativo», o «derecho necesario», en el que debe primar el derecho prioritario del menor, conforme asimismo al preferente *favor filii*. Por tanto, antes de si el padre o la madre procedieron conforme al Convenio Regulador, debe examinarse si lo acordado respecto del menor no le es perjudicial, así como no notoriamente beneficioso al retorno a la situación anterior. La madre traslada la residencia al pueblo de Atarfe (Granada), por lo que tras las oportunas comunicaciones al padre inscribió a la hija en el colegio que pudo conseguir de dicha localidad. El padre tampoco

logró otro centro en el citado municipio que él considerara «mejor». Tratándose de colegios públicos o concertados, no de educación especial, debe acreditarse el perjuicio causado en la menor, por el cambio de matrícula, lo cual no consta. La madre tuvo un comportamiento en consonancia con la existencia de «patria potestad» compartida, sin que por la dinámica existente en el Juzgado de Familia, debida a la acumulación de autos, pudiera haberse resuelto antes del inicio del curso escolar, considerándose ahora absolutamente contrario a los derechos de la menor al carecer de causa justificativa, acordar el traslado de la misma al anterior centro escolar.

Se acuerda el ejercicio exclusivo de la patria potestad por parte del padre habida cuenta de la situación física y psíquica en la que hasta este momento se ha encontrado la madre, debiendo tenerse en consideración también los graves conflictos personales existentes entre la madre y el hijo.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 12 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

Conviene aclarar, dando respuesta a la pretensión relativa a la patria potestad, que, en realidad, el pronunciamiento contenido en la resolución apelada no significa ni implica una privación efectiva de la patria potestad, sino que, antes bien, se ha resuelto atribuir el ejercicio exclusivo de dicha función al padre, en estricto cumplimiento de lo señalado en el artículo 156, final, del Código Civil que, frente al principio general del ejercicio conjunto de dicha potestad entre ambos progenitores establecido en dicho precepto, dispone, para los supuestos de separación de éstos,

el ejercicio de la misma por el progenitor con quien reside el hijo.

Cabe recordar que el marco jurídico en que se mueve la privación de la patria potestad, o cualquier limitación de su ejercicio, está inspirado en el principio del beneficio de los hijos como fin último de dicha institución, prevaleciendo el criterio restrictivo en su aplicación, dada la gran trascendencia de dicha medida; pues si bien es cierto que la patria potestad debe ejercerse siempre en beneficio de los menores, siendo indiscutible tal función, ello no impide que en

determinados supuestos se pueda resolver sobre la restricción de dicha función para uno de los progenitores, o para ambos en supuestos excepcionales, siempre que concurren los requisitos legales, pues como reitera el Tribunal Supremo (entre otras, sentencias de 23 de julio de 1987 y 30 de abril de 1991) la limitación en dicha función tiene un carácter restrictivo exigiendo para ello no solamente el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones para con los hijos, sino también deduciéndose de dicha limitación una consecuencia beneficiosa para dichos hijos.

Sentado lo anterior, y conforme a dicha doctrina y jurisprudencia, resulta ajustado a derecho el argumento establecido en la sentencia apelada, en justificación de la medida relativa al ejercicio de la patria potestad en favor del padre, no siendo necesario reiterar la situación física y psíquica en la que hasta este momento se ha encontrado la recurrente, teniendo en consideración, por otra parte, los graves conflictos personales existentes entre la madre y el hijo, lo cual se fundamenta a través del relato fáctico que la propia recurrente hace en el escrito de contestación y reconvención planteada en su momento, de tal manera que ello ha provocado que desde hace tiempo no exista comunicación y contacto alguno entre ambos, puesto que desde principio del año 2007 dicho hijo ya convive con el padre, todo lo cual deter-

mina la desestimación del recurso en este apartado, como también es de rechazar aquella otra pretensión relativa al establecimiento de un régimen de visitas, siendo así que aun propiciándose inicialmente las comunicaciones entre aquella y dicho hijo, según lo acordado en su momento en el auto de medidas provisionales, es lo cierto que con posterioridad se dictó resolución acordando la suspensión de dichas visitas, con base, precisamente, a los propios informes emitidos desde el punto de encuentro, ante la imposibilidad de su cumplimiento, subsistiendo la conflictividad personal entre ambos y la problemática familiar que impide, por el momento, dichas comunicaciones, sin perjuicio del sometimiento de la madre al oportuno tratamiento psicológico y farmacológico, y de analizar en el futuro la evolución de la situación familiar, y la personal afectante a aquella, en orden a restablecer tales comunicaciones para el futuro, pues no se olvide que en estos supuestos es de aplicación el artículo 39 de la Constitución, el artículo 94 del Código Civil y el artículo 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, que reconoce a los menores la titularidad de derechos en orden a la elección del entorno personal y familiar que les corresponde vivir, una vez que se ha producido la ruptura definitiva, personal, de sus progenitores.

GUARDA Y CUSTODIA

La incompatibilidad entre madre e hijo que se deduce de las actuaciones y justifica la atribución de su custodia al padre no es razón suficiente para derivar, asimismo, la custodia de la hija al progenitor, cuando aquella incompatibilidad no se evidencia entre madre e hija, antes al contrario se ha manifestado una clara y firme voluntad de la hija de permanecer con la madre y su adaptación al lugar donde reside con ella.

AP Granada, Sec. 5.^a, Sentencia de 29 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Maldonado Martínez**

La cuestión que se debate en el presente recurso viene referida a la atribución de la guarda y custodia de Francisco Javier y Gema, los dos menores hijos de los litigantes, actualmente de 17 y 13 años de edad respectivamente, habiéndose acor-

dado en la sentencia de instancia que la custodia del hijo se atribuya al progenitor y la de la hija a la progenitora, siendo ésta la decisión que combate el padre, quien pretende para sí la custodia de ambos menores, fundamentándose su recurso

en la vulneración del principio del *favor filii* y del artículo 92 del Código Civil en cuanto a la conveniencia de no separar a los hermanos.

Los esposos litigantes vivían en la ciudad de Granada con sus hijos, pero con motivo del traslado voluntario de la progenitora —profesional de la enseñanza— a la ciudad de Valencia, en el año 2007, se deterioraron las relaciones entre la pareja motivando la demanda de separación. Si bien originariamente los hijos permanecieron con el progenitor, en sede de medidas provisionales previas se acordó por auto de 29 de noviembre de 2007 conferir la guarda y custodia de Francisco Javier al padre y la de la hija a la madre, decisión que se ha mantenido en la sentencia que se recurre, fundamentalmente, en base al informe psicosocial y a la voluntad manifestada de los menores, habida cuenta de la capacidad de ambos padres para ejercerla.

Efectivamente, como señalaba esta Sala en sentencias de 22 de junio y 19 de octubre de 2007 y 17 de julio de 2009, «para decidir acerca de situaciones que afectan a menores, es criterio preferente el del “interés del menor”. Dicho principio tiene rango constitucional en el artículo 39 de la Constitución y está presente asimismo, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor —y su expresión autonómica, la Ley 1/1998, de 20 de abril, en su artículo 3—, y ha sido acogido en textos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, de Nueva York, de 20 de noviembre de 1989, así como en la Carta Europea de los Derechos del Niño, Resolución A 3-0172/92, aprobada por el Parlamento Europeo, principio básico que se refleja asimismo en el Código Civil, citándose al efecto su artículo 92, en su redacción operada por Ley 15/2005, de 8 de julio, y los artículos 154, 156, 158, 161 y 172 del mismo en donde se hace referencia al interés de los menores o a la adopción de medidas en su beneficio. Debe señalarse, finalmente, que el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, y para su aplicación debe tenerse presente no sólo las circunstancias ya acaecidas sino las que se prevean razonablemente que puedan suceder y los efectos que aquéllas han producido en el menor o éstas puedan producir en el futuro.

La mención del párrafo cuarto del artículo en 92 *in fine* del Código Civil, en su redacción anterior a la Ley de 8 de julio de 2005, respecto a que cuando se decidía sobre la atribución de la custodia de los hijos se debía procurar «no separar a los hermanos», venía inserta en el marco del régimen y atribución de la patria potestad o de la guarda y custodia cuando se producía la crisis matrimonial, y parecía difícil aprehender su «ratio», por la incompatibilidad que suponía su aplicación en el supuesto legal, esto es, cuando se acordaba que «el cuidado de ellos corresponda a uno u otro», y por ello que parecía más que un mandato terminante una exhortación al Juez para que tratase de evitar dicha situación de separación de hermanos, aunque no impedía que se acordase dicha separación si así convenía a los hijos, y por ello que la jurisprudencia venía entendiendo que esa separación de los hermanos tenía que tener causas justificadas, como la notoria diferencia de edad (SAP Córdoba —2.ª— de 26 de marzo de 2004), deterioro de la relación progenitor-hijo con rechazo a dicho progenitor (SAP Barcelona —12.ª— de 9 de septiembre de 2004, SAP Valencia —10.ª— de 5 de junio de 2003 y de 8 de marzo de 2005), enfrentamientos serios entre hermanos (SAP Alicante —5.ª— de 27 de enero de 2005), voluntad de los hermanos auténtica y exenta de manipulaciones, situaciones consolidadas en el tiempo (SAP Ávila —1— de 25 de abril de 2005).

Tras la Ley de 8 de julio de 2005, la mención referida se proyecta para los casos de custodia compartida y así en el artículo 92.5 se dice que «Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos». Parece que la actual exhortación al Juez, debe entenderse en el sentido de que la atribución de la guarda y custodia compartida supone que todos los hijos están en un momento determinado bajo la custodia de uno de sus progenitores, aunque esa singular situación im-

plica la contemplación de períodos temporales de ejercicio. Pero ello no es obstáculo para que, fuera de los casos de custodia compartida, la custodia la tengan un padre respecto a determinado hijo o hijos y otro respecto a otro u otros, si así conviniere a su interés, que es el supremo principio al que se somete esta materia.

Por tanto, en el caso de autos, como no se ha planteado la custodia compartida, no hay infracción del artículo 92 del Código Civil por el hecho de mantener la custodia de cada uno de los hermanos en cada uno de los progenitores, sin que, por otra parte se advierta que el Juzgador haya infringido el principio general del *favor filii* o interés del menor, para lo que basta observar las conclusiones del informe psicosocial que así lo aconsejan y, fundamentalmente, la voluntad manifestada de los menores —folios 537 y 538—, que en el caso presente ha de tenerse muy en cuenta a la vista de su edad. La incom-

patibilidad entre madre e hijo que se deduce de las actuaciones, y que justifica la atribución de su custodia al padre, no es razón suficiente para derivar asimismo la custodia de la hija al progenitor, cuando aquella incompatibilidad no se evidencia entre madre e hija, antes al contrario se ha manifestado una clara y firme voluntad de la hija de permanecer con la madre y de su adaptación al lugar donde reside con ella, así como de mantener el contacto con su padre y hermano. Parece patente que si bien privar al hijo del contacto con su progenitora no parece que vaya a redundar en su perjuicio, dado que sus relaciones son muy tensas —basta su afirmación de que le ha faltado el respeto— y su voluntad es restringir al mínimo dichos contactos, no puede decirse lo mismo si se priva a la hija del contacto con su madre, cuanto más que ésta no tiene inconveniente alguno en viajar para ver a su padre y hermano.

El sistema de guarda y custodia compartida ha de suponer una implicación de ambos progenitores para decidir diariamente las cuestiones que pueden presentarse en la vida del hijo menor de edad, prácticamente como si de hecho la ruptura de la unidad familiar no se hubiera producido, lo que ha de presuponer una buena relación o entendimiento entre los progenitores que permita, entre otras cosas, que los hijos no perciban o noten un continuo trasiego de permanencia con uno u otro progenitor. No consta en las actuaciones datos objetivos que aconsejen un cambio de la guarda y custodia que ha venido siendo ostentada por el padre, y podría resultar contraproducente para la hija de quince años obligarle a una permanencia no deseada con la madre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Paulino Rico Rajo**

Por lo que hace a la pretensión de la recurrente sobre la guarda y custodia de la menor Aída, nacida en fecha 11 de febrero de 1994, por tanto, con 15 años a la fecha de esta Sentencia, ha de señalarse que como ha tenido ocasión de decir esta Sala con anterioridad, el sistema de guarda y custodia «compartida» ha de suponer una implicación de ambos progenitores, padre y madre, en todo lo atinente a los hijos, como puede ser la autorización para salir hasta determinada hora o para ir a cierto espectáculo o a estudiar a casa de un compañero o un amigo o, en definitiva, todo aquello que diariamente

puede presentarse como necesario de control o autorización en la vida del hijo menor de edad prácticamente como si de hecho la ruptura de la unidad familiar no se hubiera producido, lo que ha de presuponer, en el sentido de darse previamente por sentada, una buena relación o entendimiento, complicidad si se quiere, entre los progenitores que permita, entre otras cosas, que los hijos no perciban o noten, aun resultar ello más bien un desideratum, un continuo trasiego de permanencia con uno u otro progenitor, sin que el hecho de exigirse cierta armonía entre las relaciones de los progenitores suponga que am-

bos progenitores estén de acuerdo en ello, por cuanto aun estándolo puede revelarse perjudicial para los menores, que es el interés superior de éstos el que tiene que tenerse preferentemente en cuenta a la hora de adoptar las medidas que les afecten, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.2 del Código de Familia, por cuanto de lo que se trata, en los supuestos de ruptura de la convivencia familiar como consecuencia de la ruptura de la relación de los miembros que componen el matrimonio que aboca a la nulidad, a la separación o al divorcio del mismo es de la necesidad de elegir con cuál de los progenitores han de continuar conviviendo los hijos, y que, en determinados casos, atendida la edad de los mismos, podrán ellos mostrar su voluntad, y si se aprecia que concurren los requisitos de entendimiento entre los progenitores, cercanías de residencias de éstos y colegios de los hijos, bienestar que ello pueda reportar a la prole, no parece que haya de haber obstáculo en la regulación de la custodia compartida, ya que de lo que se trata, en definitiva, es de que los hijos sigan recibiendo de los progenitores todo aquello que éstos vienen obligados a darles en virtud de la función en que consiste la potestad pero que, al no poder dársele ya bajo el mismo techo, se lo sigan proporcionando bien en distintas viviendas, o incluso en la misma como en ocasiones se ha hecho, si se dan las

circunstancias para la atribución de la guarda y custodia compartida, pero si no concurren las circunstancias para dicha forma de custodia, ha de optarse, necesariamente, por la atribución de la misma a uno u otro progenitor, sin que ello signifique que se vulnere ni el principio de igualdad ni el de no discriminación por razón de sexo, y sin que ello suponga, tampoco, que uno u otro progenitor esté más o menos capacitado que el otro, sino la apreciación, del conjunto de la prueba, con cuál de ellos se encontrarán más a gusto los hijos, sin que para ello deba tenerse en cuenta la mayor o menor capacidad económica de uno u otro.

En el caso de autos consta acreditado que la menor llevaba conviviendo con el padre unos tres años en el momento de practicarse la exploración judicial en la primera instancia, y en dicho acto manifestó abiertamente que desea seguir viviendo con él, por lo que, al no constar en las actuaciones datos objetivos que aconsejen un cambio de la guarda y custodia que ha venido siendo ostentada por el ahora apelado y derivarse de lo manifestado por la hija en dicha exploración que podría, incluso, resultar contraproducente para la misma obligarle a una permanencia no deseada con la madre, procede, sin necesidad de mayor razonamiento, la desestimación del recurso de apelación en cuanto a dicha pretensión.

Se otorga la custodia a la madre, ya que la actitud de ésta con respecto al padre es positiva, lo cual no sucede en el caso contrario, así en este informe psicosocial se manifiesta: «habría que señalar un elemento fundamental y diferenciador, que es que la madre promociona y alienta la relación del menor con su progenitor, facilitando la relación paternofilial y refiriendo en todo momento que es un buen padre para Luis Alberto y, por el contrario, nos encontramos que por parte del progenitor transmite al menor una imagen negativa materna, y refuerza al niño su respuesta en contra de la madre, dando lugar a que el menor perciba el conflicto».

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 25 de enero de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés

Para el análisis de la cuestión suscitada en relación a la guarda y custodia hay que tener en cuenta que toda ruptura matrimonial al implicar

la cesación de la convivencia familiar lleva consigo la imposibilidad de permanencia de los hijos con ambos cónyuges, debiendo necesariamente

encomendarse la custodia de los mismos a uno de ellos, sin que tal atribución lleve consigo la incapacidad o insuficiencia del otro cónyuge para realizar labores educativas de los menores, sino simplemente la necesidad física de permanencia con uno de ellos. Y el principio básico y fundamental que rige en esta materia es «el *favor minoris*» que viene recogido en la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 94, 151, 154, 158 y 170). Por lo tanto deben apreciarse determinadas circunstancias que revelen el interés supremo del menor, que debe sin duda ser preferentemente tutelado tal como establece el apartado segundo del artículo 92 del Código Civil, y así habrá de ponderarse el ambiente más propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor, la atención que puedan prestarle en el orden tanto material como afectivo cada uno de los progenitores, la madurez intelectual y volitiva del menor, etc.

Es cierto que el equilibrio psicológico del demandante don Prudencio es mayor que el de la demandada doña Penélope, así en el informe pericial psicológico que obra del folio 382 al 390 ambos inclusive se manifiesta que el primero obtiene valores altos en cualidades que son importantes para ejercer el rol custodio, mientras que la segunda obtiene valores medios en cualidades que son importantes para ejercer el rol custodio,

no obstante ello la pretensión revocatoria de la parte apelante en este punto no puede prosperar, ya que la madre desde el nacimiento del menor ha tenido una preferente y adecuada dedicación, así en el informe pericial social que obra del folio 373 al 381 ambos inclusive se afirma que «se describe como muy positiva la labor de la madre y se aprecia una actitud de gran responsabilidad y adecuada labor educativa para el buen desarrollo y funcionamiento del menor que ha venido ejerciendo desde el nacimiento, y así lo ha confirmado el padre delegando en ella exclusivamente el cuidado y atención del menor». Por otra parte la actitud de la madre con respecto al padre es positiva, lo cual no sucede en el caso contrario, así en este informe se manifiesta: «habría que señalar un elemento fundamental y diferenciador, que es que la madre promueve y alienta la relación del menor con su progenitor, facilitando la relación paternofamiliar y refiriendo en todo momento que es un buen padre para Luis Alberto, y por el contrario, nos encontramos que por parte del progenitor transmite al menor una imagen negativa materna, y refuerza al niño su respuesta en contra de la madre, dando lugar a que el menor perciba el conflicto». La desestimación de la primera parte apelante en materia de guarda y custodia lleva consigo de conformidad con el artículo 96.1 del CC la desestimación de la petición que realiza esta parte apelante con respecto a la atribución de uso de la vivienda familiar.

La perito judicial considera que la voluntad del menor en el cambio de custodia está firmemente asentada y fundamentada. A la vista de dicho informe y de la experiencia ya vivida de estos últimos cuatro años en Córdoba, donde sin duda sí ha habido integración, el período evolutivo en el que se encuentra el hijo —inicio de la adolescencia— lleva a la Sala a participar de la conclusión de la Juzgadora de instancia, por cuanto contrariar en este período evolutivo su voluntad, y siempre que ésta no obedezca a un capricho, puede ser contraproducente para su desarrollo sicosocial, en el que necesita de ambos progenitores, y que puede ser percibido como una imposición.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 21 de enero de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Pilar Manzana Laguarda**

Para la resolución del recurso debe previamente partirse del principio básico reconocido en el

artículo 39 de la Constitución Española, en la Declaración de los Derechos del Niño proclama-

da por la Asamblea General Naciones Unidas de 20-11-1989 ratificada por España (BOE 31-12-1990), en numerosos preceptos recogidos a lo largo del articulado del Código Civil, y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de la necesaria protección del derecho del que son titulares los menores a su propio desarrollo, educación y formación, lo que se traduce en la materia que nos ocupa, en sede de relaciones paterno filiales, en que el conflicto surgido acerca de todo lo relativo a su guarda y custodia deba resolverse por prescripción legal, jurisprudencial y justas razones, atendiendo primordialmente al beneficio e interés del menor.

Las partes se separaron en el año 2005, desde dicha fecha la custodia la ha ostentado la madre, incluso la mantuvo cuando con ocasión de un ascenso en su trabajo hubo de ocupar un plaza de catedrática de música en Córdoba. En aquella ocasión tanto el Juzgador de instancia como esta Sala, a partir de los numerosos informes periciales aportados, se decantó a favor de la custodia materna. Hoy la Sala tiene de nuevo la delicada y difícil tarea de optar por el mantenimiento de la custodia materna o dar una oportunidad a la custodia paterna. Tarea que resulta especialmente difícil cuando como en el presente caso ambos progenitores demuestran interés por el cuidado de sus hijos y denotan iguales facultades para asumirla. Por ello, en la tarea de tener que decidir, la Sala al igual que el Juzgador de instancia debe asesorarse del informe imparcial y objetivo

que emiten los profesionales en la materia quienes por su formación están en mejores condiciones de determinar en cada caso concreto cuál de ambos progenitores debe ser el que asuma la custodia de los menores. A este respecto el informe pericial elaborado por la perito judicial considera que la voluntad de retorno del menor está firmemente asentada y fundamentada, a la vista de dicho informe y de la experiencia ya vivida de estos últimos cuatro años en Córdoba, donde sin duda sí ha habido integración, el período evolutivo en el que se encuentra Carles —inicio de la adolescencia— lleva a la Sala a participar de la conclusión de la Juzgadora de instancia, por cuanto contrariar en este período evolutivo su voluntad, y siempre ésta no obedezca a un capricho, puede ser contraproducente para su desarrollo sicosocial en el que necesita de ambos progenitores, y en cuanto puede verlo como una imposición.

Mas en todo caso atribuyendo la custodia a uno de los progenitores al otro debe concederse un amplio, flexible y fluido régimen de visitas que permita a los menores gozar de la compañía de ambos progenitores de la forma más parecida a la que fue anterior a la ruptura matrimonial a la que ellos son ajenos, y, sin embargo, padecen una de sus consecuencias más afectiva cual es la separación de los mismos. Mas no peticionándose por vía subsidiaria una ampliación de dicho régimen la Sala considera procedente el establecido en la sentencia de instancia a favor de la recurrente.

Se otorga la custodia al padre, pues se advierte en la madre cierta inestabilidad que le lleva a plantearse, y realizar, cambios de lugar de residencia sin tener una estabilidad laboral, afectando tal inestabilidad de manera directa a su hija, expuesta a continuos cambios, tanto a nivel social como escolar y familiar. Por otro lado la madre reconoce ante la Perito tener problemas a la hora de imponer normas a su hija, no siendo capaz de calmarla cuando regresa de las visitas con el otro progenitor, teniendo que llamar a éste para poder tranquilizarla.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 15 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

La controversia que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración tiene su origen en el convenio regulador que, suscrito

por los hoy litigantes en fecha 25 de abril de 2007, fue refrendado por la sentencia que, en 16 de julio siguiente, puso fin al procedimiento de

divorcio que los mismos habían promovido en vía consensual.

En dicho documento, y entre otras estipulaciones, se acordó atribuir a la Sra. Fátima la custodia de la hija común, con un amplio régimen de visitas en pro del otro progenitor, que abarcaba, además de los correspondientes períodos vacacionales y fines de semana alternos, las tardes de martes y jueves, así como las correspondientes a los cumpleaños de padre e hija. Igualmente se convino atribuir el uso de la vivienda familiar, ubicado en Fuenlabrada, a la esposa e hija.

Dichos pactos han venido rigiendo pacíficamente entre los litigantes hasta el mes de enero de 2008, en que doña Fátima, sin consultar previamente al otro progenitor, trasladó su residencia, en compañía de la hija y su nueva pareja, a la ciudad de Cádiz, dejando el trabajo que venía desempeñando, en virtud de contrato indefinido, en la localidad de Tres Cantos, encontrándose, al tiempo de sustanciarse la litis en la instancia, en situación de desempleo.

Cierto es, como se afirma en el escrito de formalización del recurso, que dicha unilateral decisión, y en lo que concierne exclusiva y personalmente a doña Fátima, se encuentra perfectamente amparada por el artículo 19 de la Constitución; pero no acaece lo mismo en lo que afecta a la común descendiente, ya que la asignación a dicha progenitora de su guarda no implicaba, en modo alguno, la privación al otro progenitor de la titularidad o del ejercicio de la patria potestad, o de alguna de las facultades de la misma, pues, según se hizo constar en el referido convenio, ambos padres ostentarían de modo compartido la referida función.

Ello implica que cualquier decisión de trascendencia para el hijo, y entre ellas lógicamente los cambios de residencia y de centro escolar, no pueden ser adoptadas de modo unilateral por uno solo de los titulares de dicha potestad, sino conjuntamente por ambos, debiendo, en otro caso, someter sus discrepancias a la intervención dirimente del Juez, según previene el artículo 156 del Código Civil.

Alega la hoy apelada que su conducta, respecto del traslado residencial de la menor, venía avalada por la primera de las estipulaciones del referido convenio, ya que ambos cónyuges se

autorizaron mutuamente para residir, no sólo en domicilios distintos, sino incluso en diferentes localidades. Sin embargo, dicha cláusula hace exclusiva referencia a la esposa, que no a la hija común, habiendo de entenderse, a tenor del resto de lo pactado, que el posible traslado residencial de la hija no podría perjudicar el régimen de visitas sancionado en favor del otro progenitor, el que, en la situación impuesta unilateralmente por doña Fátima, resulta ahora de imposible cumplimiento en lo que afecta, al menos, a las estancias intersemanales con el padre, dada la distancia existente entre los lugares de residencia de éste y la hija.

En definitiva, nos encontramos ante una alteración sustancial de los factores que condicionaron los acuerdos en su momento logrados por las partes, y que ha obedecido a una decisión unilateral e injustificada de la Sra. Fátima, ajena, por tanto, a la voluntad del otro progenitor, por lo que, desde la postura de este último, se cumplen los condicionantes al efecto exigidos por los artículos 90 y 91, *in fine*, del Código Civil.

Conforme a lo anteriormente expuesto, la descrita situación no resulta, por sí sola, suficiente para el posible acogimiento de la pretensión modificativa deducida por el demandante, pues debe también examinarse si el cambio que el mismo postula respecto del régimen de guarda es beneficioso para la común descendiente. A tal fin, y conforme a lo prevenido en el apartado número 9 del artículo 92 del Código Civil, resulta sumamente esclarecedor el informe emitido por la Perito Psicólogo adscrita al Tribunal Superior de Justicia.

En el mismo, y aunque se considera que doña Fátima está normalizada psicológicamente, se advierte en la misma cierta inestabilidad que le lleva a plantearse, y realizar, cambios de lugar de residencia sin tener una estabilidad laboral, dejando un trabajo fijo, o después de haber comprado un piso con otra persona, afectando tal inestabilidad de manera directa a su hija, expuesta a continuos cambios, tanto a nivel social, como escolar y familiar.

Doña Fátima reconoce ante la Perito tener problemas a la hora de imponer normas a su hija, no siendo capaz de calmarla cuando regresa de las visitas con el otro progenitor, teniendo

que llamar al mismo para poder tranquilizar a la menor. Manifiesta igualmente que Alba es muy rebelde, no habiendo logrado en ocasiones llevarla al colegio ante la negativa de la niña.

Por lo cual aprecia la Perito cierta dificultad en doña Fátima a la hora de establecer y hacer cumplir pautas, no pudiendo a veces controlar a una niña de tan sólo cuatro años. Tampoco ofrece una actitud reflexiva a la hora de hacer cambios en su vida que repercuten de manera directa sobre la común descendiente, pudiendo llegar a anteponer sus propios deseos al equilibrio de dicha menor, respecto de la que, de otro lado, no evidencia, en ocasiones, una actitud facilitadora de los contactos con el otro progenitor.

Y en cuanto este último, según expone la informante, no presenta trastornos de la personalidad ni rasgos anómalos que le impidan ejercer la custodia de la hija, siendo su proyecto a tal fin aceptable, ya que posee el tiempo y la capacidad necesaria para atender sus necesidades, se acaba por aconsejar que dicha función sea ostentada por el mismo, que ofrece una mayor estabilidad que la otra progenitora, con el fin de conseguir un adecuado desarrollo emocional de la menor.

A la vista de dicho resultado probatorio, ponderado según las reglas de la sana crítica, no puede concluirse, al contrario de lo que alega

la dirección Letrada de la apelante en su escrito de formalización del recurso, que la Juzgadora *a quo* haya incurrido en error, de hecho o de derecho, en la valoración de la prueba, que es analizada en su sentencia de modo objetivo y con suficiente detenimiento, cumpliendo así de modo irreprochable, y al contrario de lo que con manifiesta inconsistencia expone dicha parte en el referido trámite procesal, las exigencias del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo cual, y sin que ello implique una desvalorización de la figura materna, consideramos, en perfecta coincidencia con la Juzgadora de instancia, que, en la coyuntura descrita, la alternativa paterna ofrece unas mejores condiciones para el desarrollo y formación de la común descendiente, evitando los riesgos que para la misma implica la inestabilidad de la otra progenitora, incapaz, en ocasiones, de controlar los caprichos y rabiets de una niña de cuatro años, lo que habría de repercutir negativamente en una correcta educación de la misma.

Razones todas ellas que, aisladamente y en su conjunto, hacen decaer la pretensión revocatoria al efecto deducida, tanto en lo que concierne al régimen de custodia, como en lo relativo a las demás medidas que, lógica y legalmente, le están subordinadas.

Ha de estarse al resultado del informe psicosocial que viene a resolver acerca de la idoneidad de ambos progenitores para asumir la custodia de su hija, pues de otorgarse al padre éste delega en los abuelos paternos, mientras que en el caso de otorgarse a la madre ésta asume personalmente su cuidado.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2009

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Pilar Manzana Laguarda

Para la resolución del recurso, centrado en la custodia paterna o materna de Adriana, debe previamente partirse del principio básico reconocido en el artículo 39 de la Constitución Española, en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General Naciones Unidas de 20-11-1989 ratificada por España (BOE 31-12-1990), en numerosos

preceptos recogidos a lo largo del articulado del Código Civil, y en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de la necesaria protección del derecho del que son titulares los menores a su propio desarrollo, educación y formación, lo que se traduce en la materia que nos ocupa, en sede de relaciones paterno filiales, en que el conflicto

surgido acerca de todo lo relativo a su guarda y custodia deba resolverse por prescripción legal, jurisprudencial y justas razones, atendiendo primordialmente al beneficio e interés del menor.

Y en la delicada y difícil tarea de optar por la custodia materna o paterna, en los casos en los que como en el presente ambos progenitores demuestran interés por el cuidado de sus hijos y denotan iguales facultades para asumirla, y determinar, en consecuencia cuál sea la mejor opción que preserve el interés de la pequeña, la Sala al igual que el Juzgador de instancia debe asesorarse del informe imparcial y objetivo que emiten los profesionales en la materia quienes por su formación están en mejores condiciones de determinar en cada caso concreto cuál de ambos progenitores debe ser el que asuma la custodia de los menores. A este respecto, la Sala no puede compartir, después de haber visualizado, el informe que se emitiera en sede de medidas provisionales y que determinó atribuir la custodia al padre, porque no se comparten las aseveraciones realizadas por aquella perito en orden a las deducciones extraídas a partir de la pregunta del domicilio, al margen de que su objeto fuera estar a favor de la disolución del matrimonio.

Por el contrario sí ha de estar al informe pericial judicial de la Sra. Inocencia quien viene a resolver acerca de la idoneidad de ambos progenitores para asumir la custodia de su hija, si bien en el caso de otorgarse al padre éste delega en los abuelos paternos, mientras que en el caso de otorgarse a la madre ésta asume personalmente su cuidado.

Y esta conclusión que alcanzó la Juzgadora de instancia se comparte por la Sala, decidiendo a favor de la custodia materna de la pequeña Adriana que apenas cuenta con tres años, a favor de su madre. Más en todo caso atribuyendo la custodia a uno de los progenitores al otro debe concederse un amplio, flexible y fluido régimen de visitas que permita a los menores gozar de la compañía de ambos progenitores de la forma más parecida a la que fue anterior a la ruptura matrimonial a la que ellos son ajenos, y, sin embargo, padecen una de sus consecuencias más afectiva cual es la separación de los mismos. Mas no peticionándose por vía subsidiaria una ampliación de dicho régimen la Sala considera procedente el establecido en la sentencia de instancia a favor del recurrente por tratarse de un amplio y fluido régimen de visitas que permite consolidar la ya existente relación paterno filial.

RÉGIMEN DE VISITAS

No existe ningún obstáculo para que los hijos —de 6 y 3 años— puedan pernoctar con el padre al no constar que aquél carezca de habilidades necesarias para atender los problemas que se pueden presentar a los menores en tal evento.

AP Granada, Sec. 5.^a, Sentencia de 29 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Maldonado Martínez**

Merece acogimiento la petición del progenitor de que el régimen de visitas lo sea con pernocta, en lugar de reducirse a cuatro horas todos los sábados y domingos sin pernocta como señala la sentencia.

Decía esta Sala en sentencia de 17 de abril de 2009 que el régimen de estancia, comunicación y visitas, por regla general, conlleva la pernocta, aunque cabe la posibilidad en deter-

minadas circunstancias que ésta se suspenda, unas veces por exigencias del propio hijo —así, cuando es de muy corta edad— otras, como señalaba esta Sala en sentencia de 9 de abril de 2007, por razones atinentes al progenitor, bien imputables al mismo, como la falta de regularidad de la comunicación del padre con sus hijos o el defectuoso desempeño de la guarda, bien por circunstancias sobrevenidas ajenas a su vo-

luntad como el mal estado de salud o los defectos graves de acondicionamiento y habitabilidad de la vivienda. Por su parte, la sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 2008, decía que «la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales considera que la limitación de la pernocta en los regímenes de estancia debe ser adoptada con carácter restrictivo, de modo que deben apreciarse causas graves para ello (citamos a este respecto la sentencia de esta Sala de 9 de abril de 2007), o cuando lo exija la naturaleza de las cosas, como ocurre cuando el menor esta en período de lactancia (SAP Madrid, Sección 24, de 29 de junio de 2005).

Ninguna de tales situaciones concurren en el caso de autos por lo que no parece razonable privar al progenitor de ese fundamental medio de reforzar los vínculos afectivos con sus hijos, cuanto más que la edad de los menores no es un obstáculo insuperable, al tener uno de los hijos más de seis años, y el otro próximo a cumplir los tres y como señalaba esta Sala en sentencia de 9 de octubre de 2009, aunque ciertamente pueda haber alguna sentencia de la jurisprudencia de las Audiencias provinciales que haya señalado los cinco años para la pernocta, ello no es sino excepcional y generalmente fundamentado en la concurrencia de circunstancias que lo aconsejan, no fijándose en consecuencia ningún

límite temporal habiendo resoluciones que la permiten cuando el menor tiene quince meses (S. AP de Málaga, 6.^a, de 17 de marzo de 2005) dos años (Cuenca de 16 de junio de 2003), o con más generalidad la de tres años (SS. AP de Málaga, 4.^a, de 17 de marzo de 2005, Madrid, 22.^a, de 5 de abril de 2005 o Valencia, 10.^a, de 1 de junio de 2005). Por tanto, en el caso de autos, como los menores alcanzan ya edad razonable para poder pernoctar con su padre y no consta que éste carezca de las habilidades necesarias para atender los problemas que se puedan presentar a los menores en tal evento, procede acordar que el régimen de estancia se haga con pernocta, si bien se hará sujetándolo a régimen normalizado de fines de semana alternos, desde las diez horas del sábado a las 20 horas del domingo, recogiéndolo y entregándolo en el domicilio materno por sí —cuando no concurren circunstancias que lo impidan— o por medio de un familiar directo.

Este régimen de comunicación se verá complementado, haciendo uso esta Sala de lo dispuesto en el artículo 94 del Código Civil, con el oportuno régimen en vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, fijándose como regla general la mitad de aquéllas y un mes en el verano, eligiendo el progenitor los años pares y la madre los impares.

Los rechazos del hijo a la figura paterna carecen de argumentos válidos, fundamentándose todo desde el sufrimiento de su madre, sin tener en cuenta al padre. En caso de que no se normalicen las relaciones paterno-filiales los hijos recibirán atención psicológica.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 29 de enero de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

El debate litigioso en esta alzada ha quedado centrado en los efectos complementarios que, conforme a lo prevenido en los artículos 91 y siguientes del Código Civil, ha de conllevar el divorcio de los esposos contendientes, dado que el demandante, discrepando parcialmente del criterio decisorio al efecto recogido en la sentencia de instancia, suplica de la Sala la adopción de las siguientes medidas, que habrán de

sustituir, o complementar, a las contenidas en dicha resolución:

- a) Que se acuerde que los menores reciban atención psicológica que les ayude a restablecer las relaciones con su padre.
- b) Se fije la aportación económico-alimenticia de dicho progenitor en la suma de 300€ al mes por cada uno de dichos descendientes.

c) Se declare no haber lugar a reconocer, en pro de la esposa, el derecho al percibo de una pensión compensatoria.

Postura que encuentra la frontal oposición de la contraparte, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

De conformidad con lo prevenido en los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, cualquier medida, judicial o administrativa, que afecte, directa o indirectamente, a un menor habrá de estar inspirada por el prioritario interés del mismo, que habrá de prevalecer sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir.

La proyección de tal principio a la situación que en el caso concurre, en lo que concierne a las relaciones de los comunes descendientes con el padre, desaconseja la imposición de un régimen normalizado de estancias de dichos menores en el entorno paterno. Pero ello tampoco puede determinar la suspensión de tal recíproco derecho, dado que, por regla general y el presente no ha de constituir una excepción, los referidos contactos se revelan como un factor de decisiva importancia para el desarrollo armónico y equilibrado, en sus distintos aspectos, del hijo, víctima inocente del conflicto suscitado entre quienes asumieron la responsabilidad de traerle al mundo, que deben mantenerle lo más alejado posible de sus recíprocos rencores y frustraciones.

El dictamen pericial que, en el caso, ha sido elaborado por los integrantes del Equipo Psico-social adscrito al Juzgado refleja que los hijos, a nivel psicológico, se encuentran muy afectados, «ya que Mireia presenta rasgos de inestabilidad emocional, es una adolescente con miedos y aprensiva, además manifiesta sentimientos de culpabilidad», encontrándose inadaptada a nivel personal, social y, sobre todo, familiar, por no estar satisfecha con la relación que mantiene con su hermano y mucho menos con su padre. También se detectan rasgos de inadaptación, en los antedichos aspectos, en Eduardo. Y se añade que ambos adolescentes han sido unos niños dependientes y sobreprotegidos por la madre, lo que significa que cuando la relación de convivencia familiar

se ha visto alterada, los niños están sufriendo sus efectos y consecuencias a nivel psicológico y emocional.

Y se concluye afirmando que es posible que si los menores normalizan su relación y visitas con el padre, los síntomas que aparecen en las distintas pruebas aplicadas puedan dejar de ser un problema y desaparezcan, pues la actitud que mantienen respecto de dicho progenitor es lo que les lleva a sentirse mal, por lo que si continúan en su negativa, a corto y medio plazo, sus emociones y su situación psicológica alterada aumentarían, precisando posiblemente de un tratamiento terapéutico.

En la ratificación del informe ante el Juzgado, los Peritos insisten en que los hijos se sienten culpables de la situación, careciendo de argumentos sólidos para negarse a las relaciones con don Alfonso, por lo que, si no se normalizaran las mismas, lo que además puede influir negativamente en su vida futura, recomiendan su tratamiento psicológico.

En dichas conclusiones se incide igualmente en el informe emitido, en 11 de febrero de 2009, por el Punto de Encuentro Familiar en el que se desarrollan los encuentros paterno-filiales, exponiendo que Eduardo se encuentra confundido e inmerso en un conflicto de lealtades, en tanto que Mireia está bastante afectada por la situación de quiebra de la convivencia de sus padres, convirtiendo la situación en algo personal. Se añade que sus rechazos a la figura paterna carecen de argumentos válidos, fundamentando todo desde el sufrimiento de su madre, sin tener en cuenta al padre.

Respecto de los progenitores se expone que no han resuelto de manera adecuada el proceso de separación, viéndose a ambos ansiosos y desbordados, y carentes de habilidades para manejar la situación.

Y se recomienda el manejo psicológico externo al Punto de Encuentro, para la correcta elaboración de la situación por parte de todos los miembros de la familia.

Por lo expuesto, y en beneficio de los hijos, procede acoger, en la forma que se dirá, el primero de los motivos del recurso.

Fallo: Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por don Alfonso contra la sentencia dictada, en fecha 24 de abril de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Alcalá de Henares, en procedimiento de divorcio seguido, bajo el núm. 495/2008, entre dicho litigante y doña Agustina, debemos acordar y acordamos que, en el caso de que no se hayan normalizado las relaciones paterno-

filiales al presente momento, los hijos del matrimonio se sometan a tratamiento psicológico, para abordar los problemas que en tal aspecto les afectan, conforme a lo expuesto en el segundo fundamento jurídico de esta resolución. Ambos litigantes habrán de ponerse de acuerdo para la designación del profesional que ha de realizar dicho cometido, resolviendo el Juzgado en caso de discrepancia al respecto.

Se solicita la modificación del lugar de entrega y recogida de dos hijos menores, fijándolo en el punto de encuentro familiar en sustitución del domicilio de la madre, pero no se dan las circunstancias que justificaban este cambio, al existir en el seno de la familia recursos propios, concretamente la ayuda de los abuelos paternos, para poder afrontar una situación excepcional y en principio temporal y transitoria, cual la derivada de la medida cautelar de prohibición de aproximación del padre a la madre de los menores.

AP Asturias, Sec. 6.^a, Sentencia de 25 de enero de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Elena Rodríguez-Vigil Rubio**

La Sentencia de primera instancia desestimó la demanda en la que se postulaba la modificación del lugar de entrega y recogida de dos hijos menores, fijándolo en el punto de encuentro familiar de Avilés en sustitución del domicilio de la madre establecido en el convenio regulador del divorcio de las partes aprobado por Sentencia de fecha 11 de octubre de 2007.

El fundamento de tal pronunciamiento desestimatorio, es doble: a) por una parte, la falta de prueba de la negativa de los abuelos paternos a colaborar con su hijo para intermediar en el régimen de entrega de los menores, según lo así establecido en el auto de fecha 18 de agosto de 2008, dictado en el seno de las diligencias previas 1312/2008, acordando orden de protección que incluía como medida cautelar la de prohibición del padre a aproximarse a una distancia no inferior a 100 metros de la madre, lo que determinó se fijara que la entrega y recogida se hiciera por medio de los mismos y, b) por otra reputar que no se daban las circunstancias que justificaban se fijara como medida definitiva la intermediación del punto de encuentro, al existir

en el seno de la familia, recursos propios, concretamente la ayuda de los abuelos paternos, para poder afrontar una situación excepcional y en principio temporal y transitoria, cual la derivada de la medida cautelar citada de prohibición de aproximación del padre a la madre de los menores.

Frente al mismo se alza el recurso de la madre custodia reiterando su pretensión de modificación del lugar de entrega y recogida de los menores, fijándolo en el punto de encuentro familiar de Avilés.

Se denuncia en su apoyo, en primer lugar, la existencia de un vicio de incongruencia *extra petita* en la Sentencia, fundado en que en el acto del juicio se manifestó conformidad tanto por el padre como por el Ministerio Fiscal en orden a que el intercambio se efectuara, mientras subsista la medida de alejamiento, en el punto de encuentro familiar, lo que a su juicio debió llevar a adoptar esa medida al menos en forma temporal.

El motivo se desestima porque lo postulado en la demanda es la modificación de las medi-

das adoptadas como definitivas en el convenio regulador aprobado en la Sentencia de divorcio, y a esta pretensión mostraran expresa oposición tanto el padre no custodio en su contestación como el Ministerio Fiscal en el acto del juicio, por lo que no ha existido alteración alguna en la recurrida de la causa de pedir.

Cuestión distinta es que desde que se dictó la orden de alejamiento y ante la prohibición expresa de aproximación del padre a la madre de los menores, se hubiera sustituido en el auto dictado en el proceso penal en trámite, el lugar de entrega y recogida de los menores, que lo era el domicilio de la madre, estableciendo su realización por intermediación de los abuelos paternos para posibilitar la continuidad del amplio régimen de visitas establecido en el convenio. El acuerdo tanto del padre como del Ministerio Fiscal se centraba así en ese ámbito penal, insistiendo en que la medida debió ser instada en el mismo, y no en este proceso civil, al no concurrir cambio alguno definitivo de las circunstancias que lo justificara.

Ya en cuanto al fondo se denuncia la existencia de un error en la valoración de la prueba por parte de la Magistrado de Primera Instancia, pues a su juicio la obrante en autos pone de manifiesto la existencia de una total falta de entendimiento y contacto entre las familias paterna y materna de los menores que imposibilita cualquier entrega de estos últimos a su padre en la que tengan que coincidir miembros de una y otra.

El motivo no puede ser acogido ya que un nuevo examen y valoración de la prueba obrante en autos, incluido el visionado de la practicada en el acto del juicio, lleva a esta Sala a compartir en su integridad la convicción de la Juzgadora de Primera Instancia en orden a que no existe prueba alguna en autos que ponga de manifiesto la mala relación entre los abuelos paternos y el padre de los menores, que impida la intermediación de los primeros en la recogida y entrega de los niños durante los períodos en que corresponde al padre tenerlos en su compañía, así como tampoco de que esa intermediación hubiera generado perjuicio alguno a los menores. Antes al

contrario, la declaración testifical de los citados abuelos paternos ha puesto de manifiesto su disposición a colaborar con su hijo en el cumplimiento del régimen de visitas haciéndolo compatible con la orden de alejamiento, con la sola salvedad del período vacacional de 15 días al año en que se ausentan de su domicilio. Esa ausencia temporal determinó que puesta la misma en conocimiento de la madre, se salvara la imposibilidad de intermediación de los abuelos durante el mismo, acudiendo al punto de encuentro familiar, situación que al parecer continúa de hecho en este momento y, con independencia de que pueda instarse en el procedimiento penal que la misma continúe en tanto subsista la medida cautelar de alejamiento, en absoluto justifica en este ámbito civil la modificación con carácter definitivo del régimen de comunicación acordado en la Sentencia firme de divorcio y menos aún la intervención permanente del punto de encuentro familiar. Se trata el mismo, como bien se argumenta en la recurrida, de un recurso social cuya intervención viene justificada en situaciones extremas en las que bien por falta de habilidades o capacidades de alguno de los progenitores, bien por falta de apoyo familiar de las familias extensas de los menores, no es posible arbitrar una solución dentro del entorno familiar de los mismos para que la necesaria comunicación de los menores con el progenitor no custodio se lleve a cabo de la forma más normalizada posible, y en este caso ese recurso familiar existe, de ahí que al margen de la puntual intervención, justificada por la temporal ausencia de los abuelos paternos o subsistencia de la orden de protección que pueda propiciar su adopción en el ámbito del proceso penal, no puede reputarse justificada la intervención permanente de ese recurso de mediación social.

Las razones precedentes, unidas a las consignadas en la Sentencia de primera instancia, que se aceptan en su integridad y dan aquí por reproducidas en aras a la brevedad, determinan el rechazo del recurso, bien que dada la naturaleza de la cuestión objeto de debate en esta alzada no proceda hacer pese a ello expresa imposición de costas.

Se requiere a la madre para que en lo sucesivo no someta a los niños a ningún tratamiento o terapia no recomendados por los Servicios Sociales de Zona o el ETP, bajo apercibimiento de poder incurrir también en infracción penal y/o multas coercitivas. No se ve motivo alguno de sanción para el padre en que durante las vacaciones el menor sufriese un accidente al caerse de la bicicleta sin llevar casco.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 19 de enero de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

Con fecha 27 de noviembre de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcobendas (antiguo Juzgado de Primera Inst. e Instrucc. núm. 5) se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se suprime la obligatoriedad para la menor Estela de cumplir el régimen de visitas impuesto en la sentencia de divorcio de 12-12-2007 a favor de su padre, Francisco. A partir de ahora las visitas deberán ser consensuadas entre padre e hija.

Se ratifica el régimen de visitas impuesto en dicha sentencia con respecto al menor Miguel-Ángel, que se ha de restablecer de forma inmediata, para lo que se requiere a la madre a fin de que procure su cumplimiento bajo apercibimiento de poder incurrir en infracción penal y/o multas coercitivas.

Toda la familia debe someterse de inmediato a tratamiento en los Servicios Sociales de Zona de SS Reyes, donde ya tienen abierto expediente. Se apercibe a los padres de poder incurrir en infracción penal y/o multas coercitivas si se niegan o abandonan el tratamiento una vez iniciado.

Se requiere a Sacramento para que en lo sucesivo no someta a los niños a ningún tratamiento o terapia no recomendados por los Servicios Sociales de Zona o el ETP, bajo apercibimiento de poder incurrir también en infracción penal y/o multas coercitivas.

Contra el pronunciamiento del Auto dictado por el Juzgador de instancia que, rechazando las pretensiones al efecto deducidas por la represen-

tación de la Sra. Sacramento, acuerda mantener el régimen de visitas establecido, a favor de don Francisco y respecto del hijo Miguel Ángel, en la sentencia que declaró disuelto, por divorcio, el matrimonio de los ahora también litigantes, ordenando el inmediato restablecimiento de tales comunicaciones, se alza la antedicha litigante, suplicando de la Sala que, con revocación de dicho criterio decisorio, se acuerde la suspensión temporal de la pernocta del menor con el padre, y ello hasta que se aclare, sin ninguna duda, la existencia o no de los supuestos abusos sexuales inferidos al común descendiente por el hijo de la actual pareja del esposo.

En apoyo de tal *petitum* revocatorio, la dirección Letrada de la apelante, en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega, en síntesis, lo siguiente:

- Que su pretensión se circunscribía únicamente a la suspensión de las pernoctas o al establecimiento de garantías, a fin de que el común descendiente no estuviese en contacto con Jesús, hijo de la pareja actual del padre.
- Que la resolución apelada se basa tan sólo en el informe emitido por el Psicólogo adscrito al Juzgado, omitiéndose las pruebas complementarias interesadas por dicha parte, a la vista del informe emitido.
- Resulta sorprendente que, ante la mera duda de la existencia de unos abusos sexuales a un menor de siete años no se establezca, de forma cautelar, una serie de medidas hasta determinar la realidad de los hechos.

— El antedicho informe adolece de una serie de omisiones, tales como la falta de contacto con los técnicos del Punto de Encuentro Familiar que intervienen en los intercambios de los menores, la ausencia de evaluación del menor Jesús, así como del Sr. Francisco y su actual pareja.

Postura que encuentra la frontal oposición de la contraparte y del Ministerio Fiscal, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

De conformidad con lo prevenido en los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, cualquier medida, judicial o administrativa, que afecte a un menor habrá de estar inspirada por el interés del mismo, que habrá de prevalecer sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir.

Y añade el artículo 3 que los menores gozarán de los derechos que les reconocen la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Dicha Convención, en su artículo 9 dispone que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o 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.

Tal recíproco derecho de padres e hijos es igualmente sancionado, dentro de la regulación legal de las crisis matrimoniales, por el artículo 94 del Código Civil, y si bien se contempla igualmente en el mismo la posibilidad de que el Juez limite o suspenda dichas recíprocas relaciones, ello se supedita a la concurrencia de graves circunstancias que así lo aconsejen, o al incumplimiento grave o reiterado de los deberes impuestos por la resolución judicial.

Abundando en dicho principio de protección del niño, el artículo 158 de este último texto legal regula la posible adopción judicial, en el marco de cualquier proceso Civil o penal o a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, de cualquier disposición oportuna para apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

En el caso que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración, la hoy apelante presenta, en fecha 23 de septiembre de 2008, un escrito en el que relata que el hijo común Miguel, durante el período vacacional en que permaneció en el entorno paterno, sufrió un accidente al caerse de la bicicleta que montaba, y ello a consecuencia de la negligencia del Sr. Francisco, que permitió al niño montar en dicho vehículo sin el casco reglamentario, añadiendo que el niño contaba que, durante las estancias con su padre, permanece la mayor parte del tiempo sólo, o bien dicho progenitor y su pareja le pegan, no le dan de comer o le proporcionan alimentos incompatibles con la intolerancia al gluten que aquél padece, por lo que suplica, entre otras medidas, que se suspenda inmediatamente el régimen de visitas con dicho progenitor, y ello hasta que se emita un informe psiquiátrico o psicosocial que aconseje otras medidas.

Mediante posterior escrito, presentado en 18 de octubre del mismo año, dicha litigante expone que, según refiere el menor, no quiere acudir al domicilio del padre porque ha sido sometido a supuestos abusos sexuales por parte del hijo de la actual compañera del Sr. Francisco, suplicando que, por el Equipo Técnico Psicosocial del Juzgado, se emita informe en relación con los hechos expuestos.

El Órgano *a quo*, mediante providencia de 22 de octubre de 2008, acuerda recabar el informe interesado, el que es elaborado, previas las entrevistas y pruebas psicodiagnósticas pertinentes, por el Psicólogo adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En dicho dictamen, y respecto de los hechos denunciados por la progenitora custodia, el Perito aprecia indicadores muy evidentes de influencia adulta ante el conflicto, principalmente del lado materno, en cuanto el niño, en relación con los hechos presuntamente victimizantes, no aporta ningún dato en la entrevista llevada a cabo a solas con el informante, haciéndolo únicamente en presencia de la madre, de forma encorsetada y sin que se aprecie resonancia emocional que sugiera vivencia traumática de los mismos. Se añade que las verbalizaciones del menor respecto a las presuntas conductas abusivas son prácticamente inexistentes, señalando que su madre le ha dicho

que se lo tiene que contar al Perito para que informe que no tiene que ver a su padre, y condiciona aportar más datos a la promesa de no ver a dicho progenitor. Se niega a aportar más datos en los 50 minutos de exploración, y señala que sólo aportará más datos en presencia de su madre, por lo que la fase final de la exploración se hace en presencia de la Sra. Sacramento. Resulta, al efecto, esclarecedor de la falta de consistencia de las manifestaciones efectuadas en presencia de dicha progenitora, el detalle expositivo que, sobre el desarrollo de tal entrevista, se contiene en la página 4, *in fine* de dicho informe. En lo que concierne al accidente sufrido mientras montaba en bicicleta, el niño lo describe sin indicadores que sugieran

la presencia de elementos de negligencia o riesgo por parte de la figura paterna. Sigue exponiendo el informante que, durante la exploración psicológica, en ausencia de la madre, el menor muestra indicadores muy claros de recibir inducción por parte de la madre, y de ser expuesto de forma indiscriminada a información sobre el conflicto adulto. Y se concluye afirmando que no existe un patrón de sintomatología post-traumática que pueda conectarse clínicamente con la vivencia de hechos victimizantes como los alegados, por lo que se recomienda la reanudación, de la forma más urgente posible, del contacto paterno-filial, que ha sido interrumpido unilateralmente por la madre.

Podrá autorizarse, en fase de ejecución de sentencia y en virtud de demanda ejecutiva del padre, con intervención de la contraparte y del Ministerio Fiscal, el desplazamiento de los menores a USA, si un nuevo informe del psicólogo de este juzgado dictamina que la relación paterno filial se ha consolidado lo suficiente para que los menores puedan trasladarse a aquel país sin miedo ni reticencia alguna.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

Que en fecha 31 de marzo de 2008, por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 24 de Madrid se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Pablo Jesús representado por el procurador Dña. PALOMA VALLES TORMO y defendido por el letrado D. JESÚS ROBERT ASENSIO contra D.ª Angustia representada por la procuradora Dña. BEATRIZ SORDO GUTIÉRREZ y dirigido por la letrada Dña. MARÍA DEL MILAGRO MAGAZ DE LA GALA, y estimando la petición deducida en el acto de la vista por el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro no haber lugar a modificar, en los términos interesados por la parte actora, las medidas definitivas establecidas en la sentencia de divorcio dictada por este juzgado con fecha 3 de junio de 2002, en los autos 198/2002, provisionalmente modificadas, en cuanto al régimen de visitas y estancias del padre con los hijos menores, por el Auto dictado por este juzgado con fecha 21

de marzo de 2007 en las medidas cautelares previas 1486/2006, manteniendo, como definitivas, las medidas establecidas en dicho auto de 21-3-2007, y complementando las mismas en el sentido siguiente:

En caso de desplazarse el padre a España para disfrutar de la compañía de los menores en la vacaciones de verano del presente año y en las vacaciones de semana santa del próximo año 2009, y disfrutar de la compañía de sus hijos en España durante el tiempo que tiene reconocido, podrá autorizarse, en fase de ejecución de sentencia y en virtud de demanda ejecutiva del padre, con intervención de la contraparte y del Ministerio Fiscal, el desplazamiento de los menores a USA, en el verano de 2009, si un nuevo informe del psicólogo de este juzgado dictamina que la relación paterno filial se ha consolidado lo suficiente para que los menores puedan trasladarse a USA sin miedo ni reticencia alguna.

La dirección letrada de don Pablo Jesús se alzó contra la sentencia de instancia reclamando su revocación y que se le conceda su petición de modificación de medidas, mientras que la dirección letrada de doña Angustia pidió la desestimación por completo del recurso presentado y la confirmación en todos sus puntos de la sentencia recurrida, con expresa condena en las costas del recurso al Sr. Pablo Jesús por su temeridad.

Para el análisis de la cuestión suscitada hay que tener en cuenta que esta Sala ha afirmado que la posibilidad contemplada en el inciso final del artículo 91 del Código Civil no implica una derogación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada que rigen en todo procedimiento Civil, ya que dicho precepto no permite la revisión arbitraria de resoluciones firmes subsistiendo las mismas circunstancias que las determinaron, y si cuando las medidas acordadas se revelen como ajenas a la realidad subyacente por haber experimentado una sustancial mutación los factores concurrentes en su momento, no prevista entonces y ajena a la voluntad de quien insta la referida modificación y requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias: que las alteraciones sean verdaderamente trascendentes, fundamentales y no de escasa o de relativa importancia, que sean permanentes o duraderas y no coyunturales o transitorias, que no sean imputables a la simple voluntad de quien insta la modificación y que no hubieran sido previstas por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que fueron establecidas.

En el informe pericial fechado el 13 de marzo de 2008 que obra del folio 300 al 305 que reúne todas las garantías de objetividad e impar-

cialidad se manifiesta lo siguiente: «Las dos menores coinciden en manifestar que no desean por el momento desplazarse a Estados Unidos para pasar las vacaciones de verano con su padre. Manifiestan que prefieren que las relaciones con su padre se consoliden antes. Dicen tener miedo a que pase algo o no se encuentren bien y tengan posibilidad de reaccionar al estar tan lejos de su domicilio habitual y en un país que desconocen, lo que les genera inseguridad. Dicho miedo según se refieren, está justificado por el escaso grado de cumplimiento de los acuerdos alcanzados por su padre a raíz de su estancia en Asturias el año pasado y a las vivencias negativas experimentadas durante el conflicto de separación. Ambos menores manifiestan querer estar con su padre, pero les gustaría que fuese él el que viaje a España». Y en dicho informe se concluye «que parece aconsejable que las relaciones entre el Sr. Pablo Jesús y sus hijos se consoliden, de forma que éstos adquieran más confianza y seguridad cuando están con él, confianza y seguridad que parecen más fáciles de obtener si los contactos se realizan primero en España, aunque después puedan tener lugar en Estados Unidos». Este informe tiene una metodología más completa que la del informe aportado por la parte actora que obra del folio 51 al 94 ambos inclusive.

Sentado lo anterior y teniendo en cuenta que cuando se dictó la sentencia que nos ocupa los hijos llevaban tiempo sin estar con el padre, hay que concluir que la decisión de la sentencia en materia de régimen de visitas es ajustada a Derecho, aun considerando tal como afirmó el perito en la vista de 25 de marzo de 2008 que los hijos no tienen mala relación con el padre.

La Sentencia expresamente prohíbe que la menor pueda salir de España sin el consentimiento expreso y por escrito de ambos progenitores. Tal prohibición no puede mantenerse, dado que tanto España como Dinamarca tienen suscrito el Convenio de La Haya.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 15 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho**

El recurso de apelación, interpuesto por la demandada Angélica, se funda en los siguientes motivos: 1) Pide que no se atribuya la guarda y

custodia al padre, ni el uso del domicilio familiar, sino que se le atribuya a ella la guarda y custodia. 2) Que se otorgue el uso del domicilio familiar a

la demandada en el caso de que a ésta se le conceda la guarda y custodia, ya que el cuidado de la menor es el interés de máxima protección. 3) Se deje sin efecto la prohibición de salida del territorio nacional de la menor Graciela, que estableció la Sentencia de instancia; y 4) Subsidiariamente, para el supuesto de que no se le conceda la guarda y custodia se establezca el régimen de visitas propuesto en el presente recurso.

En cuanto a la cuestión de la guarda y custodia debe señalarse que la regulación actual del Código de Familia, como a partir del año 1981 la del Código Civil, ha desplazado el punto de referencia en la adopción de estas medidas desde la posición de los padres al interés de los hijos, como más necesitado de protección, en cuanto son en definitiva los más protagonistas y principales afectados, instaurando en tal consideración como fundamental criterio normativo y el del «beneficio y conveniencia» o interés de los hijos (artículo 82 del CF —*vid.* también el artículo 92, párrafos 2.º y 4.º del CC—). Con ello se trata de distribuir la función de guarda y custodia («cura del fills», indicada el Código de Familia), como ejercicio concreto de la potestad (artículos 132 y siguientes del CF), atribuyéndole su ejercicio al progenitor que cotidianamente ha de velar por los hijos y cuidarlos, si bien al otro progenitor le sigue correspondiendo la potestad, ejercida de forma conjunta entre ambos, y un correlativo de derecho de visitas o de relacionarse con sus hijos, como así lo reconoce el artículo 76 del Código de Familia (*vid.* también el artículo 160 del Código Civil). Este derecho positivo se entronca con el Derecho Natural y el Derecho Político (artículo 39.3 de la Constitución) y constituye un efecto directo de la atribución de la guarda y custodia a sólo uno de los cónyuges, en cuanto ello no implica la privación o suspensión de la patria potestad. En el presente caso, alega que si se le otorga la guarda y custodia de la hija Graciela, nacida el 12 de enero de 2000, se iría a vivir a Igualada, tanto si se le otorga o no el uso de la vivienda familiar y no iría a Dinamarca, salvo para ver a su madre una vez al año. También alega que actualmente vuelve a vivir en Barcelona y no tiene intención de volver a residir en Dinamarca. Precisa asimismo que sólo se ha tenido en cuenta el Informe del SATAF emitido por la Trabajadora Social doña Marta de fecha 7 de abril de

2008, frente al Informe del SATAF, emitido por la Psicóloga Tomasa. Al respecto debe indicarse que ya en las Medidas Provisionales, previo pacto de ambas partes, se estableció que la guarda y custodia correspondería al padre, quien viene cuidando de la menor desde el año 2007, sin que se haya acreditado que durante el ejercicio de la guarda y custodia por parte del padre se hayan producido perturbaciones, ni que la menor esté desatendida tanto en la asistencia cotidiana, como en la escuela. Al respecto el Informe del SATAF indicó que «de la intervenció realitzada es desprèn que en la dinàmica familiar actual, la menor té cobertes les necessitats bàsiques, participa en activitats i té una xarxa relacional. Tanmateix, en l'esfera familiar s'evidència una situació incòmoda per a la Graciela, donat que els progenitors l'han situat enmig del conflicte. Altrament, es cospa que existeix un vèncl adient amb ambdós progenitors, valorant la necessitat de la menor de gaudir de la relació ambdós»; «Un canvi brusc del seu entorn més immediat i del seus hàbits diaris podrien originar una desestabilització. Altrament, la Sra. Àngelina presenta un projecte de custodia fràgil amb una manca de previsió d'aspectes de la quotidianitat com el lloc on establir la residència, els canvis d'horari laboral necessaris per adaptar-se a la menor». En síntesis, concluye el informe que es preferible mantener la situación de guarda y custodia a favor del padre, ya que no está claro si la menor aceptaría la situación en que se encuentra ahora la madre con su compañero actual y los padres de éste, agregando que si bien el Sr. Avelino presenta algunas irregularidades en sus habilidades de padre, está presente en la atención de la hija.

Por otro lado, en cuanto a la dualidad de los Informes del SATAF, debe indicarse que realmente el segundo Informe del SATAF es un complemento del primero, por lo que no pueden desligarse uno del otro, sino que ambos persiguen el mismo fin, común a toda prueba pericial, que es auxiliar a los Jueces y Tribunales sobre asuntos específicos de la ciencia o conocimiento del técnico que los emite. En el presente caso, se deduce que las recomendaciones del SATAF son claras, ya que se inclinan por mantener la guarda y custodia a favor del padre. En conclusión, de la situación actual de la menor, que se encuentra bien bajo la guarda y custodia del pa-

dre, quien vive en Terrassa, así como del informe del SATAF se deduce que la menor solución en beneficio de la menor es que la guarda y custodia se encomiende todavía al padre, por lo que debe desestimarse el primer motivo del recurso de apelación.

En cuanto a que no se prohíba a la menor Graciela salir del territorio español, debe recordarse que la Sentencia expresamente prohíbe que la menor pueda salir de España sin el con-

sentimiento expreso y por escrito de ambos progenitores. Tal prohibición no puede mantenerse, dado que tanto España como Dinamarca tienen suscrito el Convenio de La Haya y, por lo tanto, debe permitirse la circulación de sus ciudadanos sin límite de movilidad alguno. En consecuencia, debe estimarse este motivo del recurso de apelación y dejar sin efecto la prohibición de que Graciela pueda salir del territorio nacional para viajar a Dinamarca.

Se mantiene el mismo régimen de visitas que pactaron los progenitores en el convenio regulador. Si bien no se constata con toda claridad que nos encontremos ante un síndrome de alineación parental, sí que se afirma que probablemente existe una manipulación del menor por parte de la madre, e incluso de la abuela materna, con la que convive, circunstancia esta que no puede obviarse y que, caso de persistir, podría dar lugar a la suspensión o privación de la custodia del menor, hecho este que, dada su trascendencia, ha de serle recordado a fin de que ponga todos los medios necesarios para cesar en su actitud.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sanabria Parejo**

Frente a la sentencia parcialmente estimatoria de la demanda inicial de las actuaciones dictada por el Juez *a quo* se alza el apelante reproduciendo su dirección jurídica en esta alzada la pretensión articulada en el escrito de contestación a la misma relativa a la modificación del régimen de visitas del menor que se establecía en el Convenio Regulador de fecha 11 de enero de 2006 aprobado por la sentencia firme de fecha 21 de marzo de 2006, y en apoyo de tal pretensión revocatoria, la dirección letrada de dicho litigante esgrime, en el trámite del artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la actitud que mantiene el menor hacia su padre es debida a la conducta obstruccionista de la madre y la abuela materna que provoca un síndrome de alineación parental.

Definido el debate litigioso en el presente momento y trámite procesales, pues la contraparte interesa la íntegra confirmación de la sentencia de instancia, procede analizar la problemática suscitada a la luz de la doctrina emanada de la vigente legalidad en la materia, en su proyección sobre las circunstancias concurrentes en el caso,

según pone manifiesto el contexto alegatorio y probatorio sometido a nuestra consideración.

A los fines de ofrecer una adecuada, en cuanto ajustada a derecho, respuesta judicial a la problemática así suscitada, parece conveniente recordar que la misma se desenvuelve en el marco, procesal y sustantivo, regulado por los artículos 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 90 y 91, *in fine* del Código Civil. No habilitan dichos preceptos anómalos cauces de revisión, esto es, al margen del sistema ordinario de recursos, de pronunciamientos judiciales que hayan alcanzado definitiva firmeza, a especie de derogación, o atenuación, en el ámbito de los procedimientos matrimoniales, del principio de cosa juzgada en el que, conforme a lo prevenido en los artículos 207 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se asienta nuestro sistema procesal. El fundamento de la cosa juzgada radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídica, en cuanto en un anterior proceso haya quedado satisfecha la misma pretensión que se propone en el siguiente, pues la mera posibilidad de que se produzcan

sentencias firmes discrepantes y opuestas entre sí, vulnera la legítima expectativa de los justiciables de obtener una respuesta única e inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, e implica, en consecuencia, una quiebra del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (Sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983, 221/1984 y 242/1992, entre otras muchas).

Y es lo cierto que los referidos artículos 90 y 91 se muestran plenamente respetuosos con dicho precepto, dado que tan sólo permiten la modificación de los efectos complementarios sancionados en una sentencia firme en el supuesto de que se hayan alterado sustancialmente los factores que condicionaron su inicial adopción. Por lo cual, y conforme a una reiterada y pacífica interpretación doctrinal y judicial de tales normas, se exige, en orden al posible acogimiento de la acción modificativa, la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1.º Un cambio objetivo, en cuanto al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento, de la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se intenta modificar.
- 2.º Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida, y no a factores meramente periféricos o accesorios.
- 3.º Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo, por el contrario, unas características de cierta permanencia en el tiempo.
- 4.º Que el repetido cambio sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias.

Partiendo de tales condicionantes legales y en su cumplida aplicación al caso de autos hemos de dar por reproducida la valoración probatoria a la que llega el Juez *a quo* que, disponiendo de información que esta Sala desconoce en cuanto a la ejecución de la sentencia y las vicisitudes por las que ha pasado la misma hasta el cumplimiento por el menor de los siete años de edad en que se situaba la fijación del régimen de vistas con pernocta, pondera correctamente

la situación que se produce en la actualidad. En esencia, la motivación del recurso del apelante se fundamenta en su discrepancia respecto de la valoración de la prueba pericial psicológica verificada en la misma, manifestando su disconformidad con ella, por lo que, en primer lugar, debe tenerse en cuenta, y recordarse, la constante y reiterada doctrina jurisprudencial en relación a la cual la existencia de un error en la apreciación de la prueba, como motivo de apelación, sólo podrá prosperar cuando, examinada la resultancia probatoria, las inferencias o conclusiones obtenidas por el juzgador *a quo* sean ilógicas, absurdas o irracionales o cuando haya dejado de considerarse, como prueba objetiva, alguna que las contradiga, y no es ésta la situación que se produce en el supuesto enjuiciado, dada la valoración de la prueba efectuada por el Juez *a quo*, que, por otro lado, comparte esta Sala, y por los motivos que se expondrán.

Para un mejor análisis de la cuestión debatida, y con carácter previo, conviene recordar, una vez más, qué criterios deben tenerse en cuenta en orden a la valoración de la prueba pericial, pues, señala el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que: «El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica», manifestando la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de mayo de 1981 que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones, ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de esencia, debiendo tener por tanto como prevalentes en principio aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional, sin olvidar otros criterios auxiliares como el de la mayoría coincidente o el del alejamiento al interés de las partes, no debiendo olvidarse que dicho medio tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador sobre determinadas materias que, por la especificidad de las mismas, requieren unos conocimientos especializados de técnicos en tales materias y de los que, como norma general, carece el órgano enjuiciador, quedando atribuido en favor de Jueces y Tribunales, en cualquier caso, «valorar» el expresado medio probatorio conforme a las reglas de la «sana crítica», por cuanto que el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene reglas de va-

loración tasada que se puedan violar, por lo que al no encontrarse normas valorativas de este tipo de prueba en precepto legal alguno, ello implica atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador en cada caso para valorar estas pruebas será hacerlo en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar el resultado judicial cuando éste aparezca ilógico o disparatado.

Sentado cuanto antecede y habida cuenta del informe del Equipo Psicosocial de la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, si bien no se constata con toda claridad que nos encontremos ante un síndrome de alineación parental, sí que se afirma que probablemente existe una manipulación del menor por parte de la madre, en incluso de la abuela materna con la que convive, circunstancia ésta que no puede obviarse y que, caso de persistir, podrían dar lugar a la suspensión o privación de la custodia del menor, hecho éste que, dada su trascendencia ha de serle recordado a fin de que ponga todos los medios necesarios para cesar en su actitud. Evidentemente, la influencia de tan persistente conducta en el menor obtiene un reflejo inmediato en la actitud que el mismo mantiene hacia el padre, por lo que podemos afirmar con toda rotundidad que si bien el hecho es de nueva ocurrencia el mismo resulta de obligada atribución a la demandante quien a través de dicha conducta obstruccionista y nada favorecedora de la normalización de la

relación paternofilial se erige en auténtica causa de tal comportamiento, faltando, por lo tanto, la nota de ajenidad predicable del hecho nuevo a los efectos de las modificaciones solicitadas. Por otro lado, no sólo se ha evaluado psicológicamente al menor sino también al padre, en este caso progenitor no custodio, y los resultados de la evaluación no pueden ser más convincentes en el sentido de que resulta necesario fomentar las relaciones del padre con el hijo a través del régimen de vistas que libremente y de común acuerdo establecieron en su día los litigantes, siendo de destacar que las habilidades parentales del mismo se infieren de dicho informe pericial en el que se manifiesta con toda rotundidad que se trata de una persona organizada y disciplinada, que presenta bajos niveles de agresividad o de dependencia del alcohol o otras sustancias, afirmaciones absolutamente gratuitas que se hacen por la actora, comprendiendo y aceptando perfectamente su situación y obligaciones de cara al menor.

Por lo expuesto, la proyección al caso del principio del *favor filii*, que recoge el artículo 92 del Código Civil, determina la estimación del recurso y el rechazo de la demanda inicial de las actuaciones así como de las medidas establecidas por el Juez *a quo* en el fallo de la sentencia apelada, debiendo, por el contrario, mantenerse el sistema que, en su momento, fue libremente convenido por ambos progenitores, en cuanto no se ofrecen a nuestra consideración motivos hábiles en derecho, con el debido respaldo probatorio, para su modificación en el sentido interesado, y ello por considerar que el verdadero interés tutelable del menor es el de la relación con su padre.

Se acuerda la suspensión de la comunicación paterno filial en aplicación del artículo 158 del CC, con base en la comunicación del responsable del Punto de Encuentro Familiar, que daba cuenta de que el menor presentaba un enrojecimiento en la sien y pómulo derechos a consecuencia de lo que podía ser un golpe propinado por el padre, respaldado por el correspondiente parte facultativo.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 12 de noviembre de 2009

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina**

El actor interpone recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de 1.^a Instancia número

1 de Mislata el día 8 de abril de 2009, que acordó la suspensión de la comunicación paterno filial.

La decisión del Juzgado, adoptada al amparo del artículo 158 del Código Civil, con base en la comunicación del responsable del Punto de Encuentro Familiar de Mislata en que daba cuenta de que el menor presentaba un enrojecimiento en la sien y pómulo derechos a consecuencia de lo que podía ser un golpe propinado por el recurrente, respaldado por el correspondiente parte facultativo, tiene fundamento en el apartado cuarto del precepto citado, que permite al Juez acordar las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios; las huellas de violencia física que presenta el menor justifican la medida adoptada de suspensión de la comunicación hasta que se compruebe el exacto alcance de los hechos. No obstante, con el objeto de no interrumpir más de lo debido la relación paterno-filial deberá recabar el Juzgado *a quo* el resultado de las actuaciones penales para resolver con la mayor celeridad acerca de la reanudación o no de los contactos del padre con su hijo.

Las objeciones procesales formuladas por el recurrente no determinan la revocación del auto recurrido, pues teniendo en consideración que no existe un procedimiento reglamentado para la adopción de las decisiones del artículo 158 del Código Civil, y que éstas, atendida la urgencia del caso podrían tomarse *inaudita parte*, lo cierto es que en este supuesto el Juzgado dio traslado a las dos partes del informe del Punto de Encuentro por medio de la providencia de 6 de abril de 2009, aunque sólo citó a la parte demandada por un error material, como luego reconoció en el auto de 5 de junio de 2009; el actor, por lo tanto, tuvo conocimiento del motivo de la suspensión de las visitas; por otro lado, el recurrente no interesa en el suplico de su recurso la nulidad de las actuaciones procesales, con las consecuencias que ello tiene al amparo del artículo 227.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; procede por todo ello la desestimación del recurso de apelación.

Ninguna prueba se ha aportado que permita afirmar el más mínimo inconveniente en que el menor, que ahora cuenta con más de dos años de edad, pase las noches con su padre, y no puede estimarse en abstracto y como principio general que lo haya, aunque algunas Audiencias Provinciales puedan considerarlo así y dilaten la pernocta hasta los tres años.

AP Cantabria, Sec. 2.^a, Sentencia de 10 de noviembre de 2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera

Doña Águeda sostiene que el menor no debe pecnoctar con su padre hasta haber cumplido tres años de edad, interesando el padre —siquiera ya no tendrá eficacia por razón del tiempo transcurrido, que incluso pueda pecnotar antes de cumplir el año que ha establecido como límite el juzgador de instancia. Realmente, ninguna prueba se ha aportado que permita afirmar el más mínimo inconveniente en que el menor, que ahora cuenta con más de dos años de edad, pase las noches con su padre, y no puede estimarse en abstracto y como principio general que lo haya,

aunque algunas Audiencias Provinciales puedan considerarlo así y dilaten la pernocta hasta los tres años; y en el caso concreto tampoco se ha probado dato o circunstancia alguna que lo desaconseje, no constituyendo el simple hecho de que sea muy pequeño, que es lo alegado por la madre, razón bastante para impedir la pernocta. Por consiguiente, con desestimación del recurso de doña Águeda, procede acoger el de don Jesús María en este particular, quedando claro que las visitas incluyen la pernocta, al igual que los períodos vacacionales.

VIVIENDA FAMILIAR

Insiste el apelante en la necesidad de que la Sentencia se pronuncie sobre el uso y disfrute de otros bienes, como son las plazas de garaje y trasteros que tienen arrendadas, un bajo comercial y un piso en Llanera, pero, como muy bien dice la Sentencia apelada, en la Sentencia de divorcio el Tribunal sólo debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar, sin que del artículo 91 del Código Civil se deduzca la necesidad de pronunciarse sobre el uso de otros bienes.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 29 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente**

Insiste el apelante en la necesidad de que la Sentencia se pronuncie sobre el uso y disfrute de otros bienes, como son las plazas de garaje y trasteros que tienen arrendadas, un bajo comercial y un piso en Llanera, pero, como muy bien dice la Sentencia apelada, en la Sentencia de divorcio el Tribunal sólo debe pronunciarse sobre el uso de la vivienda familiar, sin que del artículo 91 del Código Civil se deduzca la necesidad de pronunciarse sobre el uso de otros

bienes, sin perjuicio de que puedan las partes instar la liquidación de la sociedad de gananciales, en cuyo momento, si alguna de las partes ha venido disfrutando en exclusiva de determinados bienes comunes, podrá la otra esgrimir el crédito correspondiente contra la sociedad (en este sentido, por todas, Sentencia de la Sección 4.ª de esta Audiencia Provincial de Asturias, de 10 de septiembre de 2009, y de esta Sección 7.ª, de 5 de diciembre de 2008).

La Sentencia de instancia atribuyó el uso del domicilio familiar a la menor y al progenitor que en cada momento tenga su custodia, sin embargo, esta solución, ni siquiera en el supuesto de guarda y custodia compartida, puede admitirse, dado que la alternancia en el domicilio de los dos progenitores produciría más problemas que soluciones, tratándose de una medida que no puede considerarse idónea, máxime cuando existen divergencias entre ambos padres, a quienes no se puede obligar a trasladar sus enseres imprescindibles en cada período de guarda.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 28 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho**

Respecto al derecho de uso del domicilio familiar debe indicarse que una de las medidas subsiguientes a la declaración de separación matrimonial, nulidad o divorcio es la que versa sobre la atribución de la vivienda familiar a alguno de los cónyuges, y, llegado el momento de decidir en favor de cuál de ellos debe producirse la adjudicación, el interés que prima no es el de los cónyuges, sino el de los hijos menores

de edad, en caso de que existan hijos, hasta el punto de que son esos hijos los que determinan decisivamente tanto el cónyuge en cuyo favor se adjudica la vivienda en el momento de la separación como las vicisitudes posteriores de la situación en que queda el cónyuge al que no se concedió el uso de la vivienda. Así, el artículo 83 del Codi de Família distingue los supuestos en que haya acuerdo de los cónyuges (artículo

83.1), y de falta de acuerdo, en cuyo supuesto vuelve a distinguir entre los casos en que existan hijos [artículo 83.2, letra a)] y que no existan hijos [artículo 83.2, letra b)]. En el caso de que existan hijos dispone: «Si hi ha fills, s'atribueix, preferentment, al cònjuge que en tingui atribuïda la guarda, mentre duri aquesta. Si la guarda dels fills es distribueix entre els cònjuges, resol l'autoritat judicial» [artículo 83.2, letra a)]. En el supuesto que no existan hijos, el citado Texto Legal establece: «Si no hi ha fills, se n'atribueix l'ús al cònjuge que en tingui més necessitat. L'atribució té lloc amb caràcter temporal, mentre duri la necessitat que l'ha motivada, sens perjudici de pròrroga, si és el cas». Por su parte, la jurisprudencia del TS (*vid.* Sta. de 29 de abril de 1994) ha declarado que «el derecho de uso de la vivienda común, concedida a uno de los cónyuges en el proceso de separación por razón del interés familiar más necesitado y porque quedan bajo su dependencia los hijos, no tiene, en sí mismo considerado, naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges». Es decir, la protección que se concede tanto en el artículo 96 del CC como en el artículo 83.2 del CF para la atribución de la vivienda familiar, atiende al interés más digno de protección, concediendo facultades al Juez para los supuestos de falta de acuerdo, pero debiendo tenerse en cuenta que esta protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cón-

yuges no puede generar un derecho antes inexistente, protegiendo sólo el que la familia ya tenía. Declarándose también por la jurisprudencia, que la atribución a uno de los cónyuges, es de carácter absoluto, ejercitable *erga omnes* pero limitada a que subsista la ocupación durante el tiempo que disponga la sentencia. En el presente caso, la Sentencia de instancia atribuyó el uso del domicilio familiar a la menor NEUS y al progenitor que en cada momento tenga su custodia, sin embargo esta solución, ni siquiera en el supuesto de guarda y custodia compartida puede admitirse, dado que la alternancia en el domicilio de los dos progenitores produciría más problemas que soluciones, tratándose de una medida que no puede considerarse idónea, máxime cuando existen divergencias entre ambos padres, a quienes no se puede obligar a trasladar sus enseres imprescindibles en cada período de guarda, sin que pueda admitirse que el límite de un año, como tiempo para la división de la cosa común, sea un factor justificativo de dicha decisión, pues la división de la cosa común puede acordarse independientemente de a quién se atribuya el uso del domicilio familiar. Por otro lado, como en el presente caso se atribuye la guarda y custodia a la madre, conforme el criterio de preferencia establecido en el artículo 83.2, letra a) del CF, debe atribuirse a la actora el uso del domicilio familiar, dejando también sin efecto la concesión del uso a la menor, dado que según el artículo 83 del CF el uso debe atribuirse al padre o a la madre, no a los hijos. En consecuencia, debe estimarse este motivo del recurso de apelación.

No existiendo hijos menores, el uso de la vivienda familiar debe otorgarse en función del interés más necesitado de protección, y en este caso la convivencia del hijo mayor de edad —en etapa universitaria— con la madre hace que el interés de ésta sea el que deba protegerse.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de enero de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaró Lazcano

De conformidad con lo prevenido en el artículo 271.2 de la Ley de E. Civil, procede resolver en el sentido de admitir como documental pública, la sentencia de 15 de enero de 2009 y el Auto de la

misma fecha, resoluciones ambas dictadas por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer núm. Uno de Granada, al versar sobre condena por delito de amenazas y adopción de medidas cautelares

al respecto, al considerar la prueba pertinente al guardar relación con la petición del marido relativa al uso conjunto de la vivienda familiar, pretensión de todo punto inadmisibles. En el presente caso, al no existir hijos menores el criterio para la adjudicación es el del interés más necesitado de protección (artículo 96, párrafo 3.º del C. Civil). Aunque el hijo sea mayor de edad, el mismo se encuentra cursando estudios universitarios, viviendo en compañía de su madre. Ambos cónyuges son Licenciados en Medicina y Cirugía,

aunque no hayan ejercido su profesión, ella se encuentra en situación de desempleo y, él igualmente lo está, encontrándose bajo tratamiento del alcoholismo que padece. Así las cosas, estimamos que el hecho de que vaya a servir de vivienda tanto a la madre como al hijo, constituye interés más necesitado de protección. Tratándose de una vivienda arrendada, cuyo contrato concertó la mujer y no constando que el derecho arrendaticio sea privativo del esposo. La duración de uso será la del contrato de arrendamiento.

Los suministros medidos por aparatos contadores han de abonarse obviamente por quien usa la vivienda; respecto de los gastos de comunidad, seguros y el IBI nuestro Tribunal Supremo ha sido claro al señalar que su abono corresponde a ambos cónyuges, con independencia de quién utilice la vivienda.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 14 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Álvarez Seijo**

Distinta suerte debe darse, sin embargo, al primero de los motivos alegados por la recurrente, pues así como los suministros medidos por aparatos contadores han de abonarse obviamente por quien usa la vivienda, respecto de los gastos de comunidad, seguros y el IBI nuestro TS ha sido claro al señalar que su abono corresponde a ambos cónyuges, con independencia de quién

utilice la vivienda, y aun cuando tiene razón la Señora Juez al afirmar que en su momento doña Elizabeth podría resarcirse, lo que acontecería al liquidar la sociedad conyugal, su situación económica implica, y es comprensible, que opte porque los pagos en cuestión se efectúen como legalmente corresponde, en lugar de generar un crédito futuro.

Obvio es que si uno solo de los cónyuges está percibiendo una utilidad económica derivada del derecho de uso, que le otorga la posesión del inmueble a los fines de cubrir en él sus necesidades cotidianas de alojamiento, ha de entenderse que las cuotas de comunidad forman parte de los gastos que derivan del mantenimiento y uso del inmueble, por lo que no parece forzado incluir aquellos gastos dentro de las obligaciones que incumben al usuario, bajo la cobertura del artículo 504 del CC, en relación con el 500 del mismo cuerpo legal, dentro del concepto de contribuciones que recaigan sobre los frutos o utilidades.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 12 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

Cierto es que, conforme declara el Tribunal Supremo (*vid.* sentencias de 25 de mayo de 2005 y

1 y 20 de junio de 2006), el artículo 9.5.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, al igual

que el 9.º1.f) de la vigente de 1999, impone al propietario, de una forma clara e inequívoca, el pago de los gastos de comunidad, lo que, en dichas resoluciones, conduce a considerar que el abono de los mismos realizado por uno solo de los cónyuges cotitulares del inmueble, al que, en la litis matrimonial, se le atribuyó su uso, constituye un crédito de éste contra la sociedad de gananciales en liquidación.

No podemos, sin embargo, olvidar que las cuotas ordinarias de comunidad tienen por objeto cubrir económicamente una serie de servicios, tales como los de portería, limpieza, luz o, en general, mantenimiento de zonas comunes que, en supuestos como el presente, tan sólo benefician de modo directo y personal a uno de los cotitulares, esto es, aquel que ostenta el derecho, exclusivo y excluyente, de uso. En lógica y justa correspondencia, según viene manteniendo de modo reiterado esta Sala, han de recaer sobre el beneficiario de tales servicios los gastos inherentes a la ocupación del inmueble, en cuanto originados por quienes moren en el mismo, redundando en su exclusivo beneficio.

No puede dejar de mencionarse, al respecto, que, dentro de la regulación del derecho de

uso y habitación, figuras que guardan evidente similitud con la del artículo 96 del Código Civil, el artículo 500, por la remisión genérica efectuada en el 528, previene que el usufructuario (en este caso el usuario) está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo; y se añade que se considerarán ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación. Obvio es que si uno solo de los cónyuges está percibiendo una utilidad económica derivada del derecho de uso, que le otorga la posesión del inmueble a los fines de cubrir en el mismo sus necesidades cotidianas de alojamiento, ha de entenderse que las cuotas de comunidad forman parte de los gastos que derivan del mantenimiento y uso del inmueble que dicho consorte, con exclusión del otro, hace del mismo y sus instalaciones comunes, por lo que no parece forzado incluir aquellos gastos dentro de las obligaciones que incumben al usuario, bajo la cobertura del artículo 504, en relación con el 500, dentro del concepto de contribuciones que recaigan sobre los frutos o utilidades.

La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 del CC, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y, por lo tanto, incluida en el artículo 1362.2.º CC.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 2 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Agustín Azparren Lucas**

Como segundo motivo de apelación D.ª Ángela se muestra contraria a lo dispuesto en la Sentencia apelada en relación con la contribución al pago del crédito hipotecario, seguro multihogar e IBI de la vivienda familiar, al establecerse que tales gastos deben ser asumidos por la ahora apelante, solicitando que se fije la contribución por parte del esposo al pago de la mitad de dichas cargas.

No procede tampoco hacer pronunciamiento al respecto, ya que como dice la STS de 5 de noviembre de 2008, en relación a la hipoteca

y en consecuencia extendible a los otros gastos señalados, «La hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 del CC, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el artículo 1362.2.º CC».

Tal Sentencia, además, constituye la base sobre la que se ha llegado a un acuerdo de unificación de criterios en el mismo sentido, por parte de la Reunión de Presidentes de secciones

civiles de esta Audiencia Provincial, en fecha 23 de abril de 2009.

En el presente caso, en que ni siquiera resulta clara la naturaleza privativa o ganancial de la vivienda familiar, por las razones expuestas en

la Sentencia apelada, con mayor motivo resulta improcedente revocar el pronunciamiento de instancia para, considerándolo como carga del matrimonio, distribuir a partes iguales la contribución a la misma, como pretende la apelante.

La Sala no puede acordar el uso alternativo de una vivienda entre dos personas que acaban de romper su vida conyugal y todavía les enfrentan numerosos asuntos que hay que limar y no potenciar. Establecer ese uso alternativo supondría una fuente de enfrentamientos entre ambos en orden a quién paga las facturas, quién consume más o quién ha de reparar lo que otro ha estropeado.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 22 de diciembre de 2009

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Pilar Manzana Laguarda**

En cuanto al primero de los motivos, la Sala no puede acordar el uso alternativo de una vivienda entre dos personas que acaban de romper su vida conyugal y todavía les enfrentan numerosos asuntos que hay que limar, no potenciar. Establecer ese uso alternativo supondría una fuente de enfrentamientos entre ambos en orden a quién paga las facturas quién consume más, quién ha de reparar lo que otro ha estropeado, etc. (...) Por ello en casos como el presente la Sala debe acudir a la solución prevista por el legislador que se contiene en el artículo 96 del C. Civil, que en su párrafo tercero señala que cuando no haya hijos —menores se entiende por un sector de la doctrina— «podrá» acordarse que «el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular siempre que, atendidas las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección; por el contrario el párrafo primero, de ese mismo artículo establece que en defecto de acuerdo de los cónyuges el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos —sin especificar que sean o no menores, por lo que un sector considera incluidos los mayores pero dependientes— y al cónyuge en cuya compañía queden. En el presente caso la Juzgadora de instancia ha optado por la aplicación del párrafo tercero del mencionado artículo que estable-

ce como criterio para atribuirlo el que ostente el interés más necesitado de protección y en el presente caso ese interés lo ostenta la esposa. Ese carácter discrecional de la utilización por el precepto del término «podrá», obliga al Juez a ponderar cuáles sean las «circunstancias» y cuál sea el «interés más necesitado de protección». Y es evidente que en atención al trastorno bipolar de la esposa, y sus ingresos inferiores, por mitad a los del esposo, aquélla ostenta un interés más digno de protección, máxime si el hijo, mayor de edad pero dependiente, con derecho a alimentos conforme al artículo 93.2 del C. Civil ha manifestado su intención de querer vivir con su madre, y, en consecuencia, va a ocupar con ella la vivienda en cuestión.

Mas si eso es así debe tenerse en todo caso presente que esa atribución tiene carácter provisional, esto es, en tanto en cuanto no se proceda a instancia de cualquiera de los cónyuges a insular la liquidación de la sociedad de gananciales, y sin que ese uso condicione o predetermine el resultado de las operaciones particionales inherentes a la liquidación de la sociedad de gananciales, pues aun cuando se confiere el derecho a seguir disfrutándola, tal otorgamiento no prejuzga la propiedad definitiva de la vivienda, que formará parte de la masa liquidable y podrá adjudicarse en la partición del patrimonio conyugal a cualquiera de los cónyuges.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se declara extinguida la pensión alimenticia dado que el hijo no figura dado de alta en la Seguridad Social, la única titulación académica que posee, a sus veinticinco años, es la de bachiller y con la demanda sólo se presenta un informe acreditativo de la matriculación en un módulo de formación profesional de animación de actividades físicas y deportivas, pero ni se aportan las calificaciones, ni los justificantes de asistencia a las clases.

AP Asturias, Sec. 7.^a, Sentencia de 29 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alfonso Suárez Acevedo**

La Sentencia apelada estima la demanda interpuesta por D. Edmundo frente a doña Florencia, acordando el divorcio solicitado y dejando sin efecto la pensión alimenticia reconocida a favor del hijo del matrimonio por la Sentencia de separación de fecha 25 de abril de 1988 dictada por el Juzgado de Primera instancia núm. 1 de Gijón, manteniendo el resto de las medidas acordadas en la misma.

Frente a dicha resolución, se alza doña Florencia solicitando a esta Sala que dicte Sentencia en la que se acuerde mantener la pensión alimenticia reconocida a favor del hijo D. Luis Carlos con cargo a D. Edmundo, en la previa Sentencia de separación citada, en cuantía inicial de 126,21 euros, actualizada desde esa fecha a abril de 2009, por un importe de 227,40 euros mensuales, en base a la existencia de un error en la valoración de la prueba practicada.

No procede dar acogida a la pretensión de la parte apelante, por cuanto, del material probatorio obrante en las presentes actuaciones, no resultan justificados los requisitos exigibles

para el mantenimiento de la pensión alimenticia referida, y ello en atención a las siguientes razones: primera, porque constan como hechos indubitados, tanto que el hijo del matrimonio no figura dado de alta en la Seguridad Social, como que no ha existido causa alguna de carácter físico o psíquico que le hubiese impedido acceder al mercado laboral desde que tuvo la oportunidad de hacerlo, siquiera con carácter esporádico o eventual; segunda, porque la única titulación académica que posee, a sus veinticinco años, es la de bachiller, si bien señaló, en el acto del juicio, que comenzó otro módulo de formación profesional, aunque no lo finalizó; y, tercera, porque con la demandada sólo se presenta un informe acreditativo de la matriculación en un módulo de formación profesional de animación de actividades físicas y deportivas durante el curso académico 2008-2009, pero ni se aportan las calificaciones, ni los justificantes de asistencia a las clases, no dando el hijo, en la vista oral, explicación alguna de su aprovechamiento actual, ni del logro de objetivo académico alguno.

La sentencia dictada en vía penal absolviendo al padre del delito de impago de pensiones por falta de capacidad económica no es suficiente para estimar la demanda de extinción de alimentos interpuesta por el padre.

AP Asturias, Sec. 7.^a, Sentencia de 29 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Alfonso Suárez Acevedo**

En fecha 16 de marzo de 2009, D. Elías presentó escrito formalizando demanda de modificación de las medidas adoptadas en Sentencia de divor-

cio dictada en autos núm. 669/97 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gijón solicitando se dicte Sentencia en la que se extinga la pensión

de alimentos fijada a favor del hijo y, subsidiariamente, se suspenda el pago de dicha pensión hasta que el padre tenga ingresos económicos para pagarla.

El juez *a quo* desestimó la demanda interpuesta al considerar que no había existido un cambio sustancial en las circunstancias que aconsejase la modificación de la pensión alimenticia fijada, al no darse los requisitos de imprevisibilidad e involuntariedad del cambio. Sostiene el apelante que el juzgador ha incurrido en un claro error en la valoración de la prueba cuando, en el Fundamento de Derecho Segundo, considera probado que el demandante tiene ingresos para subvenir a sus propias necesidades vitales y a sus salidas de ocio en cuantía igual o superior a los 60 euros que debía abonar a su hijo. Se niega que realice trabajo remunerado alguno, subviniendo a sus necesidades exclusivamente gracias a la ayuda de su padre y de su hermano. En cualquier caso, lo que resulta indudable a esta Sala es que, cuando la pensión fue acordada en 1996, D. Elías no se encontraba dado de alta en la Seguridad Social, situación idéntica a la presente, siendo evidente que, durante todo este lapso temporal, el progenitor tuvo que disponer de algún medio de vida para subvenir a sus necesidades. Sea como fuere, bien haya percibido el actor durante todo este período ingresos irregulares por trabajos esporádicos no declarados, bien haya sido beneficiado por la ayuda familiar, lo cierto es que ninguna variación económica se ha observado durante el mismo. No habiendo el actor probado, como le correspondería, el cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su día para el establecimiento de la pensión cuya extinción o suspensión pretende,

deberá mantenerse la cuantía acordada, confirmando la Sentencia impugnada en este punto.

Versa el segundo motivo de impugnación sobre la «incongruencia» en que ha incurrido la Sentencia —a juicio del apelante— por no haberse tenido en cuenta la prueba documental aportada consistente en Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Gijón —ya firme— en los autos de Procedimiento Abreviado núm. 95/2009 relativos al impago de prestaciones en que fue absuelto en atención a la ausencia de capacidad económica para hacer frente a dicha obligación, no siendo recurrida dicha Sentencia, ni por el Ministerio Fiscal, ni por la propia demandada en esta litis. Siendo el ámbito de conocimiento de las jurisdicciones civil y penal diferente, obedeciendo las prescripciones legislativas civiles y penales a principios distintos y resultando las consecuencias establecidas por la vulneración de las mismas divergentes, no procede trasladar automáticamente lo establecido en un procedimiento penal a otro civil con él relacionado. En el presente caso, se exonera al actor de responsabilidad criminal debido a la ausencia del dolo exigido por el tipo penal, evidenciado por la falta de capacidad económica. Pero ello no empecería, en modo alguno, lo ya expuesto en nuestra resolución, por cuanto lo que se trataría de dilucidar es si ha existido cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para la fijación de la pensión alimenticia que justificase su extinción o suspensión.

En definitiva, debiendo quien reclama la modificación de medidas probar el cambio de las circunstancias tenidas en cuenta por el juzgador en el momento de su adopción, al no haberlo hecho, deberá arrostrar las adversas consecuencias derivadas de su falta de prueba, razón por la que se mantiene la medida adoptada.

Habiéndose establecido la custodia compartida, se acuerda la constitución de un fondo común (cuenta conjunta mancomunada) formado por las aportaciones de ambos progenitores (el padre deberá abonar la cantidad de 650 euros y la madre la de 350 euros) para el pago de los gastos de los hijos.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 27 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

Principiando por el primer motivo del recurso de don Casiano relativo a la pensión de alimentos,

se aduce por el recurrente que no era necesario establecer pensión alguna, habida cuenta del

establecimiento en la sentencia de un régimen de guarda y custodia compartida; siendo así que él había solicitado que cada progenitor se hiciera cargo de las hijas cuando las tuviera en su compañía, y, sólo respecto de los gastos extraordinarios, ambos progenitores deberían sufragarlos por mitad. Añade el apelante que, además, la pensión establecida a su cargo en favor de la hija menor es excesiva, habida cuenta de que su situación económica actual ha empeorado con relación a la que tenía con anterioridad, pues está en el paro, no percibe ninguna prestación por desempleo, y lo único que realiza son trabajos puntuales y eventuales para poder sobrevivir y mantener a sus hijas.

Para principiar con el análisis de este primer motivo del recurso del padre, se ha de recordar *prima facie* la doctrina consolidada del TSJC (SS 31/07/2008 y 5/09/2008) relativa a que en los supuestos de guarda conjunta o compartida es procedente la fijación de alimentos, ya que lo contrario iría en contra del fundamental principio *favor filii*. Bajo la denominación equívoca de custodia compartida, señala esta doctrina, pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de ellos, o de las tareas y funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de los progenitores se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores..., por lo que no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor —o en función de las tareas que cada uno se obligue a asumir— 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 al 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.

Resulta del Auto de Medidas Provisionales de fecha 1 de abril de 2008, obrante al folio 2 de lo actuado, que ambas partes ratificaron un

acuerdo mediante el que —entre otras medidas— se atribuía a la madre la guarda y custodia de la hija menor, Mireia, y se establecía una pensión de alimentos a cargo del padre a favor de las dos hijas por importe de 250 euros mensuales para cada una de ellas; obligándose ambos progenitores a satisfacer por mitad los gastos de la escuela de la hija menor y los gastos relativos a los estudios universitarios de la mayor, así como los gastos extraordinarios de ambas.

Asimismo, resulta de lo actuado que meses más tarde, en fecha 17 de julio de 2008, y antes de la fecha de la celebración del juicio, el padre presentó un escrito al Juzgado poniendo de manifiesto que se había producido un cambio sustancial en las circunstancias tomadas en consideración en el momento de contestar a la demanda de divorcio; siendo así que se solicitaban como medidas definitivas la guarda y custodia compartida de la hija menor, por ser éste el deseo de esta última, interesando el progenitor paterno que en lo relativo a la pensión de alimentos para dicha hija menor, no se estableciese pensión de alimentos alguna, y que cada progenitor se hiciera cargo de sus gastos durante el tiempo que permaneciese con cada uno de ellos; satisfaciendo ambos progenitores por mitad los gastos extraordinarios.

Por el Sr. Juez del primer grado se atribuyó la guarda y custodia a ambos progenitores de forma compartida, debiendo estar la hija menor 15 días con el padre y 15 días con la madre, y, en consonancia con ello, en lo relativo a los alimentos de esta menor, cada uno de los progenitores deberá sufragar sus gastos en el tiempo en el que la menor esté en su compañía, en lo relativo a alimento, aseo, medicación, transporte, ropa, etc. Y se añade que al efecto de hacer frente a los gastos ordinarios y extraordinarios, entendiéndose por tales los sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o seguro privado, así como los educativos, periódicos o no (matrículas, libros, material escolar, transporte), ambos progenitores deberán constituir un fondo común (cuenta conjunta mancomunada) formado por sus aportaciones, en el que el padre deberá abonar la cantidad de 650 euros y la madre la de 350 euros, siendo la administración de tal fondo común para ambos progenitores. La referida cantidad se actualizará anualmente en enero conforme al IPC. En dicha cuenta se domiciliarán los gastos habituales rela-

tivos a la escolaridad y otros. Para la realización de un gasto extraordinario se necesitará el acuerdo de ambos progenitores, salvo en casos de urgencia, en cuyo caso se podrán reclamar el pago de la factura, apunte bancario u otra cualquier justificación de haber realizado el pago.

Como se había anticipado, el padre aduce en este motivo del recurso que su situación económica es muy precaria, y, por tanto, la suma de 650 euros establecida en la sentencia es excesiva; interesando que no se establezca pensión alguna a su cargo, y que cada progenitor corra con los gastos ordinarios de la menor cuando la tenga en su compañía y que los extraordinarios se satisfagan por mitad. La madre, en su recurso, sin embargo, interesa el que se mantenga la pensión fijada en la sentencia en favor de la menor a cargo de su ex-consorte, y se suprima la pensión fijada a su cargo en favor de dicha menor, o subsidiariamente, se le fije a ella la cantidad de 180 euros mensuales, por resultar más acorde con sus ingresos, acreditados en lo actuado en 600 euros al mes.

Esta Sala comparte plenamente los argumentos del Sr. Juez de primer grado relativos a la falta de claridad y ocultación deliberada de sus ingresos por parte del progenitor paterno, lo que le ha forzado a resolver no sólo en base a las pruebas directas que obran en lo actuado, sino también en base a las indirectas o indiciarias. Así, no le falta razón a la esposa cuando afirma que por su consorte no fueron traídos a los autos como le incumbía (artículo 328 de la LEC), determinados documentos relativos a la mercantil SEMACO o a la cuenta bancaria abierta en la entidad Rawbank; documentos éstos de los que no podía disponer de otra manera, al tratarse de una mercantil extranjera constituida en octubre del año 2006, con sede

social en Kinshasa (Republique Démocratique du Congo), y cuyo objeto social es la explotación minera; siendo así que por el padre no se ha acreditado que dicha mercantil estuviese inactiva, o que la misma hubiese sido disuelta; no resultando suficientes, obviamente, las simples manifestaciones de dicho progenitor en el sentido de que la empresa está en la ruina (fol. 303), pretendiendo acreditarlo —obviamente, sin conseguirlo— con la simple aportación de una denuncia por robo ante la Police Nationale del District Ville de Lubumbashi, en donde se refleja la sustracción de 1) documentos de la compagnie groupe Atlantic/Cemaco; 2) cartes de crédits y 3) 140.000 \$ (cent quarante mille dollars Américain), y con dos únicos resguardos o justificantes de la entidad Rawbank, agencia 05130 de Lubumbashi, relativos a unas concretas operaciones de divisas (bordereau de retrait devises núms. 411423 y 411182). Pero es más, sus restantes manifestaciones de que no puede volver a la Republica del Congo a causa de una promesa, resultan absolutamente abstrusas y sorprendentes.

Así las cosas, esta Sala, habida cuenta de las necesidades de la menor —que no es objeto de controversia en este momento— y de las posibilidades económicas de uno y otro progenitor, considera más ajustado y ponderado que cada mes el padre ingrese en la cuenta conjunta y mancomunada a la que se refiere el Juzgador de instancia en su sentencia, la suma de 400 euros y la madre, 200 euros, manteniéndose en todo lo demás el pronunciamiento de la resolución recurrida; pues, con ello, se cumplimentan más cabalmente las reglas de la proporcionalidad que se contemplan en los artículos 264.1 y 267.1 del CF; todo lo que conlleva una estimación parcial del recurso del progenitor paterno.

Se revoca el pronunciamiento de la sentencia de primer grado relativo a que, mientras el progenitor paterno no encuentre trabajo, la obligación de pensión de alimentos a su cargo en favor de su hija menor quedará en suspenso, ya que aquella no puede estar sometida a condicionamiento de ningún tipo.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

El segundo motivo del recurso de la madre hace referencia al pronunciamiento de la sentencia

del primer grado relativo a que mientras el progenitor paterno no encuentre trabajo, la obliga-

ción de pensión de alimentos a su cargo en favor de su hija menor quedará en suspenso. Le asiste la razón a la recurrente.

La obligatoriedad de contribuir al sostenimiento económico de los hijos menores es una obligación natural que rige desde el mismo momento del nacimiento de éstos y es inherente a la condición de progenitor, sin que la misma pueda estar sometida a condicionamiento de ningún tipo, y ello porque, como acertadamente afirma el digno representante del Ministerio Fiscal, dejar en suspenso el pago de la prestación de alimentos condicionada a que el progenitor paterno encuentre trabajo supondría dejar al arbitrio del obligado al pago el inicio de la obligación.

En este sentido, señalan las sentencias de esta misma Sala de fecha 1/03/2007 y 13/07/2007 —entre otras— que la prestación alimenticia responde al criterio de la necesidad imperativa

—dado el carácter legal e ineludible de la obligación de tal naturaleza— de establecer en los supuestos incluso de dificultades económicas del obligado, por situaciones de desempleo o por privación de libertad ante reclusión penitenciaria, una cuantía que sirva para subsanar las necesidades vitales mínimas de los alimentistas; añadiéndose en dichas resoluciones el deber del alimentante de responder de la deuda alimenticia con sus bienes presentes y futuros, en base a la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil; de tal manera que la sentencia que establece tal mínimo vital alimenticio puede servir de base, como título judicial, para el despacho del proceso de ejecución, en los supuestos de mejor fortuna del alimentante.

Por todo ello, habrá de dejarse sin efecto en la parte dispositiva de la presente resolución la suspensión del devengo de la pensión alimenticia pronunciado en la resolución anterior.

Los gastos de guardería no tienen la consideración de extraordinarios ya que carecen de la nota de imprevisibilidad e inhabitualidad, debiendo abonarse con el importe de la pensión alimenticia ordinaria.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 26 de enero de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Rosa María Fernández Núñez**

Reconducido el debate y ahora el recurso en torno a los gastos de guardería generados por el menor hijo de los litigantes, Luis Carlos con motivo de su asistencia al Centro de Educación Infantil «Arco Iris» de El Puerto de Santa María, discrepando concretamente las partes en cuanto a su calificación como gastos extraordinarios, a sufragar por mitad, que la ejecutante/apelante Sra. Melisa sostiene y refuta el obligado, estimamos que la conclusión denegatoria adoptada en la instancia se abre paso sin dificultad, tanto se acuda al concepto general acuñado por la jurisprudencia en torno a las notas de imprevisibilidad e inhabitualidad, como a los propios términos del convenio regulador suscrito por las partes, en que —como señala el juzgador *a quo*— se incluyen algunos ciertamente opinables o dudosos, entre los que no se encuentran los de guardería infantil reclamados en la ejecutoria.

Ciertamente, la nota característica de los gastos extraordinarios es la imprevisibilidad, esto es, que no se puede conocer con antelación que van a surgir esas necesidades en cuanto que dependen de sucesos de difícil o imposible previsión, de modo que los mismos pueden surgir o no; si un gasto se puede prever y se tiene la seguridad de que va a acontecer será un dato a ponderar al tiempo de la fijación de la cuantía de la pensión de alimentos. La jurisprudencia ha venido delimitando el concepto, considerando gastos extraordinarios «todos aquellos que se salen de lo natural o de lo común» y «que no sean previsibles ni se produzcan con cierta periodicidad» en consonancia con el significado del D.R.A.E. que lo define como «añadido al presupuesto normal de una persona, familia etc.» de modo que pueden sintéticamente tenerse por tales los que «por su inhabitualidad y cuantía exceden del ámbito ordinario de los gas-

tos y del ejercicio de la patria potestad debiendo además estar vinculados a las necesidades que deben cubrirse económicamente de modo ineludible en el cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes, de los hijos, y ello en contraposición al concepto de superfluo o secundario, de lo que obviamente puede prescindirse sin menoscabo para el hijo. Bien entendido que junto con los gastos extraordinarios estrictamente necesarios, generalmente relacionados con la sanidad y tratamientos médicos, existen otros imprevistos que no revisten esa necesidad, asociados a la capacidad económica de los progenitores, que pueden considerar incurso en el concepto un determinado gasto, modificando o particularizando el sentido general, a través de los actos propios (artículo 7 del Código Civil) o mediante convenio regulador de separación o divorcio (artículo 90 del Código Civil), en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad privada recogido con carácter general en el artículo 1255 del Código Civil.

En cuanto al pronunciamiento en costas, el emitido en la instancia al amparo de lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Procesal Civil, ha de entenderse correcto, pues como es visto se estima íntegramente la oposición a la ejecución, volcada en la improcedencia de los gastos de guardería exigidos por la ejecutante, a quien se imponen las costas del «presente incidente». Así pues, la condena que pesa sobre a la progenitora ejecutante ha de entenderse circunscrita y limitada estrictamente a las costas correspondientes la concreta partida objeto de contestación —50% de los gastos de guardería— máxime cuando el resto de la reclamación —fundada, salvo en puntuales aspectos limados en autos— ha sido satisfecha, proveyendo el obligado al pago dentro del plazo judicialmente concedido.

Con esta sola admonición o salvedad, aconsejada por las alegaciones vertidas en el recurso, procede la confirmación del auto pronunciado, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Pese a que la hija ha alcanzado en fechas recientes la mayoría de edad, sigue conviviendo en el domicilio materno en unión de su novio, pero esta convivencia no puede entenderse como expresiva de una independencia económica de ésta, pese a los alegatos del padre en ese sentido, que no han resultado en modo alguno acreditados.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 25 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

La relativa a la pensión de alimentos de la hija mayor de edad, Marta, y la referida a la pensión compensatoria en favor de doña Mariola. En este FJ se analizará la primera de estas dos cuestiones, y, en el siguiente, la segunda.

Principiando por la primera de ellas, ya *prima facie* es preciso decir que la sola adquisición de la mayoría de edad por cualquiera de los hijos alimentistas no constituye por sí sola un motivo exonerador del pago de la pensión alimenticia, como se pretende por el padre en el caso que nos ocupa. Indudablemente, deben concurrir otros dos requisitos para que la posible reclamación de la madre en nombre de la hija común resulte abusiva. Estos dos requisitos son que dicha hija haya alcanzado la inde-

pendencia económica por su incorporación al mundo laboral y que no conviva en el domicilio familiar.

Es doctrina de esta misma Sala que la posibilidad que establece en Catalunya el artículo 76.2 CF de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad que convivan con uno de sus progenitores y que no tengan ingresos propios se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres en primer término, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores; convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata

de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término, con lo que la misma comporta entre las personas que la integran.

Por su parte, el artículo 259 CF al que se remite el mencionado artículo 76.2 señala que ha de entenderse por alimentos todo lo que es indispensable para el mantenimiento, la vivienda, el vestido y la asistencia médica del alimentista, y también los gastos para su formación si éste es menor, así como para la continuación de dicha formación, una vez haya llegado a la mayoría de edad, si no la finalizado antes por causa que no le sea imputable.

De la prueba practicada en el presente procedimiento resulta que efectivamente Marta, pese a haber alcanzado en fechas recientes la mayoría de edad, no disfruta de independencia económica y ni siquiera ha culminado su formación profesional, al hallarse cursando en la actualidad el segundo año de bachillerato artístico; lo que no fue negado por el padre en el acto del juicio, ya que pese a no recordar ni siquiera en qué centro estudiaba su hija, reconoció que el año anterior sí estudiaba.

Lo cierto es que Marta sigue conviviendo en el domicilio materno, en el que también con-

vive su hermano mayor de edad e independiente económicamente, así como su novio. Según afirmó la madre respecto de este último, de una forma provisional, el novio de Marta aporta para su sustento la suma de 300 euros mensuales, de los que hace entrega a doña Mariola. Tal circunstancia de la convivencia del novio de Marta en el domicilio materno no puede entenderse como expresiva de una independencia económica de ésta, pese a los alegatos del padre en ese sentido, que no han resultado en modo alguno acreditados.

Coherentemente con ello, debe ser mantenida en la presente resolución la contribución alimenticia de don Luciano que fuera establecida en la Sentencia de primer grado en un importe de 300 euros mensuales, puesto que tal cantidad ha de ser valorada como adecuada a los ingresos de éste y a los gastos mensuales de Marta; siendo así que don Luciano percibe quincenalmente de Construcciones Generales, S.C.C.L. unos ingresos del orden de 700 u 800 euros, más pagas extras, y, cuando existen beneficios —según afirmó en el acto del juicio— percibe una paga en concepto de estos últimos a final de año.

No pueden incluirse en la reclamación las clases de vela que tuvieron lugar en el mes de agosto, esto es, en el período vacacional, pues su importe debe correr de cuenta del progenitor que tiene a las menores en su compañía por tratarse de una actividad de entretenimiento, no necesaria, y una forma de organizar su trabajo y ocio el progenitor que las tiene en ese período estival.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 21 de enero de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a María Pilar Manzana Laguarda**

Que en cuanto a las Clases de vela, debe mantenerse la exclusión, en primer lugar porque frente a lo reclamado sólo consta el abono de la que tuvo lugar en agosto de 2008 (documento 31 obrante al folio 45 y documento 47 obrante al folio 67 de Paula y Cristina respectivamente), y en segundo lugar, porque al tratarse de una semana de agosto, esto es, del período vacacional, debe correr de cuenta del progenitor que tiene a las menores

en su compañía por tratarse de una actividad de entretenimiento, no necesaria, y una forma de organizar su trabajo y ocio el progenitor que las tiene en su compañía. Por el contrario los gastos de fin de curso, participando de la nota de imprevisible determinación *a priori* y generalidad de alumnos que lo verifican, deberá procederse a su abono por ambos progenitores en cuanto éstas se realizaron con posterioridad al divorcio.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Si bien nos encontramos ante un matrimonio de larga duración en el que la esposa se dedicaba a la atención de la familia y las lógicas tareas caseras, viene a ser lo cierto que durante la tramitación del procedimiento ha estado trabajando con un contrato que, inicialmente, tenía una duración de seis meses, pero de la misma documental observamos que, una vez transcurridos éstos, el contrato continuaba vigente, por todo lo cual no existen las razones para fijar pensión compensatoria.

AP Cádiz, Sec. 5.^a, Sentencia de 29 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sanabria Parejo**

Por lo que se refiere al recurso interpuesto por la representación de don Daniel, la pensión compensatoria que establece el artículo 97 del Código Civil se caracteriza por constituir un derecho de crédito que ostenta el cónyuge al que la separación o divorcio le supone un desequilibrio económico respecto del otro cónyuge, lo que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, y responde a una finalidad cual es, según la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009, entre otras muchas, que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía durante el matrimonio, a ser posible. Cuando se habla de desequilibrio ha de compararse, lógicamente, la situación de cada uno de los cónyuges una vez producida la separación o divorcio, por lo que no puede partirse de unas cantidades apriorísticamente ideales, puesto que constituiría una verdadera utopía. Puede afirmarse, teniendo en cuenta los presupuestos fácticos que justifican el nacimiento de la pensión compensatoria, que su naturaleza no es alimenticia, sino que constituye un supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o divorcio y sin vinculación alguna con la idea de responsabilidad por culpa, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de junio de 1988, sin perjuicio de que su fundamento pueda basarse también en el principio de solidaridad post conyugal, es decir, en el desequilibrio económico fundado en la solidaridad familiar que surgió entre los esposos al contraer matrimonio. Consecuencia de ello es que, mientras que la deuda alimenticia regulada en el artículo 142 del Código Civil, tiene una duración indefinida, en tanto se mantenga la

necesidad de recibirlos y la posibilidad de prestarlos (y, por supuesto, mientras se mantenga el vínculo familiar), y su contenido se limita a lo indispensable para el sustento, habitación, etc., por el contrario, la pensión compensatoria carece de tal límite normativo y, por imperativo de su naturaleza objetiva, se extingue por las causas del artículo 101, párrafo primero, del Código Civil, radicalmente distintas de las de la prestación alimenticia. Por otra parte, y dada su naturaleza, la dogmática actual entiende que la pensión compensatoria no es una renta absoluta e ilimitada en el tiempo, una renta vitalicia, debiendo conectarse con la posibilidad de rehacer su vida y conseguir un estatus económico autónomo para el cónyuge con derecho a su percibo, teniendo en cuenta la edad, cualificación profesional, años de matrimonio y demás circunstancias contempladas en el artículo 97 del Código Civil. Se trata, pues, de un derecho relativo y circunstancial, por cuanto dependerá de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario; y un derecho condicional, puesto que una modificación de las circunstancias concretas en que la pensión fue concedida, de modo análogo a la cláusula *rebus sic stantibus*, puede determinar su modificación o su supresión.

En cuanto a los factores a tener en cuenta en orden a la posibilidad de establecer una pensión compensatoria, a tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, que tales factores son numerosos, y de imposible enumeración, destacándose en el propio precepto y sin ánimo de ser exhaustivo, los siguientes: «la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuántos de éstos

precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado —perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral—; posibilidades de reciclaje o volver —reinserción— al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc.».

La pensión compensatoria es, pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemniza-

toria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria.

En el supuesto de autos ha de valorarse muy especialmente que, si bien nos encontramos ante un matrimonio de larga duración en el que la esposa se dedicaba a la atención de la familia y las lógicas tareas caseras, viene a ser lo cierto que, como se infiere de la documental que consta en las actuaciones, durante la tramitación del procedimiento ha estado trabajando con un contrato que, inicialmente, tenía una duración de seis meses, pero de la misma documental observamos que una vez transcurridos los mismos el contrato continuaba vigente, por todo lo cual no existen las razones que anteriormente hemos explicado y que sustentarían el establecimiento de la pensión compensatoria, por todo lo cual procede la estimación del recurso.

Se extingue la pensión compensatoria que ha venido percibiendo la ex esposa durante los últimos 23 años a pesar de que el matrimonio sólo se prolongó durante cinco, coadyuvando también a esta decisión la constancia de que la ex esposa ha trabajado por cuenta ajena en actividades de limpieza y que el ex esposo ha pasado a la situación de jubilado.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 29 de enero de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Rosa María Fernández Núñez**

El pronunciamiento del juzgado ha de ser mantenido por sus propios y acertados fundamentos que esta Sala comparte y no aparecen desvirtuados por las alegaciones de la recurrente doña Emma, beneficiaria de la pensión establecida con ocasión de la separación de su esposo don Marcelino, por sentencia de 7 de marzo de 1988, seguida en virtud de demanda formulada el 26 de diciembre de 1985 (autos 491/85 del Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de San Fernando), a razón del 30% de los haberes de este último, que insiste en retener o conservar la pensión a su favor, en términos por completo

incompatibles con el resultado de la prueba, que desautoriza abiertamente sus postulados.

Basta, en tal sentido, con destacar al hilo de lo expuesto que los ahora litigantes contrajeron matrimonio en enero de 1980 y su ruptura se produce en 1985, planteándose la correspondiente demanda de separación por la Sra. Emma en diciembre de ese mismo año, de donde resultan los argumentos vertebrales de la sentencia de instancia, que viene a subrayar lo efímero de la convivencia matrimonial, mantenida unos cinco años, en comparación con la prolongada percepción por título compensatorio que viene disfrutando

la esposa desde hace 23 años —ahora 24— en términos elocuentes para operar la cancelación pretendida por el obligado don Marcelino.

Por lo demás, frente a los claros y acertados argumentos judiciales, que aquí asumimos y damos por reproducidos en evitación de inútiles repeticiones, ninguno de los invocados por la disidente puede ser habido en consideración. El paralelismo establecido entre la pensión compensatoria a su favor y la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo decae con sólo constatar que en 1993 se procede a la venta de dicho inmueble y reparto de su importe entre los contendientes; no puede alegarse falta de cualificación profesional en quien ha desempeñado funciones de ama de casa y trabajado por cuenta ajena en actividades de limpieza y

atenciones domésticas, según se desprende de su escueta hoja laboral dispensada, ni las razones de edad son de recibo cuando al producirse la ruptura contaba la interesada la idónea para abordar cualquier proyecto; de hecho en este tiempo se ha procurado una vivienda propia en San Fernando, que amén de satisfacer sus necesidades de alojamiento, permite atribuirle cierta solvencia. Si a ello se añade la jubilación por enfermedad del esposo y su sobrevenida condición de pensionista, la conclusión al principio adelantada, en total coincidencia con el juzgado, se abre paso sin dificultad e inclina la plena confirmación de la sentencia, todo ello sin que dada la naturaleza del debate y los términos del señalamiento discutido proceda especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada.

Se extingue la pensión compensatoria al quedar acreditada la relación afectiva de la ex esposa con un tercero, pues pese a los intentos de la parte por ocultar la relación permanente y estable que tiene, que trata de disfrazar de mera relación de afectividad esporádica, abre el portal con sus propias llaves, pernocta en casa de la recurrente y la abandona al día siguiente sobre las 7.34 horas, como manifiesta el detective emisor de los informes.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 28 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Julián Pavesio Fernández**

Alega la recurrente, como primer motivo, error en la valoración de la prueba practicada, toda vez que la juzgadora de instancia sostiene manifestaciones que la recurrente no ha efectuado, pues si bien declaró que desde finales de octubre de 2008 inició una relación con Alfredo, quien de forma esporádica pernocta en el domicilio de la recurrente, nunca ha referido que sea estable y mucho menos que convivan de forma estable, ni que disfrute los fines de semana con Alfredo, y, por otro lado, la juzgadora *a quo* fundamenta su decisión en el informe del detective aportado con la contestación a la demanda, informe incompleto e impreciso, toda vez que sus conclusiones se sustentan sobre conjeturas y apreciaciones subjetivas, y únicamente se recogen los días en que Alfredo pernoctó en el domicilio, sin dar explicación su emisor por qué no se ejecutó un seguimiento diario durante al menos un mes o 15 días, lo que según la recurrente demostraría que no existe una relación de pareja estable y duradera asimilable a

una convivencia marital a los efectos del artículo 101 del CC. Estimando la recurrente que procede la concesión de la pensión compensatoria solicitada, al carecer de una titulación específica y en su vida laboral sólo cuentan 730 días cotizados, gran parte de ellos como autónomo, habiendo durado el matrimonio 17 años y dedicados por la recurrente al cuidado de la familia.

Como ya tiene manifestado esta Sección en Sentencia de 23-12-2007 (Rollo 191/07) «Es cierto que para que se produzca el hecho generador de la extinción, o, de denegación, del derecho a la pensión compensatoria, se exige que se acredite que el beneficiario mantiene una convivencia *more uxorio* con otra persona, lo que exige la constatación de que esa convivencia presenta unas notas de habitualidad y estabilidad, sin que baste la prueba de una convivencia esporádica u ocasional (...). Pero es también cierto que, como se expresa en la Sentencia de la Sección 1.ª, de 1 de diciembre de 2005, con cita de otra de la

Sección 5.ª, de 24 de marzo de 1999, en orden a valorar dichas características, no deberá perderse de vista la dificultad de prueba con que de ordinario se encuentra quien trata de acreditar tal circunstancia, pues no se escapa a la lógica el interés que subyace en ocultar la misma quien corre el riesgo de perder un montante económico que viene disfrutando o de no obtenerlo, lo que lleva a considerar que, ante las enormes trabas que se presentan para la obtención de una prueba directa, ha de considerarse suficiente la prueba indiciaria, siempre que las evidencias sean serias y plausibles, de suerte tal que permitan inferir el hecho base que se trata de justificar aplicando las reglas de la lógica y el sano criterio, como requiere el artículo 386.1 de la LEC. En el mismo sentido se expresa la Sentencia de la Sección 5.ª, de 20 de diciembre de 2001, en la que se dice que la prueba sobre la convivencia *more uxorio* se revela realmente problemática, por lo que obviamente y ante la dificultad de obtener directas evidencias, se ha venido aceptando, como no podía ser de otra manera, el recurso a la prueba por presunciones, esto es, partir de determinados hechos ciertos de los que obtener la conclusión a través de las reglas del sano criterio humano (artículo 1253 del Código Civil), pues aunque es patente que la justificación de ello compete a quien alega la causa, no se puede ir más allá de la exigencia lógica, ya que lo contrario conduciría a requerir una prueba diabólica. Llegándose a afirmar en la Sentencia de la Sección 1.ª, de 4 de diciembre de 2001, que si bien la prueba de la convivencia o relación incumbe al demandante, la demostración de que aquella no reúne las características de estabilidad y permanencia que la convierten en relación de contenido asimilable a la matrimonial (*more uxorio*) corresponde a quien goza de tal situación, por la teoría de la facilidad probatoria, recogida por una constante jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 1997) y hoy positivizada en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que es la perceptora de la pensión la que cuenta con los datos capaces de determinar en cada momento la clase de relación que mantiene con una tercera persona».

Y, en parecidos términos, en Sentencia de 27 de junio de 2008 (Rollo 716/07): «Reiteradamente viene declarando esta Sala respecto de la con-

vivencia *more uxorio* (Rollo 409/07, Sentencia de fecha 7 de diciembre de 2007, por todas) (...) que «... si bien la prueba de la convivencia o relación incumbe al demandante, la demostración de que aquella no reúne las características de estabilidad y permanencia que la convierten en relación de contenido asimilable a la matrimonial (*more uxorio*)...» o añadimos, «que obedezca a otra causa que no sea la afectiva de pareja», corresponde a quien goza de tal situación, por la teoría de la facilidad probatoria, recogida por una constante jurisprudencia (STS de 1 de septiembre de 1997) y hoy positivizada en el artículo 217 de la LEC, toda vez que es la apelante la que cuenta con los datos capaces de determinar en cada momento la clase de relación que mantiene con una tercera persona (...) Probado este extremo, es decir, el de la convivencia, es perfectamente lícito y conforme a la naturaleza de las cosas deducir la existencia de una relación marital entre una y otra parte, si el acreedor no ha podido justificar ni explicar convenientemente el por qué de esa convivencia continuada y estable, de fácil prueba para él y de casi imposible acreditación para el contrario...».

Aplicando la doctrina al caso enjuiciado no puede por menos que considerarse acertadas las conclusiones de la Sentencia apelada, puesto que, pese a los intentos de la parte por ocultar la relación permanente y estable que tiene la recurrente con Alfredo, que trata de disfrazar de mera relación de afectividad esporádica, de corta duración, sin embargo, del examen de las actuaciones y prueba practicada ha quedado suficientemente acreditada. Ésta aparece en los informes de detectives aportados por el apelado, el primero de ellos, aportado en las Medidas Provisionales y obrante como documental en el procedimiento de divorcio, y el segundo, aportado con la contestación a la demanda, ambos ratificados por su emisor, que demuestran la reiterada entrada y pernocta de Alfredo en el domicilio de la recurrente durante un lapso de tiempo suficiente de seguimiento para hacer inferir la relación de convivencia estable y no esporádica de Alfredo con la recurrente, quien abre el portal con sus propias llaves, pernocta en casa de la recurrente y abandona al día siguiente sobre las 7.34 horas, como manifiesta el detective emisor de los informes, sin que la recurrente por su parte haya aportado ni practicado prueba alguna que acredite que

se trata de una relación esporádica, no estable, teniendo facilidad probatoria a su alcance para ello, mediante una simple testifical.

Por todo ello procede desestimar el recurso en este punto, confirmando la apelada en su integridad en este punto.

En materia de efectos en cuanto a la extinción de la pensión compensatoria, es regla general que, al precisar de una declaración judicial su establecimiento, ese mismo carácter constitutivo ha de tener su extinción, sin que quepa admitir, salvo supuestos excepcionales en que quede suficientemente justificada tal previsión, la eficacia retroactiva, siendo la fecha de meritada extinción la de la sentencia recaída en la instancia.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ercilla Labarta**

Se plantea asimismo la carencia de efectos retroactivos de la resolución dictada acordando la extinción de la pensión compensatoria, y a este respecto, esta Sala ya tiene declarado que en materia de efectos en cuanto a la extinción de la pensión compensatoria, es regla general que al precisar de una declaración judicial su establecimiento, ese mismo carácter constitutivo ha de tener su extinción, sin que quepa admitir, salvo supuestos excepcionales en que quede suficientemente justificada tal previsión, la eficacia retroactiva, siendo la fecha de meritada extinción la de la sentencia recaída en la instancia. Ello es así por muy diferentes razones, como la más elemental de que siendo el pronunciamiento de una sentencia matrimonial que establece, aumenta, reduce o suprime una pensión compensatoria, de carácter no declarativo sino constitutivo, los efectos se despliegan *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, pero no *ex tunc* o con efecto retroactivo a

la sentencia anterior o a la fecha de la interpelación judicial. Es cierto que esta Sala ha aplicado efectos retroactivos a alguna resolución, ahora bien, ello ha sido aplicado en supuestos en que constaba la realización de un matrimonio anterior, en el cual su fecha era indubitada, o bien en casos de alimentos de hijos cuando se acreditaba el fallecimiento, etc., ahora bien, cuando se requiere para acordar la extinción de dicha medida, en concreto la pensión compensatoria, una actividad deductiva de valoración probatoria para resolver si se debe entender que existe una convivencia *more uxorio*, dicha circunstancia impide, por su falta de fijeza y concreción temporal que se pueda dar a la resolución que se dicte eficacia retroactiva, debiendo acudir al criterio general de que la eficacia de las mismas es desde la sentencia en que dicha situación se reconozca, por lo que procede en este punto modificar la resolución recurrida.

Es reconocido por la propia actora que tiene una relación sentimental estable, aunque la defina de mero noviazgo con otra persona, estando acreditado por los informes de detectives que esa relación excede de lo que generalmente constituye un mero noviazgo, y así en los diversos períodos en que la vigilancia se ha realizado, aparece que dicha persona convive en esos períodos en el domicilio de la demandada, teniendo llaves propias para entrar en la vivienda, pernoctando en ella, teniendo ropa allí para realizar los cambios que estima oportunos, y encargándose de labores domésticas, como sacar la basura, pasear al perro, aparcar el vehículo, etc.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Ercilla Labarta**

Se plantea en primer lugar error en la valoración probatoria por parte del juzgador de ins-

tancia, y a este respecto, como paso previo es preciso indicar, como ya señaló esta Sección

en sentencia de 26-3-08, que el derecho a pensión compensatoria regulado en el artículo 97 del Código Civil «es incompatible con el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona, según ha determinado el legislador en el artículo 101 del Código Civil. Este precepto, en cuanto a la última causa, viene siendo interpretado por los Tribunales en el sentido de que la convivencia marital, según la expresión que utiliza la norma, para extinguir o impedir el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria, supone necesariamente una relación de carácter permanente y estable que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar de hecho, es decir, una convivencia *more uxorio*, puesto que la expresión utilizada por el Código configura una relación a semejanza de la matrimonial, como precisó la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo de 1998, lo que exige que concurren las notas de habitualidad y estabilidad, pero sin que por ello tenga que ser definitiva en el tiempo, como también puede no serlo el matrimonio». Al mismo tiempo es preciso interpretar la norma de conformidad con los criterios de la sociedad actual, y que como recuerda la sentencia de la AP Las Palmas de 20-2-2007, «son cada vez más frecuentes los casos de matrimonios bien avenidos que no obstante por razones laborales, profesionales o cualesquiera otras de naturaleza análoga, sólo pueden compartir juntos su tiempo los fines de semana o varios días al mes, permaneciendo siempre vigente el espíritu, ánimo y deseo de relación matrimonial», siendo precisamente esa voluntad de permanencia y estabilidad lo esencial, lo cual también refiere la sentencia citada en la resolución de instancia de la AP Barcelona de 3/5/07 de que «frente al rigorismo exigido antaño y atendida a la realidad social del momento —artículo 3 del Código Civil—, estima preciso constatar y puntualizar que en la sociedad actual, en que existen distintos tipos y modelos de convivencia, la “convivencia marital” a que hace referencia el mentado precepto del Codi de Família, debe entenderse como toda aquella en que se de una relación sentimental de pareja con visos de cierta estabilidad, sin necesidad de convivir de forma permanente y menos en

la misma vivienda, toda vez que lo que debe prevalecer y tomarse en consideración para conceptuar la convivencia como «marital», no es el mero hecho de residir siempre juntos los dos miembros de la pareja, sino la existencia de una relación afectiva o sentimental entre ambos, es decir, la voluntad de éstos de ser o de constituir una pareja estable, lo cual acontece, en todos aquellos casos de parejas, en que habitando cada uno de los componentes de la misma en su propio domicilio o en que comparten vivienda sólo durante algunos determinados días, gocen de los elementos de sentimiento de exclusividad afectiva y estabilidad emocional con vocación de continuidad». En el presente supuesto es reconocido por la propia actora que tiene una relación sentimental estable, aunque la defina de mero noviazgo con otra persona, estando acreditado por los informes de detectives que esa relación excede de lo que generalmente constituye un mero noviazgo, y así en los diversos períodos en que la vigilancia se ha realizado, aparece que dicha persona convive en esos períodos en el domicilio de la demandada, teniendo llaves propias para entrar en la vivienda, pernoctando en la misma, teniendo ropa allí para realizar los cambios que estima oportunos, y encargándose de labores domésticas, como sacar la basura, pasear al perro, aparcar el vehículo, etc., que constituyen una actividad propia de una convivencia generalizada y estable, que perdura hasta una semana antes del acto del juicio en que se mantiene dicha relación estable entre ambos. A mayor abundamiento, conviene reproducir en esta alzada el estudio del juez de instancia en cuanto a la diferencia de consumo de luz y agua en la vivienda de ese tercero desde que la relación con la demandada se produce, y que son datos que refuerzan plenamente la valoración del juzgador de instancia. Todo ello supone una causa de extinción del derecho a la pensión compensatoria, sin que puedan prosperar las alegaciones defensivas de la contraparte en cuanto a que el desequilibrio patrimonial continúa y que se ha hecho cargo de un hijo autista, pues, independientemente de ello, concurre una causa de extinción de dicha pensión compensatoria, prevista en el Código Civil y acreditada en los presentes autos.

Para fijar la cuantía de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta que la esposa puede tener la posibilidad de trabajar a jornada completa en la empresa en que lo ha venido haciendo desde hace muchos años a media jornada por razón de la minoría de edad de los hijos que hoy son ya mayores de edad.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Maldonado Martínez**

Procede estimar el recurso en relación a la pensión compensatoria. Es patente que existe el desequilibrio entre los recursos de ambos cónyuges tras la ruptura, a la vista de los ingresos de cada uno, por lo que procede otorgarla con cargo al esposo que es quien mantiene una posición económica superior. Sin embargo, como la pensión compensatoria no trata de nivelar patrimonios, las circunstancias del artículo 97 del Código Civil han de tenerse en cuenta para su cuantificación. Y así se ha de contemplar que la esposa tiene una cualificación que le permite superar los ingresos que actualmente percibe, o al menos no se ha probado que no los pueda tener, refiriéndonos con ello a la posibilidad de trabajar a jornada completa en la empresa en

que lo ha venido haciendo desde hace muchos años a media jornada por razón de la minoría de edad de los hijos. Hoy tales hijos son ya mayores de edad y no constituyen inconveniente para restablecer la jornada completa. En segundo lugar ha de tenerse en cuenta la necesidad de vivienda del esposo al habersele atribuido la familiar a los hijos y su progenitora. Y en todo caso, también ha de tenerse en cuenta los alimentos que ha de satisfacer el recurrente a sus hijos, conforme se fija en esta sentencia. Contemplando esos parámetros en relación con los recursos y necesidades de ambos cónyuges, así como la duración del matrimonio, procede reducir la pensión compensatoria a 300 euros mensuales.

Aunque en un convenio regulador no ratificado judicialmente se fijó una pensión compensatoria de 900 euros, en el procedimiento de divorcio se establece una pensión de 600 euros.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 20 de enero de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Pilar Manzana Laguarda**

Por la dirección letrada de la parte recurrente que representa los intereses de Verónica se impugna la sentencia de instancia en cuanto al importe de la pensión compensatoria establecida a su favor, que lo ha sido en la suma de 600 euros mensuales, solicitando su elevación a 1.500 euros. Para el caso de que se mantuviera dicha cantidad se solicita que, hasta que otra cosa se diga en la liquidación de gananciales, y sin que constituya un crédito de él frente a la sociedad, se abone íntegramente el préstamo hipotecario que grava la vivienda por su ex marido y se cobre en su totalidad el alquiler de la vivienda de Isla Cabrera.

Por su parte, la dirección letrada de la también parte recurrente que representa los intere-

ses de Fidel, impugna la sentencia de instancia en cuanto omite un pronunciamiento específico solicitado en la instancia por su patrocinado, cual es que se dé validez, eficacia y obligatoriedad a la cláusula V en su apartado 3.º relativo al carácter ganancial de la vivienda de Isla Cabrera, y a la procedencia del reparto del alquiler que genere y el compromiso de venta.

Principiando por este último motivo, a la vista de las alegaciones de ambas partes, en orden a la naturaleza o no ganancial de la referida vivienda, a la existencia y vigencia o no del alquiler del mismo y a la procedencia de repartir por mitad su importe o de hacerlo propio una de las partes; en definitiva, en dar validez plena a un convenio que

precisamente no fue ratificado judicialmente por la parte que ahora pretende su obligatoriedad, debe decirse que las partes deberán resolver su controversia en el futuro pleito de liquidación de la sociedad de gananciales que rige su matrimonio, en la que podrán acreditar la naturaleza o no ganancial de la vivienda y en el caso de no serlo la existencia de créditos o no frente a la sociedad por lo invertido en su adquisición o frente a la contraparte por las rentas de la misma.

Un convenio que va a ser sometido a ratificación ante el Juzgado para su posterior homologación, supone una global negociación, en el que las partes lógicamente ceden en algunos aspectos para la obtención de otros, por ello, cuando como en el caso de autos, no se ratifica judicialmente el mismo no puede pretenderse que valga parte del mismo, todo lo más podrá ser un indicio suficiente o no en función del resto de las pruebas, para obtener una determinada conclusión, pero en absoluto puede la Sala acordar en este pleito la vigencia, obligatoriedad y eficacia de una de sus cláusulas.

En cuanto a la cuantía de la pensión compensatoria establecida en sentencia a favor de la recurrente, la misma resulta de aplica al caso concreto la proporcionalidad que se desprende del número 8 del artículo 97 del C. Civil, en concreto de la probanza en autos de que actualmente los ingresos del obligado a su pago no superan los dos mil euros mensuales, en relación directa con lo que obtenía al tiempo de elaborarse el convenio no ratificado que consideró el desequilibrio en la suma de novecientos euros. Es ese pacto al que llegaron las partes, aun cuando después no ratificaran uno de los elementos a tener presente conforme al artículo 97 del C. Civil,

que señala que para fijar la pensión compensatoria conforme al artículo 97 del C. Civil deben tenerse presentes las siguientes circunstancias: 1.^a) los acuerdos a los que hubieren llegado los cónyuges; 2.^a) la edad y estado de salud; 3.^a) la cualificación profesional y probabilidades de acceso a un empleo; 4.^a) la dedicación pasada y futura a la familia; 5.^a) La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; 6.^a) la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; 7.^a) la pérdida eventual de un derecho de pensión; 8.^a) El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge; 9.^a) cualquier otra circunstancia relevante.

Ese pacto alcanzado en su día, junto a los ingresos del obligado a su pago, la existencia de una vivienda que se le atribuye su uso y la existencia de más patrimonio que liquidar, determinan a la Sala a mantener el importe establecido por el Juzgador de instancia.

En cuanto a la petición alternativa de la recurrente, solicitando que para el caso de que se mantuviera dicha cantidad, hasta que otra cosa se diga en la liquidación de gananciales, y sin que constituya un crédito de él frente a la sociedad, se abone íntegramente el préstamo hipotecario que grava la vivienda por su ex marido y se cobre en su totalidad el alquiler de la vivienda de Isla Cabrera, debe remitirse a la parte, igual que al resolver la primera de las cuestiones en el fundamento jurídico segundo, al oportuno pleito de liquidación del régimen económico que regía su matrimonio, para en él y previa determinación de la naturaleza del bien en cuestión legitimar o no el cobro total o parcial del alquiler.

No concurre causa alguna para extinguir la pensión compensatoria, dado que la herencia de la esposa está constituida únicamente por bienes en nuda propiedad y, por otro lado, la disminución de ingresos del esposo se ha debido a su baja como letrado ejerciente, no habiéndose acreditado que dicha decisión esté justificada por motivo ajeno a su propia voluntad.

AP Granada, Sec. 5.^a, Sentencia de 15 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Maldonado Martínez**

Desestimada la demanda de modificación de medidas acordadas en proceso matrimonial de

divorcio, se alza frente a ella el apelante quien alega como motivo el error en la valoración de

la prueba, sobre lo que ha de decirse que sin perjuicio de la facultad del Tribunal de Apelación de analizar en su totalidad lo actuado, la valoración de la prueba es una facultad del Juez o Tribunal, señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 14 de mayo de 1981, 23 de septiembre de 1996, 29 de julio de 1998, 24 de julio de 2001 y 20 de noviembre de 2002) que debe ser respetado su resultado en tanto no se demuestre que el Juzgador incurrió en error de hecho, o que su valoración resulte ilógica, opuesta a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica. Como señalaba asimismo la sentencia de esta Sala de 18 de mayo de 2007, al estar regido nuestro sistema procesal por el principio de libre apreciación y valoración de la prueba, el Juzgador puede acudir para establecer la base fáctica de su fallo a unos determinados medios de prueba con preferencia a otros sin que ello suponga infracción alguna, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1993, afirma que «la valoración probatoria del Tribunal *a quo* no está sujeta a exigencias normativas de tener que prestar ni mayor, ni menor, ni igual atención y consideración a determinados medios de prueba». Por ello que, cuando se invoca el error probatorio, no basta con afirmar que se ha producido dicho error, sino que deben señalarse los hechos que han sido erróneamente admitidos como probados, la prueba erróneamente valorada y razonar en qué medida el juzgador ha utilizado criterios de valoración erróneos, ilógicos, absurdos o contrarios a las reglas legales de valoración, ya que la infracción de las normas valorativas de la prueba se produce, dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2001, bien porque se atribuya a un determinado medio de prueba una fuerza probatoria que la ley no le reconoce, bien porque se le niegue la eficacia que la ley asigna, y de ahí la necesidad de expresar dichas referencias, pues de no expresarse tales circunstancias, se evidencia que la intención del apelante es simplemente sustituir el objetivo e imparcial criterio del juzgador por el suyo propio, pretendiendo una nueva valoración probatoria sin argumentos que lo justifiquen.

Se dice que existe error en cuanto a que el actor ha sufrido una disminución de sus ingresos al haberse jubilado como abogado ejerciente y

en la Universidad de Granada, pero tal error es inexistente por cuanto la sentencia reconoce y refleja tales hechos, como se expone en el fundamento jurídico segundo. Y, por otra parte se dice que existe el error en cuanto a los ingresos de la demandada, al haber adquirido una herencia de su padre y por su participación en la sociedad Mucasa, pero tales errores tampoco se advierten, pues lo que consta suficientemente acreditado, como se expone en la sentencia, es que la herencia de la demandada es en nuda propiedad, y por ello que ningún ingreso le proporciona, y, la sociedad referida no consta que le reporte ingreso alguno, antes al contrario, la prueba propuesta hacía referencia a unos ingresos futuros de una promoción inmobiliaria que, al parecer, actualmente se está llevando a efecto, hechos futuros cuyo reflejo en la sentencia es improcedente.

Las conclusiones de la sentencia a la vista de la prueba practicada deben ser mantenidas, pues si la pretensión de extinción de la pensión compensatoria exige una modificación sustancial de la fortuna de uno u otro cónyuge, como señala el artículo 100 del Código Civil, patente es que la de la esposa no ha variado, dado que no tiene ingreso alguno y difícilmente puede obtenerlo en el campo laboral cuando tiene ya sesenta y cinco años y, por otra parte, la fortuna del esposo no ha disminuido, habida cuenta, de una parte, que lo que se intenta modificar es la sentencia de divorcio de 26 de junio de 2007, y, en esa fecha, ya se había jubilado como profesor de la Universidad por lo que ya se tuvo o se debió tener en cuenta tal circunstancia para no modificar la pensión existente desde la previa sentencia de separación, y, por otra, que la baja como Abogado ejerciente se debe a su exclusiva voluntad, pudiendo haber continuado en su ejercicio ya que nada ha probado que tenga alguna razón o causa que le impida ejercerla, y ha de tenerse en cuenta, como señala la sentencia de instancia, que la alteración de la fortuna no debe ser debida a la «simple voluntad de quien insta la revisión», de modo que puede afirmarse que su capacidad de obtener esos recursos existe y que si no los obtiene ha sido por su conveniencia, lo que no debe perjudicar al acreedor de la pensión. Y, por último, porque como también señala la sentencia de instancia, pueden haber disminuido algunos de sus recursos, pero su situación económica global

no le impide afrontar el pago de la pensión, y así se observa que mantiene el cuantioso patrimonio inmobiliario al que se aludía en la originaria sen-

tencia de separación, que también es susceptible de generar recursos, y los recursos en dinero efectivo y patrimonio mobiliario.

CONVENIO REGULADOR

La Sentencia de primera instancia estima la demanda en reclamación de alimentos para la hija de ambos litigantes. El mero acuerdo privado no exige aquella aprobación, aunque requerirá la exigencia de un proceso en el que se demuestre su realidad y alcance; en todo caso, demostrado el acuerdo, éste produce sus efectos respecto de ambos progenitores, vinculándolos a la observancia de lo pactado.

AP Asturias, Sec. 6.^a, Sentencia de 18 de enero de 2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz

La Sentencia de primera instancia estima la demanda en reclamación de alimentos para la hija de ambos litigantes. El padre, que apela dicha Sentencia, afirma, como motivo esencial, sin perjuicio de alegar otros, que es erróneo el importe que determina dicha Sentencia como adeudado por el citado, al ser superior la cantidad entregada durante el período comprendido entre junio 2006 a octubre 2008, que es el reclamado en la demanda, sin perjuicio de las restantes mensualidades que se vayan devengando durante la tramitación del presente procedimiento.

El primer motivo del recurso alega que el acuerdo aceptado entre los convivientes de hecho respecto de los alimentos para la hija de ambos carece de eficacia ínterin no sea aprobado judicialmente.

El motivo debe perecer, al confundir el acuerdo logrado entre los progenitores dentro de un procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo y el mismo acuerdo, aunque logrado privadamente, como es el caso. El primero ciertamente que requiere la aprobación judicial, como así lo revela la jurisprudencia citada en el escrito de recurso. Por el contrario, el mero acuerdo privado no exige aquella aprobación, aunque requerirá la exigencia de un proceso en el que se demuestre su realidad y alcance, si no fue reflejado en un instrumento público y además fuere impugnado. Pero lo cierto es que, en todo caso, demostrado el acuerdo, éste produce

sus efectos respecto de ambos progenitores, vinculándolos a la observancia de lo pactado.

Aceptado, incluso por el propio apelante, que existió el acuerdo de satisfacer mensualmente la cantidad de 200 € para alimentos de la hija, la obligación de abonarlos surge desde el mismo inicio en que se prestó el consentimiento y sin necesidad de aprobación judicial, a menos que sea impugnado por cualquiera de los contratantes, en cuyo caso, precisamente por hacerse contencioso, deberá ser el órgano judicial el que determine el alcance y contenido del mencionado acuerdo.

En el presente caso, a la actora no le quedó otra posibilidad que acudir al presente procedimiento para imponer forzosamente al demandado el cumplimiento de lo pactado, al hacer éste caso omiso de los propios términos acordados, pero sin que tal pretensión necesite obtener una previa declaración de la realidad y contenido del convenio pactado entre ambos, cuando ni la una ni el otro se cuestionaron por el demandado, por lo que la única cuestión no era otra que la compulsiva forzosa impuesta al citado para cumplir el acuerdo alcanzado.

El segundo motivo alega error en la apreciación de la prueba en orden a la cantidad concreta a que debe ser condenado el apelante a efectos de cumplir el mencionado acuerdo.

El motivo debe estimarse, porque en la demanda se parte de unos pagos que se cuantifican

según el particular criterio de la demandante. Sin embargo, de la información contable bancaria aportada por la actora (docs. núms. 3 al 7 de la demanda) se deduce, por un lado, la existencia de una serie de cantidades que en dichas hojas contables se imputan expresamente como entregas de don Justiniano (el demandado) y que sumadas, salvo error u omisión alcanzan la suma de 1.780 €.

Por otro lado, existen otros abonos por diferentes conceptos o incluso ingresados por un tercero (tío del demandado) que el demandado imputa a pagos por razón de alimentos, lo que no puede aceptarse, al no aparecer tal concepto como causa de los mismos y ser negados por la actora, que los imputa a gastos diferentes a los indicados. Sólo pueden aceptarse aquellos abonos que, aun no especificado su objeto, no obstante la actora los reconoció como tales alimentos, al no existir prueba alguna que permita contradecir su afirmación. Sumados estos pagos, resulta un total de 947 €, a los que debe añadirse otros 200 € más abonados el 30 de diciembre de 2008, es

decir, después de la presentación de la demanda, lo que supone que lo satisfecho dentro del período junio 2006 a diciembre 2008 es de 1.147 €. Sumadas ambas cantidades subrayadas, resulta un total abonado por el demandado de 2.927 €.

Ahora bien, como esta Sala está computando un período algo superior (hasta diciembre de 2008) al tenido en cuenta en la demanda (octubre 2008), pues en ésta se pedía la condena del ahora apelante a satisfacer no sólo la cantidad consignada en la demanda, sino las restantes que se fueran sucediendo, a la cantidad pedida (3.753 €, según dicha demanda) habrá de sumarse el impago correspondiente al mes de noviembre de 2008, lo que suponen 3.953 €.

Deducida de esta última cantidad la que esta Sala estima como realmente abonada por el demandado (citados 2.927 €), resulta un saldo final de 1.026 €, a cuyo importe debe ser condenado el mencionado como deuda existente entre el mes de junio de 2006 hasta el de diciembre, inclusive, de 2008. Sin perjuicio de las vencidas que pueda adeudar en lo sucesivo.

Se estima la demanda de reclamación de cantidad aunque la deuda venía establecida en un convenio regulador suscrito entre ambos consortes que no ha sido homologado judicialmente y que sólo fue protocolizado notarialmente.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 18 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

Por el Sr. Juez del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 7 con funciones de familia e incapacidades de los de Mataró se dictó sentencia en fecha 28 de noviembre de 2008 mediante la que se estimó la demanda interpuesta por doña Filomena, y se condenó a don Juan Luis a entregar a la demandante la suma de 1.010,56 euros, con sus intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda (25 de julio de 2008) y hasta su total abono. Todo ello, con una expresa imposición a don Juan Luis de las costas procesales de la primera instancia.

Frente al contenido de dicha resolución se alzó don Juan Luis, aduciendo diversas cuestiones de índole procesal, e interesando la revocación de la sentencia dictada en el primer grado jurisdiccional. A dicho recurso se opuso doña

Filomena, interesando su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida, con una expresa imposición de las costas procesales del recurso a la parte demandada y apelante.

El recurso de don Juan Luis incurre en un inaceptable formulismo. Tan sólo suscita cuestiones de índole procesal, pero no se opone al fondo del asunto ni niega la realidad de la deuda alimenticia que se le reclama en favor de sus dos hijos menores.

Esta deuda venía establecida en un convenio regulador suscrito entre ambos consortes, que no ha sido homologado judicialmente, lo cual no le priva en modo alguno de eficacia, puesto que si no se ha probado la concurrencia de algún vicio del consentimiento, debe entenderse dicho convenio como un negocio jurídico

de derecho de familia, con plena y total virtualidad, al ser expresión del principio de autonomía de la voluntad consagrado en los artículos 1255 y siguientes del Código Civil y no ser contrario a los intereses de los hijos menores de edad.

Por tanto, no se alcanza a comprender la disquisición que formula la defensa de don Juan Luis en el sentido de que dicho convenio regulador es válido pero no eficaz, al no haber sido aprobado judicialmente. Lo que ocurre es que al no haber sido judicialmente homologado a través del correspondiente procedimiento, dicho convenio regulador carece de eficacia ejecutiva al no haber sido incorporado a una sentencia; cuestión ésta bien distinta de la suscitada por la defensa de Don Juan Luis.

Así, en el caso que nos ocupa, nos encontramos con un convenio regulador protocolizado notarialmente, mediante el que ambos consortes regulan su separación de hecho en base a determinadas cláusulas, entre las que se incluye la 3.^a, relativa a los alimentos de los hijos y las bases de su actualización, en donde se señala que el padre abonará al otro progenitor la cantidad de 240 euros mensuales por los dos hijos, en concepto de pensión de alimentos.

Es decir, este convenio no se generó como propuesta para presentar de inmediato en un proceso matrimonial ni quedó supeditado o con-

dicionado en su eficacia a la homologación judicial; sin perjuicio de que como se estipula en su cláusula 6.^a, ambas partes se comprometían a otorgar y realizar lo que fuese necesario para obtener su protocolización notarial —lo que ya se ha verificado—; añadiéndose en dicha cláusula que cualquiera de las partes podrá, en un futuro, homologar este convenio judicialmente, o bien dentro del plazo de dos años posteriores a su protocolización, recabar judicialmente la acción de divorcio, para lo que también se obligan las partes a utilizar el procedimiento de mutuo acuerdo, y a ratificar este convenio por separado y a presencia judicial.

Por ello, esta Sala comparte plenamente la apreciación que del mencionado documento se llevó a cabo en la sentencia del primer grado, acorde con la doctrina jurisprudencial relativa a estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia como los califica la STS de 22 de abril de 1997. Se trata, en definitiva, de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (SSTS de 26 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), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter partes a la aprobación y homologación judicial.

Se desestima la demanda de reclamación de cantidad efectuada por el padre en base a pago indebido dado que estamos ante un Convenio regulador no ratificado, pues voluntariamente abonó las cantidades a las que se obligó en aquel documento.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 10 de diciembre de 2009

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

No obstante los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, es lo cierto que ya la SAP Madrid de 23 de mayo de 2007, pone de relieve en relación a la fuerza vinculante del pacto alcanzado por las partes a presencia judicial, que ha de hacerse referencia al criterio que en esta materia se sigue por la doctrina jurisprudencial, SSTS de 25 de junio de 1987, 26 de enero de 1993, 22 de abril de 1998 y 27 de enero de 1998 y 21 de diciembre de 1998, 16 de febrero de 2002, incluso jurisprudencia menor, AAP Cas-

tellón 19 de abril de 2005, donde se parte de que la Ley 7 de julio de 1981 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, o las parejas de hecho, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges, pues atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las

relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial, al admitirse en el artículo 90 la posibilidad de ver si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

De este modo se concluye que los convenios así establecidos constituyen una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, son auténticos negocios jurídicos de derecho de familia y tienen un carácter contractualista, por lo que en ellos han de concurrir los requisitos estructurales que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261 CC, además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición, sin que su validez y fuerza vinculante *inter partes* se halle supeditada a la aprobación y homologación judicial, siendo que la aprobación judicial del convenio regulador, y menos aún la falta de presencia de representación del Ministerio Público en la comparecencia en la que se alcanza el acuerdo, no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes.

La doctrina jurisprudencial reconoce plena eficacia *inter partes* a los convenios entre los cónyuges, aunque carezcan de la sanción judicial, distinguiendo entre los convenios con y sin homologación judicial, y si bien considera tal homologación *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador del artículo 90 CC, al que se atribuye de fuerza ejecutiva al quedar integrado

en la sentencia, en absoluto desconoce la eficacia del que no haya sido objeto de aprobación judicial en tanto que negocio jurídico válido concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255.

Como se establece en la citada STS 22 de abril de 1997, deben distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil.

Aplicando lo antes dicho al caso de autos es evidente que mal puede alegarse que el cobro o pago indebido habida cuenta de la inequívoca voluntad del hoy actor de voluntariamente obligarse al pago de las sumas cuya devolución ahora reclama; cuestión distinta habría sido, como antes se ha dicho, si hubiese sido la demandada la que hubiese interesado su pago ejecutoriamente, ya que la misma carecería de título al no estar aprobado el convenio judicialmente, pero si es el actor el que, después de pagar voluntariamente, pretende la devolución alegando pago o cobro indebido, es visto que debe desestimarse dicha petición, procediendo por ello, con revocación de la sentencia de instancia, desestimar íntegramente la demanda con imposición de las costas de la instancia al actor y sin hacer expresa declaración en cuanto a las de esta alzada.

CUESTIONES PROCESALES

Incongruencia *extra petita* de la Sentencia de instancia ya que otorgó el uso del domicilio conyugal de forma alterna a ambos litigantes cuando únicamente había pedido dicha concesión la actora, sin que el demandado hubiera solicitado para sí su uso.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho**

El recurso de apelación, interpuesto por la actora doña Aída se funda en el motivo de incon-

gruencia *extra petita* de la Sentencia de instancia, ya que otorgó el uso del domicilio conyugal

de forma alterna a ambos litigantes cuando únicamente había pedido dicha concesión la actora, sin que el demandado hubiera solicitado para sí su uso.

Respecto al tema de la incongruencia la Sentencia de 2 de octubre de 2000 de la Sala 3.^a, Sección 7.^a, del Tribunal Supremo declaró: «Se distinguen dos tipos de incongruencia: a) la incongruencia omisiva, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación puede inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución; y b) la incongruencia *extra petitum*, que se da cuando el pronunciamiento judicial recae sobre un tema, no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar alegaciones pertinentes en defensa de los intereses relacionados con lo decidido, provocando la indefensión y vulnerándose el principio de contradicción. En algunas ocasiones, ambos tipos de congruencia pueden presentarse unidas, concurriendo lo que se ha llamado incongruencia por error, en la que por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión ajena al debate procesal». Por su parte, la Sentencia de 22 de octubre de 2001 de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo señaló: «El artículo 359 de la LEC exige que las sentencias sean claras y precisas en función de los planteamientos de las partes, tratándolos, todos y cada uno, congruentemente con las pretensiones de los litigantes, en cuanto sobre ellas se resuelve y decide, sujetándose a los hechos que, como fundamentos de lo pretendido, se le proporcionan, respetándolos sin la más mínima posibilidad de alteración dentro de lo que sobre ellos se pruebe, y desde esas atenciones, la fundamentación jurídica procedente ha de hacerla el juzgador como función que le corresponde, según lo previsto en la norma vigente en su tiempo, y en esa aplicación no le sujeta la alegación jurídica de parte ni la fundamentación de ese orden de la sentencia de la que va a conocer

a través de los recursos ordinarios, siempre que se respete la naturaleza de la acción ejercitada y la causa de la pretensión que a su amparo se deduce». Por otro lado, en cuanto a la incongruencia omisiva o falta de respuesta a alguna de las pretensiones de las partes, la Sentencia 206/1999, de 8 de noviembre, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional precisó: «La incongruencia omisiva o *ex silentio* consiste en la ausencia de respuesta por el órgano judicial a las concretas pretensiones y alegaciones formuladas por una de las partes, supuesto que como “incongruencia del fallo” podría encontrar reparación por la vía del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 240.3 de la LOPJ, manteniendo así la subsidiariedad que caracteriza al recurso de amparo constitucional»; y la Sentencia de 253/2000, de 30 de octubre, de la Sala 2.^a del Tribunal Constitucional, de forma más nítida, concretó: «A efectos de incongruencia omisiva resulta preciso distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas. De tal modo que, si bien respecto de las primeras no sería necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica, aunque se omita el tratamiento particularizado de alegaciones concretas no sustanciales, la exigencia de congruencia, referida a la pretensión misma, es más rigurosa. Concretamente, respecto de esta última, y para poder concluir que la omisión no alcanza la relevancia constitucional, es preciso que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión alegada, sino, además, cuáles son los motivos en que se fundamente la respuesta» (*vid.* también la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Constitucional 193/1999, de 25 de octubre). En el caso enjuiciado, la actora instó la demanda de divorcio, solicitando la división de la cosa común y la atribución del uso del domicilio a la actora, mientras no se proceda a la división de la vivienda en ejecución de Sentencia (hecho sexto de la demanda), precisando en el acto de la vista que los demás derechos económicos se reservaban al momento de la liquidación. Por

su parte, el demandado únicamente solicitó que se efectuara el inventario de bienes del domicilio conyugal. De estas dos circunstancias se deduce que el pronunciamiento de la Sentencia de instancia fue más allá de lo solicitado por las partes, quienes al ventilar sus pretensiones en los escritos de demanda y contestación fijaron claramente los hechos del debate, sin que en ningún momento se hubiera planteado la

atribución del uso del domicilio al demandado, ni el uso alterno del domicilio familiar, razones por las que debe estimarse el primer motivo del recurso de apelación, dejando sin efecto el pronunciamiento relativo al uso alterno del domicilio conyugal. Ahora bien, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 83 del Codi de Família, debe examinarse si procede atribuir o no el domicilio a la actora.

Nulidad de lo actuado en las diligencias previas al haberse privado a la madre de la custodia y del ejercicio de la patria potestad respecto de sus dos hijos, ya que al tratarse de una medida restrictiva de derechos, debieron haber sido adoptadas previo el trámite de audiencia a la ahora recurrente, lo que le ha ocasionado una auténtica situación de indefensión con relevancia constitucional.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 26 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

Por el Sr. Juez del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 2 de Vic se dictó Auto en fecha 30 de diciembre de 2008 en las Diligencias Previas núm. 983/2008, mediante el que acordó con carácter cautelar y urgente privar a doña Guillerma de la custodia y del ejercicio de la patria potestad respecto de sus dos hijos; acordando asimismo remitir a la DEGAIA copias de dicha resolución, del Auto dictado el 2 de noviembre de 2007, de la denuncia que dio lugar al procedimiento, de la declaración judicial de la menor y del informe de su examen por el Médico Forense, y ello a los efectos de que valoren declarar a los menores en situación de desamparo y asumir su tutela.

Contra dicha resolución se alzó doña Guillerma, interesando su revocación y que la misma fuese dejada sin efecto. A dicho recurso se adhirió la digna representante del Ministerio Público por entender que, en todo caso, dicha medida acordada de ser procedente, debió adoptarse única y exclusivamente en la relación con la hija Aurora, quien supuestamente fue objeto de la agresión y que mantiene una situación conflictiva con su madre, pero no en relación al otro hijo, Ángel, respecto al que no consta la comisión de hecho ilícito alguno. Se considera asimismo por el Ministerio Fiscal que la medida acordada, restrictiva de derechos, no debió adoptarse sin haber recibido declaración a la

Sra. Guillerma como imputada, con lo que se le ha generado una auténtica indefensión contraria a las garantías y derechos que le corresponden. Por otra parte, añade la digna representante del Ministerio Público, que no se entiende que el Juez prive de la patria potestad a la madre, y no acuerde el ingreso de los hijos en un centro, habida cuenta de que el padre no puede hacerse cargo de ellos, considerando el Juez *a quo* suficiente en aras a la protección de los menores, que los mismos pasen a residir con una amiga. Por otro lado, la digna representante del Ministerio Fiscal se adhirió al testimonio de particulares que fue designado por la parte recurrente.

En la solución del presente caso hay que tener presente la diferente situación de cada uno de los dos hijos de la recurrente.

Por su parte, la hija, Aurora, ha cumplido ya en el momento actual los 18 años de edad. Con ello, ha alcanzado la mayoría de edad y ninguna medida relativa a la guarda o a la patria potestad —como las acordadas en el Auto recurrido— posee el más mínimo sentido; por lo que, sin necesidad de otras argumentaciones, las medidas acordadas respecto de la hija Aurora deberán ser dejadas sin efecto.

En lo que hace a la situación del hijo menor del matrimonio Ángel, hay que tener en cuen-

ta que las medidas acordadas por el juzgado al ser restrictivas de derechos, debieron haber sido adoptadas previo el trámite de audiencia a la ahora recurrente, puesto que nadie puede ser válidamente enjuiciado sin haber sido oído. Con ello, se le ha generado a dicha recurrente —como acertadamente señala la digna representante del

Ministerio Fiscal— una auténtica situación de indefensión con relevancia constitucional, determinante de la nulidad de lo actuado en el presente procedimiento, cuyas actuaciones han de ser retrotraídas al momento en que hubo de prestarse la indispensable audiencia a la madre, doña Guillerma.

Pide la nulidad de lo actuado por falta de notificación de su declaración de rebeldía, pero no se considera que se haya producido indefensión, puesto que el propio demandado sabía de su decisión de no contestar y asumía, por tanto, las consecuencias.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 25 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

La sentencia, cuya parte dispositiva ha sido trascrita, es apelada por el demandado, que pide la nulidad de lo actuado, en primer lugar, por falta de notificación de su declaración de rebeldía y citación para la vista y, en segundo lugar, porque no ha podido obtener, por inexistente, copia del CD de la vista, donde consta el interrogatorio de la demandante a preguntas del Ministerio Fiscal. Subsidiariamente formula peticiones en cuanto al fondo. La apelada y el Ministerio Fiscal se oponen a la apelación.

El demandado fue emplazado personalmente (folio 62) pero al remitirle la declaración de rebeldía (que incluía la fijación de la vista en la misma resolución) no fue hallado en su domicilio. El apelado pretende que tal hecho le ha causado indefensión, al no haberse notificado la rebeldía por edictos. No puede haber existido indefensión puesto que el propio demandado sabía de su decisión de no contestar y asumía, por tanto, las consecuencias.

Se inadmite a trámite la demanda de juicio verbal en la que un hijo reclama a su progenitor el pago de las pensiones que se fijaron en la sentencia de divorcio.

AP Granada, Sec. 5.^a, Sentencia de 22 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Maldonado Martínez**

La cuestión de la legitimación de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales, encontró inicialmente ciertas dificultades con el argumento de que ningún interés tenían en la cuestión principal que en ellos se ventilaba, que era la suspensión o extinción del vínculo matrimonial, a lo que se añadía una interpretación estricta de lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil, que aludía a los hijos sujetos a la patria potestad, si bien, la necesidad de atender al problema de aquellos hijos mayores que aún seguían conviviendo en el domicilio familiar y que dependían económicamente de sus proge-

nitores, llevó a la modificación del artículo 93 del Código Civil, operada por la Ley 11/90, de 15 de octubre, disponiendo que «si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y ss. de este código».

Dicha modificación fue entendida como un caso de legitimación por sustitución, de modo que, permitía a los padres accionar en nombre de sus hijos a los fines referidos, en el amplio concepto que recoge el artículo 142 del Cód-

go Civil, comprensivo no sólo del sustento sino también de la habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción y gastos de embarazo y parto.

Expuesto lo que antecede, el problema que se plantea es si los hijos mayores de edad pueden accionar en nombre propio, en la vía ejecutiva, el cumplimiento de una obligación que se declaró en un proceso en el que no fueron parte, cuestión que ha de contemplarse a la luz del artículo 538.2 LEC, conforme al cual están legitimados para pedir la ejecución «quienes aparezcan como acreedores en el título ejecutivo», apareciendo una interpretación restrictiva que, interpretando literalmente el precepto, sólo confiere legitimación al sujeto formalmente reflejado en la sentencia, esto es, al progenitor, en tanto existe una postura más amplia que, sin perjuicio de la legitimación formal del progenitor, entienden que el hijo es el verdadero acreedor de la pensión, y que, por tanto, puede también accionar ejecutivamente en base a la sentencia dictada en proceso de separación o divorcio en la que se le reconoció el derecho a los alimentos, siempre que concurren los requisitos exigidos por el precepto legal —artículo 93 del Código Civil— a virtud del cual se le confirió la pensión, como es que tengan la necesidad de los alimentos y que sigan conviviendo con el progenitor, aun cuando circunstancialmente puedan estar ausentes, por razón de estudios u otros fines legítimos.

Con independencia de lo expuesto, también cabe la posibilidad de que los hijos mayores de edad, una vez que dejen de convivir con sus progenitores, interesen alimentos de los mismos en un proceso declarativo ordinario.

Expuesto lo que antecede, al analizar el caso de autos se observa que, bajo la forma de un proceso declarativo, se ejercita realmente una pretensión ejecutiva, en la que se reclama determinada cantidad resultante de la liquidación de la obligación de alimentos declarada en sentencia dictada en un proceso de divorcio por mutuo acuerdo entre sus progenitores y en la que se reconoció tal pensión a favor del interpelante y a cargo de su progenitor.

La pretensión del interpelante no encuentra encaje en el proceso escogido para sustanciarla —juicio verbal de alimentos—, y como el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que tanto los Tribunales como los que ante ellos acudan o intervengan, «deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley», lo procedente hubiera sido no admitir a trámite la demanda, con sobreseimiento y archivo de lo actuado por ser contradictoria e insubsanable el modo de formular su pretensión (artículo 424 LEC), y ello sin perjuicio de que pudiera ser de nuevo formulada, bien reconduciéndola al proceso declarativo de alimentos de los artículos 142 y ss. del Código Civil, si lo que se pretendía era fijación de un pronunciamiento nuevo y específico independiente del contenido en la sentencia de divorcio de sus progenitores, bien formulando proceso de ejecución de la referida sentencia de divorcio si lo que se pretendía —como en realidad se expone en la demanda— era ejecutar este pronunciamiento.

En consecuencia, procede declarar la no admisión a trámite de la demanda y el sobreseimiento de la misma por ser insubsanable el defecto en el modo de proponerla, sin perjuicio del derecho de la parte a ejercitar las acciones que le correspondan en legal forma.

No concurren los requisitos para acordar la nulidad de actuaciones, pues la parte demandada y actualmente apelante no interpuso recurso de reposición contra la providencia en la que se acordaba tener por recibido el informe del equipo psicosocial del grupo familiar, unirlo a los autos, hacerle saber a las partes su recibo y dejar los autos para resolver.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 21 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

La dirección letrada de doña Caridad se alzó contra la sentencia de instancia reclamando

que se acuerde la nulidad de actuaciones en el procedimiento de divorcio ordenando se

retrotraigan las actuaciones hasta la emisión del informe psicosocial, dándose traslado del mismo a las partes y convocando a comparecencia a las mismas, al Ministerio Fiscal y al Equipo Psicosocial; y de forma subsidiaria, se revoque la sentencia de Instancia estimando íntegramente los pedimentos aducidos por esta representación en su escrito de contestación a la demanda, con los pronunciamientos que le son inherentes. Mientras que la dirección letrada de don Fabio pidió que se declare ajustada a Derecho la sentencia que se recurre de contrario, con condena en costas de esta apelación al recurrente, conforme a lo dispuesto en los artículos 394 para la condena en costas en primera instancia.

Para el análisis de la petición de nulidad formulada por la parte apelante hay que tener en cuenta que para la nulidad de actuaciones se requiere en base al artículo 238 de la LOPJ la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de una infracción procesal sustancial, esto es, como señala el propio precepto legal, de una omisión total y absoluta de las normas esenciales del procedimiento, por lo que *a sensu contrario* no cualquier infracción de las normas procedimentales podrá determinar la nulidad de las actuaciones judiciales.

b) En segundo término, que como consecuencia directa de tal infracción se haya producido indefensión, a cuyo efecto ha señalado el Tribunal Constitucional que la indefensión relevante a efectos de la nulidad de actuaciones no tiene lugar siempre que se vulneren cualesquiera normas procesales, sino sólo cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella (sentencia del Tribunal Constitucional 48/1986, de 23 de abril), por lo tanto dicha indefensión es algo diverso de la indefensión meramente procesal, y debe alcanzar una significación material, produciendo una lesión efectiva en el derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución (STC,

118/1983, de 13 de diciembre y 102/1987, de 17 de junio) requiriéndose además que tal indefensión ha de hallar su motivo en la propia postura procesal de quien alega haberla sufrido (STC 68/1986, de 27 de mayo; 54/1987, de 13 de mayo y 34/1988, de 1 de marzo). En consecuencia, la indefensión relevante comporta la introducción de factores diferentes del mero respeto de las normas procesales, consistiendo sustancialmente en la prohibición del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por la decisión judicial (STC 48/1986, de 23 de abril) si bien esa limitación de los medios de defensa ha de ser producida por una indebida actuación del órgano judicial (STC 86/1986, de 21 de mayo) habiéndose señalado también que no puede invocarse indefensión cuando la razón de la misma se debe de manera relevante a la inactividad por falta de diligencia procesal exigible, del lesionado o se genera por la voluntaria actuación desafortunada, equívoca o errónea de dicha parte, diligencias que se refieren no sólo a la personal del recurrente, sino también a la de su representación procesal, por lo que las eventuales lesiones resultantes de las relaciones entre el justiciable y su representación no son amparables constitucionalmente y ello por la razón de que no son atribuibles a un poder público (sentencias del Tribunal Constitucional 112/1989, de 19 de junio).

No concurren los requisitos para acordar la nulidad de actuaciones, pues la parte demandada y actualmente apelante no interpuso recurso de reposición contra la providencia de 3 de septiembre de 2008 en la que se acordaba tener por recibido el informe del equipo psicosocial del grupo familiar, unirlo a los autos, hacerle saber a las partes su recibo y dejar los autos para resolver, que fue notificada a esta parte el 11 de septiembre de 2008 tal como consta en el folio 194. Por otra parte la parte apelante no citaba en el recurso la norma que consideraba infringida, tal como exige el artículo 459 de la LEC, ni precisaba en este escrito qué partes o puntos del informe pericial necesitaban de aclaración o de explicación y por lo tanto cuál era la indefensión concreta padecida.

No existe inadecuación de procedimiento, dado que la tramitación que hubo de darse siempre a la reclamación de cantidad como consecuencia del incumplimiento de un convenio regulador no ratificado era el juicio verbal, aunque el concepto por el que se solicitase tal cantidad consistiese en una deuda de alimentos.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

En segundo término por lo que hace a la pretendida inadecuación de procedimiento, la misma no resulta relevante toda vez que en uno y otro caso de los enunciados por la defensa de don Juan Luis, la tramitación que hubo de darse siempre a esta reclamación de la demandante era el juicio verbal, al tratarse de una mera reclamación de cantidad, aunque el concepto por el que se solicitase tal cantidad consistiese en una deuda de alimentos. Por tanto, se ha tramitado un procedimiento en el que se han observado todas las garantías procesales para satisfacer la exigencia de una tutela judicial efectiva de los derechos procesales de don Juan Luis. Consecuentemente, estas dos cuestiones deben ser rechazadas. Máxime, por cuanto al no haber solicitado en esta alzada la nulidad de la sentencia

por infracción de normas procesales, esta Sala de oficio jamás podría llegar a declararla, habida cuenta que en el actual sistema de la LEC, tal nulidad requiere siempre la solicitud expresa de la parte. De no producirse ésta, ha de entenderse que se produce un aquietamiento frente a cualquier vicio procesal que hubiera podido generar indefensión. Esta cuestión, así resuelta por el legislador, rige incluso en los procedimientos de Derecho de Familia en los que existan hijos menores, puesto que aunque en esta materia se aparte el proceso de los principios dispositivo y de aportación de parte, las facultades extraordinarias que para la tutela de los menores se concede a los Tribunales en nada obstaculiza el que haya de ser la parte quien haya de solicitar expresamente la nulidad de la sentencia.

La exploración de una menor de cinco años no es recomendable, dado que a esa edad difícilmente puede exponer claramente su voluntad, por lo que no puede considerarse que sea erróneo no haber practicado dicha prueba, siendo recomendable que en tales casos se acuda a datos objetivos para deducir con cuál de los padres puede estar mejor la menor.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 15 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho**

En el presente proceso se interpuso recurso de apelación por el demandado don Rubén, quien esencialmente le fundó en los siguientes motivos: 1) Pide que se le atribuya la guarda y custodia de la menor, al entender que debe tenerse en cuenta el interés de la menor. 2) Subsidiariamente, para el supuesto de que no se le conceda la guarda y custodia, solicita que se establezca un nuevo régimen de visitas que comprenda fines de semana alternos, tres días intersemanales cuando no le corresponda la menor el fin de semana, dos días intersemanales cuando tenga a la

menor durante el fin de semana; la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa; y que las vacaciones de verano se repartan atendiendo al criterio de quince días alternos; y 3) Insta la modificación de la pensión de alimentos, ya que la Sentencia de instancia fijó una pensión de alimentos de 250 euros y una obligación de pagar 300 euros, en concepto de alquiler del piso que ocupan la madre y la hija, por lo que se aduce que debe suprimirse esta última pensión e incorporándola a la de alimentos, fijándola en la cuantía de 450 euros.

En cuanto a la cuestión de la guarda y custodia debe señalarse que la regulación actual del Código de Familia, como a partir del año 1981 la del Código Civil, ha desplazado el punto de referencia en la adopción de estas medidas desde la posición de los padres al interés de los hijos, como más necesitado de protección, en cuanto son en definitiva los más protagonistas y principales afectados, instaurando en tal consideración como fundamental criterio normativo y el del «beneficio y conveniencia» o interés de los hijos (artículo 82 del CF —*vid.* también el artículo 92, párrafo 2.º y 4.º del CC—). Con ello se trata de distribuir la función de guarda y custodia (*cura del fills*, indicada en el Código de Familia), como ejercicio concreto de la potestad (artículos 132 y siguientes del CF), atribuyéndole su ejercicio al progenitor que cotidianamente ha de velar por los hijos y cuidarlos, si bien al otro progenitor le sigue correspondiendo la potestad, ejercida de forma conjunta entre ambos, y un correlativo de derecho de visitas o de relacionarse con sus hijos, como así lo reconoce el artículo 76 del Código de Familia (*vid.* también el artículo 160 del Código Civil). Este derecho positivo se entronca con el Derecho Natural y el Derecho Político (artículo 39.3 de la Constitución) y constituye un efecto directo de la atribución de la guarda y custodia a sólo uno de los cónyuges, en cuanto ello no implica la privación o suspensión de la patria potestad. En el presente caso, el apelante, como se ha expuesto anteriormente, solicita la

atribución de la guarda y custodia de la menor AGNES, de cinco años de edad, porque entiende que debe primarse la protección del interés de la menor, el cual no se habría tenido en cuenta por la Sentencia de instancia, ya que el SATAV no exploró a la menor, ni tampoco la juzgadora de instancia. Sin embargo, debe indicarse que la exploración de una menor de cinco años no es recomendable, dado que a esa edad difícilmente puede exponer claramente su voluntad, por lo que no puede considerarse que sea erróneo no haber practicado dicha prueba, siendo recomendable que en tales casos debe acudir a datos objetivos para deducir con cuál de los padres puede estar mejor la menor, sin que suponga desacreditar al progenitor no custodio. En el presente caso, consta que la menor ha estado durante todo este tiempo, como mínimo dos años, bajo el cuidado de la madre, sin que se haya acreditado que concurren nuevas circunstancias que justificaran el cambio de la misma, ya que parece que la madre ejerce bien sus funciones. Por otro lado, del Informe del SATAV (pp. 85-91) se deduce que es aconsejable no cambiar la atribución de la guarda y custodia a la madre, sin perjuicio de ampliar a dos los días intersemanales, lo que efectúa la Sentencia de instancia, por lo que se considera que, según el principio de *favor filii*, el mejor beneficio para la menor es continuar con el sistema de atribución de la guarda y custodia a favor de la madre, razón por la que debe desestimarse el primer motivo del recurso de apelación.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Aunque la hija mayor de edad reconoce haber recibido de su padre la cantidad global de 30.000 euros (para poder comenzar un negocio propio) éste tiene la obligación de abonar el importe de la prestación alimenticia a la progenitora materna, quien administra y gestiona la cuantía e importe de la pensión para cubrir las necesidades alimenticias de la común descendiente.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de enero de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Neira Vázquez**

Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y

se pide se dicte resolución por la que se declare y estime que la cantidad abonada de 30.000 euros

a la hija en concepto de alimentos es deducible a la ejecución presentada de contrario y alega que coinciden las figuras de acreedor y deudor en el padre y en la hija que es en definitiva quien podría y quiso dar por compensada la deuda habida cuenta que ha comenzado a desarrollar un negocio por sí misma.

Por su parte D.^a Adoración pide que se confirme el auto apelado y alega que si la hija ha montado un negocio y se estima que tiene medios suficientes lo que deberá es plantear la modificación de medidas pero no establecer compensaciones y refiere que la situación de la hija es igual a la existente cuando se dictó sentencia de divorcio.

Se resuelve en la primera instancia denegar la petición de compensación realizada por el ejecutado por un importe de 30.000 euros a los que se refiere el documento núm. 7 obrante al folio 40 de los autos.

Indica aquel documento y así se reseña que doña Rita, hija de los litigantes y quien no compareció al acto de la vista oral a efectos de su ratificación, reconoce haber recibido de su padre la cantidad global de 30.000 euros (para poder comenzar un negocio propio) «en distintos pagos a lo largo de los meses de octubre y noviembre de 2007 a los efectos de proceder a compensar todas las pensiones alimenticias atrasadas hasta el día de hoy y recibir por anticipado aquellas que se hallan devengado en el futuro y hasta el total mencionado.

Por otro lado y por haberse destinado las cantidades señaladas a la apertura de su negocio propio, doña Rita entiende que desde este momento cesa la obligación de su padre de dar los alimentos reconocidos en la sentencia de divorcio de sus padres y en su favor, al cumplirse lo preceptuado en el artículo 152.3 del vigente CC, es decir, por poder el alimentista ejercer un oficio, profesión o industria, de suerte que no es necesaria la pensión alimenticia establecida en la sentencia mencionada para su subsistencia».

Es claro que tales contenidos no desvirtúan los razonamientos del Juzgador de primera ins-

tancia habida cuenta la obligación del progenitor no conviviente en el domicilio familiar de abonar el importe de la prestación alimenticia —en este caso— a la progenitora materna quien administra y gestiona la cuantía e importe de la pensión para cubrir las necesidades alimenticias del común descendiente, sin que se acredite en las actuaciones en los términos del artículo 217 LEC antes al contrario, que el importe entregado a la hija tuviera por finalidad cubrir aquellas atenciones alimenticias.

De esta forma la libre disposición del ejecutado entregando la cantidad señalada a la hija común para montar el negocio al que se refiere el documento y los diversos escritos del interesado han de entenderse a título de mera liberalidad, causa que justifica la entrega pero que no le exonera en los términos pretendidos, en cuanto la sentencia como objeto de ejecución entre otras medidas establece el pago de la pensión de alimentos.

Descartada por ello la exoneración propia del pago de lo debido es claro que, además, no se cumplen las exigencias y requisitos del artículo 1196 del CC, en orden a la compensación de deudas habida cuenta que para que proceda la misma es preciso entre otros requisitos que cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea a la vez acreedor principal del otro, y específicamente y por lo que ahora importa que exista entre ambas partes deudas vencidas, líquidas y exigibles extremos que no cabe atribuir a la partida de 30.000 euros entregados libre y voluntariamente por el padre a la hija para poder comenzar un negocio propio, según se reseña en el documento 7 de los reseñados en los autos, entramado jurídico que por lo tanto escapa de la regulación del artículo 1195 del CC.

De esta forma no estando acreditado el pago y no habiéndose tampoco cumplido lo ordenado en la sentencia de lo que no existe justificación documental, en los términos del artículo 556 de la LEC., todo ello determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conduce a confirmar el auto recurrido.

Queda constancia, a través de la abundante prueba documental derivada de los informes del punto de encuentro, del incumplimiento casi constante y reiterado, por parte del apelado, de las obligaciones impuestas en la sentencia, en lo que se refiere a la obligación de aquél de viajar al punto de encuentro de Sevilla, para las entregas y recogidas de los hijos, por lo que procede requerir al ejecutado para que cumpla el régimen de visitas según lo acordado en sentencia, bajo los apercibimientos correspondientes.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 26 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma solicita que se despache la ejecución interesada inicialmente, en lo que se refiere al cumplimiento del régimen de visitas por parte del apelado, con los apercibimientos correspondientes, advirtiendo que actualmente este último sigue sin cumplir sus obligaciones derivadas del traslado del mismo al punto de encuentro de Sevilla, lugar de residencia del hijo y la madre; en cualquier caso, interesa la no imposición de las costas de la instancia.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación de la resolución apelada, al tiempo que justifica el incumplimiento de su obligación por razones laborales y familiares.

Conviene recordar que las sentencias, y resoluciones en general, deben ejecutarse en sus propios términos de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cumplimiento de dichas resoluciones que resulta inexcusable, a menos que fundadamente, y por medio de resolución judicial posterior se dejen sin efecto los pronunciamientos que tienen plena eficacia.

Dicho lo anterior, si la parte a la que afecta dicho pronunciamiento no está de acuerdo con el mismo, en razón de la concurrencia de circunstancias nuevas que le impiden cumplir con dicha obligación personal, como es el caso en relación al régimen de visitas y el deber de trasladarse al punto de encuentro de Sevilla, era lo procedente, en el ámbito procesal y formal, plantear la oportuna solicitud por el cauce pro-

cesal adecuado, en orden a interesar dejar sin efecto el cumplimiento de dicha obligación.

Por otra parte, no se aceptan los razonamientos jurídicos del auto apelado, cuando afirma que el régimen de visitas es un derecho, según se infiere del texto concreto de la sentencia que se ejecuta, pues tratándose de una cuestión de orden público, y afectando a intereses de hijos menores, es de aplicación el artículo 39 de la Constitución, pues cabe recordar que las comunicaciones reconocidas en resolución judicial al progenitor no custodio, en los términos prevenidos en el artículo 94 del Código Civil, tienen un contenido personal y material, pues comportan no solamente derechos sino también deberes, y se fundamentan en la relación jurídico-familiar preexistente entre dicho progenitor no custodio y los hijos menores, tratándose de un derecho de contenido no patrimonial y no negociable, no configurándose como un propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de éstos, sino como un complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y de educación de los hijos, en aras de su desarrollo, estando solamente condicionado dicho derecho a que sea beneficioso para el menor, a fin de salvaguardar sus intereses.

Por ello, el interés y beneficio de los hijos constituye el eje fundamental de tal función, derecho-deber, y al mismo queda subordinada, como se desprende inequívocamente de lo expuesto, también, en el artículo 92 del texto legal antes citado, en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de octubre de

1989, y ratificada por España por medio de Instrumento de fecha 30 de noviembre de 1990.

Descendiendo al supuesto que nos ocupa puede decirse que la obligación del apelado, en lo que se refiere al traslado del mismo al punto de encuentro de Sevilla a fin de cumplir con el régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio de fecha 12 de febrero de 2008, se encuentra plenamente vigente, sin que sea de recibo la postura adoptada por el mismo, y en lo que se refiere a decisiones unilaterales, relativo a comunicaciones libradas tanto a la recurrente como al punto de encuentro de Sevilla, en orden a las condiciones que, según aquél, deben concurrir para cumplir exactamente las obligaciones impuestas en dicha sentencia en el particular relativo a la ineludible obligación de viajar a Sevilla para propiciar las visitas, en las fechas y períodos establecidos en la sentencia.

Ni tan siquiera se justifica en estos momentos las objeciones expuestas por el apelado, por cuanto que se dictó auto de fecha 26 de febrero de 2008, que denegó la aclaración que en su momento interesó aquél, como condicionante para el cumplimiento de la obligación establecida en la resolución judicial.

Por otra parte, queda constancia a través de la abundante prueba documental derivada de los

informes del punto de encuentro de Sevilla, del incumplimiento casi constante y reiterado, por parte del apelado, de las obligaciones impuestas en la sentencia, en lo que se refiere a la obligación de aquél de viajar al punto de encuentro de Sevilla, para las entregas y recogidas de los hijos o, en su defecto, en dependencias de la policía local, aunque no se da el caso, por el momento, de llevar a efecto esta última posibilidad, pues no consta la imposibilidad de acceder aquél al punto de encuentro de Sevilla.

No se acepta la excusa del apelado, para dejar de cumplir con dicha obligación, en lo que se refiere a sus actuales circunstancias laborales, económicas o familiares, todo lo cual debe hacerse valer a través del cauce procesal correspondiente, interesando una nueva resolución judicial que deje sin efecto la obligación, vigente, que viene impuesta en la sentencia que se ejecuta.

Por todo cuanto antecede, y no siendo posible la crítica a la conducta de la madre, que se limita con su actitud al cumplimiento de los pronunciamientos de la sentencia que se ejecuta, es de estimar el recurso interpuesto, en el sentido de requerir al ejecutado para que cumpla el régimen de visitas según lo acordado en sentencia, bajo los apercibimientos correspondientes.

Se considera ajustada a derecho la aplicación en materia de costas procesales de la primera instancia del criterio del vencimiento objetivo, por cuanto el padre ha dado lugar con su proceder a una contienda judicial que nunca debió haber sido planteada, habida cuenta de la inexistente relación que mantenía con su hija y de la edad con la que ésta contaba, próxima a cumplir los dieciocho años.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 26 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

Por la Sra. Juez del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Martorell se dictó auto en fecha 21 de octubre de 2008, mediante el que se estimó la oposición formulada, dejando sin efecto la ejecución despachada y condenando al ejecutante a pagar las costas de la oposición.

Frente a dicho pronunciamiento se alzó el recurrente don Florentino, quien interesó la

íntegra revocación de la resolución recurrida. A dicho recurso se opuso la ex esposa, doña Emilia, interesando la íntegra confirmación del Auto dictado, con una expresa imposición al recurrente de las costas procesales ocasionadas en la tramitación de la presente alzada.

La demanda ejecutiva presentada al juzgado tenía por objeto el cumplimiento de un régimen

de visitas establecido en una sentencia de divorcio. En la actualidad, en el momento de dictarse la presente resolución la hija del matrimonio ya ha alcanzado la mayoría de edad. Consecuentemente, ninguna previsión puede establecerse en cuanto al régimen de visitas en favor del padre respecto de su hija, Tania. Simplemente esta afirmación constituye causa bastante para pronunciar en la parte dispositiva de la presente resolución la desestimación del presente recurso, que de una manera sobrevenida carece por completo de objeto.

Sin embargo, debe procederse también a una valoración de la conducta del padre ejecutante, a los efectos del pronunciamiento accesorio en materia de costas procesales de la primera instancia que le fueron impuestas. El progenitor paterno atribuye a una pasividad de la madre el que la hija se negase sistemáticamente a mantener relación alguna con él. Ello no es así, y como se señala por la Sra. Juez del primer grado, ya en la sentencia objeto de ejecución —ante la negativa de la hija a relacionarse con su padre— se establecía la intervención de los servicios psicológicos públicos a fin de que el régimen de visitas de

mínimos establecido se pudiera llevar a término; siendo así que, ahora en estas actuaciones, de la exploración de la hija resulta que la misma manifiesta que la relación con su padre es inexistente, y que desde el momento en el que se produjo la separación, su progenitor paterno sólo la ha llamado en cinco oportunidades, recibiendo por su cumpleaños —según expresó— únicamente un mensaje. En definitiva, Tania seguía mostrándose contraria a mantener ningún tipo de contacto o relación con su padre.

Ello indica la plena justificación de la aplicación en materia de costas procesales de la primera instancia del criterio del vencimiento objetivo, legalmente establecido, por cuanto que el padre ha dado lugar con su proceder a una contienda judicial que nunca debió haber sido planteada, habida cuenta de la inexistente relación que mantenía con su hija, y de la edad con la que ésta contaba, próxima a cumplir los dieciocho años. Consecuentemente, ha de valorarse como acertada la imposición al ejecutante de las costas procesales que se verifica en la resolución judicial del primer grado, que ahora es objeto de recurso.

Cuanto acontezca en la situación o relaciones jurídicas entre los litigantes una vez que ha sido aprobado el Convenio Regulador en los términos pactados es competencia del Juzgado de Familia, debiendo por tanto despacharse ejecución en reclamación del pago del préstamo hipotecario, seguro obligatorio de la vivienda y derramas de ésta, cuyo uso se ha adjudicado al menor y a la madre.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 25 de enero de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez

Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se dicte resolución por la que se estime la solicitud acordando despachar ejecución solicitada en escrito de demanda de 15 de enero de 2009 y alega que la deuda que se ejecuta es el impago del préstamo hipotecario, seguro obligatorio de la vivienda y derramas de la misma.

Se resuelve en la primera instancia desestimar el recurso de reposición interpuesto por el ahora apelante contra la resolución de 18 de

marzo de 2009, que deniega el despacho de ejecución por entender que la cláusula consignada excede de lo dispuesto en el artículo 90 del CC; En aquel recurso se explica que la deuda que se ejecuta es el impago del préstamo hipotecario, seguro obligatorio de la vivienda y derramas de la misma, cuyo uso se ha adjudicado al menor y a la madre.

En tal fecha de 18 de marzo de 2009 se deniega el despacho de ejecución solicitada por doña María Esther.

Tal resolución deriva de la pretensión de la demanda que pide requerir al demandado para que en 10 días abone a la actora 692,22 euros más otras cantidades para intereses y costas y que se acuerde que en caso de incumplimiento se oficie a la empresa para que se proceda a la retención de 200 euros al mes hasta la cancelación de la deuda.

En la sentencia cuya ejecución se pretende se aprueba el convenio regulador cuya cláusula séptima establece en cuanto al pasivo de la sociedad legal el préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal y que pende de amortización en cuantía de 89.787,09 euros, así como un préstamo personal suscrito y en la siguiente cláusula se establecen las medidas para el sostenimiento y contribución de cada cónyuge a las cargas.

En tal apartado se establece que ambos litigantes se comprometen a continuar abonando cada uno de ellos el 50% de la cuota de amortización «que en la actualidad asciende a 269,32 euros al mes, así como el seguro obligatorio del hogar debiendo abonar cada uno 29,70 euros, disponiendo además que ambos abonarán el 50% por cada uno de los cónyuges los impuestos y gastos de la propiedad así como derramas extraordinarias de la comunidad.

Dicha sentencia objeto de esta petición de ejecución aprueba el convenio Regulador suscrito por los litigantes en fecha 14 de mayo de 2008 estableciendo la parte dispositiva de la sentencia, un concepto genérico e indeterminado que literalmente expresa la aprobación «en cuanto al contenido legalmente exigible».

Así establecidos los términos de la sentencia es obvio que la misma ha de ser cumplida en sus propios términos, según dispone el artículo 18 de la LOPJ; que no olvidemos contiene aquella salvedad final tras aprobar el Convenio Regulador. Es cierto también que una vez realizada por los ahora litigantes la liquidación del haber ganancial en el convenio regulador objeto de aprobación en la sentencia ejecutable, respecto de la comunidad de bienes resultante de aquella liquidación y adjudicación se trata desde aquel momento de un caso de cotitularidad del derecho de dominio, propio en un primer momento de la comunidad postganancial en la que lo que existe es un patrimonio o conjunto o masa patrimonial,

que deriva en la cotitularidad de derechos subjetivos aislados y diferenciados, situación por definición transitoria, en la que los ahora litigantes tienen reconocidas sus cuotas, parte sobre la que son plenamente propietarios y sobre las que pueden ejercer en su caso, la acción correspondiente en los términos de los artículos 393, 399 y 400 del CC.

Aquel convenio regulador objeto de esta ejecución, en este caso que ahora nos ocupa liquidó el haber ganancial tras formar el correspondiente inventario de los bienes matrimoniales, y efectuó las correspondientes adjudicaciones de los bienes resultantes disponiendo que a cada uno de ellos se le atribuía el 50% del activo con la asignación de los bienes que se realiza en el punto séptimo del citado convenio regulador, y asimismo se distribuía el 50% del pasivo de la sociedad anteriormente ganancial.

Por lo tanto ese conjunto de bienes previamente existentes entre el marido y la mujer, fundado en la idea de la existencia del vínculo matrimonial, recaía sobre un patrimonio o masa internamente indiferenciado que desaparece al momento de la disolución matrimonial, supuesto de hecho que origina la constitución de esta nueva comunidad de bienes que por su liquidación asigna ya a cada comunero la correspondiente participación por cuotas, determinando el nacimiento de una serie de relaciones jurídicas en virtud de las cuales se distribuyen entre ellos los derechos y las obligaciones relativas al uso, disfrute, administración, conservación, posesión y disposición de los bienes comunes.

Y en esta tesitura sin perjuicio del principio básico de la aplicación preferente o primordial de los pactos o acuerdos entre comuneros, como regla general y en todo caso supletoria es claro que aquel contenido del Convenio Regulador es asimismo objeto de regulación en el artículo 90 del CC en cuanto esta norma enumera las materias sobre las que pueden y deben recaer los pactos conyugales, de forma tal que la actual enumeración por apartados recoge sustancialmente el contenido legal del Convenio Regulador en dichos extremos a los que se refiere expresamente, con mención específica, pudiendo no obstante, deducir dada la redacción literal del precepto, que el artículo 90 alberga un contenido legal

de mínimos, de manera que los acuerdos conyugales pueden comprender por lo tanto otras medidas, plenamente eficaces también, una vez obtenido el refrendo judicial. Preciso es, que tal convenio global, como el que ahora nos ocupa, obtenga la correspondiente y preceptiva, aprobación judicial, si las medidas no son dañosas para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, significando que el Juez al dictar la sentencia ejecutable, contempló la totalidad de los intereses y su adecuada composición, y no consideró la necesidad de alterar lo dispuesto en el acuerdo, por los ahora litigantes, que regulaban todos los aspectos sobre los que ahora se pretende la ejecución.

Y es que en dicho procedimiento consensual con la intervención del Ministerio Fiscal, se regula específicamente el requerimiento de un nuevo convenio de manera que la sentencia puede aprobar unos aspectos y dejar otros para el auto posterior a nueva propuesta (artículo 777 LEC). Se contempla así el plazo de los diez días para la presentación del mismo, lo que claramente no se llevó a cabo en la 1.^a Instancia, siendo aprobado el Convenio Regulador presentado, con la salvedad antes indicada «en cuanto al criterio legalmente exigible».

Y exigible es cuanto se convino con tales pactos además dentro del marco legal con el clausulado presentado por las partes y refrendado por la aprobación judicial. Aquel intérprete de la 1.^a Instancia y esta Sala en la vía de esta apelación, a través de los mecanismos de la interpretación normativa debe entender que el citado artículo 90 en el que se ampara el derecho del recurrente es un contenido legal de mínimos de forma que la cláusula final y genérica de aquella sentencia, aprobatoria amplia, abierta, elástica, indeterminada contiene un concepto abierto que no tiene por qué afectar negativamente al derecho de su ejecución.

El Juez de de la 1.^a Instancia tuvo ocasión y pudo, por ello, primero en la ratificación y después en la resolución valorando los intereses en juego, denegar la aprobación del Convenio o requerir un desarrollo distinto de aquel convenio Regulador pero una vez aprobado el mismo aquella indeterminación jurídica sin especificación alguna sobre qué parte es aprobada y cuál

es rechazada no le habilita más que para desarrollar jurídicamente y despachar la ejecución con la especificación correcta y concreta que requiere su clausulado, pudiendo asimismo el Juzgador de 1.^a Instancia permitir al interesado la posibilidad de recurrir en apelación la sentencia objeto de cuestión, en lo que concierne a los extremos denegados, lo que no se verificó en aquella instancia.

En consecuencia, pues, una vez aprobado en tales indeterminados términos la ejecución de la sentencia según previene el artículo 18 LOPJ, deberá realizarse conforme al contenido de la misma.

El concepto jurídico indeterminado utilizado en la sentencia de la Instancia cubrirá por lo tanto la ejecución del Convenio pactado al amparo, además, del mínimo legal que el artículo 90 CC contempla, siendo aquellas cláusulas especificación y concreción de las medidas que cabe regular en el procedimiento consensual, y sin que el citado concepto exima tampoco al Juez de la ejecución de sentencia.

Y es que asimismo la aplicación e interpretación del concepto jurídico indeterminación debe ser la que más se ajuste a la legalidad, es decir, si habría hipotéticamente dos opciones, o bien que la ejecución correspondiera a la jurisdicción Civil ordinaria o al Juzgado de Familia que aprobó el Convenio Regulador y hay que tener presente que la concepción correcta es la que más se ajuste al concepto jurídico indeterminado no debiendo olvidar, como se decía, que este concepto se utiliza en un procedimiento en el que cabía denegar la aprobación del clausulado cuya ejecución se pretende.

El interés jurídico, orden público, en juego encarnado en el artículo 18 LOPJ y en el artículo 545 LEC, en cuanto a la competencia del Tribunal competente para la ejecución despeja, por ello, la penumbra de esas opciones, de forma que la competencia del Juzgado de Familia para conocer de la presente ejecución, en la sentencia cuya aprobación ya recayó no puede excusarse por el empleo de aquel concepto jurídico indeterminado y sin olvidar que por imperativo del artículo 1396 del mismo texto legal el proceso liquidatorio comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad conyugal y fina-

lizará conforme se establece en el artículo 1410 y concordantes de la ley sustantiva Civil con las operaciones de división y adjudicación de aquel haber ganancial, y con las remisiones que este precepto contiene.

Por lo tanto cuanto acontezca en la situación o relaciones jurídicas entre los litigantes una vez que ha sido aprobado el Convenio Re-

gulador en los términos pactados es competencia del Juzgado de primera instancia núm. 27 de los de Madrid, en orden a las deudas y reclamaciones surgidas entre los mismos y en los márgenes por ellos acordados, y aprobados por la autoridad judicial por lo que en este punto y con estimación del recurso planteado procede revocar el auto recurrido.

No es necesario acudir al procedimiento de modificación de medidas para declarar la no exigibilidad de la pensión de alimentos en favor de una hija, de veintiséis años de edad, al constatar que concluyó sus estudios universitarios, estando incorporada al mercado de trabajo.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 22 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, repitiendo los argumentos expuestos en su momento en el escrito de oposición planteado contra el Auto de fecha 26 de febrero de 2008, solicitando no haber lugar a la ejecución interesada de contrario por entender extinguida la pensión de alimentos de la hija desde el mes de julio de 2007, y como quiera que abona la pensión de alimentos correspondiente a los meses de agosto y septiembre de dicho año considera que no debe la actualización de dicha pensión.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación del auto apelado, entendiendo que el recurrente debe acudir al procedimiento de modificación de efectos en orden a la extinción de la pensión de alimentos, sin que proceda compensación alguna en los términos interesados por la parte apelante.

Cierto es que las sentencias, y resoluciones en general, deben cumplirse sus propios términos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien es reiterada la doctrina y jurisprudencia que tiene en consideración criterios de rechazo del abuso del derecho y el enriquecimiento injusto, cuando de la propia ejecución se deriven unas consecuencias en modo alguno previstas y deseadas en la sentencia que se ejecuta, y aun sien-

do cierto que para un pronunciamiento relativo a la extinción definitiva de la pensión de alimentos, es lo habitual obtener tal pronunciamiento en el oportuno procedimiento de modificación de efectos, es sabido que en fase de ejecución es posible dar lugar a medidas intermedias, que acuerde la no exigibilidad de dicha pensión en la medida que no se cumplen los presupuestos que determinaron la efectividad del derecho, a la sazón, cuando se trata de pensión de alimentos, la minoría de edad de los hijos, o la mayoría de los mismos, cumpliendo con los parámetros establecidos en el artículo 93 del Código Civil, cumpliéndose, pues, con el doble requisito relativo a la convivencia con el progenitor que reclaman alimentos y la continuación de dichos hijos en los estudios, sin conseguir la incorporación al mercado de trabajo y la obtención de ingresos.

En otros supuestos, como el que acontece, no es necesario acudir al procedimiento de modificación de medidas para declarar la no exigibilidad de la pensión de alimentos en favor de una hija, de veintiséis años de edad, constando que concluyó sus estudios universitarios, económicas y empresariales, estando incorporada al mercado de trabajo, haciéndolo en el período en el que se reclama la pensión de alimentos por parte de ejecutante, constando dicha relación laboral con la empresa Vodafone, desde el mes de julio de 2007, percibiendo 803 euros mensuales netos, constando que, al menos, ha trabajado en dicha empresa hasta julio de 2008.

Así las cosas, es evidente que resulta no exigible la pensión de alimentos reclamada en la presente ejecución, desde el mes de septiembre de 2007 a mayo de 2008, período en el que la hija ha estado trabajando y obteniendo ingresos por ello, suficientes para su manutención.

Por lo demás, se mantiene la obligación de abonar la deuda por actualización de la pensión de alimentos, generada en el período que transcurre entre julio de 2004 y junio 2007, por importe de 724,48 euros, y por cuanto que no se

debe la actualización de la pensión de alimentos desde julio de 2007, sin que sea posible admitir la compensación de deudas, en los términos interesados por el recurrente, pues, a mayor abundamiento, no consta que este último no estuviera al tanto de la situación laboral y económica de la hija.

Por cuanto antecede, se estima parcialmente el recurso para establecer en la ejecución en lo referente a la deuda por actualización de la pensión de alimentos por importe de 724,48 €.

La menor ya cuenta con quince años de edad, está en período de adolescencia y no sería adecuado, más bien al contrario contraproducente, forzarle contra su voluntad al cumplimiento de un estricto régimen de visitas que suponga ser ella la que deba desplazarse de Valencia a Tenerife para estar con su padre. Por tanto debe reinterpretarse el régimen de visitas y no forzar a la menor a desplazarse a Tenerife, sino que las visitas se realizarán en Valencia, siendo el padre el que deberá desplazarse desde su lugar de residencia al del domicilio de su hija.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 19 de enero de 2010

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Pilar Manzana Laguarda

Por la dirección letrada de la parte recurrente se impugna la sentencia de instancia se impugna la resolución recurrida en la medida en que mantiene el que con carácter obligatorio por una vez al año se desplace su hija Gabriela, nacida el 22 de diciembre de 1994, de Valencia a Tenerife para cumplir el régimen de visitas establecido a favor de su padre que tiene en dicha localidad su residencia.

Para la resolución del recurso debe previamente partirse del principio básico reconocido en el artículo 39 de la Constitución Española, en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General Naciones Unidas de 20-11-89 ratificada por España (BOE 31-12-90), en numerosos preceptos recogidos a lo largo del articulado del Código Civil, y en la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de la necesaria protección del derecho del que son titulares los menores a su propio desarrollo, educación y formación, lo que se traduce en la materia que nos ocupa, en sede de relaciones paterno filiales, en que el conflicto surgido acerca de todo lo relativo a cómo deben desarrollarse las

necesarias visitas paterno filiales para mantener la relación entre el padre y su hija deba resolverse por prescripción legal, jurisprudencial y justas razones, atendiendo primordialmente al beneficio e interés del menor.

Y para determinar cuál sea ese interés, la Sala debe asesorarse de lo que informan los miembros del equipo sicosocial, que por su profesión y objetiva profesionalidad se encuentran en mejores condiciones de determinar en cada momento concreto sometido a la decisión judicial, cuál es el verdadero interés de la menor.

En el presente caso la menor ya cuenta con quince años de edad, en diciembre de este año cumplirá los dieciséis, se encuentra en cuanto a su desarrollo evolutivo en la adolescencia, y no sería adecuado, más bien al contrario contraproducente, forzarle contra su voluntad al cumplimiento de un estricto régimen de visitas que suponga ser ella la que deba desplazarse de Valencia a Tenerife para conseguir estar con su padre. En este sentido se pronuncia el informe del Gabinete sicosocial, y en este mismo sentido se pronuncia la propia menor al ser explorada

en sede de medidas provisionales coetáneas a la demanda de modificación. La Sala considera que siendo así que la relación paterno filial existe y es gratificante para la menor, excluido el tener que desplazarse a Tenerife, contra su voluntad, debe considerarse relevante su voluntad bajo el prisma de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/96, de 15 de enero. Si bien en el bien entendido caso de que sería improcedente dejar a la voluntad de la misma o de su padre su ejecución, porque podría conllevar *de facto* una suspensión o supresión del

régimen de visitas en los términos previstos por el artículo 94 del C. Civil. Al contrario, debe pausarse el mantenimiento de las visitas establecidas por las partes de común acuerdo en períodos vacacionales, reinterpretando el régimen de visitas vigente en el sentido de que la menor podrá relacionarse, por supuesto, cuando quiera con su padre, pero para el caso de desacuerdo, no se forzará a la menor a desplazarse a Tenerife sino que las visitas se realizarán en Valencia, siendo el padre el que deberá desplazarse desde su lugar de residencia al del domicilio de su hija.

La parte ejecutante podrá interponer tantas demandas ejecutivas como incumplimientos haya en los regímenes de visitas dando lugar a distintas resoluciones, que podrán, o no, ser iguales, dependiendo de lo que acontezca en cada una de ellas.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 11 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

Alega la parte recurrente litispendencia y cosa juzgada en su recurso manifestando que existen dos procedimientos por la misma causa, y acerca de ello debe decirse que si bien obedecen al mismo motivo, la devolución del menor, no lo es menos que se trata de visitas distintas, lo que impide pueda apreciarse la alegada litispendencia, tratándose por tanto de ejecuciones que deben ser vistas en causas distintas, ya que podrán interponerse tantas demandas ejecutivas como

incumplimientos haya en los regímenes de visitas, dando lugar a distintas resoluciones que podrán, o no, ser iguales, dependiendo de lo que acontezca en cada una de ellas, pues como ya se dijo en el auto de fecha 22-12-2009 las medidas provisionales quedan sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo, conforme establece el artículo 773.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Las aportaciones privativas a la sociedad de gananciales deben actualizarse conforme a los índices del IPC.

AP Madrid, Sec. 22.^a Sentencia de 29 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

Los artículos 1397.3.º y 1398.3.º del citado Código regulan, como posibles partidas del activo y pasivo, respectivamente, de la sociedad ganancial en liquidación el importe actualizado de las cantidades pagadas, por la sociedad o por uno de los cónyuges, que fueren de cargo sólo de un

cónyuge, en el primer caso, o de la sociedad, en el segundo.

Se contempla así una deuda de valor respecto del nominal de las cantidades en su momento aportadas, que deben ser actualizadas con arreglo a los índices de depreciación de la

moneda, de tal manera que la suma que se reintegre, ya a la sociedad ya al cónyuge acreedor, tenga el mismo valor adquisitivo actual que la que entonces se aportó (*vid.* STS 19 de junio y 29 de noviembre de 2006).

Conforme a tales previsiones legales, a la luz de su interpretación jurisprudencial, procede estimar las pretensiones que, en este extremo del

debate, formula el Sr. Bienvenido, y respecto de las que la contraparte muestra su conformidad, lo que determina que las sumas referidas en los apartados 3 y 4 de la parte dispositiva de la sentencia recurrida deban actualizarse conforme al Índice de Precios al Consumo, excluyendo en cualquier caso el añadido del interés legal del dinero, según se hace constar en dicha resolución.

Tras el embargo de la vivienda la esposa se opuso al reconocimiento como ganancial de la deuda a que se refiriese el título valor ejecutado, resolviéndose por el Tribunal en tal sentido, declarando que no procedía la vía de apremio sobre el haber ganancial ni su disolución y liquidación en tanto no se acreditase la insuficiencia de los bienes privativos del deudor.

AP Asturias, Sec. 5.^a, Sentencia de 21 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Luis Casero Alonso**

Por la representación de doña Julieta se formuló juicio cambiario frente a don Norberto en base a letra de cambio por nominal de 12.000 €, interesando y acordándose el embargo de la vivienda sita en el núm. NUM000 de la CALLE000 «en Ventanielles Alto (Oviedo), integrado en el haber ganancial del matrimonio constituido por el señalado deudor y su esposa doña María Teresa, en situación de separación de hecho desde el año 2006».

Notificado el embargo a la dicha doña María Teresa se opuso al reconocimiento como ganancial de la deuda a que se refiriese el título valor ejecutado, resolviéndose por el Tribunal en tal sentido, declarando que no procedía la vía de apremio sobre el haber ganancial ni su disolución y liquidación en tanto no se acreditase la insuficiencia de los bienes privativos del deudor.

No se conforma el promotor del juicio cambiario, para quien la prueba documental y testimonial aportada, junto con la de confesión del deudor, acredita sobradamente el destino del dinero del nominal de la letra al sostenimiento de la familia (artículo 1365.1 CC) y, por tanto, el carácter ganancial de la deuda, rechazando pueda exigírsele despliegue de mayor o mejor actividad probatoria, sopena convertir en diabólica la prueba de su cargo e invocando en su apoyo

los criterios de posibilidad y facilidad probatoria (artículo 217.7 LEC).

Subsidiariamente, y en todo caso, de declararse la privacidad de la deuda, reprocha a la Sentencia recurrida el haber supeditado la vía de apremio sobre los bienes gananciales a la prueba previa de la insuficiencia o inexistencia de otros privativos del deudor sobre los que realizar la deuda, sosteniendo que la adecuada interpretación del artículo 541, números 2 y 3, lleva a que basta la declaración de privacidad de la deuda para que se proceda a la disolución de la sociedad ganancial.

En último término también impugna la declaración de las costas de la instancia, impuestas a la parte, argumentando dudas de hecho.

El recurso se desestima.

Al decir de la parte el negocio causal que da pie a la emisión de la cambial es uno de préstamo entre el librador y el librado, que se habría desarrollado entre los años 2001 y 2006 mediante la entrega periódica, no documentada, de pequeñas cantidades de dinero (150 €, 200 ó 300 €) que se explicarían por la relación de amistad o afecto existente entre las partes y haber sufrido el librado un accidente de tráfico en el año 2001 que provocó su baja laboral y consiguiente merma sustancial de sus ingresos, únicos con los que el matrimonio sufragaba sus

necesidades, y de donde resultaría, a juicio de la parte, el carácter ganancial de la deuda en cuanto destinado el capital del préstamo al sostenimiento de la familia.

Para así acreditarlo, además de venir incorporado a autos el expediente administrativo de declaración del deudor en situación laboral de incapacidad permanente absoluta del que resulta la realidad del accidente viario el 3-9-2001, su baja laboral y el final reconocimiento al deudor de una pensión por incapacidad con efectos de 1-6-2004, en orden a acreditar la entrega de dinero y el destino dado al mismo por el librado de la letra trajo el recurrente a declarar sendos testigos y solicitó el interrogatorio del deudor, quien no compareció al acto, y es sobre este soporte probatorio que el recurrente entiende acreditado el carácter ganancial de la deuda rechazando, como se ha expuesto, le pueda ser exigida mayor diligencia y actividad probatoria.

Sin embargo, la vigente Ley Rituaria, haciéndose eco de la doctrina dominante antes de su promulgación que negaba que del ordenamiento jurídico resultase una presunción de ganancialidad pasiva de la deudas contraídas por uno de los cónyuges sin concurso del otro (en este sentido RDGRN 1703-2005 y 5-7-2007), aun a sabiendas de la dificultad probatoria que ello podría acarrear al acreedor (como así lo hacían notar quienes sostenían criterio opuesto), declara como de carga del acreedor la prueba cierta de la ganancialidad de la deuda (artículo 541.2 LEC).

Y, de otro lado y en cuanto a la consecución por el recurrente de tal resultado probatorio, sobre que la fragilidad de la declaración de los testigos a su instancia descansa no tanto en su relación con la parte como en cuanto a que, más allá de la realidad o certeza de las entregas de dinero, el conocimiento de su destino vendría dado por las propias declaraciones del receptor del nominal y, a su vez, la incomparecencia de éste no obliga a tenerle sin más por confeso en cuanto a los hechos del interrogatorio (artículo 304 LEC), pareciendo que en el caso así deba de ser por la particular posición que la dicha parte ocupa en este incidente del proceso cambiario y el conflicto de intereses subyacente con el recurrido, que con mejor criterio para decidir deba

acudirse a la documental incorporada a autos relativa a los ingresos del deudor, antes y después de su baja laboral, para a su vista, de acuerdo con la lógica y acudiendo a medio presuntivo (artículo 386 LEC), concluir sobre el destino del dinerario pues, precisamente, sobre tales circunstancias se apoya el razonamiento del recurrente para sostener la ganancialidad de la deuda, esto es, que el accidente supuso en el deudor una pérdida tan sustancial de ingresos que con los percibidos no podía atender al sostenimiento de los gastos familiares.

Pues bien, en cuanto a esto, si nos atenemos al certificado emitido para contingencias profesionales, tenemos que el deudor en los 365 días anteriores al accidente vendría percibiendo la suma de unos 13.065,48 €, es decir, unos 1.088,79 € al mes y las declaraciones del IRPF relativas a los años 2001 a 2006, ambas inclusive, realizadas conjuntamente por los esposos, declaran un saldo anual por retribuciones de, respectivamente, 15.806,49 €, 13.354,87 €, 18.319,36 €, 13.025,46 €, 10.402,84 € y 14.681,97 €.

Es decir que, fuera de los años 2004 y 2005 no se aprecia, en absoluto, una pérdida de ingresos del matrimonio tan sustancial con respecto a los percibidos antes del accidente que permita explicar y justificar la necesidad de acudir a ayuda económica externa para el sostenimiento de la familia, cuanto más que no se conocen las cargas del matrimonio ni que éstas fuesen extraordinarias.

Al respecto y sobre esto (las cargas) sólo se conoce, a través de la certificación registral de la vivienda familiar, la existencia de sendas hipotecas, pero no del estado de las deudas hipotecarias, siendo de resaltar que si una de ellas tiene por titular a don Raúl y, según revela el tenor del interrogatorio formulado por el recurrente al deudor, se pretende ligar su destino al sostenimiento de la familia, lo consecuente sería el llamamiento a declarar de dicho acreedor a tales fines.

En fin que en cuanto a esto se desestima el recurso.

El otro motivo del recurso viene ligado a la declaración de subsidiariedad que la Sentencia recurrida hace respecto de la disolución de la sociedad ganancial, exigiendo prueba previa

de la insuficiencia de los bienes privativos del deudor.

Que así es resulta de la propia dicción literal del artículo 1373 del CC, del que el artículo 541 LEC es desarrollo y complemento.

Donde el verdadero debate reside no es en cuanto a eso, que es claro, sino respecto de la prueba de la insuficiencia de los bienes privativos y si al acreedor basta la alegación de que así es o la aportación de prueba indiciaria en tal sentido, resultando obligada la cita de la Sentencia del TS de 3-6-1998 que, respecto de este extremo, aplica taxativamente la carga de la prueba haciéndola recaer sobre el acreedor y pareciéndonos también que en el caso el recurrente no ha desplegado una mínima actividad

probatoria en tal sentido, desde el momento en que, sólo a guisa de ejemplo, la letra aparece domiciliada bancariamente y no se incorpora estado de dicha cuenta y su saldo o que por la recurrida y esposa del deudor, al oponerse a la ganancialidad de la deuda, afirma el carácter privativo de la vivienda en que ahora reside el deudor o que, por último, es reiterada la afirmación del recurrente de ser el deudor perceptor de una indemnización de la que nada se conoce, si bien también, esto, la insuficiencia de los bienes privativos, no es tampoco objeto de recurso pues no contiene la resolución recurrida declaración al respecto, sino que se limita a establecer el carácter subsidiario de la medida de disolución de la sociedad ganancial, siendo el desacuerdo del recurrente con eso y nada más.

El inmueble fue adquirido constante matrimonio, por lo que tenía indudablemente carácter ganancial. Ahora bien, al separarse los cónyuges varios meses después, acordaron en el convenio regulador de la separación, aprobado judicialmente, adjudicar ese inmueble en concepto de pensión compensatoria a la esposa, quien asumía íntegramente el crédito hipotecario con el que estaba gravado, pasando así a ser propiedad privativa de esta última.

AP Asturias, Sec. 4.^a, Sentencia de 20 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller**

Sí ha de estimarse el recurso íntegramente en cuanto al segundo de los extremos que son objeto de controversia. El citado inmueble sito en Pola de Siero fue adquirido por ambos cónyuges mediante escritura otorgada el 11 de junio de 2003, es decir, constante matrimonio, por lo que tenía indudablemente carácter ganancial. Ahora bien al separarse varios meses después, acordaron en el convenio regulador de la separación, aprobado judicialmente, adjudicar ese inmueble en concepto de pensión compensatoria a doña Estibaliz, quien asumía íntegramente el crédito hipotecario con el que estaba gravado, pasando así a ser propiedad privativa de esta última. Sostiene D. Martín que lo que él entendió era que únicamente se le adjudicaba el uso y no la propiedad, pero ello no resulta de la interpretación gramatical del término utilizado (adjudicar equivale a declarar que una cosa

corresponde a una persona) y menos aún si se relaciona con el resto de los acuerdos tomados (artículo 1285 del Código Civil) pues el uso del que había sido domicilio familiar se estipulaba en otra cláusula, la segunda, utilizando una expresión muy diferente («en el domicilio familiar, sito en Sebares, permanecerá el esposo»); al tiempo que no se entiende que si sólo se le asignaba el uso hubiera aquélla de asumir en exclusiva la importante carga hipotecaria que pesaba sobre el inmueble, prácticamente igual al precio satisfecho por su adquisición. La inmediata actuación de doña Estibaliz, procediendo a inscribirlo en el Registro de la Propiedad a su nombre, ratifica cuál era el sentido real que tenía ese acuerdo.

No existe, por otra parte, duda alguna en cuanto a la licitud de dicha convención. El propio artículo 90 del Código Civil prevé que el

convenio regulador puede referirse a la liquidación del régimen económico y ningún inconveniente existe a que se proceda anticipadamente a la adjudicación de algún bien —como, por otra parte, no es infrecuente— dejando el resto para un momento posterior, que es como ha de entenderse el apartado cuarto del citado convenio. Es más, el artículo 99 del mismo cuerpo legal establece que en concepto de pensión compensatoria puede entregarse «un capital en bienes o en dinero», y esto es lo que se hizo aquí, estableciendo un sistema mixto de pensión y entrega de un bien, que tampoco cabe considerar desproporcionado o extraordinario, en especial si se tiene en cuenta que el valor de esa casa quedaba prácticamente absorbido por la deuda hipotecaria que pesaba sobre la misma, que ya

se ha dicho que asumía íntegramente la esposa. Y, en fin, también habrá de recordarse que durante el matrimonio los cónyuges tienen plena libertad para contratar entre ellos y transmitirse bienes y derechos (artículo 1323) —el convenio se firma y ratifica antes de dictarse la Sentencia de separación— y que en cualquier caso ni en ese momento ni después existe obstáculo alguno para que dispongan de uno o varios bienes siempre que actúen de conformidad (*vid.* STS de 14 de abril de 1986).

El acogimiento de este motivo conlleva dejar sin efecto los pronunciamientos sobre inclusión en el pasivo ganancial referidos al crédito hipotecario que pesa sobre esta vivienda (apartados III y IV), tal y como ya propone la propia recurrente.

Se incluye en el activo ganancial los ingresos obtenidos por el alquiler de una cabaña de madera, propiedad de ambos, desde la fecha de disolución de la sociedad conyugal.

AP Asturias, Sec. 4.^a, Sentencia de 20 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller**

La apelante, doña Estibaliz, cuestiona en este recurso tres de los pronunciamientos recaídos en la Sentencia que puso fin al incidente sobre inclusión y exclusión de bienes en el inventario, suscitado en fase de liquidación de la sociedad de gananciales que había formado junto a D. Martín: 1.º) Que no se hayan incluido en el activo ganancial los ingresos obtenidos por el alquiler de una cabaña de madera, propiedad de ambos, desde abril de 2004, que es cuando se produjo la disolución de la sociedad conyugal en virtud de Sentencia de separación; 2.º) Que, por el contrario, se haya incluido en el activo ganancial una vivienda, sita en Pola de Siero, DIRECCION000 núm. NUM000, cuando en realidad, según afirma, es de su exclusiva propiedad; y 3.º) Que se haya reconocido un crédito a favor de los padres de D. Martín y a cargo de la sociedad de gananciales por importe de 6.083.381 pesetas.

La Sentencia rechazó la inclusión de la primera de las partidas indicadas razonando que no había quedado acreditado el alquiler de la

cabaña ni el cobro de rentas con posterioridad al momento en que se dictó la Sentencia de separación (7 de abril de 2004). Sin embargo, D. Martín reconoció como cierto y confeccionado por él, el manuscrito obrante al folio 301, donde aparecen contabilizados ingresos por el alquiler de la cabaña más allá de esa fecha, en concreto la cantidad de 1.060 € correspondiente a la anualidad de 2004, una vez descontado lo obtenido antes del mes de abril. En consecuencia esta suma sí ha de reconocerse como crédito de la sociedad de gananciales frente a D. Martín (artículo 1397.3 en relación con el 1063, ambos del Código Civil). Lo que no cabe es ampliarla a otras hipotéticas ganancias, de las que no existe la menor prueba —que incumbía llevar a cabo a la recurrente, que es quien afirma su inclusión—. Ni siquiera se ha demostrado que fuera D. Martín quien hubiera ostentado a partir de entonces la posesión exclusiva de ese inmueble, ni menos que lo hubiera arrendado en alguna ocasión y cuáles pudieran ser los beneficios que hubiera obtenido por ello.

Tratándose de una edificación construida en la finca de un tercero, rige la presunción del artículo 359 del CC. La recurrente omite traer a los autos alguna prueba documental, tales como facturas o presupuesto de obra, relacionados con dicha construcción, ni tan siquiera trae una prueba testifical que permita concretar la fecha en la que realiza la construcción y, en su caso, demostrar que fueron los litigantes quienes asumieron el coste de la edificación.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 15 de enero de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª María Nuria Zamora Pérez**

La Sentencia de instancia dictada en sede de liquidación de sociedad de gananciales aprueba el inventario de bienes que integran el activo y pasivo de la misma. Recurrida por doña Elisa, como primer motivo de apelación denuncia errónea valoración de la prueba, al no incluir en el activo de la sociedad la vivienda sita en Cudillero, Oviñana, Barrio de Riego Abajo, inmueble que según mantiene la apelante se construye constante matrimonio, en una finca propiedad de la madre del apelado, si bien el suelo en el que se asienta les fue cedido gratuitamente a los litigantes.

El motivo de apelación apuntado debe ser desestimado. En primer lugar y por lo que se refiere a la pretendida cesión voluntaria del terreno se trata de una mera manifestación de parte carente de todo prueba. Debemos recordar al respecto que la cesión, como acto de liberalidad o disposición a título gratuito, en definitiva donación, exigiría para su validez el que constara en escritura pública, formalidad que no se observa en el caso de autos y además sería preciso que se segregara dicha porción respecto del resto de la finca lo que tampoco se ha llevado a cabo.

Así las cosas y hablando de una edificación construida en la finca de un tercero rige la presunción del artículo 359 del Código Civil, a cuyo tenor «todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario». Ciertamente estamos ante una presunción *iuris tantum*, susceptible de prueba en contrario, ahora bien esa prueba no se da en el caso de autos. La recurrente omite traer a los autos alguna prueba documental, tales como facturas o presupuesto de obra, relacionados con dicha construcción, ni tan siquiera trae una prueba testifical que permita concretar la fecha en la que la misma se realiza y en su caso demostrar que fueron los litigantes quienes asumieron el coste de la edificación. Y es que lo relevante para atribuir carácter ganancial a la edificación no es que ésta se realice constante matrimonio, sino que se haga con dinero ganancial extremo totalmente huérfano de prueba, lo que hace perecer la pretensión de la recurrente a tenor de los criterios generales que rigen la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC.

Inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales de un crédito a favor del padre y el hermano del esposo por el importe abonado en la clínica San Rafael, pues el hecho de que se trate de gastos por hospitalización de éste supone que es una cantidad a cargo de la sociedad de gananciales.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa**

Se impugna la inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales de un crédito a favor del padre y el hermano de D. Fidel por el importe abonado en la clínica San Rafael en el año 2005.

Se impugna señalando que es posterior al comienzo de la separación de hecho, y a que es un gasto asumido por las dos personas de quienes se constituyen en acreedores.

En cuanto a la fecha no puede estimarse porque, como quedó señalado, la de la disolución debe centrarse en la Sentencia de separación, que es de enero de 2006; y en relación a que se trate de una cantidad asumida por fami-

liares de D. Fidel, el hecho de que se trate de gastos por hospitalización de éste, supone que es una cantidad a cargo de la sociedad de gananciales, motivo por el cual debe desestimarse este extremo del recurso.

Entiende la Sala que la exigencia de la presencia de los cónyuges para el trámite de liquidación de la sociedad de gananciales no puede entenderse de otra forma distinta a como lo hace el juzgador de instancia, es decir, su asistencia personal es requisito imprescindible.

AP Valencia, Sec. 10.^a, Auto de 13 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España**

Dos son las cuestiones objeto del presente recurso de apelación: una si es necesaria la presencia de ambas partes en la comparecencia ante el Sr. Secretario y la otra si en el caso de autos era preciso se citase personalmente a las partes.

Acerca de la primera cuestión debe decirse que no obstante los minuciosos razonamientos contenidos en el recurso, es lo cierto que si bien la norma general de comparecencia a los actos del proceso lo es a través de sus representantes legales también es cierto que dicha norma tiene sus excepciones, en unos casos, como facultad del litigante ante la escasa trascendencia jurídica o económica del asunto y en otros casos por exigencia legal cuando un precepto lo establezca así expresamente.

En este último supuesto se encuentran distintos actos procesales en todo tipo de procesos —como puede ser el interrogatorio de parte— existiendo sobre todo excepciones a la norma general en los procedimientos de derecho de familia, en los que la presencia personal de los cónyuges es exigida en aras de facilitar posibles acuerdos.

Así, nos encontramos que la regulación de los medidas previas a la presentación de la demanda —artículo 771 LEC— y también la de las medidas provisionales —artículo 773— exigen la presencia personal de los cónyuges y su incomparecencia acarrea como sanción la admisión de hechos de la contraria, al igual que la inasistencia de uno de los cónyuges a la diligencia de formación de inventario —artículo 809 LEC— y que la inasistencia al acto procesal que hoy es objeto de recurso —artículo 810 LEC—.

En el caso de autos entiende la Sala que la exigencia de la presencia de los cónyuges para el trámite de liquidación de la sociedad de gananciales no puede entenderse de otra forma del que lo hace el juzgador de instancia al ser su presencia requisito imprescindible, como de forma unánime viene señalando la práctica totalidad de la jurisprudencia, procediendo, pues, mantener lo resuelto en este punto por la resolución de instancia.

En cuanto a la citación de las partes, debe decirse que en el caso de autos 1.º según consta al folio 82 se dictó auto de fecha 25-6-2008 señalando para la formación del inventario el día 23-9-2008, 2.º según consta al folio 89 se citó personalmente al demandado para dicho acto, habida cuenta que al no estar aún comparecido en autos era necesario realizar dicha citación de forma personal, 3.º según consta al folio 102 en el acta de inventario celebrada el día 23-9-2008 comparecieron los Sres. Letrados y Procuradores de las partes, el del demandado a través del Poder conferido obrante al folio 90, alegando que al estar en vías de solución amistosa, solicitaban la suspensión por el plazo legal, 4.º por auto de fecha 23-8-2008 obrante al folio 103, se acordó dicha suspensión, 5.º según consta al folio 109 la actora solicitó la reanudación de los autos, 6.º por auto de fecha 12-1-2009 se acordó la continuación del procedimiento, citando de nuevo a las partes a través de sus representaciones legales para el día 12-2-2009, 7.º a los folios 115 y 116 consta la citación a los Sres. Procuradores de ambas partes, 8.º al folio 117 de los autos consta el acta del inventario a cuyo acto no compareció

el demandado, haciéndolo a través de su Procurador y Letrado, que nada manifestaron ni alegaron acerca de la citación del demandado.

Así las cosas es visto que el demandado no compareció en autos el día del acta del inventario pese a estar debidamente citado habida cuenta que el artículo 809 dice «mandando citar a los cónyuges», y con ello si bien se suscita si la citación debe hacerse de forma personal a los cónyuges o si cabe la citación por medio de procurador, en general debe tenerse en cuenta que cuando la comunicación tiene que hacerse a alguna de las partes y se ha producido ya la personación de la misma por medio de procurador, la LEC prima a este medio de comunicación, de modo que el artículo 153 dispone que el Procurador firmará las notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos de todas clases que deban hacerse a su poderdante en el curso del pleito, incluso las de sentencias y las que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante.

La comprensión de esta norma exige ponerla en relación con el artículo 28 de la misma

LEC En este se dispone que el Procurador firmará todos los actos de comunicación, teniendo esta actuación la misma fuerza que si interviniera en ella directamente el poderdante, pero a continuación exceptúa los traslados, emplazamientos, citaciones y requerimientos que la ley disponga que se practiquen a los litigantes en persona.

Hay que distinguir por tanto: 1.º en general pueden hacerse al Procurador los actos de comunicación que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante, y 2.º en especial habrán de hacerse a la parte personalmente las comunicaciones que la ley disponga se practiquen con el litigante en persona.

El problema viene cuando el artículo 809 dice que se mandará citar «a los cónyuges», si se está ante uno de los supuestos en los que el artículo 28.2 prevé como de aquellos en los que debe citarse a los litigantes en persona, y ciertamente hay que admitir que se está ante un caso de aplicación de la norma general del artículo 28 por cuanto que las citaciones por medio de los Sres. Procuradores es lo normal, necesitando lo especial de clara norma expresa en contrario.

Se solicita que se incluya en el pasivo un crédito a favor de la ahora recurrente por los gastos de mantenimiento y conservación del domicilio, pero de las obras que se indican algunas de ellas carecen de la condición de necesarias, y en cualquier caso no consta la autorización o conformidad de la parte contraria para su realización.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 12 de enero de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.ª Carmen Neira Vázquez**

Se solicita en este recurso se incluya en el pasivo un crédito a favor de la ahora recurrente por los gastos de mantenimiento y conservación del domicilio durante los años 2008 y 2009 y que cifra en una cuantía de 10.006,57 euros, destacando a modo de ejemplo trabajos como reposición de ventanas, puertas, caldera, lo que ciertamente desvirtúa el contenido, alcance y extensión de la naturaleza del recurso de apelación, por cuanto tal pretensión novedosa en esta alzada no puede ser acogida a riesgo de producir indefensión en la parte contraria.

Nada de lo que ahora se pretende se planteó en el procedimiento de manera que en la diligencia de formación de inventario quien ahora

recurre discrepando de algunos puntos del inventario formulado de contrario se limitó a señalar que se incluyera una partida en el pasivo por los gastos ordinarios de suministros de agua y electricidad que figura como núm. 4 del activo presentado de contrario.

No aportó entonces documentación alguna ni de aquella partida ni tampoco de lo que ahora se propugna, debiendo destacar en todo caso que las obras que se indican algunas de ellas carecen de la condición de necesarias y en cualquier caso no consta la autorización o conformidad de la parte contraria para su realización, todo lo cual determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación.

Respecto de los préstamos personales de los padres del ex esposo, aunque se acreditan los movimientos bancarios de la cuenta de éstos y la que figuraba a nombre del ex esposo, no pueden integrar el supuesto de hecho al que se refiere el artículo 1398 del CC, y por lo tanto tales importes no constituyen préstamos a favor de la sociedad legal de gananciales o sumas destinadas a afrontar cargas de ésta.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 12 de enero de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez**

Respecto de los préstamos personales de los padres del demandante se acredita en los autos mediante los movimientos bancarios de la cuenta aperturada a nombre del padre del ahora apelado y de aquella cuenta que figuraba a nombre del actor las diferentes partidas dinerarias extraídas e ingresadas respectivamente en una y otra, durante los períodos de tiempo objeto de cuestión. Dicho lo cual tales extremos probados no pueden integrar el supuesto de hecho a los que se refiere el artículo 1398 del CC. y por lo tanto tales importes no constituyen préstamos (porque así no se ha probado) a favor de la sociedad legal de gananciales o sumas destinadas a afrontar cargas de la misma.

En efecto nada se prueba en los autos en los términos del artículo 217 LEC de forma cabal y rigurosa, en torno a aquellas cantidades, que

tuvieran por finalidad constituir préstamo a favor de los cónyuges, desconociendo entre otros muchos datos fechas de la constitución de los pretendidos préstamos, finalidad de los mismos, condiciones de aquéllos y /o reclamaciones o devoluciones previas dado el largo lapso de tiempo transcurrido desde aquellos ingresos iniciales transferidos ya en el año 1995. Nada de ello se ha acreditado documentalmente ni de cualquier otra forma, no declarando en los autos los padres del demandante, siendo así que aquellas transferencias bancarias cumplidamente documentadas cabe tuvieran por objeto y causa cualquier finalidad ajena a los conceptos examinados y que ahora nos ocupan, todo lo cual determina en este punto el acogimiento de este motivo de apelación y la revocación parcial de la sentencia recurrida. Se suprime por lo tanto del pasivo del inventario las partidas una y dos del fallo de la sentencia.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

No se declara la nulidad de actuaciones, dado que, si bien es cierto que entre la citación y el juicio no transcurrieron los diez días que como mínimo establece el artículo 440.1 de la LEC, también lo es que no se indica cómo incidió esa disminución del plazo en la preparación del juicio, qué actuaciones concretas no fue posible realizar por ese motivo, pues de hecho el letrado que defendía a la apelante acudió a la vista el día señalado y alegó cuanto estimó oportuno, sin que nada conste sobre pruebas que no hubiera podido practicar por la brevedad del plazo.

AP Asturias, Sec. 4.^a, Sentencia de 25 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Tuero Aller**

Es cierto que la demandante fue citada para la vista el día 3 de julio de 2009 y que el día señalado para aquella era el 14 del mismo mes y año, de tal modo que entre una y otra fecha no

transcurrieron los diez días que como mínimo establece el artículo 440.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendidos como días hábiles de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 de

la misma Ley. No puede compartirse, por otra parte, el criterio de que el carácter preferente de estos juicios permita prescindir de los plazos y garantías establecidos en la ley procesal, compatibles con la necesaria agilización de estos procesos. Ahora bien, no toda infracción procesal comporta la nulidad de lo actuado, sino que es preciso, como ya se ha apuntado, que originen efectiva indefensión a la parte que la haga valer (artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es decir, no basta con alegar que la infracción se ha traducido en una disminución del derecho de defensa que, de modo teórico o abstracto, le corresponde al litigante, sino que debe existir una indefensión «efectiva», material y real, lo que obliga a expresar qué actos o derechos quedaron afectados y de qué modo por la irregularidad procesal. Esa indefensión la refiere

la recurrente, por un lado, a la imposibilidad de citar a los testigos que propuso, lo que carece ahora de relevancia por las razones expuestas en el fundamento precedente. Y, por otra parte, a que se le impidió comunicarse con su cliente en toda la extensión del término establecido en la ley, pero siendo esto evidente, lo que no se indica es cómo incidió esa disminución del plazo en la preparación del juicio, qué actuaciones concretas no fue posible realizar por ese motivo; de hecho el letrado que defendía a la apelante acudió a la vista el día señalado y alegó cuanto estimó oportuno, sin que nada conste sobre pruebas que no hubiera podido practicar por la brevedad del plazo (salvo lo ya dicho respecto de la testifical) o argumentos o razones que no hubiera podido exponer por tal causa en dicho acto, que ni siquiera se indica cuáles pudieran ser.

Se desestima la oposición al acogimiento formulada por la madre, ya que no es conveniente para el menor que vuelva con su madre biológica, primero, por la adecuada integración del menor en el núcleo familiar acogedor; segundo, se cuestiona si realmente la madre biológica tiene los apoyos socio-familiares estables necesarios, así como la necesaria estabilidad laboral y económica; en tercer lugar, aunque la madre expresa su deseo de que los hijos convivan con ella, no ha estructurado ni ha anticipado lo que supondría la convivencia de unos hijos de siete y doce años.

AP Granada, Sec. 5.ª, Sentencia de 22 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Klaus Jochen Albiez Dohrmann**

Según los informes de seguimiento familiar de Jerónimo, existe una situación familiar que está siendo muy satisfactoria para el desarrollo integral del menor. Los acogedores, siguiendo el informe familiar, han sabido establecer una sana vinculación afectiva y proporcionar al menor las pautas educativas y de crianza necesarias para un crecimiento físico, psicológico y social que cubre sus necesidades. Este mismo informe favorable se hace también en relación con su otro hermano Marcelino. El Equipo Técnico de Unidad Familiar I del Servicio de Protección de Menores de la Delegación Provincial de Granada de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía propone, con fecha de 14 de diciembre de 2006, que se constituya el acogimiento familiar permanente a favor del bienestar integral de los menores. En los

presentes autos consta la oposición expresa de la madre del menor Jerónimo, D.ª Covadonga, que formula, de conformidad con los artículos LEC, la demanda oposición a la constitución de acogimiento familiar permanente.

Para abordar la cuestión se debe recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela efectiva en supuestos en los que, como en el presente, se encuentran en juego intereses de tanta relevancia como los de los menores de cuyo acogimiento, guarda o adopción se trata, así como los de quienes pretenden su adopción y los de los padres biológicos cuya relación de filiación va a quedar extinguida. Así en la STC 75/2005, de 4 de abril, se ha afirmado «en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que “en este tipo de

procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia, tanto los del menor como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, que son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen” (STC 114/1997, de 16 de junio); en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre. Es lógico, pues, que “dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificantes atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad, pues lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado” (STC 187/1996, de 25 de noviembre). En ellos no es tanto su modo como su resultado» (STC 187/1996, de 25 de noviembre). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres «se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones» (artículo 9.2); y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que «los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. artículo 1826 LECiv)». Esta doctrina viene recogida nuevamente en la STC núm. 58/2008, de 28 de abril.

Ha de tenerse en cuenta que se declaró el desamparo del menor, como también de su hermano, por la autoridad administrativa, al que se opuso la madre, siendo ratificada la declaración de amparo y el consiguiente acogimiento familiar residencia de la administración autonómica en el año 2004 por el juzgado de Primera Instancia núm. 3, siendo confirmada la sentencia de 13 de marzo de 2006, por esta Sección en sentencia de 2 de junio de 2007. En aquel procedimiento de acogimiento residencial, la madre se opuso negando haber cumplido sus deberes con sus hijos. Esta Sección considera procedente la resolución administrativa, matizando, además, que «el acogimiento siempre es susceptible de quedar sin efecto, incluso a solicitud de los propios progenitores en el oportuno procedimiento administrativo (artículo 173.2.3 CC) o en el correspondiente procedimiento en el que se habrá de acreditar con el rigor necesario el cambio de circunstancias en los progenitores que revelen su aptitud y voluntad de cumplir con los deberes de la patria potestad y, sobre todo, que se haya conjurado el riesgo de que se reproduzca la situación de hecho que dio lugar a la declaración de desamparo y que sea de interés para el menor que vuelva a la guarda y custodia de su familia natural».

En lugar de recuperar la guarda de su hijo Jerónimo a petición propia, la madre vuelve a oponerse, esta vez al acogimiento de constitución permanente acordada el 14 de diciembre de 2006, formulando la correspondiente demanda, a la que se opone la Junta de Andalucía, representada por su letrado.

En el informe psico-social que figura en los presentes autos, de fecha de 28 de enero de 2009, se considera que no es conveniente para el menor que vuelva con su madre biológica, primero, por la adecuada integración del menor en el núcleo familiar acogedor; segundo, se cuestiona si realmente la madre biológica tiene los apoyos socio-familiares estables necesarios así como la necesaria estabilidad laboral y económica; en tercer lugar, aunque la madre expresa su deseo de que los hijos convivan con ella, no ha estructurado ni ha anticipado lo que supondría la convivencia de unos hijos de siete y doce años; y, por último, se considera que tiene baja

sensibilidad y pobre estimulación del sentido de permanencia, lo que incide negativamente en el cuidado de los menores.

A juicio del Juzgador de instancia, está justificada la constitución del acogimiento familiar permanente, siendo ésta también la postura del Ministerio Fiscal, habida cuenta de que desde que produjo hace más de cinco años el procedimiento de desamparo y el acogimiento familiar residencial del menor, el desarraigo afectivo del mismo hacia la familia biológica y el distanciamiento hacia la misma ha sido constante. Aunque se elogia en la sentencia recurrida el deseo actual de la madre de recuperar a su hijo, hay que valorar en particular la situación del menor que ha encontrado en una familia ajena la estabilidad que, sin duda, es favorable para el desarrollo personal del menor.

Al margen de las causas que dieron lugar al desamparo, que ya han sido juzgadas en resoluciones judiciales anteriores, por lo que esta Sala no tiene que entrar en ellas, se debe estar a la evolución posterior, tanto del menor como de la madre, para poder determinar si es aconsejable

la constitución del acogimiento familiar permanente. Se desconocen las causas reales por las que la madre no ha podido realizar cursos y programas que las administraciones ofrecen para situaciones familiares de desarraigo. La denuncia que se formula en el recurso de apelación de que el desarraigo que existe es debido a la actuación del Servicio de Protección de Menores de Granada debe ser planteada en otros ámbitos. Un programa de intervención, que puede ser oportuno para la recuperación del hijo, debe ser ofertado por las administraciones competentes, en la que poco o nada pueden hacer los tribunales de justicia. Sin embargo, nada se dice en el recurso de apelación de los condicionantes que deben darse para que no tenga lugar el acogimiento familiar permanente, que deberían ser la base del recurso de apelación, debiendo haber demostrado que la sentencia yerra ratificando el acogimiento familiar permanente constituido en los términos expresados en la propuesta de la Entidad Pública, de fecha de 8 de marzo de 2007, con referencia a la Resolución de acogimiento familiar permanente, de fecha de 14 de diciembre de 2006.

Se considera que el padre debe asentir a la adopción, ya que poco después del nacimiento del menor éste inicia una intensa actividad tendente a determinar la filiación y a asumir sus obligaciones como padre, por lo que no se le puede considerar incurso en causa legal de privación de la patria potestad. No podemos atender a la doctrina tradicional que mantiene que el momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incurso en causa legal de privación de la patria potestad es aquel en el que se decreta el desamparo, sino que la conducta del demandante debe examinarse desde una perspectiva temporal más amplia.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 22 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés**

La dirección letrada de D. Ángel Daniel se alzó contra la sentencia de instancia reclamando su revocación y que se dicte resolución por la que se declare el derecho de Ángel Daniel, en tanto que progenitor del menor objeto del expediente, a asentir con carácter necesario a la adopción de su hijo menor, Florián, y que no ha lugar a privarle del derecho de veto porque no está incurso en causa legal para la privación de la patria potestad; se declare la inexistencia de situación

legal de desamparo del menor, Florián y, en consecuencia, anule el acuerdo de 19 de diciembre de 2006 de la Comisión de Tutela de la Comunidad de Madrid por el que se ratificó la situación de desamparo del menor, Rodolfo (Florián); se revoquen todas las medidas de protección acordadas por la Comisión de Tutela de la Comunidad de Madrid en relación con el menor Rodolfo (Florián), incluido el acogimiento preadoptivo acordado y formalizado mediante contrato de 27

de octubre de 2006; se revoque la tutela de la Comisión de Tutela de la Comunidad de Madrid sobre el menor Rodolfo (Florián), o, subsidiariamente, en caso de no hallarse bajo la tutela de esta entidad, se revoque la tutela o estatus de quien lo tenga en guarda y custodia y/o acogimiento de cualquier naturaleza; se acuerde colocar al menor, Florián, bajo la guarda y custodia de su padre, Ángel Daniel, con carácter inmediato. Mientras que tanto la dirección letrada de la Comunidad de Madrid como la de los adoptantes pidieron la desestimación del recurso de apelación añadiendo esta última la solicitud de expresa imposición de costas a la parte apelante.

Conforme a lo establecido en el artículo 177.2.2 del Código Civil, deberán prestar su asentimiento a la adopción si no están imposibilitados para hacerlo: «Los padres del adoptando que no se halle emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación». El Tribunal Supremo ha sostenido en relación con los procedimientos de adopción que «es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil» (sentencias de 20 de abril de 1987 y 19 de febrero de 1988, entre otras muchas). Siendo pertinente recordar que el principio de *favor minoris* tiene un reflejo constitucional en el artículo 39 de la Constitución Española, habiendo sido sancionado en convenios internacionales (Nueva York) y en la Convención General sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las

Naciones Unidas mediante resolución de 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, normas rectoras que han sido plasmadas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 2 establece que «en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

El menor cuya adopción se pretende nació el 19 de octubre de 2006 sin que constase la filiación paterna. El día 10 de noviembre de 2006 el demandante a través de su letrado dirigió carta a la madre en la que se pedía información relativa al nacimiento, fecha del mismo, estado de salud del recién nacido, lugar de nacimiento, inscripción en el Registro Civil, filiación o, en el caso de haberse llevado a cabo los trámites para la entrega en adopción la fecha en que se ha efectuado la renuncia previa al nacimiento y la información que se ha facilitado a la entidad pública competente (documento que obra al folio 51). El 29 de noviembre de 2006 se reiteró el contenido de la carta mediante burofax con acuse de recibo, el cual fue entregado a la madre el 30 de noviembre de 2006 (documentos que obran de los folios 52 al 55 ambos inclusive). El 13 de noviembre de 2006 el demandante dirigió un escrito a la Comisión de Tutela de la Comunidad de Madrid en el que expresaba que se consideraba el progenitor del menor nacido en octubre de 2006 de su relación con Lidia y deseaba ejercer todos los derechos y asumir todas las obligaciones que la legislación establece para los padres y pedía que en caso de haberse iniciado un expediente de adopción o de acogimiento se le entregase el menor, sin perjuicio de las actuaciones necesarias en orden a acreditar la filiación y que se evitara adoptar por la entidad cualquier medida que pudiera lesionar en un futuro sus derechos (documento a los folios 33 y 34, reiterado luego a los folios 156 y 157). Dicho escrito no tuvo una respuesta positiva por parte de la Comisión (documento que obra al folio 38, reiterado luego al folio 160). En febrero de 2007 el antedicho interpuso demanda de reclamación de paternidad no matrimonial al objeto de que se declarase que el recién nacido alumbrado por doña Lidia es hijo no matrimonial de don Ángel Daniel. Dicha demanda fue admitida a trámite

por auto de 16 de marzo de 2007 en el que también se acordaba que la Comisión de Tutela se abstuviera de formular propuestas de adopción en relación con el menor nacido de doña Lidia (documento que obra de los folios 59 al 61 ambos inclusive). El 28 de marzo de 2007 el demandante se dirigió a la Comisión de Tutela del menor pidiendo que se le reconociera un régimen de visitas (documento que obra a los folios 62 y 63, reiterado a los folios 170 y 171). El 4 de octubre de 2007 se dicta sentencia por el Juzgado de primera instancia núm. 36 de Madrid en la que se declara la paternidad no matrimonial del demandante con respeto del hijo habido con doña Lidia el 19 de octubre de 2006.

Al examinar la conducta del demandante para determinar si está incurso en causa legal de privación de la patria potestad, hay que tener en cuenta que hasta el 4 de octubre de 2007 el antedicho estuvo imposibilitado para asumir las obligaciones inherentes a la patria potestad recogidas en el artículo 154 del Código Civil, pues legalmente no era el padre y después existía un obstáculo legal para la asunción por parte de éste de los deberes recogidos en la norma citada, pues el menor había sido declarado en situación de desamparo, dicho desamparo fue confirmado el 19 de diciembre de 2006 y el 27 de octubre de 2006 se había formalizado el acogimiento familiar preadoptivo (folios 118 al 121 y 186 y 187), resoluciones a las que se opuso el demandante.

Lo cierto es que poco después del nacimiento del menor el demandante inicia una intensa actividad tendente a determinar la filiación y a asumir sus obligaciones como padre, por lo que no se le puede considerar incurso en causa legal de privación de la patria potestad. Dadas las peculiaridades concurrentes en el caso enjuiciado no podemos atender a la doctrina tradicional que mantiene que el momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incursos en causa legal de privación de la patria potestad es aquel en el que se decreta el desamparo, sino que la conducta del demandante debe examinarse desde una perspectiva temporal más amplia.

El demandante fue condenado como autor de un delito de maltrato por sentencia de 6 de junio de 2006 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Madrid, pero del hecho del que fue autor el 28 de mayo de 2006 no puede desprenderse que éste tenga una conducta agresiva permanente, asimismo tampoco se desprende de la conducta que tuviera intención de hacer daño al feto.

En base a todo ello procede revocar la sentencia y declarar el derecho de don Ángel Daniel a asentar con carácter necesario a la adopción de su hijo menor Florián, sin que proceda el acogimiento de las otras peticiones, pues el objeto del proceso quedó delimitado por el suplico de la demanda y no consta la acumulación invocada.

Aunque el solicitante de adopción ha cubierto desde el año 1993 todas las necesidades del adoptando, no puede achacarse al padre biológico el incumplimiento de sus obligaciones como padre, lo que es refrendado por la madre de aquél, actual esposa del solicitante, al manifestar que, aunque la relación de padre e hijo es escasa, no es mala.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 15 de diciembre de 2009

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández**

Denegada por el Órgano *a quo* la constitución del vínculo adoptivo que, respecto de don Heraclio, fue interesada por don Domingo, se plantea nuevamente ante la Sala, por vía del recurso de apelación entablado por dicho solicitante, la referida pretensión.

En apoyo de la misma, la dirección Letrada del recurrente alega, en el trámite del artículo 458

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la resolución apelada incurre en error en la valoración de la prueba dado que, en el caso, no existen entre el adoptando y su padre biológico ningún vínculo, físico, familiar, moral, intelectual, afectivo o económico, habiendo sido el Sr. Domingo quien, desde el año 1993, ha cubierto, en todos los referidos aspectos, las necesidades de don Heraclio.

Pretensión que encuentra la frontal oposición del Ministerio Fiscal, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

Bajo la inspiración del principio del *favor minoris* consagrado, con carácter general en el ámbito de nuestra legislación interna, por el artículo 39 de la Constitución, y desarrollado por múltiples normas de legalidad ordinaria, los artículos 175 y siguientes del Código Civil, tras su reforma por la Ley 21/1987, configuran la adopción como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más lo necesitan, de tal modo que, a partir de la entrada en vigor de la citada Ley, y según se refiere en su Exposición de Motivos, la adopción sólo cabrá, en principio y como regla general, respecto de los menores de edad.

Cierto es que el citado artículo 175 habilita la posibilidad, eso sí excepcional, de constituir el vínculo adoptivo respecto de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia con el solicitante, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años.

Pero, como viene manteniendo esta Sala, no ha de bastar, en orden a la constitución de dicho vínculo, la concurrencia de tales requisitos, siendo preciso además que tal estatus de prolongada cohabitación en el tiempo vaya acompañada de la ruptura fáctica de los vínculos del adoptando con sus progenitores, o progenitor, biológicos, en tal modo que, durante dicho dilatado lapso temporal, aquél haya quedado integrado, a todos los efectos salvo su sanción legal, en el entorno familiar del solicitante de la adopción, existiendo una quiebra fáctica de las relaciones básicas con su familia de origen.

Y ello no acaece en el supuesto analizado en el que, según se refiere en el escrito rector del procedimiento, no puede achacarse al Sr. Heraclio, padre biológico del adoptando, incumplimiento de sus obligaciones como padre, lo que es refrendado por la madre de aquél, actual esposa del solicitante al manifestar, en la comparecencia efectuada en fecha 26 de junio de 2008, que aunque la relación de padre e hijo es escasa, no es mala, añadiendo, en la declaración prestada en 20 de noviembre siguiente, que durante

los dos últimos años aquéllos se veían dos días en Navidad y una semana, aproximadamente, en verano, manteniendo además contactos telefónicos periódicos.

En el convenio regulador suscrito entre los padres biológicos de don Heraclio en fecha 17 de noviembre de 1993, y que fue refrendado por la sentencia que, en 25 de septiembre de 1995, declaró la disolución, por divorcio, del matrimonio constituido por los mismos, se estableció que la patria potestad sobre dicho descendiente, entonces menor de edad, se ejercería conjuntamente por ambos procreadores. No consta, al contrario de lo que, novedosamente y en contra de lo prevenido en el artículo 456 LEC, se afirma por la dirección Letrada del apelante en su escrito de formalización del recurso, que, en el curso de los años posteriores, se hayan roto los vínculos existentes entre hijo y padre, ni que éste haya incurrido en una conducta de reiterada o grave dejación de los deberes, personales o económicos, inherentes a la citada potestad, en los términos al efecto recogidos en el artículo 154 del Código Civil, en orden a la posible activación judicial de los mecanismos legales contemplados en el artículo 170 del mismo texto legal o, en su caso, los del artículo 177.2.2.º, en su relación con los del 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ya resulta revelador, al respecto, que, durante la minoría de edad del adoptando, en la que, conforme se alega en el escrito de formalización del recurso, podrían concurrir condicionantes para la privación de la patria potestad, a causa de la invocada ruptura, prácticamente absoluta, de todos los vínculos entre el hijo y padre, por la dejación de éste, no se instara la constitución de la adopción que, en aquel momento y de ser ciertos los hechos relatados, hubiera precisado el referido descendiente, en aras de proteger su prioritario interés.

Ello evidencia que ni en tal momento resultaba necesaria, o conveniente, la integración, con plenitud de efectos legales, del menor en el nuevo grupo familiar constituido por la madre, ante un hipotético abandono por parte del otro progenitor de sus deberes legales, lo que ni siquiera se invoca durante la sustanciación del procedimiento en la instancia, ni, en consecuencia, se revela ahora causa de entidad suficiente

para, mediante la constitución de dicho vínculo jurídico, extinguir los legalmente existentes entre el padre biológico y el adoptando, que se han mantenido durante el período en que, de responder a la realidad los hechos alegados, por vez primera, ante la Sala, la adopción sí hubiera sido beneficiosa para el ahora mayor de edad.

Por todo ello hemos de compartir, desde la perspectiva de esta alzada, todas y cada una de las consideraciones expuestas en el Auto apelado, que recogen la postura mantenida, en supuestos similares al presente, por esta misma Sala, lo que determina el rechazo de la pretensión revocatoria al efecto articulada.

FILIACIÓN

La prueba biológica fue realizada por un organismo oficial, concretamente por el Instituto de Toxicología, cuyos informes, como ha señalado nuestro Tribunal Supremo, no precisan ratificación.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Álvarez Seijo**

En orden a la valoración de la prueba, la apelante invoca de nuevo conculcación de sus derechos, ya que no se citó a los facultativos que realizaron la prueba biológica para someterlos a las preguntas y aclaraciones oportunas, mas olvida la parte que la misma fue realizada por un organismo oficial, concretamente el Instituto de Toxicología, cuyos informes como ha señalado nuestro TS (así la Sentencia de 31-10-96) no precisan ratificación.

Por otra parte, tal prueba fue realizada con todas las garantías y con cumplimiento de su protocolo, siendo su resultado del 99,99%, por tanto significa paternidad prácticamente probada (Sentencia de 29-11-95 del TS), por lo que dicha conclusión con una base científica consolidada no puede ser desvirtuada por la testifical recibida de la que quiere inferir la recurrente que el progenitor en cuestión no había sido visto en compañía de la madre biológica, pues tal aseveración resulta baladí comparada con el rigor de la citada pericial.

El demandante, y no los demandados como sugiere la sentencia apelada, pudo llevar la iniciativa y promover el expediente registral al que se refiere el artículo 93.1.b) del Codi de Família, y sólo en caso de oposición hubiera procedido la reclamación de filiación paterna contenciosa. Por ello, ante la conformidad de los demandados con la acción ejercitada no procede efectuar pronunciamiento de condena en costas.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 21 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

La sentencia, cuya parte dispositiva ha sido transcrita, es apelada por los demandados en el único extremo de la condena en costas, que consideran no procedía. Tanto el demandante como el Ministerio Fiscal piden la confirmación.

La presente litis versa sobre la reclamación de paternidad no matrimonial del demandante contra los herederos del padre biológico falle-

cido. La sentencia da lugar a la reclamación y condena en costas a los demandados, que se allanaron tras haberse opuesto inicialmente. El juzgado *a quo* aplica el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) por remisión de su artículo 395.2. Precisamente las dudas fácticas y jurídicas previstas en el primero deben comportar la ausencia de condena en costas, pues

1) el demandante, y no los demandados como sugiere la sentencia apelada, pudo llevar la iniciativa y promover el expediente registral al que se refiere el artículo 93.1.b) del Codi de Família (CF), concretado en los artículos 49 de la Ley del Registro Civil y 189 de su Reglamento; solo en caso de oposición hubiera procedido la reclamación contenciosa; 2) el allanamiento no surte efectos como tal en este tipo de procesos, según el artículo 751.1 LEC y, en todo caso, el Minis-

terio Fiscal no podía allanarse y debía proseguir el proceso. Por tanto, la sentencia apelada debe revocarse en la condena en costas.

Tantum devolutum quantum appellatum. No procede ningún otro análisis de la sentencia, que ya ha sido inscrita en el Registro Civil.

La estimación de la apelación comporta la improcedencia de condena en costas de la alzada, según el artículo 398.2 LEC.

El *dies a quo* para cómputo de plazo de caducidad no lo constituye el día en que comienzan las sospechas o primeros motivos, sino aquel en que cesa el vicio, se tenga conocimiento pleno del error, sufrido por engaño, esto es, de la no paternidad, y éste, en defecto de otras pruebas concluyentes, ha de ser el de la prueba genética de paternidad.

AP Baleares, Sec. 4.^a, Sentencia de 18 de diciembre de 2009

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a del Pilar Fernández Alonso

El actor ejercita acción de impugnación del reconocimiento de paternidad, respecto del menor Rafael, nacido el 17-8-2000 durante la relación *more uxorio* que mantuvo con la madre de éste, D.^a María Ángeles, por espacio de 10 años, porque, una vez rota la relación y tramitadas a su instancia medidas sobre guarda, custodia y alimentos de dicho menor y recaída Sentencia de 5 de julio de 2006, recurrida también en apelación ante esta misma Sala, unos amigos le comunicaron que la demandada había tenido una aventura amorosa con tercera persona, coincidente con la época de la concepción. Por esta razón, ante la posibilidad que el menor no fuera hijo suyo, decidió hacerse unos análisis de paternidad, cuyos resultados de 26-10-2006, revelan que él no es el padre del menor.

La prueba pericial biológica de paternidad del actor respecto del menor, realizada en sede judicial por el Instituto Nacional de Toxicología de Barcelona, deja absolutamente descartada la paternidad del actor, don Hilario, respecto del menor Rafael.

Ello sentado, hemos de concluir con la Juez *a quo* que la acción que se ejercita en los presentes autos es la de impugnación del reconocimiento por quien lo ha otorgado, que se regula en el artículo 141 del Código Civil (STS 26 de marzo de 2001), respecto a la cual ha de tenerse en cuenta que «el reconocimiento de la paternidad tiene los

caracteres de un acto unilateral personalísimo, formal y sobre todo irrevocable (artículo 741 del Código Civil), que únicamente pierde su fuerza legal si se acredita que se ha incurrido en vicio de la voluntad al realizarlo» (STS 27 de octubre de 1993). A su vez, la Sentencia de 10 de febrero de 1997 precisa que «la irrevocabilidad del acto a que nos referimos obedece a exigencias de la seguridad del estado civil de las personas, dado que los cambios de voluntad del reconocedor son incompatibles con las condiciones de permanencia de todo estado civil». Sí perdería el reconocimiento realizado su fuerza legal si se acreditara que se ha incurrido en vicio de la voluntad (error, dolo, violencia o intimidación) al otorgarlo (STS 26 de marzo de 2001). El artículo 141 concede legitimación activa a quien hubiese otorgado reconocimiento y acredite haber padecido error, violencia o intimidación, debiendo deducirse la acción impugnatoria al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento (S 26 de junio de 2002).

El actor, según las pruebas practicadas en autos, no tenía conocimiento cuando efectuó el reconocimiento de paternidad de Rafael, que no era su padre. Los testigos propuestos dejaron claro que el actor nunca tuvo dudas respecto a la paternidad de Rafael, que la relación con éste era y es maravillosa. Que nunca cuestionaron, actor y demandada, antes de 2006, la paternidad que fue la Sra. Victoria quien comunicó al Sr.

Hilario que podría ser que el niño no fuese suyo en el año 2006 a principios de verano y que sería conveniente que se hiciera las pruebas de paternidad. El actor era reacio a practicar las pruebas porque creía que el hijo era suyo.

No ha quedado probado, por contra, que actor y demandada consintieran ambos que el otro tuviera relaciones sexuales con terceras personas durante su convivencia, ni que el actor conociese que la Sra. María Ángeles hubiera tenido una aventura amorosa durante el período de la concepción del hijo con tercera persona. Ello fue negado categóricamente en su interrogatorio. Sí admitió que le comunicó a la madre que abortase, como había hecho con sus otras parejas y que ella le había jurado que el hijo era suyo.

Como hechos que apoyan el convencimiento del actor respecto a su paternidad, tenemos,

además del reconocimiento, la demanda del año 2004 de medidas paterno filiales por él interpuesta, demandas sobre guarda, custodia y alimentos y recurso de apelación contra la Sentencia recaída interesando la atribución de la guarda y custodia del menor.

El *dies a quo* para cómputo de plazo, caducidad del plazo, no lo constituye el día en que comienzan las sospechas o primeros motivos, sino aquel en que cesa el vicio, se tenga conocimiento pleno del error, sufrido por engaño, esto es, de la no paternidad y éste, en defecto de otras pruebas concluyentes, ha de ser el de la prueba genética de paternidad.

Por lo tanto, el plazo de un año del artículo 141 del CC no había transcurrido cuando se interpone la demanda —10-11-2006—, fecha del informe genético, 26-10-2006.

UNIONES DE HECHO

Con la documentación aportada con la demanda no puede desprenderse que la hija tenga la residencia habitual en España, sino que hay datos que permiten inferir todo lo contrario: en la demanda se señala que la hija se encuentra temporalmente en República Dominicana, en compañía de una tía materna. Por ello no concurre el requisito de residencia habitual de un menor en un Estado miembro exigido en el artículo 8 del Reglamento núm. 2201/2003, y los tribunales españoles no son competentes para conocer de la demanda de regulación de relaciones paterno filiales.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 29 de diciembre de 2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés

La dirección letrada de doña Julieta se alzó contra la resolución de instancia reclamando su revocación al considerar que los órganos jurisdiccionales españoles son competentes para conocer de la demanda interpuesta.

La cuestión suscitada tiene su origen en la demanda interpuesta por la representación de doña Julieta de relaciones paterno-filiales contra don Obdulio, en relación con la hija común Natalia nacida el 29 de marzo de 2006, señalándose en la demanda (hecho segundo) que ésta se encuentra temporalmente en la República Dominicana, en compañía de una tía materna. Se trata de determinar si los órganos judiciales españoles tienen jurisdicción para conocer de esta demanda y para ello hay que aplicar el Reglamento (CE) núm.

2201/2003 el Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, prevaleciendo dicho Reglamento sobre la ley interna en virtud del artículo 96 de la Constitución Española. El objeto de la demanda está incluido en el ámbito de aplicación del reglamento: en la consideración preliminar 5 se afirma que con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial, el artículo 1.b) establece que el presente reglamento se

aplicará con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental y el artículo 2.7) define la responsabilidad parental como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes del menor; el término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita.

El artículo concreto para la resolución de la cuestión analizada es el artículo 8 incluido en la sección 2 titulada «Responsabilidad parental» que establece que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. No es de aplicación el artículo 12 del reglamento, ya que requiere la existencia previa de una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, tampoco es de aplicación el artículo 22.3 de la LOPJ que destaca la parte apelante, dada la prevalencia del Reglamento aludido sobre esta Ley Orgánica en base al sistema jerárquico de fuentes del Derecho. Por residencia habitual, que es el concepto utilizado en el artículo 8, debe entenderse el lugar en que la persona ha fijado con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses, siendo éste un criterio autónomo del Reglamento que no coincide necesariamente con el concepto de residencia legal.

En general puede decirse que la totalidad de la doctrina científica y los Informes Oficiales como el preparado por el profesor M.W. Von Steiger coinciden en que el concepto de residencia habitual es un concepto más fáctico que jurídico. Se trata del país donde el menor tiene su centro social de vida y para determinar tal lugar habrá que acudir a datos de hecho como la estabilidad de la residencia y la voluntad del menor de permanecer en un país concreto.

Con la documentación aportada con la demanda no puede desprenderse que la hija Natalia tenga la residencia habitual en España, sino que hay datos que permiten inferir todo lo contrario: en la demanda se señala que la hija Natalia se encuentra temporalmente en República Dominicana, en compañía de una tía materna, pero sin indicar ni siquiera por aproximación cuándo se inició esta pretendida estancia temporal y los documentos aportados con la demanda que obran del folio 15 al 19 ambos inclusive demuestran que el momento de interponerse la demanda en diciembre de 2008 la hija permanecía en la República Dominicana al menos desde abril del mismo año. También es significativo que a pesar del razonamiento del auto recurrido no se aporte documento alguno relativo a la residencia del menor con el recurso de apelación.

En base a lo expuesto consideramos que no concurre el requisito de residencia habitual de un menor en un Estado miembro exigido en el artículo 8 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 y el recurso de apelación debe ser desestimado.

SUCESIONES

Si la intervención judicial de la herencia sólo puede acordarse de oficio en el concreto caso del artículo 790 LEC (inexistencia o desconocimiento de testamento o personas interesadas en la herencia) o bien a instancia de parte (artículos 788 y 796 LEC), en el presente supuesto no puede el Juez practicar inventario alguno, pues ello es competencia exclusiva del contador designado por los interesados en la herencia.

AP Asturias, Sec. 6.^a, Sentencia de 9 de noviembre de 2009

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz**

Antes de entrar en el análisis del fondo del presente recurso, debe este Tribunal de apelación

poner de relieve la infracción de las normas del procedimiento de división judicial de la heren-

cia, al haber practicado el órgano judicial el inventario no obstante no haber sido pedido por las partes ni venir exigido para el supuesto de intervención judicial de oficio.

Como regla general, el inventario de los bienes de la herencia corresponde hacerlo al contador designado por los coherederos o interesados en la herencia, como así lo dispone el artículo 786.2.1.º LEC; precepto incardinado dentro de la Sección 1.ª relativa al procedimiento general para dividir la herencia, cuando los herederos no se ponen de acuerdo en la forma de hacerla (artículo 1059 CC), como es el caso. El inventario llamado judicial no aparece regulado en dicha Sección 1.ª, lo que, en principio, significa que no forma parte del procedimiento ordinario o general de división de la herencia, sino del que se establece en dicha Sección 2.ª para «la intervención del caudal hereditario», como así expresamente se titula dicha Sección. Ello supone que sólo cuando el Juez previamente ha decretado la intervención de dicho caudal, ya de oficio ya a petición de parte, es posible practicar el llamado inventario judicial, en cuanto éste forma parte, junto con la administración del caudal hereditario, de las posibles actuaciones a practicar por el Juez con motivo de haber decretado la intervención judicial de los bienes de la herencia.

La ubicación del llamado inventario judicial en la mencionada Sección 2.ª viene a indicar que la intervención judicial de la herencia puede no producirse, como de hecho así sucede en la mayoría de los casos, constituyendo una incidencia o «pieza» del procedimiento general de división en cuanto posible incidente del mismo, en todo caso accesorio. Ello se evidencia, además sin género de duda, del contenido del artículo 783, apartados 1 y 2, de la LEC, toda vez que el primero afirma que «la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario se acordará cuando se hubiere pedido *y* resultare procedente, lo que supone que si no se hubiere pedido y no fuere procedente tal petición, no se decretará tal intervención judicial de la herencia y, en consecuencia, tampoco se practicará judicialmente el inventario. Por otro lado, confirmando lo anterior, el apartado 2 comienza afirmando que «practicadas las actuaciones anteriores (intervención y formación del inventario judicial) o si no fuera necesario», es decir, caso de que

no fuera necesaria dicha intervención judicial de la herencia, el Juez ante la solicitud de procedimiento de división de la herencia convocará a los interesados a la Junta presidida por el Secretario Judicial para nombramiento de contador, pasando así a la Junta mencionada, sin formación alguna de inventario judicial por la simple razón de no haber sido pedida la intervención o, incluso pedida, no ser procedente.

Y es que el procedimiento de división de la herencia se rige por el principio de «intervención mínima judicial», proclamado en los artículos 790.2 y 796.1 LEC, dictados precisamente dentro del incidente de intervención judicial de la herencia, que ordenan al Juez (además de forma imperativa) cesar en dicha intervención —salvo los concretos y tasados casos en los que pueda continuarla por petición expresa de parte (artículos 792 y 796 LEC)—, ya que son los herederos, en cuanto representantes o continuadores del causante y únicos con poder de disposición sobre los bienes y derechos de la herencia, los interesados en la división del caudal hereditario, al margen, claro es, de otros posibles igualmente interesados (los acreedores).

Por todo ello, si la intervención judicial de la herencia sólo puede acordarse de oficio en el concreto caso del artículo 790 LEC (inexistencia o desconocimiento de testamento o personas interesadas en la herencia) o bien a instancia de parte (artículos 788 y 796 LEC), únicos supuestos que posibilitan dicha intervención judicial y la posible formación de inventario judicial, que desde luego no concurren en el presente caso, no puede el Juez practicar inventario alguno, pues ello es competencia exclusiva del contador designado por los interesados en la herencia, constituyendo un notorio exceso de jurisdicción caso de hacerlo fuera de los mencionados concretos casos en que la Ley lo autoriza. Y si esta Sala no declara la nulidad de actuaciones por haberse prescindido de normas esenciales del procedimiento (artículo 225.3.º LEC) no sólo es porque no le fue interesado por las partes (artículo 227.2, pfo. 2.º, LEC), sino porque a su juicio no constituye vicio que provoque indefensión, como afirma el citado 225.3.º

En todo caso, debe ponerse de manifiesto la infracción cometida, al asumir el juzgador una actividad que legalmente no le corresponde, al ser propia del contador designado por los herederos.

No pueden acumularse los procesos de liquidación del régimen económico matrimonial, regulado en los artículos 896 y ss. de la LEC, y el de división de herencia, al que se refieren los artículos 782 y ss. de la LEC.

AP Asturias, Sec. 1.^a, Auto de 4 de noviembre de 2009

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez**

En la demanda rectora del procedimiento se interesa que se proceda a la liquidación de la Sociedad legal de gananciales y la división de herencia del cónyuge fallecido. El Juzgador de 1.^a Instancia dictó Auto en el que deniega la admisión a trámite de la demanda por haber solicitado las operaciones divisorias del régimen económico-matrimonial uno de los hijos, cuando sólo estarían legitimados los cónyuges, y porque el fallecimiento de uno de ellos impide la tramitación procesal, la cual exige la participación de ambos. Frente a dicha resolución se alza el presente recurso de apelación.

El recurso debe ser desestimado por los razonamientos que se expondrán a continuación. Como se indica en la sentencia de esta Sala de 11 de abril de 2008 es doctrina mayoritaria que no pueden acumularse los procesos de liquidación del régimen económico-matrimonial, regulado en los artículos 896 y ss. de la LEC, y el de división de herencia, al que se refieren los artículos 782 y ss. de la Ley. En este sentido cabe citar a Guilarte Gutiérrez, Octavio Muñoz y Busto Lago. Debe, pues, seguirse primero el de liquidación de los gananciales y posteriormente el de división de herencia. Los argumentos que

se exponen para defender esta conclusión son que el artículo 77.1 de la LEC es muy restrictivo al regular la acumulación de procesos o autos, exigiendo para ello que ambos se sustancien por los mismos trámites, cuando son distintos los reguladores de la división de herencia y de la liquidación de los gananciales. Es cierto que existen opiniones contrarias, como las de Seoane Spiegelberg y Díaz Fuentes y sentencias de Audiencias Provinciales que defienden esta postura como la de Badajoz, Sección 3.^a, de 08.05.02; Madrid, Sección 25, de 31.07.07; Álava, Sección Primera, de 07.06.05; Castellón, Sección 1.^a, de 29.04.05 y Pontevedra, Sección 3.^a, de 29.03.05, lo que demuestra que la cuestión no es nada clara, pero esta Sala se decanta por la primera de esas posturas, por las razones ya expuestas. Esta doctrina ha sido también mantenida por la posterior sentencia de 9 de febrero de 2009 que añade otro argumento cual es que cuando la disolución del régimen económico-matrimonial es por fallecimiento de uno de los cónyuges existen dos cuotas sobre el patrimonio ganancial indiviso, integrándose en una de ellas la comunidad hereditaria del cónyuge fallecido lo que puede llevar a confundir conceptos de ambas comunidades.

CUESTIONES PENALES

Se condena al esposo por un delito de maltrato en el ámbito familiar a seis meses, por haber causado lesiones a la ex esposa con ocasión de una discusión surgida al presentarse aquél en el colegio para recoger a la menor, siendo suficiente prueba la declaración de la víctima, la de una testigo y el parte de asistencia médico.

AP Cádiz, Sec. 3.^a, Sentencia de 21 de enero de 2010

Ponente: **Ilma. Sra. D.^a Ana María Rubio Encinas**

El Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Penal del JUZGADO DE LO PENAL núm. 3 DE CÁDIZ,

dictó sentencia el día 29/05/09 en la causa de referencia, cuyo Fallo literalmente dice: «Que debo

CONDENAR y CONDENO a Rubén como autor de un delito de maltrato en el ámbito familiar a la pena de seis meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho de tenencia y porte de armas durante un año y un día, y el pago de las costas procesales sin inclusión de las devengadas por la acusación particular. Se le impone igualmente la prohibición de acercarse a Maribel, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en el que se encuentre, a una distancia no inferior a 100 m, así como de comunicar con ella por cualquier medio o procedimiento durante el tiempo de un año y seis meses, a excepción de aquellas situaciones que supongan el estricto cumplimiento del régimen de visitas establecido en relación con sus hijas en convenio regulador aprobado por Sentencia de divorcio de fecha 15/5/07 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Chiclana de la Frontera. Se le absuelve del delito de violencia en el ámbito familiar del artículo 153.2 CP que también se le imputaba por el Ministerio Fiscal».

Hechos probados. Se acepta la declaración de hechos probados de la Sentencia apelada, que dicen así: «Probado y así se declara que Rubén, mayor de edad y sin antecedentes penales, se encuentra divorciado de Maribel por sentencia de 15/5/09, donde se aprobó judicialmente el convenio pactado por las partes. En dicho convenio se dice que los fines de semana que las hijas menores estén con su padre le corresponderá llevarlas a éste a la hora de comienzo de la jornada escolar el lunes. Así, el pasado día 23/2/09 (lunes) el acusado se personó en el colegio público “El Trovador” donde recibe clase su hija Paola con ésta, edificio donde además tiene su domicilio Maribel al mantener relación sentimental con el portero de dicho centro con casa en éste. Maribel acudió a la puerta del centro y una vez que vio llegar a su hija y al acusado llamó a la primera para que se le acercara. Rubén agarró a su hija menor por el chaquetón que vestía que le llegó a quitar. Maribel se acercó hasta ella e inició una discusión con su ex marido quien el día anterior le había pedido entregar a las hijas por la noche, pues tenía el vehículo averiado, y así no debían madrugar tanto, a lo que aquélla se opuso alegando que “ése no es mi problema”. En el curso de la discusión el acusado golpeó a Maribel

con la palma de la mano abierta en el hombro izquierdo, lo que le produjo una contusión que para su sanidad no precisó de tratamiento médico o quirúrgico distinto de la primera asistencia facultativa, que tardaría en sanar aproximadamente entre 10 y 12 días, sin impedimento ni secuela. Se reclama. La menor, Paola, fue asistida en centro de salud a las 17:50 h. del mismo día 23/2/09, donde se le apreció “dos equimosis de 3 y 1,5 cm de diámetro en el brazo derecho a 5 cm por debajo del codo”. Lesiones que se informa tardarían en sanar unos 8 días sin impedimento ni secuela, y que no ha quedado acreditado que se las hubiere causado su padre y acusado el día de autos durante el episodio acaecido en la puerta de su colegio. Entre denunciante y denunciado existe una pésima relación personal».

En efecto, el apelante niega la existencia de prueba de los hechos por los que ha sido condenado lo que en definitiva implica el considerar que la sentencia impugnada ha valorado de un modo erróneo las pruebas practicadas.

Éstas han consistido fundamentalmente en pruebas personales, concretamente la declaración de la víctima y la de la testigo Sra. Alejandra. Es reiterada la jurisprudencia que señala que la sola declaración de la víctima es apta para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado si se dan además determinadas circunstancias como son la persistencia en la incriminación, la falta de credibilidad objetiva y la corroboración con otros elementos periféricos. Pues bien, estos requisitos se dan en nuestro caso, pues la víctima fundamentalmente siempre ha sostenido la misma versión de los hechos que es la que se recoge en el antecedente de hechos probados. Si bien es cierto que las relaciones entre la víctima y el apelante no son buenas, lo cierto es que las manifestaciones de la denunciante han sido corroboradas por las de la testigo doña Alejandra, en cuyas manifestaciones no apreciamos las contradicciones que señala el apelante, antes al contrario, siempre se ha mantenido firme en que el apelante golpeó a Maribel, de la que no se conoce relación alguna de enemistad con el acusado apelante que pudiera influir en su testimonio.

Además, las versiones de estas dos testigos resultan corroboradas con la existencia de un

parte médico expedido el día de autos en que se aprecia a Maribel un contusión en el hombro, precisamente en la zona donde ambas sostienen que el apelante golpeó a Maribel, contusiones que también fueron apreciadas por el médico forense según expuso en su informe de 24 de febrero de 2009.

Por todo lo anterior entendemos que existe suficiente prueba de cargo de signo incriminador del apelante tal como se aprecia en la sentencia impugnada y que sirve de sustento suficiente al pronunciamiento combatido, lo que nos lleva a la desestimación del recuso sin que se aprecien méritos para imponer las costas de esa alzada.

Se condena al padre como autor de un delito de abandono de familia, ya que todos los elementos fácticos deben llevarnos a la conclusión de que el acusado persiste en su actividad en régimen de economía sumergida para liberarse así de sus obligaciones sociales respecto a la denunciante en esta causa, pero también respecto del conjunto de la sociedad en forma de deudas tributarias y de seguridad social.

AP Asturias, Sec. 3.^a, Sentencia de 15 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Vicente Avello Casielles**

«Que debo condenar y condeno al acusado, Pedro Miguel, como autor responsable de un delito de abandono de familia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de seis meses con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a que indemnice a Sara en la cantidad que se determine en ejecución de Sentencia por las pensiones adeudadas y no satisfechas desde mayo de 2004 hasta la fecha de celebración de la vista oral, y al pago de las costas incluidas las de la acusación particular».

Contra dicha Sentencia se interpuso por la representación del condenado recurso de apelación, del que se dio traslado al Ministerio Fiscal y remitido el asunto a esta Audiencia y repartido a esta Sección Tercera, se registró con el Rollo de Apelación núm. 6/10, pasando para resolver al Ponente que expresa el parecer de la Sala.

Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada y, con ellos, la declaración de Hechos Probados.

La incongruencia del acusado respecto a su estado patrimonial es patente dado que si fuera cierto que no tenía bienes suficientes lo lógico es que solicitara una modificación de medidas por cambio sustancial de circunstancias al amparo del artículo 91 del Código Civil.

De otro lado el dolo renuente del acusado de no abonar cantidad alguna es inequívoco dado

que en ese interregno no hizo un pago siquiera relativo para paliar aunque fuera en parte la prestación a que venía obligado en base a la resolución judicial.

Si las personas con obligaciones al pago pudieran excusarse de la prestación a que venían obligados y en las circunstancias antes relatadas y a las que se refiere la resolución impugnada las resoluciones judiciales quedarían en un plano idílico filosófico, sin coactividad de ningún tipo escudándose el acusado en el tópico argumento de tener relaciones económicas con una nueva familia y desligándose de las obligaciones con la anterior familia.

No existe prueba directa que permita sostener que tales medios económicos del condenado existen, puesto que el propio acusado, de propósito, se ha situado en una posición tal que impida tal constatación efectiva. Ahora bien, la prueba indiciaria debe llevarnos a entender plenamente acreditado que el condenado goza de medios más que suficientes para conseguir tal pago como se infiere de los siguientes extremos:

- El condenado afirma que la empresa que poseía cerró en 2004 y que desde entonces no ha trabajado, preguntado si se encuentra inscrito en el INEM como demandante de empleo su respuesta fue: «... por supuesto que no».
- Tiene deudas con el Estado.

- Pese a tal situación, se volvió a casar y tiene otro hijo con su nueva esposa de siete años de edad, hasta hace un año en su nuevo núcleo familiar convivían también otros dos hijos de su nueva esposa.
- Los únicos ingresos familiares provenían de su esposa que trabajaría como empleada del hogar en tres casas en régimen de economía sumergida.
- Vive en una casa adosada, cuya titularidad formal al menos corresponde a su actual esposa. Se compró para el nuevo matrimonio. La misma está hipotecada, pagándose una cuota de 730 € mensuales.
- Su ex esposa afirmó que lo vio en Avilés en la vía pública en actitud que denotaba que estaba realizando una obra en un domicilio cercano al lugar donde lo vio.
- Dijo que no percibía ningún subsidio ni ayuda social.

Todos estos elementos fácticos deben llevarnos a la conclusión de que el acusado persiste en su actividad en régimen de economía

sumergida para liberarse así de sus obligaciones sociales respecto a la denunciante en esta causa, pero también respecto del conjunto de la Sociedad en forma de deudas tributarias y de seguridad social.

No es atendible que una persona en tal penuria económica contraiga nuevas obligaciones familiares, no trabaje, ni tan siquiera se inscriba como demandante de empleo y que adquiriera una casa adosada, como igualmente es ilógico que para su compra una entidad bancaria le conceda a él, o a su esposa como él dice, un préstamo hipotecario, sin que ninguno de los dos esposos posea ingresos tangibles y que sea capaz de sufragar un importe mensual hipotecario como el señalado con los ingresos que puedan provenir de una actividad de su esposa tan precaria como la señalada y que además asuma la carga de obligaciones familiares ajenas y todo ello, se insiste, sin percibir, ni solicitar ayuda alguna.

De ahí que la resolución apelada se estime ajustada a derecho reputándose acertado el silogismo efectuado por el Juzgador *a quo* y a que responde la Sentencia apelada.

OTRAS CUESTIONES

Es evidente la falta de precisión de cuál sea el concreto patrimonio inmobiliario (y dinerario) que la esposa considera adquirido por el esposo constante matrimonio, lo que imposibilita la fijación de cualquier cantidad en concepto de compensación económica.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 27 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Pascual Martín Villa**

Antes de examinar la procedencia de la compensación económica solicitada por la esposa en el presente supuesto, es importante recordar que en el punto 8.º de la petitoria de su escrito de demanda interesaba lo siguiente: «En orden a la liquidación del régimen económico matrimonial y a la compensación económica a la esposa, teniendo en cuenta que: a) Esta parte, en el momento de presentar la demanda, no puede concretar el patrimonio que don Casiano ha generado durante los años de matrimonio, debido

al oscurantismo que ha rodeado su actividad económica...; b) Que la esposa durante los años que ha durado el matrimonio ha asumido íntegramente las tareas del hogar y el cuidado de las hijas comunes sin retribución, y en ocasiones simultaneando dicha actividad con una incompleta dedicación laboral que le ha impedido la promoción y consolidación en este terreno; c) Que a consecuencia de lo expuesto anteriormente, se ha producido una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos cónyuges, que im-

plica un enriquecimiento injusto del esposo. Se establezca una compensación económica cuantificada en una tercera parte del patrimonio del demandado, que pueda acreditarse en el presente proceso y, subsidiariamente, se concrete en sesenta mil euros».

Al referirse al patrimonio adquirido por el esposo —único relevante, ya que la esposa no adquirió ninguno— la ahora recurrente no ha podido concretar ningún bien a nombre del esposo, pese a la innegable vinculación de éste —constante matrimonio— a diferentes empresas. Respecto de la vivienda que constituyó el último domicilio familiar, adujo la esposa en su escrito de demanda que no obstante la titularidad formal del mismo a favor de los padres del esposo, éste siempre le había asegurado que se formalizarían los acuerdos que había alcanzado con sus progenitores, a fin de escriturar dicha propiedad a nombre de los dos; haciendo la esposa en su demanda expresa reserva del derecho a reclamar en el juicio ordinario correspondiente su cotitularidad en dicho inmueble, o el crédito que pudiese ostentar frente a quien —tras la liquidación de la herencia de sus suegros— resultase ser su titular, en el supuesto de que el esposo no procediera a la inscripción registral, tal y como ambos habían convenido.

De la nota simple informativa que aporta la esposa como doc. núm. 49 con su escrito de demanda, resulta la inscripción registral del solar —no de la obra nueva—, así como una carga hipotecaria a favor del BSCH por un capital de 90.151,82 euros, cuya amortización finaliza en fecha 8/03/2026. Las manifestaciones de la esposa relativas a las promesas del esposo de escriturar la mitad indivisa del inmueble a su favor son negadas por el esposo, pese al contenido del doc. núm. 50 (obrante al folio 97 de las actuaciones), en el que por el esposo se reconoce que la casa en la que viven le pertenece al matrimonio a partes iguales, ya que la nueva construcción de dicha casa se realizó con el dinero de ambos, siendo el solar propiedad de sus padres, comprometiéndose a poner legalmente la casa a su nombre y al de su consorte, y en el caso de que se venda y se adquiera otra, esta última se pondrá a nombre de los dos, en cuanto se arregle lo de la herencia (sic).

Señala el Juzgador *a quo* que la esposa demandante solicita en concepto de compensación económica del artículo 41 del CF la tercera parte del patrimonio del esposo, o 60.000 euros, que, inexplicablemente, por motivos que se desconocen, pasan a ser 50.000 euros en el escrito de conclusiones (fol. 314). Y que, en todo caso, parece deducirse de la demanda y del escrito de conclusiones que dicha solicitud depende, o al menos la cantidad a reclamar, de si dicha vivienda pertenece en exclusiva al esposo o por mitades. Siendo ello así, añade el Juzgador del primer grado, al existir controversia sobre la cotitularidad de la vivienda, deberá acudir al procedimiento ordinario correspondiente para dilucidar esta procelosa cuestión; sin que pueda observarse desigualdad patrimonial alguna en este caso, por lo que no puede más que afirmarse que no existen datos en lo actuado que permitan respaldar la pretensión de la esposa al respecto (sic).

Así las cosas, en el caso enjuiciado es evidente la falta de precisión de cuál sea el concreto patrimonio inmobiliario (y dinerario) que la esposa considera adquirido por el esposo constante matrimonio, lo que imposibilita la fijación de cualquier cantidad en concepto de compensación económica.

El enriquecimiento injusto —al que alude la esposa— está específicamente contemplado en el artículo 41.1 del CF como determinante de la concesión de una compensación económica. No es posible obviar que la esposa ha sido la única que se ha ocupado durante los largos años de matrimonio del hogar y de las hijas comunes, puesto que el esposo viajaba continuamente, permitiéndole a éste desarrollar su actividad industrial; sin embargo, tampoco es posible obviar, a fin de establecer la desigualdad entre el patrimonio de los dos, que, pese a los indicios obrantes en lo actuado relativos a sus actividades empresariales (que los hay), a nombre del esposo, en el momento de la ruptura matrimonial no se han encontrado ni saldos bancarios ni un solo inmueble; siendo así que, como señala la doctrina jurisprudencial del TSJC, la desigualdad que genera el enriquecimiento injusto ha de apreciarse en el momento de la ruptura matrimonial, que coin-

cide en definitiva con la disolución del régimen matrimonial.

Está fuera de cuestión la vivienda que constituyó el último domicilio familiar de los esposos porque —como acertadamente se señala por el Sr. Juez del primer grado— la cotitularidad de la misma habrá de ser dilucidada en un procedimiento distinto a éste en el que nos encontramos. Por otro lado, se desconoce el valor que al tiempo de la ruptura matrimonial pudiera tener su participación en la mercantil Semaco, con sede social en la República Democrática del Congo, y si esta participación en el momento de la ruptura matrimonial continuaba siendo la misma que tenía el esposo en el momento de la constitución de dicha sociedad. Se desconoce

asimismo si la sustracción por él denunciada en fecha 27 de agosto de 2007 ha sido resuelta favorablemente. Son demasiadas incógnitas como para que por esta Sala se pueda fijar una compensación económica como la interesada por la esposa recurrente. El esposo, quien —sin duda— se encontraba en mejor situación para aportar datos relevantes sobre esta cuestión, ha asegurado —una y otra vez— a lo largo de este procedimiento estar en la más absoluta ruina económica.

Por todo lo expuesto, este aspecto del recurso de la esposa no puede prosperar; debiendo confirmarse en consecuencia el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia en lo relativo a esta cuestión.

No se fija la compensación del artículo 41 del CF dado que en el convenio regulador extrajudicial suscrito por los cónyuges se efectúa especial renuncia de las partes a tales derechos económicos. Ante su falta de impugnación en proceso declarativo sobre su ineficacia por vicios en el consentimiento y reuniendo la concurrencia de objeto y causa lícita, procede entender vinculante la renuncia efectuada por los suscribientes.

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 13 de enero de 2010

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón**

En cuanto a las prestaciones constitutivas de una pensión compensatoria del desequilibrio económico del artículo 84 del Código de Familia de Cataluña, y de una compensación económica derivada del artículo 41 de tal Texto legal, las mismas han de ser también rechazadas, desde el momento que en el convenio regulador extrajudicial, suscrito por los cónyuges, en fecha 29 de diciembre de 2006, se efectúa especial renuncia de las partes a tales derechos económicos, tal como se constata en las cláusulas sexta y séptima del mismo.

Si bien tal Convenio extrajudicial no constituye el regulado en el artículo 77 del Código de Familia, para servir de base a la incoación de un proceso de divorcio consensuado, al faltar la ratificación ante la presencia judicial y la homologación en sentencia, sí ostenta la naturaleza de negocio jurídico de Derecho de Familia, con eficacia entre las partes en materia dispositiva, al concurrir los elementos esenciales de consen-

timiento, objeto y causa del artículo 1261 del Código Civil, siendo expresión del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil.

En su consecuencia, y ante su falta de impugnación en proceso declarativo sobre su ineficacia por vicios en el consentimiento, y reuniendo la concurrencia de objeto y causa lícita, procede entender vinculante la renuncia efectuada por los suscribientes sobre las prestaciones económicas propias de los artículos 41 y 84 del Código de Familia de Cataluña, al tratarse de materia dispositiva y en consecuencia no afecta por el orden a interés público, siendo esencialmente renunciabile, a tenor del artículo 6.2 del Código Civil, al no afectar al interés público ni perjudicar a tercero, además de contar en forma unívoca, en forma expresa, clara y concluyente la renuncia a tales derechos económicos en el clausulado del citado Convenio regulador.

El informe médico necesario para la decisión judicial ha de referirse necesariamente al estado en que se encuentre el paciente con posterioridad a su internamiento, y ello sin perjuicio de que pudiera ser emitido por el mismo doctor que le atendió en dicho momento. De otro lado, tampoco el Ministerio Fiscal ha emitido en el supuesto que examinamos el informe requerido por la norma analizada. En consecuencia procede declarar la nulidad de actuaciones.

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 4 de diciembre de 2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés

Contra el auto dictado por el órgano *a quo* en fecha 22 de mayo de 2009 por el que, de conformidad con lo prevenido en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acuerda ratificar el internamiento de doña Joaquina en el Servicio de Psiquiatría del Hospital Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares para su tratamiento médico por el tiempo que se estime necesario, se alza el Ministerio Fiscal, solicitando de la Sala que se declare la nulidad de dicha resolución, habida cuenta que, en la tramitación del expediente, se ha prescindido, no sólo del preceptivo informe de dicho Ministerio Público, sino también del dictamen médico que exige el antedicho artículo.

Declara el Tribunal Constitucional que el internamiento en un centro psiquiátrico sólo será conforme con la Constitución y con el Convenio Europeo de Derechos Humanos si se dan las siguientes condiciones, sentadas en sentencia TEDH de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp) y las registradas en las de 5 de noviembre de 1981 (caso X contra Reino Unido) y 23 de febrero de 1984 (caso Luberti): a) Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) Que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; c) Dado que los motivos que originariamente justificaron esa decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no exista el trastorno mental que dio origen al mismo (SSTC 112/1998 y 1291/1999).

Tales garantías se recogen expresamente en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual el internamiento, por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, requerirá autorización judicial, debiendo el Tribunal competente, antes de conceder la misma o, en su caso, de ratificar el internamiento urgente que ya se haya efectuado, oír a la persona afectada por la decisión, así como al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente, o le sea solicitada por el afectado por la medida. Y ello se añade en dicho precepto que, sin perjuicio de la práctica de cualquier otra prueba que se estime relevante para el caso, el Juez deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado.

De esta última previsión se infiere claramente que no ha de bastar, en orden a la correspondiente decisión judicial, el diagnóstico que pudiera contenerse en la comunicación dirigida al tribunal, según lo prevenido en el párrafo segundo del apartado número 1 de la norma examinada, debiendo el Juzgador recabar necesariamente otro dictamen médico a fin, no sólo de confirmar aquel diagnóstico, sino también para comprobar si el padecimiento subsiste y, si, en orden a su adecuado tratamiento clínico, precisa del mantenimiento del ingreso hospitalario.

En el caso que examinamos no se ha cumplido por el órgano *a quo* dicha ineludible exigencia pues, como se ha expuesto, el informe médico necesario para la decisión judicial ha de referirse necesariamente al estado en que se encuentre el paciente con posterioridad a su internamiento, y ello sin perjuicio de que pudiera ser emitido por el mismo doctor que le atendió en

dicho momento, por lo que, en ningún caso, puede ser suplido por aquella comunicación inicial que, a mayor abundamiento, tampoco precisa en el caso el alcance del padecimiento, ni la necesidad de la continuación del internamiento, que debe ser decidida por el Juzgador, no bastando al efecto la audiencia del internado, habida cuenta de que aquél no puede, sin el oportuno asesoramiento médico, determinar el alcance de la enfermedad ni, en consecuencia, la necesidad de su tratamiento en régimen de hospitalización.

De otro lado, tampoco el Ministerio Fiscal ha emitido en el supuesto que examinamos el informe requerido por la norma analizada, en

cuanto su intervención ha ido reiteradamente dirigida a exigir del órgano *a quo* la emisión del referido dictamen médico.

Tales incumplimientos de normas esenciales del procedimiento atraen necesariamente al caso las previsiones del artículo 225.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien la nulidad de las actuaciones procesales ha de tener en el caso una repercusión meramente formal, dado que la persona en su día internada fue dada de alta hospitalaria a los pocos días de su ingreso, y ello sin perjuicio de haberse de observar en el futuro por el órgano *a quo* las antedichas pautas de actuación en procedimientos de la misma índole.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

GUARDA Y CUSTODIA

Se acuerda la custodia compartida por períodos alternos de seis días, permaneciendo los hijos en la vivienda familiar, y alternándose los padres en el uso de aquélla, ya que la madre sólo se opuso a ella sin dar causas justificadas, salvo el llamado síndrome del niño maleta, y consta que ambos reconocen que el otro es un buen progenitor, y que hasta la fecha el cuidado y atención de los dos hijos lo hacían entre ambos, casi por un igual.

Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Gijón, Auto de 22 de junio de 2010

Magistrado-Juez: **Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Campo Izquierdo**

Conforme a lo dispuesto en los artículos 103 del CC en relación con el artículo 773 de la LEC, es procedente decretar las medidas siguientes:

Primero.—Se recuerda a las partes litigantes, que tratándose de medidas provisionales coetáneas, las medidas del artículo 102 del CC se producen por ministerio de la ley, por lo tanto no tienen que ser solicitadas por los cónyuges ni concedidas por el juez.

Segundo.—En relación a la guarda y custodia, se debe tener en cuenta que:

a) Ante una crisis matrimonial o de pareja, que conlleve el cese de la convivencia, lo que se rompe es la pareja y no las relaciones parentales de los hijos con cada uno de sus progenitores. Por tanto, ese cese de la convivencia debe llevarse a cabo, de forma que afecte lo menos posible a ese derecho y necesidad de los hijos de estar y relacionarse con cada uno de sus progenitores, y las familias extensas.

b) La Convención de Derechos del Niño, en su artículo 3, dice que el principio rector de cualquier medida que influya en el niño/a es el INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR; en su artículo 9 se consagra el derecho de todo niño/a a tener contacto y relacionarse con ambos progenitores y en el artículo 12 el derecho del ME-

NOR a ser escuchado y a que su opinión sea valorada y tenida en cuenta a la hora de adoptar una medida que le pueda afectar.

c) El reglamento 2201/2003 dice custodia: Son aquellos derechos y obligaciones relativas al cuidado de la persona de un menor, y en especial el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.

d) Examinando y leyendo el articulado del Código Civil, se puede decir, que no existe una regulación expresa sobre el contenido concreto de esta figura. Pudiendo definir la misma, como el derecho-deber de un progenitor a tener consigo al hijo, cuidarlo mientras está con él y adoptar las medidas básicas del día a día sobre alimentación, higiene, ocio, etc.

e) El artículo 90 y siguientes no dice realmente que la sentencia deba atribuir expresamente a uno de los progenitores la guarda y custodia y al otro un derecho de visitas, sino que el artículo 90 habla de régimen de comunicaciones y estancias con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

f) Uno de los obstáculos con que podíamos encontrarnos, para distribuir de una manera, más o menos, equitativa, el tiempo de convivencia y estancias de los hijos con cada uno de sus progenitores, tras el cese de su convivencia, sería

la actual redacción del artículo 92 del CC, por la Ley 15/2005, que dice que cuando no están de acuerdo los progenitores, para acordar la guarda y custodia compartida es necesario el informe favorable del MF. Al respecto decir dos cosas: a) que esa necesidad de un informe favorable del MF debe ser entendida e interpretada, desde el prisma del interés superior del menor, es decir, se puede entender que es preciso un informe favorable del MF, que puede ser expreso o tácito; en una palabra, se debe entender que hay informe favorable siempre que el MF no informe de forma motivada su negativa expresa a esa guarda y custodia compartida y b) Como dice la sentencia del TS de 28/9/09, esta normativa del artículo 92 debe completarse con el artículo 91 del CC, donde dice que el juez tiene una amplia facultad para decidir cuál debe ser la situación adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, y por otro lado el artículo 92.6 donde dice que el Juez DEBE VALORAR, las alegaciones de las partes y pruebas practicadas. Todo ello pone de manifiesto que el juez está obligado a adoptar las medidas que mejor protejan los intereses de los hijos menores de edad.

g) Al ser la guarda y custodia, una parte integrante de la patria potestad; se ha de entender que el progenitor, titular de la patria potestad, que tenga consigo a su hijo, lo tiene en ese momento bajo su guarda y custodia. No se puede interpretar esa situación de otra manera, y decir que un hijo está de visita con su padre; o que cuando un menor está con un progenitor durante todo el período vacacional por ejemplo de verano, casi tres meses, está de visita en vez de bajo su guarda y custodia.

h) Sí en cambio se puede hablar, en su caso, de visitas, en relación a un progenitor que haya sido privado de la patria potestad, y por tanto de la guarda y custodia. Visitas que se interpretarán en función de lo dispuesto en el Reglamento 2201/2003.

i) Así mismo, y en relación a la guarda y custodia compartida, se debe tener presente que el TS en su sentencia de 8 de octubre de 2009 dice «Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después

de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en períodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor [Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los artículos 76.1.b) y 139 del Código de Familia de Catalunya]. A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (artículo 373-2-11 Code Civil, modificado por la Ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution, se 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 de todos estos sistemas, 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». Ver también sentencia del TS de 11 de marzo de 2010.

Recientemente en Aragón se ha aprobado una ley en la que se fija como criterio general la guarda y custodia compartida, en el sentido de que para atribuir en exclusiva dicha guarda a uno de los progenitores, se debe acreditar que aquella no es viable, en sentido similar va la futura reforma del Codi Familia catalán, y así mismo se están admitiendo a trámite iniciativas legislativas en otras comunidades, como Navarra a instancia de IU.

A la vista de todo lo expuesto hasta ahora, y teniendo presente: a) que ambos progenitores, en el acto de la vista, han manifestado que el otro es un buen progenitor, que tiene buena relación con sus hijos, y que hasta la fecha el cuidado y atención de X e Y, lo hacían entre ambos, casi por un igual; b) la disponibilidad horaria de ambos cónyuges, Y tiene libres las tardes, y X de cada doce días descansa seis; es decir, trabaja seis días y descansa otros seis, y los días de trabajo los hace por turnos de seis días de mañana, seis días de tardes y seis días de noche; c) ambos tienen la ayuda de sus familias, d) X se mostró conforme con la guarda y custodia compartida, al igual que el Ministerio Fiscal; mientras que Y se opuso a ella, sin dar causas justificadas para esa postura, salvo el llamado síndrome del niño maleta, que se puede evitar, bien: 1. teniendo cada progenitor en su casa la ropa y enseres precisos para los hijos, o 2. quedando los hijos en la casa y siendo los progenitores lo que entran y salen del mismo, e) el derecho de los hijos a estar el máximo tiempo posible, en caso de que sus progenitores dejen de vivir juntos, con el padre y con la madre, y f) la edad de los hijos, que ya están escolarizados hasta las 17,15 h. Procede acordar un régimen de guarda y custodia compartida, por períodos alternos de seis días

con cada progenitor. De tal forma que los hijos estarán con el padre, los períodos de seis días que descansa.

Así mismo se acuerda que el tercero o cuarto día, de esos períodos de seis días, los hijos estarán con el progenitor al que no le corresponda la guarda y custodia, desde la salida del colegio hasta las 20,00 h. El padre quedará exento de este régimen los períodos en que trabaje de tardes.

No se fija horario concreto para iniciar esos períodos, en función de los turnos en que trabaja el padre, de ahí que ambos progenitores deberán acomodar el inicio de esos períodos, por el bien de sus hijos, a esa circunstancia. Advirtiendo a ambos progenitores, que cualquier actuación interesada o injustificada que obstaculice esos intercambios en perjuicio de los menores, podrá sufrir las consecuencias de dicho comportamiento.

Así mismo los períodos vacacionales, según el calendario oficial del Principado de Asturias, se distribuirán al 50% entre ambos progenitores. Eligiendo el padre los años pares y la madre los impares; elección que deberá ser comunicada al otro con al menos tres semanas de antelación.

Para el buen cumplimiento de este régimen de guarda y custodia establecido en interés del menor; se aconseja a los progenitores el cumplimiento del siguiente decálogo:

1. Nunca desacredite a su ex-cónyuge delante de sus hijos, ya que ellos se sienten «parte de su mamá» y «parte de su papá», con lo que la crítica puede dañar su autoestima.
2. No utilice a sus hijos como mensajeros entre usted y su ex-cónyuge. Cuanto menos se sientan ellos parte de la pelea entre sus padres, mejor entenderán la situación.
3. Tranquilice a sus hijos haciéndoles entender que ellos no tuvieron ninguna responsabilidad en la separación. Muchos de ellos asumen como propias las causas de la ruptura.
4. Anime a sus hijos a que vean con frecuencia a su ex-cónyuge. Haga todo lo posible por estimular las visitas.
5. En cada paso de su divorcio o separación, recuérdese a sí mismo que sus propios intereses no son los de sus hijos, por lo que no debe incluirlos en ninguna negociación.

6. Sus hijos pueden ser estimulados a actuar como su «corresponsal» en la casa de su ex-cónyuge. Trate de no pedirles que le cuenten nada que no sea del interés de ellos. Deje a sus niños ser niños.

7. Si usted siente que no puede asumir el trance de la separación con calma y responsabilidad, pida asesoramiento terapéutico urgente. Sus problemas pueden trasladarse a sus hijos, complicándoles aún más el poder enfrentar con éxito la situación.

8. Cumpla con sus obligaciones económicas, «alimentos» de su hijo, en forma mensual y sin interrupciones. Sepa que de no hacerlo, el perjudicado será su hijo, que además de tener que enfrentar una situación familiar compleja, deberá soportar faltas materiales, lo cual puede tener un efecto permanente por el resto de su vida.

9. Si usted es un padre/madre responsable, y no está recibiendo los «alimentos» por parte del que tiene obligación, no traslade su enojo a sus hijos. Esto alimenta en ellos el sentimiento de abandono, y los pone en situaciones muy difíciles.

10. Dentro de lo posible, no efectúe demasiados cambios en la vida de sus hijos. Si además de soportar la separación deben cambiar de residencia y de escuela, tardarán mucho más en superar el trauma del divorcio de sus padres.

Tercero.—Cada progenitor hará frente a los gastos ordinarios que generen los hijos durante el tiempo que estén bajo su guarda y custodia.

Cuarto.—El concepto de gasto extraordinario, por su propia naturaleza es indeterminado, inespecífico y su cuantía ilíquida, necesitando predeterminación y objetivación en cada momento y caso; lo que presupone para exigir su pago, y en su caso poder presentar demanda ejecutiva, que los cónyuges actúen sobre una base de transparencia y de mutuo acuerdo; solicitando si éste no es posible la correspondiente autorización judicial, salvo casos de urgencia.

Por lo tanto para ser calificado de gastos extraordinario debe ser:

Necesario. En contraposición a lo superfluo o secundario, de lo que, evidentemente, puede prescindirse, sin menoscabo para el alimentista.

No tener una periodicidad prefijada.

Ser imprevisibles en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística.

Ser acordes y asumibles por el caudal del alimentante.

La contribución a dichos gastos, por cada progenitor, debe ser acorde a la proporción que guarden entre sí los ingresos y disponibilidad económica de cada uno de ellos. Y a falta de concreción, dicha contribución será al 50%.

A la vista de todo ello se acuerda que ambos progenitores abonarán al 50% los gastos extraordinarios del menor que se generen a partir de esta sentencia. Teniendo en cuenta para ello, que si bien la esposa, ahora gana menos que el esposo, también es cierto que ella misma ha renunciado a un puesto de trabajo, al que se puede incorporar en cualquier momento, en que sus ingresos serían sólo un poco menores que los de X.

Se advierte a ambos progenitores, que cualquier gasto extraordinario que se realice sin consentimiento del otro progenitor o en su defecto autorización judicial, no permitirá reclamarle su importe vía demanda ejecutiva.

Quinto.—Por acuerdo de ambos cónyuges, se atribuye a la esposa el uso del Renault Megane y al esposo el Renault Scenic. Cada cónyuge abonará los gastos derivados del uso de esos vehículos (viñetas, gasolina, reparaciones, seguros).

Sexto.—En relación al préstamo, nada se acuerda; pues al ser una deuda ganancial, como tal se debe seguir pagando. No pudiéndose hacer una novación subjetiva, en la posición de la parte deudora, sin conocimiento y consentimiento de la parte acreedora.

Séptimo.—En relación al uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico, se debe tener presente que:

a) Al fijarse un régimen de guarda y custodia compartida, la atribución se hará en función de los intereses de los hijos menores de edad y la situación real de cada cónyuge en relación a sus disponibilidades de acceder a otra vivienda.

b) Los hoy litigantes tiene en la actualidad a su disposición dos viviendas, una la vivienda

familiar en la c/ ---, y otra que es un apartamento privativo de Y, que se viene pagando ahora por ambos cónyuges. Ambos inmuebles con sus respectivas plazas de garaje y ambas libres de cargas.

c) Respecto a la atribución del uso del que fuera domicilio conyugal, se debe tener en cuenta lo gravoso que representa para el cónyuge excluido del uso —interés menos protegible para el artículo 96 del CC—, cuando el otro cónyuge ostenta la custodia de los hijos menores; la perpetuación en el tiempo del uso por el cónyuge custodio y los hijos, teniendo que atender a sus propias necesidades de habitación. Así mismo no es cierto que el artículo 96 del CC, cree un derecho de uso ilimitado a favor del progenitor custodio y los hijos menores; siendo cierto que los perfiles de este derecho no están bien descritos en la ley y tampoco en la jurisprudencia. No obstante, si la resolución judicial no limita temporalmente el derecho, bien fijando un término final o una condición resolutoria como el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, el derecho de uso se entiende atribuido por tiempo indefinido y se mantiene y protege inclusive frente a terceros; siempre y cuando ese uso acceda al Registro de la Propiedad.

d) No obstante, lo expuesto hasta ahora no impide que el título que constituye el derecho de uso, es decir, la sentencia que aplica el artículo 96 del CC, introduzca limitaciones en este derecho. Ya que el artículo 96 del CC se limita a señalar que en la sentencia se atribuirá el uso al cónyuge custodio e hijos, no que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro término que el fin del derecho a alimentos de los hijos o de la convivencia con el progenitor custodio. Antes al contrario, la realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obligan a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar ese derecho de uso, fijando un término final, que en general toma en consideración el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y establece a la vez un plazo máximo para que tenga lugar dicha liquidación.

Así se protegen por un lado los intereses de los hijos y del cónyuge progenitor —intereses

de mayor grado de protección legal, ciertamente— pero también el interés del otro progenitor, que no por ser de inferior grado es absolutamente irrelevante.

e) Atribuir el uso de la vivienda indefinidamente supone en los tiempos actuales una virtual privación de los derechos dominicales de dicho cónyuge cotitular, y una solución inaceptable para la adecuada composición de todos los intereses legítimamente atendibles en la unidad familiar y el mantenimiento de la paz en las relaciones entre ambos progenitores.

Dicho lo cual, y centrándonos en el caso de autos, se acuerda que sean los hijos quienes se queden en el domicilio familiar, y sean los progenitores, quienes cada seis días tengan atribuido el uso, mientras conviven con sus hijos.

A fin de evitar que esa situación, que es evidentemente gravosa para ambos progenitores, pero que favorece la estabilidad de los menores, se establece que esta situación se mantendrá en tanto en cuanto no se proceda a la venta de dicho inmueble o a la liquidación de la sociedad de gananciales. Siendo obligación de ambos progenitores, el garantizar a sus hijos un derecho de habitación digno.

Una posible solución, dada la existencia de ese apartamento privativo de la esposa, que al menos en parte ha sido pagado por ambos cónyuges, podría ser alquilar el mismo, y con la renta que se obtenga más un poco más de dinero que pondría el padre, que tiene más ingresos, alquilar una vivienda de dimensiones adecuadas para poder vivir en ella los hijos con el padre, quedándose cuando eso ocurra, y mientras no se venda la vivienda familiar actual, en dicho inmueble la madre con los hijos. No obstante, como ya se informó a las partes en la vista, sería bueno que acudiesen a mediación familiar, a fin de poder entre ambos buscar todas las soluciones posibles, y con el debido asesoramiento de sus letrados, adoptar la más adecuada a los intereses de los hijos, consiguiendo así mismo que ambos progenitores vean, en la medida de lo posible, satisfechas sus expectativas en cuanto al tiempo que pueden estar con sus hijos, derechos de habitación y contribución a las cargas familiares.

Procede acordar y acordaba la adopción de las siguientes medidas:

I. Procede acordar un régimen de guarda y custodia compartida, por períodos alternos de seis días con cada progenitor. De tal forma que los hijos estarán con el padre, los períodos de seis días que descansa.

Así mismo se acuerda que el tercero o cuarto día, de esos períodos de seis días, los hijos estarán con el progenitor al que no le corresponda la guarda y custodia, desde la salida del colegio, donde lo recogerá hasta las 20,00 h en que los llevará al domicilio familiar. El padre quedará exento de este régimen los períodos en que trabaje de tardes.

Así mismo los períodos vacacionales, según el calendario oficial del Principado de Asturias, se distribuirán al 50% entre ambos progenitores. Elijiendo el padre los años pares y la madre los impares; elección que deberá ser comunicada al otro con al menos tres semanas de antelación.

II. Cada progenitor hará frente a los gastos ordinarios (ropa, comida, ocio) que generen los

hijos durante el tiempo que estén bajo su guarda y custodia.

III. Ambos progenitores abonarán al 50% los gastos extraordinarios del menor que se generen a partir de esta sentencia. Tendrá la consideración de gasto extraordinario cualquier gasto escolar, realizado por ambos progenitores o por uno de ellos con autorización judicial (libros, material escolar, ropa de deporte, actividades extraescolares, excursiones).

IV. Se atribuye a la esposa el uso del Renault Megane y al esposo el Renault Scenic. Cada cónyuge abonará los gastos derivados del uso de esos vehículos (viñetas, gasolina, reparaciones, seguros).

V. El préstamo seguirá siendo abonado por ambos cónyuges, en cuanto deuda ganancial que es.

VI. Se acuerda que sean los hijos quienes se queden con el uso del domicilio familiar y ajuar doméstico, y sean los progenitores quienes cada seis días tengan atribuido el uso, mientras conviven con sus hijos.

Reparto de la custodia por períodos de cuatro días, ya que el equipo técnico informó que la custodia compartida por cursos escolares no es la más adecuada, pues reúne todos los inconvenientes de la custodia monoparental y ninguno de los beneficios de la custodia compartida.

Juzgado de 1.^a Instancia n.º 7 de Sevilla, Sentencia de 25 de junio 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 siguientes del C. Civil se han de adoptar las medidas definitivas que se reflejarán en la parte dispositiva de esta resolución y en base a la siguiente fundamentación motivación jurídica:

1.º Ambos progenitores compartirán de forma plena y conjunta el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores de 12 y 10 años de edad respectivamente. No es objeto de discusión dicho ejercicio de corresponsabilidad parental.

2.º En lo que concierne a la atribución de la guarda y custodia de los dos hijos, se ha

mantenido un enfrentamiento entre ambos progenitores en cuanto al modelo de parentabilidad más idóneo y beneficioso de cara al interés de dichos menores. De hecho ese principal objeto de discusión ha sido el obstáculo que ha impedido cualquier avance o resultado positivo en el proceso de mediación familiar iniciado con el fin de lograr una solución de consenso satisfactoria para toda la unidad familiar.

Al respecto el padre ha insistido que se acuerde un modelo de guarda y custodia compartida, mientras que la madre ha solicitado un modelo de custodia exclusiva a favor de la misma con régimen de visitas para el padre.

Dicha discrepancia es la que se sometió a valoración por parte del Equipo Psicosocial que emitió informe de fecha 17 de mayo de 2010 en el que resaltaban como aspecto más significativos del estudio realizado los siguientes:

A) Ambos progenitores tienen capacidades adecuadas y suficientes para el adecuado ejercicio de su responsabilidad parental, sin embargo no han sido capaces de mantener alejados a sus hijos del conflicto existente entre ellos, siendo ésta una de las causas que produce efectos más dañinos en los hijos y les dificulta una adecuada adaptación post ruptura.

B) El hecho de seguir conviviendo todavía todos juntos no está beneficiando a los menores que aunque «saben» que sus padres se van a separar, la circunstancia de no vivir ya separados les está haciendo alimentar la ilusión de que esto puede seguir así indefinidamente: separados pero juntos.

C) Los niños tienen una adecuada vinculación afectiva con los dos progenitores percibiendo a ambos en un plano de igualdad respecto a ellos, manteniendo hasta el momento intacto el doble vínculo parental, lo que sería de la mayor importancia que continuase de esta manera.

D) Los progenitores han conseguido establecer en este tiempo unas rutinas en cuanto al cuidado de los niños, gastos, citas médicas... compartiéndolas entre los dos y los menores se han adaptado también a ellas.

En ese informe se termina concluyendo que las «circunstancias de esta unidad familiar podrían ser idóneas para el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, sea o no en la forma de custodia compartida, por contemplar éste, habría que asegurarse de la disponibilidad laboral de ambos progenitores y tener en cuenta la conveniencia de mantener la cercanía de los domicilios, aunque consideramos que la propuesta de tener una custodia compartida por cursos escolares de forma alterna no es la más adecuada ya que reúne todos los inconvenientes de la custodia monoparental y ninguno de los beneficios que se derivan de una custodia compartida, por lo que sería más adecuado una alternancia por períodos más cortos contemplando la implicación de ambos progenitores en la vida cotidiana

de los niños para que éstos permanezcan en un entorno familiar lo más parecido al que tenían antes de la separación lo que supondría para los niños una mayor estabilidad y continuidad; podría ajustarse en función de las obligaciones laborales de los padres: Por semanas, días de la semana determinados..., y alternando los fines de semana.

En caso de no poder establecerse una custodia compartida, podría considerarse un régimen de visitas amplio de fines de semana alternos y pernocta de una noche o dos en casa del padre, teniendo en cuenta las obligaciones laborales de éste, es decir una «custodia compartida» no paritaria».

A la vista de dicho informe, por consiguiente, se puede extraer la convicción de que, en el presente caso, concurren los requisitos para el establecimiento de la guarda y custodia compartida, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior de los menores (artículo 92.8.º C.Civil).

En conclusión, con respecto a los requisitos necesarios para el establecimiento de la guarda y custodia compartida, se destacan:

1. La razón jurídica principal, se insiste, ha de ser el beneficio e interés supremo del menor, que ha de ser preferentemente tutelado, tal y como viene contemplado en la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos preceptos del Código Civil, artículos 92, 93, 94, 151, 154, 158 y 170.

2. La dinámica familiar anterior a la ruptura, ya que es crucial determinar la participación, implicación o presencia en la vida del menor de cada uno de los progenitores para acordar el sistema de guarda y custodia que más se parezca, si ello es posible. La Ley exige que se valore la relación que existe de los padres entre sí y con los hijos. La Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 18.ª, de 12 de enero de 2006, ponía de manifiesto que para resolver lo que el interés de los hijos menores requiere, deben tenerse en cuenta otras circunstancias, como la relación de los progenitores con los menores antes de la ruptura de pareja. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la misma Sección de 4 de julio

de 2007. Por su parte el Tribunal Supremo ha enumerado los criterios para facilitar la determinación del interés del menor en la atribución de la custodia compartida en Sentencias de 9 de octubre de 2009 y 11 de marzo de 2010.

3. La organización familiar posterior a la ruptura y la anterior al proceso. Se postula la conveniencia de preservar la continuidad de las rutinas y hábitos de relación familiar. Así se observa una tendencia de los Tribunales a acordar la custodia compartida en procesos contenciosos cuando es el sistema que se ha desarrollado de forma consensuada, de forma expresa o tácitamente consentida, y se ha comprobado que esa gestión de la ruptura con respecto a los hijos, les ha favorecido a estos últimos. En esta línea jurisprudencial son exponentes las Sentencias de la AP de Barcelona, Sec 18.ª, de 21 de diciembre de 2001; AP de Granada de 16 de octubre de 2001; AP de Girona de 28 de febrero de 2001 y 20 de octubre de 2004; AP de Jaén, Sec 1.ª, de 9 de mayo de 2005 y AP de Barcelona de 9 de noviembre de 2005.

4. A fin de preservar la estabilidad del menor, resulta conveniente la proximidad del domicilio paterno y materno, ya que si se encuentran en poblaciones distintas y distantes se puede ver perturbada la rutina diaria del menor.

5. Que los horarios laborales permitan el cuidado de los menores.

6. Coincidencia, armonía o cohesión de los criterios educativos y de estilos de vida de los progenitores. La existencia del conflicto o grave enfrentamiento puede perturbar el buen funcionamiento de una custodia compartida, pero sin olvidar que dicha conflictividad también puede resultar lesiva para el menor en un sistema de custodia exclusiva. Por lo que se ha de valorar la no coincidencia en valores y principios del modelo educativo, como una dificultad pero no como una causa definitiva para excluir esa modalidad de custodia cuando se dan el resto de requisitos favorables, pudiendo esa disparidad, en todo caso, servir para que en su caso, la decisión de custodia exclusiva se decante a favor del progenitor partidario de la custodia compartida y no del contrario a la misma.

Pues bien, todos estos requisitos se aprecian y se armonizan con el supuesto familiar

contemplado, dada la capacidad, idoneidad, grado de vinculación afectiva, predisposición, dedicación e implicación conjunta en el cuidado y crianza de los hijos por parte de ambos progenitores. Concurren por tanto los factores subjetivos pero también los objetivos y necesarios relacionados en la proximidad de domicilio (el padre incluso manifestó que de tener que salir del domicilio familiar fijaría una nueva residencia cerca del colegio de sus hijos) y en cuanto a los horarios laborales también resultan compatibles con el cuidado de los menores, puesto que el padre sólo pernocta fuera una noche, de media, al mes por razones de trabajo. No existen, por último, divergencias insuperables, pues de hecho no han existido durante la convivencia familiar, sobre criterios educativos y estilos de vida, lo que, afortunadamente, ha servido para que las vinculaciones de apego de los dos niños con su padre y su madre sigan siendo sólidos y saludables.

Con ese modelo de custodia compartida, además, se garantizan ventajas tanto para los hijos como a los progenitores. De cara al interés de xxxx y xxxxx:

- Se les garantiza la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja. Es el modelo de convivencia que más se acerca a los vínculos de apego de los hijos durante la relación familiar.
- Se evitan determinados sentimientos negativos, interferencias parentales, en los menores: miedo al abandono, conflictos de lealtad, sentimiento de negación y suplantación.
- Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los progenitores que permite una mayor aceptación de la nueva situación de ruptura y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de padre o madre frente a los hijos. Se evita que se materialice el Síndrome de Alienación Parental.

En cuanto a las ventajas desde la perspectiva de los progenitores:

- Se les garantiza la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crianza de los hijos.
- Se evita el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor.
- Se consigue una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos.
- No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.
- Hay una equiparación de tiempo libre en ambos progenitores tanto para su vida personal como profesional.
- Se evitan dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues muchas veces el sentimiento de vacío, dolor y soledad que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo que se convierte en la única razón de vivir, convirtiendo una relación y vinculación positiva y saludable en otra de tipo enfermizo y patológico.
- Los padres han de cooperar, por lo que se favorecen la adopción de acuerdos, lo que se convierte, asimismo, en un modelo educativo de conducta para el menor.
- Desaparecen problemas relacionadas con privilegios vinculados a la atribución de la guarda y custodia: Atribución exclusiva del uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen visitas, fijación de pensiones alimenticias.

Con dicho modelo de custodia compartida ha mostrado conformidad (como resulta preceptivo) el Ministerio Fiscal, estimando conducente que la distribución de tiempo de convivencia se alterne semanalmente desde el jueves hasta el lunes, y desde el lunes hasta el jueves con uno y otro progenitor, compartiendo por mitad los períodos de vacaciones.

3. El modelo de custodia compartida conlleva que no se aprecie la existencia de un interés

familiar más necesitado de protección que justifique el privilegio de la atribución exclusiva del uso y disfrute del domicilio familiar (artículo 96 C. Civil). En consecuencia no cabe atribuir de forma exclusiva ese uso a ninguno de los dos progenitores, pues ambos asumirán y compartirán el cuidado habitual de sus hijos. De conformidad a lo establecido en el artículo 394 ambos se servirán de ese domicilio, hasta que se produzca la liquidación efectiva de la sociedad de gananciales, y ese inmueble integrado en el activo se venda o adjudique uno de los copropietarios. Ese uso y disposición, en defecto de acuerdo, se distribuirá por cursos escolares, se insiste, hasta que se venda o adjudique el inmueble.

En esa alternancia de uso, comenzará disfrutando del domicilio familiar la Sra., debiendo abandonarlo el Sr. (si no se hubiera producido ya el desalojo) en un plazo no superior a 10 días desde la notificación esta Sentencia, retirando sus efectos y enseres personales. La Sra. permanecerá en el domicilio familiar hasta el final del curso escolar 2010/2011, iniciándose entonces el período de uso por parte del Sr.

4. Ambos progenitores contribuirán al sostenimiento de las necesidades de sus dos hijos, cubriendo sus gastos ordinarios alimenticios durante el tiempo que se encuentren a su cuidado.

De igual modo ambos progenitores contribuirán al 50% de los gastos extraordinarios que genere el cuidado, educación y atención sanitario no cubierta por la S. Social de ambos hijos. Por tales gastos se entenderán los excepcionales, imprevisibles, no periódicos, acomodados a las circunstancias económicas de ambos progenitores, necesaria y expresamente previamente consensuados.

En relación a los gastos escolares, coste del colegio privado, se abonará con el producto de la renta del local que pertenece a la sociedad de gananciales, ante la coincidencia de ese coste con el de la renta (900 €).

5. Por último no cabe fijar pensión compensatoria a favor del Sr., puesto que, en todo caso, el desequilibrio económico que se pudiera apreciar (artículo 97 del C. Civil) vendría sólo motivado por los beneficios obtenidos de la explotación del negocio de farmacia que regenta

(en calidad de farmacéutica) la Sra., y que, al menos en una parte proporcional, sigue teniendo naturaleza ganancial. Será, por consiguiente, en fase de liquidación de esa partida del activo, cuando el Sr. puede solicitar ser resarcido de los beneficios y ganancias obtenidas, en la proporción que le corresponda, del negocio de farmacia durante todo el tiempo que transcurra hasta esa efectiva liquidación, y previa rendición de cuentas de sus beneficios.

Que estimando parcialmente las pretensiones deducidas por ambos litigantes en sus escrito de demanda y reconvención, debo declarar y declaro **DISUELTO POR DIVORCIO** el matrimonio constituido entre..., decretando como medidas definitivas y a consecuencia de ese pronunciamiento, las siguientes:

1. Ambos progenitores compartirán de forma plena y conjunta el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores.

2. Ambos progenitores ostentarán la guarda y custodia compartida sobre sus dos hijos, distribuyendo los períodos de custodia y convivencia de la siguiente manera:

De forma alternativa, los niños pasarán con su padre y con su madre desde el jueves por la tarde a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana a la entrada de clase, encargándose de recogerlos y reintegrarlos en el centro escolar el progenitor al que le corresponda estar con los niños en ese período. También de forma alternativa y correlativa al anterior régimen de estancia, los niños pasarán con su padre y madre desde el lunes a la salida del colegio hasta el jueves por la mañana a la entrada de clase, encargándose de recogerlos y reintegrarlos en el centro escolar el progenitor a quien le corresponda estar con los menores en ese período.

Ambos progenitores estarán en compañía de sus hijos durante la mitad íntegra de todos los períodos vacacionales en atención al calendario escolar de los niños. 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.

3. No cabe atribuir de forma exclusiva ese uso a ninguno de los dos progenitores, pues ambos asumirán y compartirán el cuidado habitual de sus hijos. De conformidad a lo establecido en el artículo 394 ambos se servirán de ese domicilio, hasta que se produzca la liquidación efectiva de la sociedad de gananciales, y ese inmueble integrado en el activo se venda o adjudique a uno de los copropietarios. Ese uso y disposición, en defecto de acuerdo, se distribuirá por cursos escolares, se insiste, hasta que se venda o adjudique el inmueble.

En esa alternancia de uso, comenzará disfrutando del domicilio familiar la Sra., debiendo abandonarlo el Sr. (si no se hubiera producido ya el desalojo) en un plazo no superior a 10 días desde la notificación esta Sentencia, retirando sus efectos y enseres personales. La Sra. permanecerá en el domicilio familiar hasta el final del curso escolar 2010/2011, iniciándose entonces el período de uso por parte del Sr.

4. Ambos progenitores contribuirán al sostenimiento de las necesidades de sus dos hijos, cubriendo sus gastos ordinarios alimenticios durante el tiempo que se encuentren a su cuidado.

De igual modo ambos progenitores contribuirán al 50% de los gastos extraordinarios que genere el cuidado, educación y atención sanitario no cubierta por la S. Social de ambos hijos. Por tales gastos se entenderán los excepcionales, imprevisibles, no periódicos, acomodados a las circunstancias económicas de ambos progenitores, necesaria y expresamente previamente consensuados.

En relación a los gastos escolares, coste del colegio privado, se abonará con el producto de la renta del local que pertenece a la sociedad de gananciales, ante la coincidencia de ese coste con el de la renta (900 €).

5. No cabe fijar pensión compensatoria a favor del Sr. sin perjuicio de que una vez se liquide la sociedad de gananciales pueda instar ser resarcido de los beneficios y ganancias obtenidas en la proporción que le corresponda, del negocio de farmacia durante todo el tiempo que transcurra hasta esa efectiva liquidación, y previa rendición de cuentas esos beneficios.

Revista de

Derecho de Familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

No se inscribe el convenio regulador en el que, con ocasión de la liquidación de la sociedad de gananciales, la esposa vende al esposo un inmueble que inicialmente fue adquirido por aquélla, dado que esta compraventa excede el contenido propio del convenio regulador y debe otorgarse en una escritura pública independiente.

DGRN Resolución de 3 de mayo de 2010

En el supuesto de hecho del presente recurso se presenta en el Registro de la Propiedad, testimonio de la sentencia dictada en procedimiento de separación que aprueba el convenio regulador aportado a los autos, en el que una vivienda, inicialmente adquirida por la esposa, es vendida al esposo, subrogándose éste en la hipoteca que pesa sobre la vivienda. El Registrador deniega la inscripción por exceder del contenido propio del convenio regulador, siendo necesaria escritura pública.

Admitido por este Centro Directivo (*cf.* Resoluciones citadas en el Vistos), que el convenio regulador, como consecuencia de una separación o divorcio, una vez aprobado judicialmente, es título inscribible, debe determinarse si en el caso presente, la compraventa que en el convenio presentado se realiza, es contenido propio de tal convenio o si, por exceder de las operaciones liquidatorias de la sociedad conyugal, debe contenerse en un documento distinto, como es la escritura pública.

Proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (*cf.* artículo 1323 del Código Civil), nada se opone a que éstos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente, puedan intercambiarse bienes

privativos. Ahora bien, puesto que el objeto de la liquidación es exclusivamente la división por mitad del haber resultante después de pagados los acreedores consorciales (*cf.* artículo 1404 del Código Civil), no puede entenderse que esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tengan como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio. Podrá haber en ocasiones un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación —a su favor— de bienes privativos del otro cónyuge y, en otras, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa, como es el caso de la compraventa con subrogación de hipoteca formalizada en el convenio objeto del presente recurso.

Lo anterior ha de tener adecuado reflejo documental, siendo preciso en este caso formalizarlo en la correspondiente escritura pública otorgada por los interesados, lo que expresamente prevé además el propio convenio aprobado judicialmente, y no pretender su inscripción en virtud de un negocio como el contenido en el título calificado, que lo es exclusivamente de liquidación de sociedad conyugal.

Revista de

Derecho de Familia

SECCIÓN PRÁCTICA

NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS EN LOS QUE SE EJERCITAN ACCIONES DE FILIACIÓN

Cuando el hijo cuya filiación paterna se reclama es menor de edad, su comparecencia en juicio deberá efectuarse por su representante legal, que será aquel a quien, en cada caso y por ley, le corresponda serlo, esto es, el padre o la madre, por naturaleza o adopción, que tenga la patria potestad sobre el menor (artículo 162 del CC), y el tutor (artículos 267 y 271.6.º del CC).

Pero claro, la duda nos surge en torno a si el representante legal está defendiendo sus propios intereses o los del hijo menor, debiendo cuestionarnos si en estos casos es necesario el nombramiento de un defensor judicial.

Si la demanda la dirige el presunto padre contra la madre y el hijo, ésta puede entender que lo mejor para el hijo es que no se reconozca su filiación paterna, pero cualquier otra persona puede pensar que el verdadero interés del hijo está en que se declare quién es su padre biológico.

El Tribunal Supremo dictó inicialmente alguna resolución en el sentido de que en estos casos no existían intereses contrapuestos, así por ejemplo en la Sentencia de 18 de diciembre de 1999 indicó que «no se ponen de manifiesto los extremos en que pueden entrar en contradicción los intereses de la madre y del hijo en el pleito de filiación, y menos cuando no se aprecia esa contradicción de intereses, en los procedimientos entablados para los supuestos contrarios, esto es, cuando es la madre del menor la que demanda la filiación paterna, por lo que es indudable que en estos procedimientos el único interés que existe es el del menor, pudiendo, en todo caso, tener intereses distintos la madre a los que corresponden de forma primordial al menor, que no entran en oposición con los de su madre y, en todo caso, al oponerse ésta a la pretensión del actor, queda cumplido el principio de contradicción, fundamento para la obtención de una decisión justa; en estos supuestos la oposición a la demanda se realiza con mayor viveza que si fuera el propio menor, el que si hubiere podido actuar, se hubiere defendido, pero en todo caso el hijo, como determina el artículo 137, podrá impugnar la paternidad en la forma y en los plazos que el citado precepto determina, según tiene declarado la jurisprudencia entre otras en las sentencias anteriormente citadas y la de 8 de febrero de 1991».

Sin embargo, es constante la jurisprudencia de nuestro alto tribunal en el sentido de que, cuando la madre se opone a la demanda de reclamación de paternidad, «son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil. El conflicto de intereses existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de aquellos» (STS de 7 de noviembre de 2002).

Apreciación de oficio por parte del Tribunal Supremo de la necesidad de nombrar un defensor judicial a la menor respecto a la cual se insta la reclamación de paternidad extramatrimo-

nial al existir intereses contrapuestos con su madre. Se da la circunstancia de que la madre se opuso a la práctica de la prueba biológica. **Tribunal Supremo, Sala 1.^a, S. 4-3-2003.**

Nulidad de lo actuado en un proceso de reclamación e impugnación de paternidad al no haberse nombrado un defensor judicial a los menores, si bien, dado que ambos han alcanzado la mayoría de edad, procede darles traslado de la demanda para que manifiesten lo que estimen necesario respecto a la cuestión litigiosa e, incluso, soliciten la práctica de pruebas que también estimen oportunas. **Tribunal Supremo, Sala 1.^a, S. 30-6-2004.**

La representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad ha de quedar excluida cuando se compruebe la existencia de un conflicto de intereses que pueda poner en peligro el del hijo, debiendo nombrarse a un defensor judicial que vele con la necesaria imparcialidad por los derechos del menor en el procedimiento de reclamación de paternidad. **AP Cádiz, Sec. 2.^a, S. 1-2-2005.**

Ahora bien, lo que interesa aclarar es en qué momento debe procederse al nombramiento del defensor judicial. Como indicaba la STS de 7 de noviembre de 2002, «la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de conflicto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado este extremo el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él. El nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas; siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que hay conflicto de intereses».

Por tanto, siguiendo lo indicado en la anterior sentencia, el Juez, bien de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, e incluso de la parte actora, acordará el nombramiento del defensor judicial en el momento en el que advierta la existencia de intereses contrapuestos. Normalmente en este tipo de procedimientos no suele acordarse el nombramiento del defensor judicial hasta tanto se analice la posición que adopta la madre al contestar a la demanda, ya que no es igual que, por ejemplo, se someta al resultado de la prueba biológica a que se oponga desde un principio a su práctica. Precisamente por ello, en la mayoría de los casos se acuerda el nombramiento del defensor judicial en el momento en el que se advierte que la madre se opone a la práctica de la prueba biológica. Con la finalidad de evitar dilaciones, sería bueno que en el auto de admisión a trámite se acordase por el tribunal requerir a la parte demandada a fin de que manifieste si se va o no a oponer a la práctica de la prueba biológica, de tal forma que, conocida con suficiente antelación al juicio la posición de la parte demandada, podría acordarse ya el nombramiento del defensor judicial.

Para efectuar este nombramiento se abrirá una pieza separada dentro del mismo procedimiento, y hasta tanto se proceda a su designación quedará en suspenso el curso de los autos.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 299 del CC, el defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados cuando la persona que legalmente debe hacerlo (padres, tutores o curadores) no lo hace. Se trata de un cargo judicial porque es necesaria una resolución judicial que acuerde su nombramiento. Cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1994). Para evitar que el defensor judicial sea una prolongación de la postura de la madre, entre las distintas personas que puedan acceder al cargo deberá nombrarse a alguien que no esté próximo al círculo de aquella.

CASOS PRÁCTICOS

I. GASTOS EXTRAORDINARIOS

Los hijos se han trasladado durante un mes a Inglaterra para aprender inglés, constanding que el padre se personó en el aeropuerto para despedirlos. Posteriormente la madre reclama al padre el 50% de los gastos de estancia y éste se opone a dicha pretensión alegando que no dio el consentimiento. ¿Es viable esta causa de oposición?

Si el padre acompañó a los hijos al aeropuerto cuando se trasladaron a Inglaterra para aprender inglés no puede negarse al abono de los gastos generados que tienen la consideración de extraordinarios, ya que ello denota que conocía con antelación suficiente el motivo del viaje, la fecha y el horario de vuelo, no constanding que mostrara su desacuerdo previo remitiendo comunicación o misiva alguna que evidenciara la discrepancia con tales extremos.

II. FILIACIÓN

Interpuesta por el presunto padre biológico una demanda de reclamación de paternidad no matrimonial, si la madre del menor está de acuerdo con el suplico de la demanda ¿puede allanarse y solicitar la no imposición de costas?

Aunque en esta clase de procedimientos el allanamiento no tendrá la eficacia que con carácter general le atribuye el artículo 21 de la LEC, nada impide que la madre reconozca como ciertos los hechos que se contienen en la demanda y en los que se sustenta la acción de reclamación de la

paternidad. No obstante, ello no impedirá que continúe el procedimiento para que se practiquen las pruebas que bien el Ministerio Fiscal o el Tribunal estimen oportunas. La no oposición de la madre a la acción de reclamación de paternidad sí suele ser motivo para la no imposición de las costas.

III. CUESTIONES PROCESALES

La madre de un integrante de una pareja de hecho ha interpuesto una demanda de juicio de desahucio por precario reclamando la posesión del inmueble tras haber salido su hijo del domicilio al ejecutarse las medidas provisionales. La conviviente de hecho se ha opuesto a la demanda de desahucio alegando litispendencia con el procedimiento de adopción de medidas paterno filiales donde está pendiente de decisión la atribución definitiva del uso de la vivienda. ¿Puede tener éxito esta causa de oposición?

No existe litispendencia entre el desahucio por precario y el procedimiento sobre la ruptura de la pareja *more uxorio* en la que ambos convivientes disputan el uso de la vivienda en función de su vinculación a la custodia de un hijo menor. En el proceso de desahucio, el debate se entabla entre la actora, copropietaria de la vivienda, y quien la ocupa en virtud de una provisional atribución judicial. En el procedimiento de fijación de medidas paterno filiales la madre del conviviente de hecho no es parte.

IV. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

En el procedimiento de separación se otorgó el uso de la vivienda familiar a la esposa, quien ha venido ocupándola hasta la liquidación de la sociedad conyugal. En el momento de realizar el inventario pretende el ex esposo que se incluya una partida de activo consistente en un crédito de la sociedad de gananciales frente a ella por la utilización en exclusiva del inmueble ¿Puede tener amparo esta petición?

No. La atribución de uso de la vivienda familiar a favor de la ex esposa no puede dar lugar a una deuda pues aquella utilización está basada en el artículo 96 del CC que otorga un derecho de uso que, de forma reiterada entiende la jurisprudencia, no es evaluable económicamente.

V. PENSIÓN ALIMENTICIA

El hijo mayor de edad se encuentra cursando estudios universitarios en la capital de provincia trasladándose al domicilio familiar en el que convive la madre únicamente en períodos de vacaciones. Le ha sido concedida una beca en cuantía de 5.500 euros anuales. ¿Justifica esta circunstancia una reducción de la pensión alimenticia?

Las resoluciones de los juzgados y tribunales que se han pronunciado sobre esta cuestión centran su punto de mira en la capacidad económica del padre, dado que si ésta es alta, ninguna trascendencia modificativa tiene la percepción de la beca. Sin embargo, cuando el padre recibe escasos ingresos se opta por reducir la cuantía de la pensión alimenticia, debiendo tenerse en cuenta, además, que la escasa convivencia con la madre motiva que ésta tenga también que hacer alguna aportación económica para cubrir las necesidades del hijo, siem-

pre claro está, que cuente con ingresos propios suficientes.

VI. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Si la oposición a la ejecución por impago de pensiones alimenticias se estima parcialmente y sólo se reduce la deuda reclamada en una pequeña cantidad, ¿qué pronunciamiento procede en cuanto a las costas?

Cuando la estimación de la oposición no es sustancial en relación con la totalidad de lo reclamado puede aplicarse la teoría del cuasi-vencimiento objetivo y condenar en costas al ejecutado.

VII. CUESTIONES PROCESALES

No pudiendo practicarse la ratificación del equipo psicosocial en el acto del juicio al no estar concluido el informe, finalizado éste, se dio traslado a las partes para que por escrito lo valorasen, y transcurrido dicho plazo el juzgado dictó sentencia. La parte demandada solicita la nulidad de actuaciones al no haberse convocado a vista para la ratificación del informe. ¿Es causa de nulidad esta circunstancia?

No procede declarar la nulidad de actuaciones por no haber señalado vista el Juzgado tras la emisión del informe por el equipo técnico habida cuenta que el artículo 346 de la LEC indica que «El tribunal podrá acordar, en todo caso, mediante providencia, que considera necesaria la presencia del perito en el juicio o la vista para comprender y valorar mejor el dictamen realizado».

VIII. PENSIÓN COMPENSATORIA

La sentencia de instancia acordó la extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital solicitando el ex esposo

que aquélla produzca sus efectos desde la fecha de presentación de la demanda. ¿Puede accederse a esta petición?

En materia de efectos en cuanto a la extinción de la pensión compensatoria, es criterio general que al precisar de una declaración judicial su establecimiento, ese mismo carácter constitutivo ha de tener su extinción, sin que quepa admitir, salvo supuestos excepcionales en que quede suficientemente justificada tal previsión, la eficacia retroactiva, siendo la fecha de extinción la de la sentencia recaída en primera instancia.

IX. RÉGIMEN DE VISITAS

Si el progenitor custodio pide al juzgado la suspensión del régimen de visitas en base a unos hechos infundados, con independencia de que se desestime dicha petición y se le impongan las costas ¿puede solicitarse algún otro tipo de sanción?

El artículo 247 LEC previene que los intervinientes en todo tipo de procesos deben ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe, y añade que los tribunales rechazarán fundadamente las pretensiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal, y si estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerles, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de 180 a 6.000 €.

Se desarrolla así, en el ámbito del proceso, el principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos que proclama, con carácter general, el artículo 7 del Código Civil, que excluye del amparo legal del abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. En consecuencia, podría solicitarse la imposición de una multa

X. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Teniendo el ejecutado el domicilio en Getafe, interpone el Abogado del Estado la demanda de ejecución ante los Juzgados de Madrid alegando que es de aplicación lo establecido en el artículo 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre. ¿Lleva razón el Abogado del Estado o la competencia es de los Juzgados de Getafe?

La circunstancia de que el Abogado del Estado sea el que presenta la demanda de ejecución de sentencia extranjera no conlleva que, por aplicación del artículo 15 de la Ley 52/1997 de 27 de noviembre, la competencia deba ser de los juzgados de la capital de provincia, dado que el Estado no es parte interesada actuando aquél en representación de un particular.

XI. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

En el acto de formación de inventario el esposo pretende incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales los importes de los impuestos de circulación de distintos años, tasas de la ITV y seguro del vehículo. La esposa se opone a ello alegando que aquél es el único usuario del vehículo y que por tanto debe asumir el pago de tales gastos. ¿Lleva razón la esposa?

En efecto, es criterio jurisprudencial que estos gastos deben afrontarse por el usuario del vehículo (así, por ejemplo, las sentencias de la AP Valencia, Sec. 10.^a, de 10 de febrero y 7 de marzo de 2005).

XII. PENSIÓN ALIMENTICIA

Se da la circunstancia de que ni en la Sentencia dictada por el Juzgado ni en la dictada por la Audiencia Provincial se fijó índice alguno de actualización para la pensión alimenticia, no habiéndose solici-

tado por la parte beneficiaria aclaración alguna a dichas sentencias. Transcurridos tres años desde la última sentencia surge la duda de si la actualización de la pensión debe solicitarse por vía de modificación de medidas o en ejecución de sentencia.

Teniendo en cuenta que no se ha producido ningún cambio de circunstancias, la solución jurídica parece apuntar a la ejecución de sentencia. Éste es el criterio generalizado entre los juzgados y tribunales dado que el artículo 91 del CC da cobertura legal a esta petición en esta fase procesal.

XIII. FILIACIÓN

¿Puede acumularse a la acción de reclamación de paternidad la acción de división judicial de la herencia?

No. Ambas acciones se tramitan por procedimientos de distinta clase por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 73.1.1.ª de la LEC.

XIV. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Solicitada por la parte ejecutada la celebración de vistas en el incidente de oposición a la ejecución y la práctica de pruebas, el juzgado, después de recibir el escrito impugnando la oposición a la ejecución, dicta auto resolviendo la cuestión. ¿Existe base para solicitar la declaración de nulidad de actuaciones?

La petición del ejecutado sobre celebración de vista no resultaba ajena a la normativa reguladora del procedimiento de ejecución, habida cuenta que dicho acto procesal viene contemplado en el artículo 560 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ello sin perjuicio de no ser vinculante. Pero efectuada la petición el tribunal deberá resolver su procedencia, accediendo a la misma tan sólo si los documentos aportados re-

sultan insuficientes para la final resolución del conflicto suscitado.

En consecuencia, y no habiéndose dado respuesta a una petición sobre actuaciones procesales que, de otro lado y en atención a los términos en que quedó configurado el debate litigioso, no pueden, en principio, calificarse de absolutamente inocuas de cara a la final decisión de la problemática de fondo suscitada, procede declarar la nulidad de los Autos apelados, debiendo el Juzgado pronunciarse expresamente sobre la celebración de la vista interesada por el ejecutado y, en su caso, y dentro de dicho acto procesal, acerca de la pertinencia de los medios de prueba que pudieran proponer una y otra parte, resolviendo posteriormente, y conforme a derecho, sobre la oposición formulada.

XV. GASTOS EXTRAORDINARIOS

El progenitor custodio reclama al otro una determinada cantidad en concepto de gastos extraordinarios conforme a lo pactado en el convenio regulador en el que se indicó que «El padre, además del pago de la pensión alimenticia, abonaría el 50% de los gastos extraordinarios». El padre se opone a dicha petición alegando que no dio su consentimiento a la realización del gasto. ¿Puede estimarse esta causa de oposición?

La falta de consentimiento esgrimida por la parte apelante no puede acogerse, ya que el consentimiento del demandado no está previsto en el convenio como exigencia para el abono al 50% de los gastos extraordinarios.

XVI. CUESTIONES PROCESALES

¿Si la madre y el hijo residen en nuestro país, tienen jurisdicción los tribunales españoles para conocer del procedimiento de

modificación de medidas de una sentencia dictada por un tribunal extranjero?

Si el domicilio habitual tanto de la madre como del hijo está en España, son de aplicación los artículos 3 y 8 del Reglamento Comunitario 2201/2003 y, por tanto, los tribunales españoles tienen competencia internacional para tramitar la demanda de modificación de medidas, debiendo tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que el procedimiento de modificación de medidas es un procedimiento independiente del anterior en el que se acordaron las medidas.

XVII. PENSIÓN ALIMENTICIA

¿Es procedente fijar una limitación temporal a la pensión alimenticia del hijo que con 22 años se encuentra cursando tercero de carrera?

Si se acredita que el hijo no sufre un retraso excesivo en la finalización de los estudios universitarios, los tribunales se muestran partidarios de no limitar temporalmente la pensión. Otra cuestión distinta es la que se presenta cuando el hijo de veintiséis o veintisiete años no ha finalizado aún la carrera, decantándose algunos tribunales por limitar la pensión alimenticia a unos años.

XVIII. VIVIENDA FAMILIAR

Si constante el matrimonio el esposo concertó un contrato de arrendamiento con un tercero y con el tiempo fallece ¿tiene carácter ganancial el contrato y por lo tanto no es precisa la subrogación de la viuda prevista en la LAU?

La participación del cónyuge que no suscribió el contrato en la titularidad del arrendamiento se hace siempre por el mecanismo de la cesión *inter vivos* o *mortis causa*, esto es, deriva de la convivencia y no de la ganancialidad. Por consiguiente,

es necesario que la viuda, dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento, se subroge en legal forma en el contrato de arrendamiento. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de abril de 2009 zanjó en este sentido la polémica doctrinal y jurisprudencial que existía al respecto.

XIX. FILIACIÓN

El hijo mayor de edad, teniendo conocimiento de quién era su padre biológico, esperó a su fallecimiento e interpuso la demanda de reclamación de paternidad contra sus herederos, alegando estos últimos que sólo se persigue un móvil económico en la reclamación. ¿Puede considerarse esta conducta un ejercicio antisocial del derecho?

No. Por mucho que pueda cuestionarse esta tardanza en el ejercicio de la acción, esta circunstancia no tiene ninguna consecuencia práctica a efectos de la estimación de la demanda.

XX. GASTOS EXTRAORDINARIOS

La celebración de la primera comunión suele venir acompañada de una serie de gastos que en ocasiones son de cierta importancia. ¿Qué régimen de pago deben tener estos gastos?

No cabe duda de que se tratan de gastos extraordinarios pues se generan por un evento que se celebra una sola vez. La cuestión controvertida se centra en determinar, a falta de acuerdo entre los progenitores, qué gastos deben ser compartidos por ambos o en solitario por cada uno de ellos. El criterio jurisprudencial más extendido es partidario de que los de compra del traje de comunión sean abonados por ambos progenitores por mitad. El reportaje fotográfico, si no es de elevada cuantía, también se trata de un gasto repercutible a ambos progenitores, si

bien existen resoluciones que han acordado que, por el elevado importe, se considera totalmente injustificado y han desestimado la reclamación que se hace al progenitor no custodio. Por último, los gastos del banquete, si no se celebra conjuntamente, deben ser abonados exclusivamente por el progenitor que lo organiza, ya que lo normal es que cada uno de ellos celebre separadamente el evento aunque en fechas distintas.

XXI. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

En el acto de la formación de inventario, después de ratificarse la parte actora en la propuesta que realizó con su escrito inicial, el demandado presentó su propuesta de inventario acordándose por el Secretario Judicial citar a las partes a vista al comprobar que existían discrepancias entre ambas propuestas. ¿Es correcta esta decisión?

No. Formulada propuesta de inventario por la parte demandada, debe darse traslado a la parte actora para que se pronuncie sobre la inclusión o exclusión de los bie-

nes y deudas que propone el demandado, para que, de esta forma, el Secretario judicial determine con claridad en qué partidas existe discrepancia y en cuáles acuerdo. En un supuesto análogo, la AP de Valencia, Sec. 10.^a, en su auto de 12 de enero de 2010 declaró la nulidad de actuaciones.

XXII. CUESTIONES PROCESALES

En el mismo día en el que se presentó la solicitud de medidas provisionales previas se instó también la demanda de divorcio. ¿Puede admitirse a trámite la solicitud de medidas provisionales previas?

En principio, aplicando literalmente lo establecido en el artículo 771 de la LEC, la solicitud de medidas provisionales previas no podría ser admitida dado que ya se está tramitando el procedimiento de divorcio. Sin embargo, teniendo en cuenta que el contenido de las medidas previas es el mismo que el de las medidas provisionales o coetáneas, sí que podrá admitirse la solicitud, pero como medidas provisionales coetáneas previstas en el artículo 173 de la LEC.

Revista de

Derecho de Familia

TRIBUNA ABIERTA

LA IDENTIDAD GENÉTICA Y LA INTIMIDAD: UN CONFLICTO DE DERECHOS

Aurelia María ROMERO COLOMA

Abogado

En el seno del Derecho de Familia —aunque con implicaciones en otras ramas del Ordenamiento Jurídico—, no cabe duda que uno de los temas más candentes y apasionantes, así como polémicos, que hay planteados en la actualidad, es, sin lugar a dudas, el referido al derecho a la identidad genética y sus conflictos, inevitables, con otros derechos, especialmente con el derecho a la intimidad.

En este trabajo, voy a plantear la cuestión de si el derecho a la identidad genética ha de prevalecer, o no, frente al derecho a la intimidad.

En primer lugar, cabe preguntarse si existe, efectivamente, un derecho a la identidad genética, es decir, un derecho del hijo a conocer quién es su padre —y su madre—, un derecho a conocer su origen biológico, y ello frente a la problemática que genera el anonimato de los donantes (cuando nos encontramos con hijos nacidos como consecuencia del empleo de técnicas de reproducción humana asistida).

Agustín ROMERO PAREJA puso de manifiesto, a este respecto, que el acceso al conocimiento de la auténtica y verdadera identidad de la persona es un proceso que se desarrolla y regula por medio del principio de veracidad biológica, principio que ha sido acogido, de manera expresa, en los países anglosajones, como Alemania, así como en la Constitución suiza y en nuestro propio Ordenamiento Jurídico —si bien con limitaciones o, quizá, cabría hablar de límites a este fundamental derecho—. En los Países Bajos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1994 aceptó el derecho del niño a su personalidad, comprensivo, entre otros derechos, al de conocer la identidad de sus padres biológicos.

El país vecino, Francia, promulgó la Ley número 1993, de 22 de enero de 2002, relativa al acceso a los orígenes de las personas, por la que se creó un Consejo Nacional para la Búsqueda de los Orígenes Personales.

Por lo que respecta a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, existe un importante bloque de Sentencias, pero, para resumir, hay que destacar la dictada el 20 de febrero de 2003, en el llamado asunto o caso Odièvre, así como la Sentencia Marchx. En esta última Sentencia, el Tribunal recuerda la protección que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos concedió al derecho a la identidad, al desarrollo personal y a entablar y desarrollar relaciones con los semejantes y el mundo exterior. Y se afirmó algo muy importante por lo que a nuestro tema respecta: que el interés vital, protegido por el Convenio, es obtener las informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad en un aspecto tan importante —yo diría tan vital— como lo es la identidad de los progenitores.

De lo que se trata, en definitiva, es de que el hijo conozca su historia personal —su biografía y sus antecedentes— y, para adquirir ese conocimiento, obvio resulta afirmar que necesita saber quiénes son sus progenitores, la identidad de éstos, pues fueron ellos los que le dieron la vida y son los que, en consecuencia, constituyen los cimientos de esa historia personal, su base, su fundamento.

Desde el punto de vista constitucional, hay algunos preceptos en nuestra Carta Magna que se pueden aducir como fundamento de este derecho a la identidad genética. En primer lugar, citemos el artículo 10, que, a modo de pórtico del Texto Constitucional, está referido a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad. Es evidente que una persona que no conozca sus orígenes genéticos mal podrá desarrollarse como persona y mal podrá expandirse su personalidad, aún en crecimiento mientras el menor no ha adquirido la plena capacidad.

El artículo 15 de la Constitución también entronca con el derecho a la identidad genética, ya que está dedicado al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Obviamente, será la integridad psíquica la que entra en juego por lo que respecta a este tema.

El artículo 39.2 del Texto Constitucional establece que los poderes públicos han de asegurar la protección integral de los hijos, siendo éstos iguales ante la Ley, con independencia de su filiación —y de las técnicas por las que vienen al mundo, cuando se trata de reproducción humana asistida, cabría añadir—, posibilitando, además, según el Texto Constitucional, la Ley la investigación de la paternidad. Este último inciso quiere decir, a mi juicio, que la Ley ha de proporcionar a todos los hijos —sin excepciones, porque, si hubiera excepciones, el propio Texto de la Constitución debería hacer hincapié en esas excepciones— la posibilidad de conocer quién es su padre (y su madre), o sea, la posibilidad de acceder a sus datos genéticos, conforme a su derecho a la identidad genética.

Y el apartado 4 del artículo 39, ya citado anteriormente, afirma que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos».

Veamos ahora cómo la Ley de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LRHA), puede pugnar con el derecho a la identidad genética, planteando un conflicto de derechos que corresponde al jurista resolver.

*IDENTIDAD GENÉTICA Y LEY DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: La LRHA, del año 1988, plantea unos conflictos importantes.

En primer lugar, es obligado referirse al tema del secreto en la donación de gametos y embriones. ROMEO CASABONA puso de relieve que la usuaria de las técnicas de reproducción asistida no puede elegir al donante, ni aportar tampoco su propio donante, salvo en el supuesto de la donación de semen, siempre y cuando alegue la situación de pareja con el varón donante y éste asuma tal condición efectiva, así como las obligaciones —legales— de paternidad que le correspondan.

La inconstitucionalidad del anonimato en la donación de gametos ha sido ratificada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LRHA.

Según la Sentencia citada, dicho anonimato responde a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y embriones susceptibles de ser utilizados en las TRHA orientadas a

finés terapéuticos y a combatir la esterilidad humana, con el derecho a la intimidad de los donantes, lo que, según criterios del Alto Tribunal, contribuye a favorecer el acceso a estas técnicas y a evitar las dificultades de conseguir el material genético para llevarlas a cabo. Pero, en el supuesto que entró a resolver el Tribunal Constitucional, en relación con esta Sentencia, no era deseo de las interesadas —hermanas— preservar, entre sí, el derecho a la intimidad sobre dicha cuestión. Es decir, la hermana fértil renunciaba, de antemano, a permanecer en el anonimato, como donante de ovocitos, frente a su hermana infértil.

Según la Sentencia, la Constitución hace al legislador un mandato, en el sentido de que se ha de posibilitar la investigación de la paternidad, pero ello no supone, ni conlleva, que exista un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso, y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de progenitor. Es decir, a mi juicio, lo que en un texto —la Constitución, artículo 39— se dice que se haga, se desdice en según qué circunstancias y según qué causas que justifiquen esa decisión —negativa— en relación con la paternidad y con la identidad genética del hijo.

La cuestión del anonimato del donante y su posible inconstitucionalidad es uno de los temas más complejos y debatidos que plantea la reproducción humana asistida.

Un amplio sector doctrinal —al que me he adherido desde hace tiempo— entiende que el establecimiento del anonimato del donante atenta, efectivamente, contra el principio de verdad biológica y el derecho de toda persona de conocer su origen, incardinado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En el artículo 2.5 de la Ley de Reproducción Humana Asistida, se impone al Médico el estricto secreto de la identidad de los donantes, añadiendo el artículo 5.5 que «la donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes».

«Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a la receptora de los gametos».

«Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto (...) Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante».

La doctrina ha adoptado dos teorías, contrapuestas, en torno a la posible inconstitucionalidad del donante en la Ley de Reproducción Humana Asistida: 1.^a considerar inconstitucional la disposición del anonimato: en esta postura se sitúa PANTALEÓN PRIETO, afirmando que el precepto citado conculca los siguientes artículos de la Constitución: el artículo 39.2, que impone el denominado principio de «verdad biológica» en materia de filiación, así como que el negar a unos hijos la posibilidad de conocer su filiación biológica frente a otros, atenta contra el derecho a la igualdad establecido en el artículo 14 de la propia Constitución.

Este planteamiento adoptado por PANTALEÓN PRIETO no es, sin embargo, correcto, a mi juicio, ya que el Tribunal Constitucional se ha encargado de poner de manifiesto,

en reiteradas ocasiones, que no afecta a la igualdad el hecho de que existan tratamientos distintos para situaciones distintas, siempre que la distinción esté justificada y no sea meramente arbitraria, irrazonable o caprichosa (Sentencias del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 1986 y 24 de julio de 1984, entre otras).

- El artículo 10 de la Constitución, ya que degrada al hijo a la condición de objeto, atentando contra su dignidad, al ocultarle a su padre de modo sistemático, sin justificación alguna. Reconduce la inconstitucionalidad al derecho a conocer el propio origen.
- El artículo 15, ya que la revelación del donante –en punto al derecho a la vida y a la integridad física y/o psíquica– puede resultar necesaria para proteger dichos bienes, y no sólo la vida del nacido, único caso permitido por el artículo 5.5 de la citada Ley.
- El artículo 39.3, que impone el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos, sobre todo en aquellos casos en que la pareja de la receptora no aceptase la procreación, lo que también podría conculcar el principio de la igualdad constitucional.

2.^a teoría que admite la constitucionalidad de la disposición: es la tesis mantenida, entre otros, por José Luis LACRUZ BERDEJO, al entender que el legislador constitucional no se planteó la existencia de estas técnicas de reproducción humana asistida, pensando, en cambio, en todo momento, en la cópula natural, concluyendo que es lógico admitir un trato diferenciado de ellas, dada la nula relevancia de la voluntad del donante en la elección de la usuaria.

Según CARBAJO GONZÁLEZ, nos encontramos ante una nueva realidad jurídica, regida por principios y normas propias distintas de la filiación convencional, lo que parece contradecir su postura contraria al anonimato basándose en los preceptos de esa materia distinta.

BERCOVITZ defiende también el anonimato, tomando como fundamento que la generalización de estas técnicas se basa, precisamente, y de modo necesario, en dicho anonimato, entendiendo que existe base suficiente para defender una interpretación en la que dicha investigación quede limitada a los supuestos de fecundación natural, pues, para este jurista, en los casos de reproducción humana asistida, no se puede hablar de verdadera paternidad.

Por su parte, RIVERO HERNÁNDEZ parte, igualmente, de la existencia de una categoría jurídica diferente, distinta, enfrentando padres por naturaleza a padres civiles, aunque este autor se muestra más tarde rotundamente en contra del anonimato, en base al derecho del hijo a conocer su origen biológico, en cuanto manifestación del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad. Este jurista, sin embargo, paradójicamente, rechaza el derecho del donante a conocer la identidad del hijo. Pero estimo que tan negativo y perjudicial puede ser que el hijo no conozca quién es su padre biológico, cuanto que el progenitor no pueda acceder al conocimiento de quién es su hijo biológico.

Otros autores, como YEDÓ LLAGÜE, parten de la base de que el principio de veracidad biológica debe ceder ante la inmunidad jurídico-familiar, debiendo facilitarse al hijo mayor de edad conocer la identidad genotípica de su progenitor y, con el consentimiento de éste, su propia personalidad.

El artículo 5.5 de la Ley citada atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción artificial, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que, según la propia Sentencia comentada, garantiza el conocimiento de los factores, o elementos, genéticos, y de otra índole de su progenitor.

Cabe plantearse si, desde este punto de vista, queda, con esta regulación salvaguardado el derecho de los hijos nacidos en estas condiciones —especiales— a su identidad genética, si por tal concepto se entiende el poder acceder a conocer a sus progenitores (o progenitor), o sea, a los donantes de gametos.

A mi juicio, ni la Ley de Reproducción Humana Asistida, ni la Sentencia, citada anteriormente, garantizan la protección y el respeto a este fundamental derecho a la identidad genética del hijo que quiere conocer a su padre, saber quién es, ni del progenitor que quiere conocer a su hijo. Recordemos, en este sentido, las dos facetas que estimo que debe tener el derecho a la identidad genética.

La Sentencia del Tribunal Constitucional citada anteriormente afirmó, en cambio, que la regulación, al preservar la identidad de los donantes, no ocasionaba consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produzca una desprotección de éstos.

Esta misma Sentencia aludió al derecho a la intimidad, derecho que, desde mi punto de vista, es el que queda protegido —y prevalece— por encima del derecho a la identidad genética, al menos en el marco de estas técnicas de reproducción humana asistida e igual se puede decir del ámbito de las adopciones, si bien este último tema merecería, por sí solo, un comentario aparte y detenido.

Hay que resaltar que el anonimato del donante no sólo se defiende en nuestro país. Otras legislaciones lo tienen establecido. Por ejemplo, en Italia, los Tribunales —Sentencia del Tribunal de Menores de Turín de 4 de febrero de 1986— y algunos autores, como LIPARI, han entendido que los intereses de las parejas que acuden a este tipo de técnicas son de tal categoría que ponen fuera de juego el interés del hijo para indagar sobre su padre biológico.

En Suecia, la Ley mantiene la no publicidad de la forma de nacimiento, pero permite al hijo, siempre que éste haya alcanzado madurez suficiente, el acceso a la identidad del donante de esperma.

Cabe citar una tercera tesis a la que me refiero a continuación:

3.^a teoría de carácter limitado, que se funda en el derecho de toda persona a la salud, fundándose en los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución, y reconoce la posibilidad de conocer los datos genotípicos del donante, entendiendo algunos autores que el derecho a conocer el propio origen podría incluir los datos psíquicos y caracteriológicos, al formar éstos parte de la identidad personal, si bien manteniendo el anonimato del donante, a no ser que se cuente con el consentimiento de éste y se necesite por circunstancias graves.

El carácter secreto de la donación de gametos y embriones ha suscitado, lógicamente, diversas críticas y posturas enfrentadas. Según Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, hay que cuestionarse la constitucionalidad del anonimato del donante, por cuanto impide, fuera de

supuestos excepcionales, conocer su origen genético a los hijos nacidos por este procedimiento, o sea, les impide conocer la verdad biológica, lo que constituye, a juicio de esta autora —juicio con el que estoy plenamente de acuerdo— una vulneración de un derecho inherente a la dignidad personal, entendida esta última en los términos reconocidos por el Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y la biomedicina, Convenio que fue firmado por España el 4 de abril de 1997. El artículo 1 de este Convenio estableció que «las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Cada parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio».

Me interesa destacar, a la vista de este artículo del Convenio, cómo queda protegida la persona que desee conocer su identidad biológica, que desea, con necesidad imperiosa, saber quiénes son sus progenitores. Recordemos que el conocer los orígenes biológicos puede constituirse en una obsesión, afectando a la psique humana e impidiendo que el ser humano, en estas condiciones, sea verdaderamente feliz y desarrolle una vida plena y sin traumas.

Y, sin embargo, es curioso que la Ley de Reproducción Humana Asistida afirme, en contrapartida, proteger los derechos humanos y la dignidad de la persona. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de las donaciones entre hermanas gemelas univitelinas. El acuerdo de donación de ovocitos entre hermanas gemelas univitelinas no es factible legalmente, por cuanto quiebra el secreto de la identidad del donante, y constituye, asimismo, una infracción administrativa grave, dando incluso lugar a posibles responsabilidades de carácter penal y civil. E incluso si pensamos en el derecho a la reproducción humana asistida como un derecho al que deberían tener acceso todas las personas, podría quedar conculcado, ya que, pudiendo ocurrir que la hermana fértil fuera la donante ideal de la hermana infértil, quedaría, sin embargo, descartada esa posibilidad de realizar la donación por la existencia de la obligación legal de respetar el secreto de la identidad de los donantes.

Creo que es evidente que la Ley de Reproducción Humana Asistida debería dar un cauce, y una oportunidad, para que los supuestos de donación entre familiares tuvieran una previsión específica y se resolvieran de forma satisfactoria para las partes afectadas, de un modo similar, quizá, a lo que se hace en el ámbito de los trasplantes de órganos entre familiares, cuando el donante está vivo, existiendo la dispensa del deber de confidencialidad entre los directamente afectados.

Sin embargo, como puede observarse, no se ha legislado en este sentido y los resultados de esta ausencia de legislación al respecto genera, como hemos podido comprobar, resultados absurdos, sin sentido, lo cual podría haber sido previsto y evitado.

Es interesante destacar, al hilo de lo expuesto, que, a propósito de esta Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, de 17 de junio de 1999, es muy interesante el Voto Particular formulado por el Magistrado Manuel JIMÉNEZ DE PARGA, manifestando su discrepancia en relación con la clase o tipo de Ley que ha de regular, con estricto criterio constitucional, aquello que, de una manera directa y esencialmente, afecte a la dignidad de la persona, valor jurídico fundamental, con los derechos inviolables inherentes a ella, entendiendo, con toda rotundidad, que la ley recurrida es inconstitucional.

Este Magistrado hizo referencia, efectivamente, a la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, en la que se declaró lo siguiente: «Nuestra Constitución ha elevado (...) a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) y los derechos a la integridad física y moral (artículo 15), a la libertad de ideas y creencias (artículo 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1). Del sentido de estos preceptos —yo diría, más bien, de la armonización de unos preceptos con otros— puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás...».

La Sentencia mencionada concluye afirmando que «la dignidad está reconocida a todas las personas, con carácter general...».

Desde mi punto de vista, estimo que el error en la Ley citada proviene de legislar sobre materias en las que están directamente, e inmediatamente, afectados derechos fundamentales de la persona, sin que el legislador tome conciencia, auténtica, de ello y de que no es factible —ni oportuno— jugar con esos derechos fundamentales en aras de otros posibles derechos, como puede serlo el derecho a la procreación humana. Tengamos en cuenta que el marco de los derechos fundamentales, en el que debe encontrarse inmerso el derecho a la identidad genética, entronca directamente con toda la materia referida a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de su personalidad. Esto es imprescindible no olvidarlo y es, precisamente, lo que muchas veces no se tiene en cuenta a la hora de legislar en materias y en cuestiones de gran calado.

La existencia de donantes de gametos y preembriones aparece reconocida en la Ley de Reproducción Humana Asistida y, concretamente, como ya ha quedado expuesto, en su artículo 5. A estos donantes no se les va a atribuir responsabilidad alguna por el hecho de ser «progenitores», es decir, son las personas que aportan únicamente su material genético, contribuyendo, con ello, y solamente a este fin, a crear nuevos seres humanos, nuevas personas. Carecen, por tanto, de las responsabilidades y obligaciones que tienen los progenitores con carácter general, obligaciones que se ponen de relieve en el artículo 154 del Código Civil. Podríamos decir que los aportantes de material genético son unos «progenitores» especiales, que están al margen de la legislación general y, por tanto, al margen también de esas obligaciones que tienen los padres para con sus hijos. Estamos, en consecuencia, ante unos casos especiales, unos supuestos que se salen fuera del marco de la generalidad y, por tanto, para estos supuestos hay que establecer unas normas, pero esas normas han de respetar, igualmente, los derechos fundamentales, no sólo de esos «progenitores», sino de los hijos nacidos de ellos, en estas circunstancias especiales.

Revista de

Derecho de Familia

**PUBLICACIONES, NOTICIAS
Y DATOS DE INTERÉS**

INICIO DE LA SOLICITUD DE PRUEBAS DE PATERNIDAD PRENATAL: POSIBLE EVOLUCIÓN DE TALES PRÁCTICAS

Jorge A. MARFIL y Pedro GONZÁLEZ POVEDA

Marfil Abogados

Raquel RODRÍGUEZ LÓPEZ

Doctora en medicina

Tal y como se expuso en el artículo de opinión⁽¹⁾ e informe⁽²⁾ sobre el impacto que en el Derecho de Familia pudiera tener la disponibilidad tecnológica de análisis de paternidad prenatal de fetos a partir de la semana 14, hemos corroborado el inicio de dicha actividad analítica y su demanda en procesos de nuestra especialidad. Su utilidad en dicho período prenatal parece evidente como método definitivo para determinar si un hombre es o no el padre de un individuo aún no nacido, y se solicita por quien no desea esperar al momento del nacimiento para determinar la filiación. De su aplicación se deriva poder modificar la filiación surgida a partir del hecho del nacimiento, respecto a como establece el Código Civil quién es el padre, la madre y el hijo, mediante las formas de determinación de la filiación matrimonial (artículos 115 y 116) y de la no matrimonial (artículo 120). La información genética de un nuevo ser, contenida en el ADN, se constituye y permanece desde el momento de la concepción, por lo que los resultados de un análisis genético prenatal son tan seguros y concluyentes como los realizados en nacidos, ahora de manera regular.

Entre los laboratorios de análisis genéticos que actualmente están dispuestos a emitir un informe en este ámbito, algunos incluso ofrecen la realización de las pruebas de paternidad prenatal con ADN fetal obtenido a partir de muestra de sangre materna. El análisis de la muestra de sangre periférica de la gestante contiene su ADN y el del feto, pudiendo compararse con la del presunto/s padre/s biológico/s. Esto supone un avance radical, pues estos análisis prenatales no invasivos —sin riesgo alguno para la mujer embarazada ni para el feto— constituyen una alternativa concluyente a las pruebas prenatales invasoras (como la obtención de líquido amniótico) que sí tienen muy difícil aceptación en el ámbito judicial por el riesgo que suponen para la gestación. A pesar de que continúan sucediéndose los artículos científicos que tratan de asegurarse de si la muestra de sangre de la gestante sirve para analizar genéticamente al feto, parece que ni la discreta fiabilidad técnica, ni la

(1) MARFIL, J.A., y RODRÍGUEZ-LÓPEZ, R., «Witness to the New Prenatal Paternity Tests», *IAML Law Journal, Journal of the International Academy of Matrimonial Lawyers*, Volume 2: Summer 2009.

(2) RODRÍGUEZ LÓPEZ R./MARFIL, J.A., y GONZÁLEZ POVEDA, P., «El Derecho de familia, testigo de las nuevas pruebas de paternidad prenatal», *Revista de Derecho y Genoma Humano-Law and the Human Genome Review*. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco, Bilbao, España. ISBN: 1134-7198, número 30, enero-junio 2009.

regulación existente, limitan el negocio incipiente ni la decisión de las embarazadas de someterse a estos análisis; la motivación es poder tener los resultados en un plazo inferior a una semana. Los laboratorios que comienzan a realizar estudios de paternidad prenatal mediante técnicas no invasivas, advierten de la posible disminución de marcadores genéticos que serán capaces de analizar —atribuido a la dificultad de trabajar sólo con muestra de sangre de la embarazada— y no por ello dejan de indicar que su capacidad para excluir una paternidad es del 100% (siendo estos casos realmente mucho más sencillos de demostrar) y de asegurar una inclusión con más del 99% de fiabilidad (hecho mucho más discutible). Todo ello será ampliamente desarrollado en el próximo número de la *Revista de Derecho de Familia* de Lex Nova, en el que se incluirá el primer caso que conocemos de exclusión de paternidad prenatal dentro de una pareja, resuelto ya en Estados Unidos y respecto al que hemos sido consultados.

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,50
1998	5,50
1999	4,25
2000	4,25
2001	5,50
2002	4,25
2003	4,25
2004	3,75
2005	4
2006	4
2007	5
2008	5,50
2009 (desde el 1-I hasta el 31-III)	5,50
2009 (desde el 1-IV hasta el 31-XII)	4
2010	4

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2010

21,11 euros/día o 633,30 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			

**TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)**

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.107,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

**TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCIBEN INGRESOS)**

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de

Derecho de Familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

La decisión de aplicar el Derecho español es correcta máxime cuando no se invoca por la parte apelante que las normas patrias que regulan el divorcio sean contrarias al orden público peruano. La parte apelante critica la pasividad de la parte actora en relación con la prueba del Derecho peruano, pero también podría haber sido probado por esta parte que en primera instancia pedía igual que la actora que se acordara el divorcio.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2010]

No se han cumplido las exigencias probatorias necesarias para la aplicación del Derecho argentino del que sólo obra en autos unas copias extraídas de Internet de la Ley argentina núm. 23515 de Divorcio Vincular y, aun en el caso de entender aplicable esa legislación argentina, cosa que no se hace, dicha legislación nos remitiría al Derecho español, pues señala el artículo 164 que: la disolución del matrimonio se rige por la ley del último domicilio de los cónyuges, esto es, la Ley española, por ser España el lugar del último domicilio.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2010]

PATRIA POTESTAD

Habiendo transcurrido sólo un año y cuatro meses desde que el padre dejó de asistir a sus hijos, se considera más prudente no privarle de la patria potestad pero sí otorgar el ejercicio exclusivo a la madre.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 6 de julio de 2010]

La decisión unilateral de la madre de cambiar a su hija menor de colegio, lo fue sin causa justificada, toda vez que no obedeció a razones serias y fundadas. Sólo se aporta un contrato de trabajo de la madre de un mes de duración y a tiempo parcial, suscrito, además, con posterioridad al cambio de colegio de la niña por lo que se acuerda requerir a la madre para que de forma inmediata vuelva a escolarizar a la menor en el colegio al que ha venido acudiendo hasta que se produjeron los hechos que han dado lugar al presente recurso.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Auto de 3 de junio de 2010]

Una mera alegación de ruptura del matrimonio por existencia de malos tratos continuados en el ámbito familiar no es base suficiente para decretar la privación de la patria potestad.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2010]

Se acuerda la privación de la patria potestad ya que hasta este momento ha sido total la despreocupación, en todos los ámbitos, del padre respecto de la menor, con la que no ha tenido comunicación alguna, ni ha colaborado con la prestación alimenticia, o de cualquier

otro orden que en cada momento haya podido necesitar la menor, que cuenta ya con nueve años de edad, quien actualmente carece de la referencia paterna, en todos los ámbitos, con ausencia total de la función, los derechos y los deberes, que correspondía a la figura paterna y que se derivan de la institución hoy analizada.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2010]

Se declara la nulidad de la providencia que admitió a trámite el recurso de apelación contra el auto que atribuyó a la madre la facultad de decidir el centro escolar ya que dicha resolución, de conformidad con lo establecido en el artículo 156 del CC, no admite recurso alguno.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 7 de mayo de 2010]

GUARDA Y CUSTODIA

Se acuerda el cambio de custodia a favor del padre al detectarse una desatención continuada por parte de la progenitora guardadora que se apreciaba por la tristeza y desaliño personal de la hija, absentismo escolar importante sin justificar y retraso escolar.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de julio de 2010]

Se valora decisivamente el insistente deseo del hijo menor (siete años) de convivir con su padre en Málaga, por lo que se acuerda el cambio de custodia que en el convenio regulador se atribuyó a la madre quien poco después trasladó su residencia a Bilbao.

[AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 1 de julio de 2010]

Aunque el menor hasta entonces hubiera estado bien cuidado y feliz con la madre, el hecho que sea pequeño —cuenta ya con cinco años de edad— no debe ser óbice para una custodia compartida recomendada tanto por el equipo técnico como por el Ministerio Fiscal.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de junio de 2010]

La pauta de no separar a los hermanos, además de no constituir un mandato rígido e imperativo, sino simplemente un principio más a tener en cuenta en la adopción de esta clase de medidas, queda suficientemente satisfecha mediante el régimen de visitas establecido, haciendo coincidir a ambas hermanas con el progenitor no custodio de tal modo que, en la práctica, al permanecer unidas durante su tiempo de ocio, pueden seguir manteniendo una estrecha vinculación acorde con la previsión legal.

[AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de junio de 2010]

No se acuerda la custodia compartida dado que los padres tienen diferentes estilos educativos y es conveniente para el equilibrio emocional de las menores que éstos consensúen las reglas, normas y límites que se deben aplicar a las hijas.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2010]

Se acuerda el cambio de custodia a favor del padre dado que se ha detectado que las hijas tienen problemas de relación con él haber estado manipuladas por la madre, han cambiado

constantemente de domicilio y el servicio de protección de menores detectó absentismo escolar. Igualmente se sospecha que la madre pueda padecer algún trastorno psicoafectivo que está afectando a su comportamiento y relación con los demás y en especial en la relación con sus hijas, siendo necesario que pueda recibir apoyo médico.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2010]

Se ha privado por ello al menor, sin motivo grave ni justificado, de una relación con el otro progenitor que resultaba fundamental para su desarrollo y formación equilibrados, lo que determina lo correcto de los pronunciamientos contenidos en el Auto recurrido, tanto en lo que concierne a la modificación del sistema de guarda, como en lo relativo a la suspensión temporal de las comunicaciones con la madre, y ello como medio de propiciar la adaptación del menor al entorno paterno.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de mayo de 2010]

Se ha elegido la opción paterna por entender que el padre está en posibilidad de implicarse de un modo completo y adecuado, como lo viene haciendo, en la vida y en el desarrollo integral de los hijos, que implica no solamente el cuidado y las atenciones personales hacia aquellos, sino también el apoyo y la ayuda en las tareas escolares, siendo así que éste cuenta con mayor disponibilidad horaria, por razón de las especiales circunstancias en las que se desarrolla su trabajo, circunstancia esta última que no concurre en la madre, que debe someterse a un horario laboral más rígido, durante las semanas, incluyendo algún fin de semana, en sábado, y una tarde.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2010]

La edad de la menor, que ya ha alcanzado los 13 años, con suficiente desarrollo de su personalidad, y de sus facultades volitivas y cognoscitivas, propias de una adolescente de tal edad, determina que se respete su decisión de querer convivir con su padre, sobre todo cuando este Tribunal no ha apreciado en la exploración practicada, influencias externas de la menor ni falta de consistencia o de justificación del deseo expreso de vivir bajo la compañía de su padre.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2010]

Se deja sin efecto la custodia compartida y se atribuye en exclusiva al padre ya que desde que fue dictada la Sentencia de divorcio el hijo ha venido viviendo con su padre viendo a su madre sólo cuando ella lo llama. Coadyuva a la anterior conclusión que la madre ahora vive con la abuela del menor y que el padre tiene una nueva pareja fruto de la cual ha nacido una hija que asiste al mismo colegio que el menor.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2010]

El padre argumenta que la madre no dispone del tiempo necesario para atender al menor, mientras que él tiene todo el día libre para hacerse cargo de él y de esta manera, no sería necesario que tuviese que acudir a una guardería, pero teniendo en cuenta que la situación de desempleo debe ser transitoria y que el niño siempre ha convivido con la madre, procede desestimar la petición de cambio de custodia.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2010]

La situación de estancia y residencia en Madrid del demandante, con una jornada laboral a tiempo completo, constituye no ya una situación coyuntural o transitoria, sino dotada de cierta consolidación en el tiempo, lo que hace inviable el mantenimiento del sistema de guarda y custodia compartida de las hijas por parte de ambos progenitores, debiendo atribuirse la custodia exclusiva a la madre.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2010]

Se atribuye la custodia al padre dado que a nivel relacional o familiar la mayor disfunción del sistema se encuentra en la relación madre-hijo ya que por una parte intenta establecer con el niño un vínculo simbiótico propio de etapas anteriores (de la etapa de bebé) que denota un apego ansioso, y por otra parte limita el contacto paterno-filial estando ella presente.

Además, en el caso de que se concediera la custodia a la madre es muy probable que no favoreciera el régimen de visitas y que se estrechara aún más un vínculo afectivo que interfiere el desarrollo emocional del niño pudiendo tener consecuencias futuras negativas en su salud mental (autoestima, seguridad en sí mismo, sexualidad).

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 5 de mayo de 2010]

RÉGIMEN DE VISITAS

No es prudente con los 13 años que tiene la hija establecer un régimen flexible de visitas dependiente de su voluntad. Por contra, se considera necesario mantener visitas tasadas no sólo para que la menor evolucione positivamente en su relación paterno-filial y en el entorno paterno creyéndose segura, sino para que no se sienta culpable frente a su madre quien debe procurar la tranquilidad de su hija y su adaptación a la situación actual del padre quien ha formado una nueva familia muy lejos de Palma. El padre también debe intentar que la niña se sienta querida y segura durante sus estancias en Melilla procurándole un ambiente familiar protector.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 26 de julio de 2010]

El régimen de visitas del padre con su hija menor queda suspendido hasta tanto aquél no se encuentre en condiciones de demostrar que ha iniciado un tratamiento de deshabituación con visos de avances efectivos en el alcoholismo que padece.

[AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de julio de 2010]

El período vacacional de verano se redistribuirá, en vez de por mitades de un mes y medio de duración, en períodos de 15 días a disfrutar de forma alterna por cada uno de los progenitores, hasta finalizar dicho período vacacional.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 6 de julio de 2010]

Para evitar motivos de confusión o conflictividad entre los progenitores es preferible que la visita intersemanal de fije en un día concreto a que sea preavisada cada domingo mediante comunicación SMS.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de junio de 2010]

La Juzgadora *a quo* no ha señalado un régimen de visitas futuro, ante el acaecimiento del acceso del demandado a una vivienda en donde desarrollar en la práctica el régimen de visitas, al considerar, en aras de la tutela de los intereses de las menores, que tal cuestión debería dilucidarse en sede de un proceso de modificación de medidas, en donde podrían valorarse las circunstancias entonces concurrentes, y ahora desconocidas, sobre la adecuación de vivienda para el desarrollo de un régimen de pernoctas de las menores con su padre.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2010]

Existiendo sospechas de un trastorno bipolar en el padre se fijan unas visitas restringidas al no haberse practicado en primera instancia ningún informe pericial pudiendo modificarse este régimen en fase de ejecución de sentencia si se acredita que concurren las circunstancias idóneas.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2010]

Se fija un régimen de visitas reducido ya que los menores muestran un abierto rechazo al actual compañero de la madre que viene justificado en un episodio de abuso sexual leve que refirió la mediana de las hijas.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2010]

La teoría de que los niños menores de tres años no deben pernoctar fuera del domicilio materno (pero sí paterno) responde a prejuicios que descansan en la discriminación sexista. Salvo el supuesto de lactancia natural, no así cuando es artificial, debe partirse de la capacidad abstracta de ambos progenitores para cuidar adecuadamente a su descendencia.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2010]

Alegando la existencia de una depresión, solicita el padre la suspensión temporal del régimen de comunicación, suspensión que en este momento no cabe acordar, pues si bien es cierto que resulta de extrema dificultad obligar a un padre a que cumpla con un deber tan elemental, en un principio la relación padre hijos constituye un derecho fundamental de los hijos menores beneficioso para su normal desarrollo y crecimiento, y no se han aportado datos suficientes que justifiquen la suspensión.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2010]

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

No se atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor custodio al carecer de aquel carácter la adquirida por la esposa durante la separación de hecho, no habiéndose acreditado que realmente existiese una reconciliación entre los cónyuges y que habitaran en dicho domicilio.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 20 de julio de 2010]

Los gastos ocasionados por la amortización del préstamo hipotecario constituido para la compra de la vivienda por ambos cónyuges se enmarca en lo que los artículos 90 y 91 del Código Civil denominan cargas del matrimonio, y no dejan de existir porque se haya pro-

ducido el divorcio o nulidad, esto es, la disolución o inexistencia del vínculo matrimonial, debiendo la sentencia acordar sobre tales cargas.

[AP Baleares, Sec. 4.^a, Sentencia de 14 de julio de 2010]

El hecho de que el hijo mayor de edad conviva con la madre en un momento en el que ha concluido por completo su formación y alcanzado respecto de sus progenitores la plena independencia, no determina sin más que el interés necesitado de mayor protección sea el de la esposa, pues aquella opción libremente ejercitada por el hijo no puede redundar en perjuicio del padre menoscabando los derechos dominicales que ostenta sobre el inmueble ganancial.

[AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 4 de junio de 2010]

El hecho de que tras el fallecimiento del esposo, los ingresos de pago de la renta se hagan a nombre de la esposa, no implica que se produjese la subrogación en el contrato ya que en ellos no se hace la más mínima mención a que se abona por subrogación, por lo que faltando la notificación del fallecimiento procede declarar la resolución del contrato de arrendamiento.

[AP Baleares, Sec. 5.^a, Sentencia de 4 de junio de 2010]

En ningún caso procede atribuir el uso del segundo inmueble al esposo, o asignarle renta, pues tales previsiones exceden del marco del Derecho de familia en el que la única atribución de uso que se contempla es la del domicilio familiar, condición que no tiene la vivienda litigiosa.

[AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 27 de mayo de 2010]

Se otorga el uso de la vivienda a favor del padre dado que concedido el uso a la madre y al hijo en el anterior procedimiento no han utilizado la vivienda familiar como alojamiento permanente, y ello resulta probado en lo actuado no sólo por las lecturas de los suministros, sino por su propia declaración en el acto del juicio, cuando fue cuestionada sobre cuál era la razón de por qué a finales del año 2007 la vivienda no contara con el suministro de gas, aduciendo que se enfadó con la compañía y decidió que la diesen de baja en el suministro.

[AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 18 de mayo de 2010]

Siendo notoria la actual dificultad de venta o alquiler de un inmueble, el Tribunal entiende viable, en defecto de acuerdo distinto entre los ex cónyuges, la estimación de la petición apelatoria subsidiaria, relativa a la asignación del uso de la vivienda en un turno rotatorio, de modo que cada uno de los litigantes la podrá utilizar por sucesivos y alternativos períodos de seis meses, comenzando por la actora-apelante, y ello hasta que se ponga término al régimen de copropiedad existente actualmente.

[AP Baleares, Sec. 4.^a, Sentencia de 11 de mayo de 2010]

Aunque en la anterior sentencia se contempló la posibilidad de prorrogar los dos años de atribución del uso si se cumplían una serie de condiciones, no procede tal ampliación dado que la ex esposa, si bien presentó una solicitud de empleo ante el Servei d'Ocupació, las

condiciones que indicaba para acceder a un empleo eran tan restrictivas que difícilmente podría ofrecérsele uno que fuera aceptable para ella.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2010]

Aun en el hipotético supuesto de haberse acreditado la convivencia marital de la madre con un tercero en el domicilio familiar, el uso de la vivienda su favor no quedaría afectado por esta relación sentimental pues la atribución de uso en cierta forma redundaría en interés del menor, sometido a la guarda y custodia de la madre.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2010]

La circunstancia de que el ex esposo no cumpla con lo establecido en la sentencia de divorcio de afrontar el 50% del recibo de la hipoteca no es causa para modificar la medida de atribución de uso rotatoria entre ambos ex cónyuges acordada en la sentencia de divorcio.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de abril de 2010]

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se estima la oposición a la ejecución por gastos extraordinarios por clases de inglés dado que existen dudas acerca de la realidad del gasto, derivadas de ser la que lo imparte una conocida de la madre, carecer de titulación y ser altamente costosas.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 19 de julio de 2010]

Salvo constancia en autos fidedigna y probada sin resquicio de duda, de que el alimentista carece total y absolutamente de recursos, la solución civil no puede ser otra que la de imponer la obligación constitucional, aunque sea en los mínimos cuantitativos que en este caso se cifran en 150 euros mensuales.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 14 de julio de 2010]

El gasto de inglés tiene carácter extraordinario, porque a determinada edad, y como consecuencia de las carencias o déficit del sistema educativo, es lógico y normal que los padres complementen la formación de sus hijos apuntándoles a una actividad extraescolar consistente en el afianzamiento del idioma extranjero —generalmente inglés— y es justo que dicho gasto se comparta entre ambos progenitores, por no obedecer al capricho sino al interés del menor y a la necesidad de conocimiento del idioma en una sociedad cada vez más competitiva.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 24 de junio de 2010]

Aunque la hija se encuentra realizando estudios no puede fijarse una limitación temporal a la pensión alimenticia ya que es imposible determinar, ahora, en qué momento conseguirá un trabajo o alcanzará independencia económica.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de junio de 2010]

No es argumento decisivo para eximir de la obligación asistencial o minorar su cuantía a uno de los progenitores respecto de sus hijos, afirmar que se carece de ocupación laboral,

pues ello no determina su nivel de ingresos económicos, ni mucho menos le exime de la prestación asistencial que la Constitución le impone.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 15 de junio de 2010]

No se considera desproporcionada la pensión alimenticia de 1.300 euros al mes para la hija habida cuenta del alto nivel de vida de la familia pues aquella viene cursando sus estudios de forma regular en el extranjero y el padre, abogado de prestigio, no ha aportado, a excepción de la declaración del IRPF, ninguna documentación acreditativa del montante real de sus ingresos.

[TSJ de Cataluña, Sentencia de 31 de mayo de 2010]

Que el demandado en una sola ocasión ingresara la suma de 600 €, para atender «guardería y gastos compartidos», no significa un acto propio, en sentido técnico-jurídico de vinculación de futuro.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2010]

No se acuerda la extinción de la pensión alimenticia del hijo pues pese a que tenga un contrato de trabajo indefinido lo es a tiempo parcial —sólo trabaja los fines de semana—, percibiendo un salario aproximado a los 450 euros, mientras que el resto de la semana estudia para poder acceder a la universidad y comenzar la carrera de veterinaria.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2010]

Debió la parte haber acudido a un incidente de modificación de medidas nada más tener conocimiento de que el hijo quería marcharse a estudiar a Barcelona a una facultad privada y no pretender introducir tales gastos como extraordinarios.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 20 de mayo de 2010]

Aunque el hijo lleva cierto retraso en finalizar sus estudios no es por falta de dedicación sino por la necesidad de obtener recursos mediante la prestación de servicios retribuidos para poder cursarlos. No obstante, se acuerda fijar una limitación temporal de tres años para la vigencia de la pensión alimenticia.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2010]

Se fija una pensión alimenticia de mínimos aunque la progenitora no custodia carezca de ingresos dado que se encuentra en plena edad laboral, no le viene reconocida discapacidad ni minusvalía, ni le afecta enfermedad invalidante, por lo que ha de contribuir a los alimentos de sus hijos, incluso trabajando, derecho deber constitucional que a todo español impone el artículo 35 de nuestra Constitución y que puede ejercer y cumplir si muestra al respecto la adecuada o debida actitud y esfuerzo.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2010]

Los viajes de estudios de forma unánime vienen siendo considerados como gasto extraordinario por la práctica totalidad de los Juzgados, al tratarse de una actividad escolar, no

sólo aconsejable, sino asimismo necesaria toda vez que es realizada por todo el curso y difícil explicación sería el que la menor no la hiciese por diferencias entre los cónyuges.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 6 de mayo de 2010]

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se acuerda la extinción de la pensión compensatoria ya que aunque la actividad laboral de la ex esposa venga propiciada por sucesivos contratos temporales, se viene prolongando ya durante muchos años, hasta el punto de que cabe considerarlo estabilizado. Los riesgos a los que alude derivados de la mala situación económica existente en estos tiempos afectan en parecida medida al trabajo que desarrolla el apelante, cuya actividad como autónomo puede también verse reducida.

[AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de junio de 2010]

No se extingue la pensión compensatoria toda vez que la convivencia que se exige no puede en modo alguno quedar integrada por aquellas relaciones de profunda amistad, acompañadas o no de trato íntimo, aun con contactos cotidianos y prolongados en el tiempo, cuando ello se haga compatible con el mantenimiento de una clara independencia de las dos personas, en cuanto que de sus actitudes, reveladas por hechos acreditados en el proceso, no se infiere la existencia de una auténtica comunidad de vida, tanto en lo espiritual como en lo corporal, e inclusive en el ámbito pecuniario.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2010]

Teniendo en cuenta que ni la edad de la esposa —47 años— ni su estado de salud son causa de limitación para su reincorporación al mercado laboral, atendiendo a que puede solicitar la división del patrimonio común y acceder a rentas derivadas de aquél, se considera adecuado fijar una pensión compensatoria por tiempo de cinco años revocando la sentencia de la Audiencia Provincial que la fijó sin limitación temporal.

[TSJ de Cataluña, Sentencia de 27 de mayo de 2010]

No se fija pensión compensatoria toda vez que ha de tomarse en consideración que producida la separación de hecho en octubre del año 2006, no se ha ejercitado acción en reclamación de pensión compensatoria hasta el 19 de septiembre de 2008, esto es, prácticamente 2 años después de la quiebra matrimonial, en los que ha subsistido la recurrente sin aportación económica del esposo, por sus propios medios.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2010]

Si el actor introduce en el debate la procedencia o no de la pensión compensatoria, la demandada no necesita formular demanda reconventional.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2010]

La existencia, en favor de la esposa, de un crédito contra el esposo por importe de 1.202.024,21 €, a consecuencia de la liquidación parcial de la sociedad de gananciales, no supone ningún obstáculo para la concesión de la pensión compensatoria.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2010]

El hecho probado consistente en que durante cinco meses, y no un período más largo, como recoge de forma errónea la sentencia, el esposo transfirió a su esposa 1.000 euros al mes, no puede determinar en este caso la cuantía de la pensión compensatoria, como se pretende por la parte actora, pues dicho pago no se ha prolongado en el tiempo y resulta excesivo para la situación económica actual del esposo.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2010]

Debe suprimirse el límite temporal fijado en la instancia a la pensión compensatoria dado que ambos cónyuges están jubilados, de tal manera que no hay posibilidad o no puede preverse de forma objetiva una mejoría de la situación económica de la esposa que permita fijar a la pensión compensatoria un límite temporal y la duración del matrimonio —38 años— y la dedicación prioritaria de la esposa al cuidado de la familia, impiden considerar que la percepción de una pensión compensatoria durante un determinado plazo permita cumplir la finalidad reequilibradora.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2010]

Teniendo en cuenta que el matrimonio tuvo una duración de 18 años, que la ex esposa ha venido percibiendo la pensión compensatoria durante nueve años y que ha realizado trabajos, si bien esporádicos, durante el matrimonio y también con posterioridad, se acuerda la extinción de la pensión compensatoria.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2010]

Resulta intrascendente, a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, la vigencia del derecho por un período ya superior a la duración del matrimonio de las partes, habida cuenta de que, en su inicial sanción judicial, el mismo no quedó sometido, como en principio teóricamente podría ser viable, a un específico límite temporal apriorístico, por lo que el solo transcurso de los años no puede ahora operar como factor determinante de su definitiva extinción.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2010]

CONVENIO REGULADOR

No se decreta la nulidad del convenio por vicio en el consentimiento ya que la pericial practicada, a pesar de su rigor y de su intento de descender al caso, se mueve más bien en términos genéricos y de conductas típicas que no se consideran determinantes a efectos decisivos; la testifical realizada y su ponderación carece de la contundencia necesaria para obtener una prueba acabada sobre el dato esencial de la libertad o no del consentimiento prestado; y el interrogatorio de parte no tiene la categoría de prueba en sus aspectos que le son favorables, obviando actos concomitantes o posteriores a la firma del convenio que dificultan la tesis de una suscripción bajo una fuerza irresistible o el temor «inminente» de sufrir un mal grave en su persona.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de junio de 2010]

CUESTIONES PROCESALES

Es improcedente no admitir a trámite la demanda en base a la falta de representación de la Procuradora toda vez que anunciado en la demanda que la representación se ostentaba mediante el nombramiento de oficio, la presentación del documento puede efectuarse hasta el momento de inicio del juicio verbal.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 5 de julio de 2010]

Cuando los litigantes alcanzan un acuerdo en el seno de un proceso matrimonial, iniciado como contencioso, el artículo 770.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil remite al 777, conforme a este último precepto, la sentencia o auto que apruebe en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados —que no los hay en este caso— por el Ministerio Fiscal.

[AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de julio de 2010]

Aunque en el convenio regulador el régimen de visitas quedó supeditado a la elaboración de un informe por la terapeuta, la falta de emisión de éste no impide que el tribunal por vía del artículo 158 del CC pueda fijar unos contactos mínimos tras haber practicado la exploración de los hijos y contar con otros elementos de prueba.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Auto de 8 de junio de 2010]

Se decreta la nulidad de actuaciones ya que a pesar de que la petición de suspensión de la vista por coincidencia de señalamientos en el letrado se encuadraba en el motivo de suspensión previsto en el artículo 188-6.º de la LEC aquella no obtuvo ningún tipo de respuesta por el órgano jurisdiccional de primera instancia, uniéndose sin más a los autos. Dicha actuación ha repercutido gravemente en las posibilidades alegatorias y probatorias de la parte actora que no asistió a la vista.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2010]

Ambos progenitores residen en España, como también residen en este país los hijos menores, quienes ya se encuentran en la compañía del padre, de modo que no se observan obstáculos procesales para dar lugar a la admisión de la demanda y nada obsta para el conocimiento de dicha demanda el hecho de que en su momento se dictara sentencia de divorcio en Ecuador, pues no se pretende otro fin que el cambio de las medidas en materia de responsabilidad parental.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de mayo de 2010]

Cuando el demandado ha sido declarado en rebeldía no puede pedir nada por primera vez a través del recurso de apelación.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2010]

La privación de la patria potestad no puede acordarse en un procedimiento de mutuo acuerdo, procediendo la devolución de los autos al juzgado de Instancia para que los cónyuges propongan una nueva redacción de la cláusula, que como mucho podría limitarse a atribuir el ejercicio de la patria potestad a la madre.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2010]

Es posible constituir *ex novo* el depósito, en el plazo legalmente establecido en una correcta interpretación del párrafo segundo del número 7 de la disposición adicional 15.ª de la LOPJ.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 19 de mayo de 2010]

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La pensión alimenticia no puede retrotraerse desde la interposición de la demandada dado que nos encontramos en fase de ejecución de sentencia y el título judicial nada señala al respecto.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 22 de julio de 2010]

El embargo sobre sueldos o salarios del deudor debe estar sujeto a los límites cuantitativos establecidos en el artículo 607 de la LEC cuando la deuda es en concepto de impago del 50% de la cuota hipotecaria.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Auto de 16 de junio de 2010]

La competencia para ejecutar la sentencia corresponde al juzgado que la dictó aunque posteriormente se crease en la ciudad un juzgado especializado en Derecho de familia.

[AP Asturias, Sec. 7.ª, Auto de 10 de junio de 2010]

Compensando los 45 días de vacaciones escolares que correspondían al padre en el pasado año, y que no pudieron ser disfrutadas por el mismo en compañía de la común descendiente, procede agregar a las vacaciones de verano de los tres próximos años otros quince días, en modo tal que las mismas se extenderán a dos meses continuados.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 8 de junio de 2010]

El cambio de custodia como consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas no puede acordarse en fase de ejecución de sentencia sino a través del procedimiento de modificación de medidas.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 8 de junio de 2010]

Se deja sin efecto la ejecución despachada al no probarse que el incumplimiento del régimen de visitas se deba única y exclusivamente a un comportamiento directo y doloso de la madre ya que queda constancia que las visitas chocan abiertamente con los deseos del hijo de quince años de edad.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 27 de mayo de 2010]

Interrumpidas las visitas por un período prolongado no pueden reanudarse de forma repentina a voluntad del padre.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 20 de mayo de 2010]

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La licencia de taxi tiene carácter ganancial en cuanto base económica necesaria de la explotación del negocio configurándose como una «titularidad formal o simplemente administrativa» estando además acreditada la posibilidad de transmisión.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 1 de julio de 2010]

El régimen económico matrimonial existente entre las partes era el de sociedad de gananciales y es nulo el manifiesto III del convenio regulador por ser contrario a la ley imperativa en tanto se dice *contra legem* que el mismo era de separación de bienes.

[AP Baleares, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de junio de 2010]

Carácter ganancial de la deuda contraída constante la sociedad de gananciales por el arrendo de un camión sin que tenga la menor trascendencia el hecho de que la deuda adquiriese carácter ejecutivo con la Sentencia que la declaró en fecha posterior a la disolución de la sociedad de gananciales.

[AP Asturias, Sec. 7.ª, Auto de 21 de junio de 2010]

Nulidad del contrato de arrendamiento por tiempo superior a seis años realizado respecto a un bien perteneciente a la comunidad postganancial y concertado, una vez fallecida la madre, por una de las hijas que era curadora de su padre, al no constar el consentimiento del resto de los miembros de la comunidad hereditaria.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de junio de 2010]

No puede incluirse en el activo de la sociedad de gananciales la valoración económica del negocio de fotografía que desarrolla la esposa en un local perteneciente a la sociedad de gananciales, ya que dicho negocio era desarrollado con anterioridad por el padre de aquélla que cedió a ésta la licencia y además nos encontramos ante un supuesto de actividad profesional desarrollada individualmente por uno de los cónyuges mediante la explotación de una licencia.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 8 de junio de 2010]

Tras la entrada en vigor de la LEC se retrotrae la efectividad entre los cónyuges de la disolución societaria al tiempo del planteamiento del pleito matrimonial, por más que su extinción formal y con eficacia respecto de terceros deba conectarse con la firmeza del pronunciamiento de separación, divorcio o nulidad.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 8 de junio de 2010]

A juicio de esta Sala, nada impide a la partes elegir la acción de división de la cosa común o de liquidación de la sociedad legal de gananciales, en supuestos en los que el único bien perteneciente a la sociedad conyugal lo integra la vivienda que constituye el domicilio familiar.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 4 de junio de 2010]

Crédito de la sociedad de gananciales contra el esposo por el pago de las pensiones alimenticias de una hija extramatrimonial.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2010]

Si el acto individual de administración o disposición de fondos o caudales comunes es llevado a cabo por un cónyuge tras producirse la crisis matrimonial, incluso manteniéndose aún la convivencia, dada la proximidad del acto dispositivo con el momento de ruptura de la comunidad de vida conyugal, al existir la fundada sospecha de que el cónyuge pueda anteponer en su actuación el interés propio al de la familia, deberá probar que el acto de disposición realizado redundó en interés o provecho de la familia. Por tanto, se incluyen en el activo las cantidades dispuestas por el cónyuge.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2010]

Para el cálculo del porcentaje de la vivienda que pertenece a la sociedad de gananciales sólo puede computarse el importe del capital abonado constante dicha sociedad excluyendo los intereses.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de mayo de 2010]

No pueden retrotraerse los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha de presentación de la demanda ya que aunque se trata de una posibilidad que se contempla en la Ley de Régimen Económico Matrimonial Aragonesa, no hubo petición expresa por la parte actora.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2010]

Los Juzgados de Violencia en ningún caso son competentes para conocer de los procedimientos de liquidación de la sociedad conyugal, al no haberle sido expresamente atribuido por el artículo 87 ter 2 de la LOPJ, y ello con independencia de haber conocido previamente del procedimiento matrimonial del que dimana dicha liquidación.

[AP Asturias, Sec. 4.ª, Auto de 17 de mayo de 2010]

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Reconocida inicialmente la idoneidad de la actora para la adopción internacional, tras el rechazo de dos preasignaciones que encajaban totalmente con el ofrecimiento realizado se le retira tal idoneidad al producirse el rechazo total a las características básicas del menor en su aspecto racial, por lo que a la primera de las candidatas respecta y buscando una certeza de salud en la segunda, imposible de garantizar en la adopción internacional.

[AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2010]

Los Juzgados de Familia no son competentes para tramitar la demanda en la que un menor pide que la DGAIA declare que es un menor en situación de desamparo, que asuma su tutela y realice los trámites para obtener la residencia en este país, dado que corresponde conocer de ella a los órganos de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 13 de mayo de 2010]

Se declara el desamparo aunque se delega la guarda en la madre intentado evitar de este modo el riesgo evidente para la menor de ablación en caso de traslado a Guinea como pretendía su madre.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 11 de mayo de 2010]

Se acuerda el cese del acogimiento simple ya que a partir de la ruptura de la convivencia de los acogedores la acogedora comenzó con problemas psicológicos derivados de la crisis de pareja con la tendencia a consumir alcohol, minimizando el recurrente la situación dejando a la menor al cuidado exclusivo de aquélla durante la semana lo que hizo que la menor desembocase en una hiperadaptación y un desarrollo de la indiferenciación como mecanismo de defensa.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2010]

Aunque se mantiene el desamparo se accede atribuir la guarda de uno de los menores al padre ya que éste, tras la ruptura de la pareja y con la ayuda y supervisión de los técnicos de la administración, de los psicólogos, pedagogos y profesionales médicos, está en condiciones de asumir la guarda del menor que podrá recuperar en el entorno familiar el cariño de su padre, abuela y demás miembros de la familia extensa.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2010]

FILIACIÓN

No procede privar del ejercicio de la patria potestad al padre ya que éste indicó en su escrito de contestación a la demanda que se sometía al resultado de la prueba biológica.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 13 de abril de 2010]

Se desestima la demanda de reclamación de paternidad ya que la documental consistente en las fotos aportadas por la parte actora, no permiten deducir o presumir que ha existido una relación íntima, permanente o no, entre doña Enma y D. Aureliano, o una relación propia de padre e hija, entre este último y la actora, doña Elena. Por otro lado, la prueba testifical no es concluyente.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 9 de abril de 2010]

UNIONES DE HECHO

La competencia para conocer del procedimiento de fijación de medidas paterno filiales de una pareja de hecho la tiene el juzgado donde actualmente reside el menor.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 25 de mayo de 2010]

El presente proceso tiene por objeto la declaración de existencia de una pareja de hecho y el que uno de ellos tiene derechos sucesorios respecto del otro ante su fallecimiento; dicha materia no puede considerarse incluida en el ámbito del Derecho de Familia.

[AP Valencia, Sec. 10.ª, Auto de 20 de mayo de 2010]

Queda fuera del objeto del procedimiento de fijación de medidas paterno filiales la cuestión relativa al pago de la hipoteca constituida sobre la vivienda familiar.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 13 de abril de 2010]

Interpuesta la correspondiente demanda por el progenitor y la abuela de la menor, se trata de dos acciones susceptibles de ser acumuladas al no excluirse mutuamente ni ser contrarias entre sí, por tanto procede admitir a trámite la demanda formulada para la adopción de las medidas interesadas.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Auto de 22 de febrero de 2010]

SUCESIONES

Se declara la existencia de preterición no intencional y se anula la institución de heredero que contenía el testamento, debiendo dividirse la herencia en tres partes, una para la hija extra matrimonial y otras dos para cada una de las hijas matrimoniales, excluyéndose a la ex esposa dado que después de otorgarse el testamento se dictó sentencia de divorcio.

[Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2010]

Los depósitos bancarios eran de la exclusiva propiedad de la causante y no existió donación u otro acto jurídico eficaz transmitiendo la propiedad de los mismos a favor de su sobrina por los cuidados que le dispensaba, por lo que no puede sostenerse la existencia real y verdadera de un contrato de vitalicio para amparar la extracción de los fondos y su apropiación por parte de la demandada. La inexistencia del contrato conlleva la obligación de restituir a la masa hereditaria la cantidad distraída por la demandada al ser de la exclusiva propiedad de la causante.

[AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2010]

Ante la falta de un efectivo acuerdo de adjudicación del bien inmueble a uno de los conductores a calidad de abonar al otro su participación en dinero, no cabe otra solución legal que proceder a la venta del bien en pública subasta con participación de licitadores extraños.

[AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de enero de 2010]

OTRAS CUESTIONES

Se concede autorización en favor de la tutora para plantear la acción de impugnación del testamento otorgado por la incapacitada.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 28 de mayo de 2010]

La indemnización del artículo 41 del CF es una compensación por el pasado y no de futuro, y el hecho de que la esposa contase con ayuda de una asistenta para la realización de las labores domésticas carece de relevancia. En vista del desequilibrio patrimonial se fija una indemnización de 400.000 euros.

[TSJ de Cataluña, Sentencia de 27 de mayo de 2010]

Del conjunto de las actuaciones y en particular después de un detallado análisis de la documental aportada resulta probado que el patrimonio del esposo es anterior a la fecha de celebración del matrimonio, no habiendo quedado acreditada la colaboración de la esposa en su adquisición, por lo que no procede fijar indemnización alguna.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2010]

La petición de indemnización del artículo 41 del CF no se basa en haber realizado las tareas del hogar, esto es, para la casa o para el otro cónyuge, con lo que falta el requisito base del que se derivan los demás.

[AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2010]

No se fija la indemnización del artículo 41 del CF dado que la esposa constante matrimonio alternaba períodos laborales de alta con períodos de baja por desempleo pero estaba incorporada al mercado laboral.

[AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2010]

En materia de gestión de tutela se considera aplicable el fuero de la nueva localidad en que resida el incapaz, lo que se justifica por el principio de protección del mismo, en relación con las razones de inmediación y eficacia y efectividad de la tutela judicial exigida por la norma constitucional del artículo 24.1 de la Constitución.

[AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de abril de 2010]

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

1. **Contenido.** La *Revista de Derecho de Familia* publica exclusivamente artículos y colaboraciones originales que versen sobre temas de actualidad en materia de Derecho de Familia desde un punto de vista eminentemente práctico.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica, profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de un máximo de 10 líneas en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redaciv@lexnova.es con indicación de su destino a la *Revista de Derecho de Familia*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.

NOTAS

NOTAS
