

Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 46
enero-marzo 2010

Director:
**Antonio Javier
Pérez Martín**

Sumario

Presentación	3
Índice	7
Estudios Doctrinales	23
Jurisprudencia	73
Resoluciones de la DGRN	213
Sección Práctica	219
Tribuna Abierta	233
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	281
Avances Jurisprudenciales	319

LEX NOVA

Revista de
**Derecho
de Familia**

La versión on line 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 2010

Edición

Lex Nova, S.A.

General Solchaga, 3

47008 Valladolid

Tel. 983 457 038

Fax. 983 457 224

E-mail. clientes@lexnova.es

Diseño

MAC·115

ISSN

1139-5168

Depósito Legal

VA. 803-1998

Printed in Spain

Impreso en España

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

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

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

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

Las denuncias falsas y la Ley de Violencia de Género

¿Hay denuncias falsas de las mujeres contra sus maridos o compañeros sentimentales? Sí. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 23 de octubre de 2009 condenó a una mujer por haber presentado una denuncia falsa acusando a su esposo de un delito de lesiones, constatándose a través de la prueba del médico forense que las lesiones que aquélla tenía no eran consecuencia de ninguna agresión. La sentencia hacía constar que la mujer recurrió el auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria. Por otro lado, el propio tribunal ponía de manifiesto la penosidad que conlleva el inicio del procedimiento penal contra una persona máxime cuando los hechos denunciados no se tratan de una simple falta sino de un delito. Finalmente la sentencia la condenó a una multa de 1.800 euros y a que indemnizara a su esposo en la cantidad de 5.000 euros.

¿Siguen siendo asesinadas mujeres por sus maridos o sus compañeros sentimentales y dictándose sentencias condenatorias? Desgraciadamente sí. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 27.^a, de 30 de junio de 2009 condenó al compañero sentimental por un delito de asesinato y otro de descubrimiento de secretos por matar a su pareja e interceptar sus comunicaciones accediendo sin permiso a su móvil y correo electrónico para constatar supuestas infidelidades. Cómo se produjo este hecho tan lamentable: «Durante un período de varios meses anteriores al día 13 de febrero de 2006, y con el propósito de conocer las llamadas y comunicaciones íntimas de Eva María, Carlos Miguel accedió, sin contar con su consentimiento, al correo electrónico de ella; utilizando su clave de acceso al ordenador, examinó sus mensajes y llamadas de su teléfono móvil, e instaló un aparato grabador en el teléfono fijo, mediante el que tenía conocimiento de todas las conversaciones privadas que su pareja tenía a través del mismo, accediendo así a su vida íntima y personal. Entre las 12,30 y las 3,30 horas de la madrugada del día 13 de febrero de 2006, tras ver una película en la televisión, el acusado se dirigió al dormitorio donde se encontraba Eva María durmiendo y, tras despertarla, comenzó a discutir con ella, por causa del deseo que le había manifestado de poner fin a sus relaciones, en el transcurso de la cual, y aprovechando que se encontraba sentada en la cama, de espaldas a él, el acusado, de forma sorpresiva, se abalanzó sobre ella, y, con el ánimo de causarle la muerte, rodeó su cuello con una cinta elástica de doble cordón, de los utilizados para sujetarse el pelo, apretándolo fuertemente, sin que la víctima, por lo sorpresivo de la actuación de él, y que la presión de la cinta la estaba efectuando por detrás de ella, pudiera llegar a defenderse del ataque, produciéndole la asfixia por el mecanismo de estrangulación a lazo, lo que le provocó la muerte por anoxia encefálica con compromiso vascular y parada cardiorrespiratoria. Tras estos hechos, el acusado tapó el cuerpo de Eva María con la manta-edredón de la cama, hasta el cuello, y llamó por teléfono al móvil de Vicenta, pareja de Leovigildo, hermano de Eva María, que vivían en el mismo inmueble, unas plantas más arriba, y le dijo que había ocurrido una desgracia con Eva María, personándose, a continuación, sobre las 5,20 horas, en las dependencias de la Comisaría de Policía de Retiro, comunicando a la Policía que había acabado con la vida de su pareja, siendo detenido en el mismo momento».

Después de analizar ambas sentencias, es evidente que el asesinato de esa pobre mujer deja en un segundo plano la conducta de aquella señora que interpone una denuncia falsa contra su marido. Para que no se produjesen más asesinatos de mujeres, más delitos de malos tratos, más amenazas,... todos los grupos parlamentarios aprobaron la Ley de Violencia de Género. Desde su inicio el debate sobre su constitucionalidad ha sido constante en la sociedad española y buena prueba de ello dan las incontables cuestiones de inconstitucionalidad que han planteado jueces y juezas de toda la geografía española que entendían que algo fallaba en el momento de dictar sentencia. Finalmente el Tribunal Constitucional ha zanjado la cuestión declarando de forma reiterada que no existe ningún aspecto de la Ley de Violencia de Género que se salga de la norma constitucional, pero los votos particulares que se emitieron y lo controvertido del tema no han acallado las críticas. Pero sea como fuere, lo que sí puede garantizarse es que la ley de Violencia de Género ha servido para proteger a muchas mujeres víctimas inocentes de la violencia machista.

Casi todas las leyes tienen puntos débiles, y como no podía ser de otro modo, los de la Ley de Violencia de Género son las denuncias falsas. Partiendo del hecho objetivo de que existen denuncias falsas, la primera cuestión que debemos conocer es cuántas mujeres presentan denuncias falsas. Porque si estamos hablando de una denuncia falsa entre mil casos de violencia de género, esta proporción debe llevarnos rápidamente a cerrar el debate. La señora tendrá su castigo como ha sucedido en la sentencia que citamos al inicio y punto. Sería igual que los casos que de vez en cuando son noticias de cabecera de los medios de comunicación cuando se descubre que una persona ha estado cumpliendo una pena privativa de libertad y es inocente porque después se ha descubierto al verdadero culpable o porque las pruebas de ADN relevan que no fue el autor de los hechos, como el caso de Ricardo al que hace unos días absolvió el Tribunal Supremo después de que la Audiencia de Las Palmas lo condenase a 36 años de cárcel. Llevaba dos años y medio en prisión por un delito que no había cometido. No porque pasen estos hechos se cuestiona si el Código Penal es o no constitucional o si funciona o no adecuadamente la administración de justicia. Son lamentables errores del sistema imposibles de remediar.

Pero si el porcentaje de denuncias falsas es importante, no cabe duda que algo habrá que hacer porque las consecuencias que para los hombres tienen las denuncias falsas de violencia de género no se borran con el sobreseimiento, con la sentencia absolutoria, ni pueden ser reparadas adecuadamente con una indemnización.

El problema es que no contamos con unas estadísticas representativas sobre la cuestión, porque las que se han elaborado a instancia del Consejo General del Poder Judicial sólo han contemplado unos datos parciales (al parecer unas seiscientas sentencias dictadas en apelación por Audiencias Provinciales). Necesitamos unas estadísticas que se obtengan tomando datos en el origen, es decir, en los juzgados de Violencia sobre la Mujer y en los Juzgados Penales, sin perjuicio de que también puedan utilizarse datos procedentes de sentencias de Audiencias Provinciales.

Cuando tengamos esos datos podremos abordar la cuestión de forma objetiva y con conocimiento de causa. Pero se nos presenta otro inconveniente: la propia elaboración de estas estadísticas estará marcada por la polémica, porque para decidir si una denuncia es o no falsa será necesario que se dicte una sentencia que así lo declare y no podrán contabilizarse como denuncias falsas ni los sobreseimientos ni las sentencias absolutorias, porque una cosa es una denuncia falsa y otra que, por falta de pruebas, se absuelva al acusado. Con lo cual puede suceder que los datos que se obtengan no sean significativos, dado que realmente

no existe una gran cantidad de hombres que después del sobreseimiento de las actuaciones penales o la sentencia absolutoria denuncien a sus cónyuges o compañeras sentimentales por haber interpuesto una denuncia falsa. Además podemos encontrarnos con resoluciones, como la Sentencia de la Sec. 8.^a de la AP de Sevilla de 9 de noviembre de 2009 que aunque reconoce que existen indicios de una posible denuncia falsa de la madre contra el padre por abusos sexuales a la hija menor de edad, archivada la causa penal, no consideró vulnerado el derecho al honor del padre «al no tenerse la certeza de que la madre formuló la denuncia a sabiendas de la falsedad de la imputación». Por otro lado, hay que tener presente que en este país estamos acostumbrados a interpretar estadísticas y buena prueba de ello es la noche electoral cuando se conocen los resultados y todos los representantes de los partidos políticos se asoman a la televisión para valorarlos positivamente.

En este punto, quizá antes de realizar ninguna estadística sea conveniente preguntarnos si es más práctico para resolver el problema ir al origen de la denuncia falsa. Qué se pretende con ella, ¿qué el procedimiento se tramite en el Juzgado de Violencia contra la mujer?, ¿impedir la custodia compartida?, ¿apartar a los hijos del padre y obtener más fácilmente la custodia?, ¿obtener el uso de la vivienda familiar?, ¿obtener alguna ayuda social?, ¿conseguir la regularización en nuestro país?, ...

La experiencia nos ha demostrado que los asuntos civiles no se tramitan de forma más rápida en los Juzgados de Violencia contra la Mujer que en los Juzgados de Familia, es más, puestos a reconocer la realidad, se ha constatado que en muchos casos el retraso en la tramitación es alarmante en algunos Juzgados de Violencia. Si, como se está demandado desde múltiples sectores, la competencia para tramitar la separación, el divorcio, o los procedimientos de modificación de medidas vuelve al Juzgado de Familia, dejarán de presentarse denuncias falsas para llevar el procedimiento al Juzgado de Violencia. ¿Esta solución perjudicará a las mujeres víctimas de la violencia machista? Entendemos que no, porque el Juzgado de Violencia seguirá adoptando las órdenes de protección que sean necesarias y lo que es más importante centrará todos los esfuerzos en las cuestiones penales. Potenciando los Juzgados de Familia y creando la jurisdicción de familia para que todos los ciudadanos de este país tengan acceso a unos órganos especializados solucionaríamos uno de los grandes problemas de la Administración de Justicia que es el retraso en la resolución del conflicto. Cuanto más tarde en resolverse el procedimiento de familia más posibilidades hay de enfrentamientos entre los miembros de la pareja.

¿Debe condicionar la denuncia por violencia de género las medidas paterno-filiales que deben adoptarse en un procedimiento de separación o divorcio o de cese de una pareja de hecho? La práctica de las pruebas (especialmente la del equipo psicossocial adscrito al Juzgado de Familia) va a permitir que el Juez tenga un perfecto conocimiento de la situación por la que están atravesando todos los integrantes de la unidad familiar, y podrá valorar las circunstancias concurrentes para dictar las medidas correspondientes. Si existe violencia de género (tanto se haya dictado o no sentencia condenatoria), ello se reflejará en las relaciones entre los integrantes de la pareja y en las relaciones paterno-filiales, que serán los elementos que el Juez deba tener presente para dictar las medidas de carácter personal. Lo que no puede aceptarse es que el debate sobre las medidas quede mediatizado por una denuncia penal. Sean o no graves los hechos denunciados, el Juez de Familia tiene la obligación de valorarlos desde el punto de vista civil sin que sea necesario que se dicte ninguna resolución por el Juzgado Penal. La sentencia definitiva que se dicte por el Juzgado Penal podrá servir para modificar las medidas, si los hechos que resulten probados amenazan los intereses de los hijos menores.

¿Debe atribuirse siempre el uso de la vivienda familiar a la mujer que ha sido víctima de malos tratos? En el artículo 96 del Código Civil expresa con meridiana claridad que el uso de la vivienda debe atribuirse, en primer lugar a los hijos, porque éstos son el objeto principal de protección, y si éstos no existen o ya se han independizado, la atribución será temporal para uno de los cónyuges si se acredita un interés digno de protección. Por tanto, la denuncia por parte de la mujer no se valora legalmente como un plus en el momento de atribuir el uso de la vivienda. Ya hemos comentado en multitud de ocasiones que cuando se está pagando un préstamo hipotecario de elevada cuantía la solución definitiva pasa por la venta del inmueble, ya que la solución provisional de atribuírselo a uno solo de ellos termina con una ejecución hipotecaria por falta de pago de las cuotas, y si se obliga al cónyuge que no la habita a pagar el préstamo hipotecario, pueden existir muchos casos en los que, por la escasa percepción de ingresos, se le coloque en una situación límite y ello tampoco es de recibo. Son cada vez más las resoluciones judiciales que están limitando temporalmente el uso de la vivienda cuando se dan estas circunstancias. En conclusión que la denuncia de maltrato no debe condicionar la atribución del uso de la vivienda familiar. Otra cosa totalmente distinta es que toda víctima de violencia de género que carezca de medios para proveerse de una vivienda pueda tener acceso a unas ayudas sociales, cuestión en la que todos debemos estar de acuerdo.

¿Se presentan denuncias falsas para obtener algún beneficio social? Es difícil pronunciarse sobre esta cuestión, pero si ha existido una denuncia falsa para conseguir algún beneficio social o una más fácil regularización para los inmigrantes, serán las administraciones las que, *a posteriori*, deban investigar la cuestión que, además, podrá constatarse fácilmente si luego se comprueba que la pareja convive con normalidad. De todas formas no creemos que, por la escasa cuantía de estas ayudas, una mujer se preste a poner una denuncia falsa si realmente va a continuar conviviendo con su esposo o compañero sentimental.

Ésta es nuestra reflexión sobre el debate abierto en torno a las denuncias falsas y la Ley de Violencia de Género. Somos conscientes de que se necesitan más aportaciones desde todos los sectores, incluso desde los polos opuestos que niegan radicalmente la existencia de denuncias falsas e incluso desde los que cuestionan la eficacia de la Ley de Violencia de Género. Lo que no puede admitirse, si es que realmente se constata un elevado porcentaje de denuncias falsas, es que las cosas sigan como hasta ahora, porque la mayor perjudicada es la verdadera víctima de malos tratos que ve reducido el tiempo y recursos que dedican a su caso todos los organismos judiciales y administrativos implicados en la materia, y el retraso en la resolución de su conflicto y en la recepción de ayudas sí es realmente preocupante.

ÍNDICE

ESTUDIOS DOCTRINALES

En torno a la evolución normativa y jurisprudencial de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente

José Luis Rodríguez Lainz

25

Derecho de visitas de los abuelos. Su conflicto frente al derecho de visitas de los padres

Aurelia María Romero Coloma

59

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CUESTIONES PROCESALES

Nulidad de lo actuado en la pieza separada de medidas provisionales al no haberse suspendido la vista tras solicitar el demandado abogado y procurador del turno de oficio, dándose la circunstancia de que sí se suspendió el plazo para contestar a la demanda.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 174/2009, de 16 de julio

75

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por no haberse practicado la audiencia de un menor en un procedimiento de modificación de medidas habida cuenta que aquél fue oído por el equipo psicosocial que emitió un informe, no siendo necesario en estos casos que el tribunal practique la audiencia del menor.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 163/2009, de 29 de junio

77

DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

Vulneración del derecho a la intimidad y propia imagen de un menor al aparecer una fotografía suya ilustrando un reportaje sobre personas con discapacidad cuando el menor no padece ninguna discapacidad ni psíquica ni física.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 158/2009, de 29 de junio

80

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Estando en trámite un procedimiento de reclamación de filiación, uno de los herederos no puede exigir a la entidad bancaria donde existe un depósito del causante el reintegro del numerario hasta que recaiga resolución firme en aquel procedimiento.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de marzo de 2009

86

VIVIENDA FAMILIAR

Teniendo en cuenta que el derecho de usufructo que posee la madre lo adquirió de su hijo, quien hasta ese momento había ostentado el pleno dominio del inmueble y cuando el hogar familiar del hijo y de su esposa ya estaba fijado en ese domicilio, se desestima la acción de desahucio por precario interpuesta por aquélla tras dictarse la sentencia de separación en la que atribuía el uso de una planta a su nuera y nieto.

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

88

CUESTIONES PROCESALES

Se declara la nulidad de la sentencia de separación al haberse emplazado al demandado por medio de edictos al ser supuestamente desconocido tanto su domicilio como su paradero, pese a que la esposa conocía su domicilio real con anterioridad al planteamiento del pleito.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de junio de 2009

90

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se desestima el recurso de revisión con el que se pretendía modificar la sentencia que puso fin a la liquidación de la sociedad de gananciales dado que la circunstancia de que el esposo figure como propietario de una cochera ante la Comunidad de Propietarios en fecha posterior a la sentencia de liquidación no es suficiente para incluirla en el inventario.

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

92

Se resuelve el contrato de arrendamiento que, constante el matrimonio, suscribió el esposo, hoy fallecido, al no haberse subrogado la esposa siguiendo los trámites previstos en la Ley de Arrendamientos Urbanos. El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina jurisprudencial: «contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento».

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

95

ÍNDICE

Se condena a una entidad bancaria a abonar a un matrimonio una indemnización de daños y perjuicios al acreditarse la existencia de un comportamiento negligente por parte de aquélla al tiempo de la concesión del préstamo hipotecario sobre una finca (privativa de la esposa) en la que se había construido la vivienda familiar, no contando aquella operación con el consentimiento del esposo. Se entiende que hubo negligencia al no haber adoptado la entidad bancaria las cautelas mínimas exigibles para esclarecer la titularidad y situación de la vivienda construida sobre la finca hipotecada, propiciando así, en adecuada relación causal, la privación a la familia de la hipotecante del uso y disfrute de la vivienda que constituía el domicilio conyugal y familiar, con los perjuicios anejos a tal circunstancia.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2009

98

Se condena a la ex esposa a devolver al ex esposo las cantidades que aquél le entregó contante el matrimonio al declararse que existió un contrato verbal de préstamo sin que pueda entenderse que hubiese existido donación.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2009

102

CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

Validez del documento privado suscrito por los padres y los hijos en el que se acuerda la partición de los bienes propiedad de los primeros condicionándola al cumplimiento de determinadas condiciones, incluyendo pactos próximos al contrato de vitalicio, no siendo obstáculo para su eficacia que, después de fallecido el padre, la madre otorgase testamento.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2009

105

INCAPACIDAD

Análisis de los requisitos para declarar la incapacidad de una persona y repaso a la legislación internacional en la materia.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 29 de abril de 2009

109

UNIONES DE HECHO

Nulidad por simulación de la compraventa concertada entre dos convivientes de hecho no considerándose que existiese ninguna donación remuneratoria encubierta.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 4 de mayo de 2009

121

SUCESIONES

Hay que respetar la voluntad del causante que incluyó en el testamento una relación de bienes que debían adjudicarse a cada uno de los hijos, no pudiendo atacarse la partición realizada

por el contador-partidor nombrado por el causante, por considerar que los bienes adjudicados tienen menos valor, ya que el testador contempló la posible desigualdad imputando lo que pueda favorecer a un hijo al tercio de libre disposición.

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

126

Nulidad de la compraventa realizada entre madre e hijo al considerarse simulada declarándose al mismo tiempo la invalidez de la donación del inmueble encubierta bajo la forma de compraventa por faltar el requisito *ad solemnitatem* de constar la donación, y no cualquier otro negocio, en escritura pública y figurar también en ella la aceptación del donatario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2009

129

Habiendo concurrido todos los legitimados a la adjudicación y partición de la herencia otorgando al efecto la oportuna escritura pública, se desestima la acción de nulidad interpuesta por la viuda en base a que, con carácter previo a la partición, no se liquidó la sociedad de gananciales.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 12 de junio de 2009

133

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

UNIONES DE HECHO

A efectos de solicitar la concesión de la pensión por viudedad, la convivencia con el causante puede acreditarse a través de medios distintos al certificado de empadronamiento.

TSJ de Navarra, Sala de lo Social, Sentencia de 28 de julio de 2009

136

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Se aplica la ley española para decretar la separación de los cónyuges de nacionalidad marroquí teniendo en cuenta la residencia de la esposa en España y el no reconocimiento en Marruecos de la institución jurídica de la separación matrimonial.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 16 de julio de 2009

139

Debe aplicarse la legislación española para resolver el divorcio dado que la residencia en Milán que siguió a la celebración del matrimonio apenas llegó a dos meses y medio, fijándose posteriormente la residencia en nuestro país.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de julio de 2009

139

PATRIA POTESTAD

El padre se ha desentendido totalmente de sus hijos desde que, en el año 2000, surgió el conflicto entre los progenitores, no habiendo visto más a los hijos ni abonado cantidad alguna para sus necesidades, por lo que debe privársele de la patria potestad. Querer imputar su dejadez y abandono a conductas conspirativas de la madre, no acreditadas, carece de fundamento, sobre todo si se compagina esa tardanza en interesar el restablecimiento de las comunicaciones con el total abandono de sus obligaciones económicas.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de julio de 2009 **140**

Se deja sin efecto la privación de la patria potestad que se acordó en la sentencia de divorcio dado el interés demostrado por el padre biológico de mantener una relación con el menor, para lo que en estos momentos se considera capacitado, tanto por haber superado sus problemas personales como porque al tener el niño una edad de once años su capacidad de entendimiento para comprender las circunstancias personales de sus progenitores es superior.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 1 de julio de 2009 **141**

Lejos de ser infundada la privación del ejercicio de la patria potestad, responde a una serie de factores que la aconsejan en interés de los hijos; en primer lugar, por la falta absoluta de relación y comunicación del progenitor con los menores, y, en segundo lugar, debido a la gravedad de los hechos que se han puesto de relieve en las pruebas periciales, habiéndose aportado indicios de abusos sexuales que efectuó el padre hacia sus hijas, denuncia que se halla en fase de investigación.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 19 de junio de 2009 **142**

La pretensión introducida en el juicio en cuanto a la privación de la patria potestad no puede ser atendida ya que ello originaría indefensión a la parte contraria.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 4 de junio de 2009 **142**

GUARDA Y CUSTODIA

Es cierto que el equilibrio psicológico de la madre no es óptimo, pero no está incapacitada para asumir la guarda y custodia, y la situación psicológica del padre también es mejorable. La inobservancia por la madre de lo fijado en régimen de visitas no desvirtúa esta conclusión y debe dar lugar a la adopción de las medidas oportunas en ejecución de sentencia a fin de asegurar el cumplimiento del régimen de visitas, pero no es motivo para el cambio de custodia.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de julio de 2009 **143**

Las circunstancias concurrentes aconsejan que se atribuya a los abuelos maternos en interés del menor.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 27 de julio de 2009 **144**

Se revoca la custodia compartida pues la opción más beneficiosa para el interés prioritario de los menores lo constituye la guarda y custodia materna en atención a las necesidades de estabilidad de los hijos comunes valorando el apego afectivo a la figura materna como referente de cuidado, atención y protección.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 23 de julio de 2009 **145**

La hija se trasladó a convivir con el padre y ha manifestado su voluntad de seguir viviendo con él en la exploración practicada en la instancia. Forzarla a convivir con uno de los progenitores en contra de su voluntad podría incluso repercutir negativamente en su integración familiar y en su formación integral.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 22 de julio de 2009

147

El horario laboral del padre y de la madre es muy diferente, pues ésta tiene más posibilidades de cuidar a los hijos que el padre. Este último trabaja desde las 8 horas de la mañana a las 18 ó 19 horas de la tarde, lo que implica que deberá levantarse a las 7 ó 7,30 de la mañana para acudir puntualmente al trabajo, horario que no coincide con el de los menores. En estas condiciones, una guarda y custodia compartida sería inviable pues generaría problemas a los menores.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 15 de julio de 2009

148

Durante el período escolar de septiembre a junio el menor residirá los cinco primeros meses del curso escolar con su madre y los cinco restantes con su padre, ya que no existe ningún impedimento de conformidad con el artículo 92.7 del Código Civil por el que no deba acordarse el ejercicio de la guarda y custodia compartida.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 1 de julio de 2009

149

Si el padre no se opuso en su escrito de contestación de la demanda a la custodia materna, es improcedente que en la vista del juicio pida la custodia compartida puesto que ello vulnera el principio de contradicción.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de junio de 2009

150

RÉGIMEN DE VISITAS

Teniendo la menor cuatro años no se accede por el momento a que viaje sola desde Madrid a Zaragoza, por lo que en los fines de semana el padre deberá recoger y entregar a la menor en Madrid.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 22 de julio de 2009

150

Teniendo en cuenta la distancia existente entre Oviedo y la ciudad italiana donde reside el padre, se fija una visita de fin de semana al mes que deberá notificar con suficiente antelación el padre a la madre.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de julio de 2009

152

Se comprende mal la razón de la ausencia de pernocta, pues no puede constituirse en un obstáculo que el menor, ocasionalmente, tuviera que pernoctar en casa de los abuelos paternos, si el horario del padre le impidiera estar con él esa noche concreta, igual que puede estar con los abuelos maternos por conveniencias horarias de la madre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 8 de julio de 2009

153

La sentencia apelada basa la denegación del día intersemanal en la posible interferencia en las actividades escolares o extraescolares, pero tal argumento debe decaer en vista de la edad del menor, su voluntad de relacionarse frecuentemente con el padre y la propia responsabilidad de éste.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 8 de julio de 2009

154

ÍNDICE

Las vacaciones de verano se dividen en seis partes hasta que la niña tenga siete años.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 7 de julio de 2009 **154**

Su trabajo (piloto de aviación comercial) normalmente le impide disfrutar de libranza todos los primeros fines de semana de cada mes y por ello debe establecerse un régimen de visitas especial. Los preavisos que contempla la sentencia no están dirigidos a liberar al padre de sus obligaciones ni a dejar a su arbitrio la decisión de si visita o no a su hija, sino a que la madre no quede supeditada a que en cualquier momento el padre pueda decir que ejercita tal derecho.
AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 2 de julio de 2009 **155**

Las enfermedades más o menos prolongadas de los menores no suspenderán el régimen de visitas de los menores con su padre, salvo que se inste lo contrario ante el órgano judicial que ha conocido del proceso, justificando la prescripción médica impeditiva del régimen de visitas establecido.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 2 de julio de 2009 **156**

Fijación de un régimen de visitas a favor de la persona que convivió con la abuela materna que puede asimilarse a abuelo del menor.
AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de junio de 2009 **156**

VIVIENDA FAMILIAR

La vivienda sita en Almería no tiene el carácter de vivienda familiar y el esposo tampoco manifiesta que vaya a constituir su residencia habitual por lo que al margen de los acuerdos que al respecto puedan alcanzar las partes respecto de su uso no cabe hacer en este procedimiento pronunciamiento alguno.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de julio de 2009 **158**

Se interesó la atribución a la esposa y a los hijos del uso del domicilio conyugal, y para el caso de que se perdiera dicha vivienda porque los padres del actor le impidieran continuar en ella, se le imponga a éste la obligación de costear un alquiler de 900 euros mensuales. No es posible sostener la procedencia de la condena de futuro pronunciada para el caso de que la vivienda familiar se perdiera, debiendo ésta, por tanto, ser dejada sin efecto en la presente alzada.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 7 de julio de 2009 **158**

PENSIÓN ALIMENTICIA

Esta Audiencia Provincial está fijando, en supuestos de padres próximos a la indigencia, pensiones mensuales a favor del hijo de 250 euros mensuales, que se consideran necesarios para la subsistencia.
AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 31 de julio de 2009 **160**

La pérdida del uso de la vivienda familiar por impago del préstamo hipotecario motiva el aumento de la pensión alimenticia.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 24 de julio de 2009 **161**

Los gastos de escolarización de las dos hijas comunes deben ser sufragados solamente por el padre. Las hijas hasta que su padre decidió unilateralmente que estudiaran en centros privados, lo hacían en centros públicos. Para la madre se trata de un hecho consumado, y no puede el padre pretender que aquélla le satisfaga ahora el importe de unos gastos que sólo a él le son imputables.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 14 de julio de 2009

162

Los gastos extraordinarios, entendidos rectamente como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles, no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución, que no es el caso.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de julio de 2009

163

No cabe duda de que los ingresos del padre se han incrementado notablemente tras la firma del convenio (más del doble), por haber cambiado de trabajo. Sin embargo, no considera esta Sala que la pensión alimenticia deba llegar a la cantidad que pretende la madre, pues no se acreditan gastos ordinarios de entidad importante para justificar esa cantidad.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 2 de julio de 2009

163

Se reduce la cuantía de la pensión alimenticia dado que la madre, quien tiene la custodia, ha comenzado a trabajar percibiendo un salario aproximado de 1.000 euros.

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 15 de junio de 2009

164

Es cierto que la pensión de alimentos fue fijada cuando la hija tenía escasos meses de edad y también que no era mucho mayor cuando fue ratificada en el proceso de divorcio, por lo que parece pertinente un cierto incremento, superior a la revalorización ordinaria, para acomodarla a las mayores necesidades presumibles en la situación presente.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de junio de 2009

165

PENSIÓN COMPENSATORIA

Conversión de la pensión alimenticia pactada en el convenio de separación en pensión compensatoria de divorcio, ya que aquélla tenía como finalidad mantener a los hijos y a la esposa, y el esposo siguió pagando la pensión pese a que los hijos ya gozaban de independencia económica.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de julio de 2009

165

La separación de hecho no es un obstáculo para la fijación de la pensión compensatoria ya que durante ese período el esposo asumió los gastos familiares e ingresaba su pensión en la cuenta común.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 21 de julio de 2009

166

En defecto de aplicación de la indemnización para la mujer prevista en el derecho marroquí para los casos de divorcio, procede aplicar la ley española y concederle una pensión compensatoria.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 16 de julio de 2009

167

La sentencia es apelada por la demandada, que fue declarada en rebeldía y compareció en la vista, y pretende que le sea fijada una pensión compensatoria, pero al no pedirse por vía reconvenzional no puede concederse.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 8 de julio de 2009

167

La cuantía de la pensión compensatoria no ha de estar dirigida a que consiga una retribución similar a la que pudiera obtener de un trabajo por cuenta ajena, sino a cubrir la diferencia entre lo que puede obtener con su actual capacitación y lo que podría haber obtenido, aparte de que también ha de tenerse en cuenta que el obligado a prestarla no tiene una alta capacidad económica.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 2 de julio de 2009

168

CUESTIONES PROCESALES

Se acuerda la práctica de diligencias preliminares para tener conocimiento de la situación económica del marido antes de la interposición de la demanda.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de julio de 2009

168

No puede achacarse ahora a la oficina judicial las malas o deficientes comunicaciones internas entre la esposa y sus profesionales designados; no hay indefensión, la citada Sra. conoce del procedimiento y sus trámites y ha estado en todo momento asistida técnicamente por Letrado y representada procesalmente por Procurador.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 16 de julio de 2009

169

El Juzgado de Familia no puede inadmitir la petición de medidas previas en base a considerar que no existe urgencia en su adopción.

AP Córdoba, Sec. 2.ª, Auto de 9 de julio de 2009

170

Procede la ejecución de lo pactado y sancionado en su día en convenio regulador aprobado en sentencia sobre la extinción del uso de la vivienda, no siendo obstáculo para ello que la hija no haya cumplido la mayoría de edad, al tratarse de un pacto aprobado judicialmente.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 16 de julio de 2009

171

Cambio de custodia provisional a favor del padre al constatarse un reiterado incumplimiento de la madre del régimen de visitas.

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Auto de 30 de junio de 2009

171

A pesar que la reclamación del esposo se ha visto reducida en 332 euros, procede condenar en costas a la esposa dado que la demanda de ejecución ha sido sustancialmente estimada.

AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 26 de junio de 2009

172

Habiéndose pactado por los cónyuges que el establecimiento de la pensión compensatoria quedaba condicionado a que la esposa no fuese despedida de la empresa, producido dicho evento debe cumplirse el pacto, no siendo obstáculo para ello que la esposa no se encuentre inscrita en la actualidad como demandante de empleo.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de junio de 2009

172

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Como quiera que la separación fáctica se produce antes de la sentencia de separación, las letras del tesoro son privativas del esposo debiendo por ello ser excluidas del inventario de la sociedad de gananciales.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 31 de julio de 2009

173

Se apela la sentencia por considerar que las actualizaciones de los créditos que se incluyen en la sentencia no han sido solicitadas por la parte contraria, pero se desestima el recurso pues dicha actualización está prevista en el artículo 1398 del Código Civil, en relación también con lo establecido en el artículo 1358 del Código Civil, por lo que en base a lo dispuesto en estos preceptos no se puede tachar de incongruente la sentencia de instancia.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de julio de 2009

174

La cantidad de 4.800 euros que se ingresó en la cuenta ganancial tiene carácter privativo en virtud de la donación que hizo a la esposa un tercero, lo que se considera acreditado por lo declarado por éste y por el ingreso en la cuenta.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de julio de 2009

175

No procede incluir en el pasivo una deuda por el importe de la compra de moneda extranjera efectuada con la esposa con dinero privativo para la realización del viaje de novios. Ese gasto, por otro lado de escasa cuantía (1.606 euros) y de carácter suntuario, fue asumido voluntariamente por la esposa por un acto de mera liberalidad en favor de su esposo, que le deslegitima para su reclamación al ir contra su propio y voluntario actuar.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de julio de 2009

176

Está acreditado que la cantidad de 6.258,73 euros pertenecía privativamente antes de la celebración del matrimonio a la esposa, siendo traspasada dicha cantidad de una cuenta privativa a una ganancial, por lo que resulta evidente que dicho dinero era privativo. El ingreso en la cuenta ganancial no implica que se transmitiera por donación o por otro título la mitad al esposo, no siendo de aplicación la doctrina de los actos propios.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de julio de 2009

176

El vehículo Audi A-4 debe ser excluido del inventario al acreditarse que pertenece a la madre del esposo, aunque ésta tenga 75 años y sea aquel quien lo utiliza en exclusiva.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 30 de julio de 2009

177

Se estima pertinente el nombramiento de un Administrador judicial a los fines de asegurar eficazmente la buena marcha del negocio familiar constituido por la farmacia, puesto que se trata de un bien común y las desavenencias entre los cónyuges son claras, no existiendo garantías sobre la gestión y resultado de la administración.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de julio de 2009

178

No se incluye en el pasivo la deuda que pretende el esposo consistente en un sueldo de 25.000 euros mensuales por regentar la farmacia desde el dictado del auto de medidas provisionales puesto que tal petición no tiene encaje posible en ninguna de las partidas previstas en la norma sustantiva.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de julio de 2009

179

ÍNDICE

La comunidad posganancial que surge hasta el momento de la liquidación de gananciales hace suyos y comunes los bienes que se generan.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de julio de 2009

180

La naturaleza ganancial del local objeto de cuestión deriva de la voluntad expresa y manifiesta del interesado en el acto de otorgamiento de la escritura pública que no se ve desvirtuada ni por los actos anteriores, ni coetáneos o posteriores de los interesados, siendo así que con este carácter aparece registrado asimismo el inmueble en la inscripción registral de la finca.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de julio de 2009

180

Inclusión en el pasivo del «importe abonado por uno solo de los cónyuges como consecuencia de la instalación de la calefacción en la vivienda conyugal», con independencia de que dicha mejora hubiera sido decidida unilateralmente por el esposo.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 28 de julio de 2009

182

El derecho de uso previsto en el artículo 96 del CC no es evaluable económicamente, no se trata de una partida incluíble en el inventario de la sociedad de gananciales.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 23 de julio de 2009

182

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La madre biológica debe ser simplemente oída en el expediente de adopción al estimarse que está incurso en causa de privación de la patria potestad. Tenía reiterada la custodia de otros tres hijos cuando nació el menor. Consta igualmente que no aceptaba las condiciones y ayudas de los Servicios Sociales; que convivía con un tercero en condiciones materiales deplorables. Aunque se hubiera producido un cambio de actitud en la actualidad, sin embargo llega demasiado tarde, pues el menor no tienen vínculo afectivo con aquélla.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de julio de 2009

183

Suspensión de las visitas de la menor con la madre biológica, ya que si bien es cierto que aquélla ha mejorado su situación al convivir con otra pareja y tener un piso alquilado con ayudas públicas, no existe ninguna garantía de que esa situación sea estable y, por el contrario, la situación de la menor ha mejorado notablemente, conviviendo con una familia que le ha dado el cariño y la estabilidad que precisaba y que la ha permitido una notable mejoría en todos los aspectos, habiendo interesado un acogimiento familiar preadoptivo.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2009

184

Se confirma la declaración de desamparo habida cuenta que, pese a que se reconoce que el padre está capacitado para atender a la menor, por sus deficiencias psíquicas la madre no puede asumir esta función, siendo ésta la que tendría que quedar al cuidado de la menor mientras que aquél trabaja, lo que supone un riesgo para ella, no buscando el padre soluciones ni reconociendo el problema, no contando tampoco con el apoyo de la familia extensa ante el temor que manifiesta a la reacción de la madre.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 9 de julio de 2009

185

UNIONES DE HECHO

Las pretensiones alimenticias que afectan a los hijos mayores de edad dependientes económicamente y que conviven bajo el mismo techo de uno de sus progenitores, quedan fuera del procedimiento especial de familia debiendo acudir el hijo al juicio verbal de alimentos.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de julio de 2009

187

Nos encontramos ante una pareja de hecho, por lo que puede aplicarse analógicamente lo dispuesto en el artículo 83.2 del Codi de Familia, tanto respecto los hijos mayores de edad, como especialmente a los menores de edad.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 20 de julio de 2009

188

CUESTIONES PENALES

El acusado fue ejecutoriamente condenado como autor de un delito de amenazas, tras ser notificada la sentencia quebrantó la prohibición de acercamiento mandando a la ex esposa mensajes de texto desde el teléfono móvil, por lo que se le condena como autor penalmente responsable de un delito continuado de amenazas con quebrantamiento de condena a la pena de un año de prisión. La defensa refiere que la transcripción de los mensajes por la Fe Pública Judicial acredita sólo la literalidad de éstos, pero no su origen o procedencia, pasando a señalar la posibilidad de creación, alteración o manipulación de mensajes. Ciertamente resulta que el listado de llamadas y mensajes emitidos desde el número de teléfono del denunciado, según la documentación remitida por la operadora telefónica, no refleja los mensajes recibidos en el número de teléfono de la denunciante, pero se llega a la convicción de la realidad de los hechos por el resto de las pruebas practicadas.

AP Murcia, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de julio de 2009

189

Se absuelve al acusado del delito de amenazas que según la denunciante profirió verbalmente en la puerta de su domicilio donde no dejó de gritar durante toda la noche y la amenazó con matarla a ella y a toda su familia. La Policía Nacional no advirtió ninguna queja de los vecinos en demanda de que el denunciado guardara silencio. Tampoco compareció al acto del juicio la hija de la denunciante de 14 años de edad que, conforme relata la denuncia, había presenciado los hechos.

AP Murcia, Sec. 3.ª, Sentencia de 17 de julio de 2009

195

A los efectos de la determinación de la responsabilidad civil dispone el artículo 227.3 del CP que «la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas», con lo que es inoperante en estos casos la prescripción del artículo 1966 del CC.

AP Murcia, Sec. 3.ª, Sentencia de 3 de julio de 2009

196

Se condena al compañero sentimental por un delito de asesinato y otro de descubrimiento de secretos por matar a su pareja e interceptar sus comunicaciones accediendo sin permiso a su móvil y correo electrónico para constatar supuestas infidelidades.

AP Madrid, Sec. 27.ª, sentencia de 30 de junio de 2009

196

SUCESIONES

Se desestima la demanda en la que se pedía la nulidad del testamento ya que la pericial en que basaba la incapacidad del testador sólo analizaba el historial clínico sin realizar un previo examen personal del presunto incapaz.

AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 19 de junio de 2009

200

OTRAS CUESTIONES

Es necesaria autorización judicial, en virtud del artículo 763 de la LEC, para el ingreso no voluntario de personas mayores que por razón de un proceso degenerativo no pueden prestar válidamente su consentimiento y son ingresadas en un centro asistencial o residencia.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 22 de julio de 2009

201

A efectos de fijación de la compensación económica prevista en el artículo 41 del CF, hay que tener en cuenta que el grupo empresarial procede de época anterior al matrimonio, por lo que sólo puede tomarse como referencia el valor del incremento habido durante la convivencia.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 8 de julio de 2009

203

Nulidad de la compraventa realizada entre un tío y un sobrino, por falta de causa no considerándose que estemos en presencia de una donación. La acción fue ejercida por una hija cuya filiación paterna fue declarada después del fallecimiento del progenitor.

AP Granada, Sec. 3.ª, Sentencia de 12 de junio de 2009

204

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

PATRIA POTESTAD

Privación de la patria potestad al padre al haber sido condenado por un delito de maltrato grave contra la madre.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 1 de diciembre de 2009

208

RÉGIMEN DE VISITAS

Acreditado que el padre ha superado los graves problemas de drogadicción y habiendo evolucionado satisfactoriamente durante estos dos últimos años los reducidos contactos entre padre e hija en el punto de encuentro, se está en el caso de ampliar de forma gradual el régimen de visitas, ya que la madre pretende perpetuar un régimen de visitas muy restrictivo ignorando la positiva evolución de las relaciones paterno-filiales.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 23 de noviembre de 2009

209

RESOLUCIONES DE LA DGRN

VIVIENDA FAMILIAR

Negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir la cesión de usufructo sobre la mitad indivisa de la vivienda familiar que pertenece en propiedad a ambos ex cónyuges.

Resolución de 31 de julio de 2009

215

No se inscribe la sentencia que aprueba el convenio regulador de la separación al no deducirse con claridad si se está o no atribuyendo el uso de la vivienda familiar. La cláusula indica que «las hijas del matrimonio tendrán su domicilio familiar en una vivienda privativa del padre mientras no sean independientes patrimonialmente».

Resolución de 18 de noviembre de 2009

216

SUCESIONES

Validez y eficacia del Certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad obtenido por el Notario por vía telemática aunque en éste no se consignan, debido a las características de la aplicación, la firma y sello del organismo emisor.

Resolución de 17 de julio de 2009

217

SECCIÓN PRÁCTICA

Cambio de custodia sustentado únicamente en el deseo del hijo.

221

Casos prácticos.

225

TRIBUNA ABIERTA

Familia, educación y futuro.

Fernando Santos Urbaneja.

235

Realidad del pretendido síndrome de alineación parental (SAP): respaldo judicial y técnico.

Juan Bernalte.

273

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Cuestión de inconstitucionalidad en relación con la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal para acordar la custodia compartida.	283
Datos de interés.	315

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Patria potestad.	321
Guarda y custodia.	321
Régimen de visitas.	322
Vivienda y ajuar familiar.	323
Pensión alimenticia.	324
Pensión compensatoria.	325
Cuestiones procesales.	326
Ejecución de sentencias.	327
Regímenes económico-matrimoniales.	328
Procedimientos de menores.	329
Cuestiones penales.	330
Sucesiones.	331
Otras cuestiones.	331

Revista de Derecho de

familia

ESTUDIOS DOCTRINALES

EN TORNO A LA EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR EN CONTRA DE PARIENTE

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ LAINZ

Magistrado

RESUMEN

Estudio exhaustivo de la institución procesal de la dispensa del deber de declarar entre parientes, conforme a la nueva redacción del artículo 416 de la LECrim dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, tanto desde el punto de vista de la dimensión subjetiva del derecho, implicación de los poderes públicos en su instrucción y problemática jurídica derivada de su aplicación en el proceso de enjuiciamiento criminal; examen de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del no respeto de la reserva de ley orgánica en su redacción.

ABSTRACT

Exhaustive study of the procedural institution of the dispensation of the duty of declaring among relatives, according to the new writing of the article 416 of the LECrim given by the Law 13/2009, of November 3, of reformation of the procedural legislation for the installation of the new judicial Office, so much from the point of view of the subjective dimension of the right, implication of the public authorities in its instruction and juridical problematic derived of its application in the criminal prosecution process; exam of the juridical consequences that can be derived of the non respect of the reservation of organic law in its writing.

Sumario

I. PLANTEAMIENTO

II. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR EN CONTRA DE PARIENTE

III. INSTITUCIONES PROCESALES RELACIONADAS CON LA DISPENSA

III.1. Prohibición del ejercicio de acción penal entre parientes

III.2. La dispensa del deber de denunciar contra parientes

IV. ESTUDIO SISTEMÁTICO DEL ARTÍCULO 416.1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

IV.1. Naturaleza de la institución procesal

IV.2. Sobre los sujetos destinatarios de la dispensa

A) Alcance subjetivo de la relación parental. B) Inconstitucionalidad por discriminación por razón de nacimiento de la nueva redacción del artículo 416.1 LE-Crim. C) Relaciones paraxoriales y noviazgo.

IV.3. Presupuestos procesales y límites objetivos al ejercicio de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente

IV.4. La dispensa del deber de declarar en contra de pariente y el deber de su instrucción por los poderes públicos

V. EL EJERCICIO TARDÍO DE LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR

V.1. Licitud de la opción de la víctima por ejercitar la dispensa cuando ha declarado previamente

V.2. Sobre el cierre probatorio derivado de tal decisión

VI. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA NO INFORMADA Y LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

I. PLANTEAMIENTO

No ha sido la primera vez que he tenido la oportunidad de tratar tan apasionante institución procesal como es la dispensa del deber de declarar en contra de pariente del artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en adelante, LECrim–^{1,2}, ni creo que a este ritmo vaya

1. «Reflexiones sobre la actuación del turno de oficio de abogados sobre la violencia de género ante el juzgado de guardia. IV Curso de formación para Letrados del turno de oficio de violencia de género». (CD editado por la Comisión de Violencia de Género del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba, Córdoba, noviembre de 2004).

2. *Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Guardia*, Editorial Bosch, Barcelona, enero de 2006, primera edición, pp. 300-337. Parte del presente trabajo aprovecha los planteamientos iniciales de esta obra, debidamente adaptados a la constante

a ser la última. De hecho tenía pensado dedicar una publicación a la constante evolución jurisprudencial que ha sufrido la institución desde la irrupción en nuestro ordenamiento jurídico penal de la protección específica contra la violencia de género; pero la fortísima presión que se ha desplegado frente a tal institución procesal, tanto desde los diversos *lobbies* políticos, sociales, jurídicos como mediáticos, entregados en la lucha frente a tan deleznable lacra social, como desde las defensas de los presuntos maltratadores, ha forzado una meteórica expansión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en parte contradictoria, y a la vez una inesperada reforma legal del precepto que hacen indispensable un nuevo estudio serio y concienzudo de aquélla, más allá de la simple crónica jurisprudencial.

En poco más de un trienio se superan con creces la decena de sentencias relevantes de nuestro Alto Tribunal, analizando aspectos tan diversos como la naturaleza jurídica de la institución, su extensión a las parejas de hecho, la implicación de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el deber de instrucción de la dispensa, las consecuencias jurídicas del incumplimiento de tal deber de instrucción y, especialmente, las consecuencias jurídicas derivadas de la tardía «retractación» de la víctima, como ha sido calificada la ulterior decisión de ésta de no declarar en contra de su pariente. La evolución jurisprudencial ha sido una constante que apenas daba aliento a quien quería realizar un seguimiento riguroso a tan apasionante institución procesal.

Por el contrario, la necesaria reforma del precepto para adaptarla a las exigencias constitucionales se estaba haciendo esperar en demasía, eternizándose la pendencia de una norma decimonónica que permanecía impoluta desde su redacción original, haciendo aguas a cada renglón de su articulado. Será aprovechando la tramitación de la nueva regulación procesal sobre el impulso de la oficina judicial (Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial –en adelante, LRLP–) cuando el legislador ha dado el paso, casi por la puerta pequeña, de realizar unos leves retoques al texto originario, sin más ambición que la de introducir la ya jurisprudencialmente aceptada equiparación de las uniones conyugales con las parauxoriales –... cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial–; adaptar al derecho civil común vigente la desdeñada voz jurídica del parentesco «lateral» que es sustituida por la de «colateral»; y tratar de borrar las referencias al parentesco «natural», con bastante poco éxito y profundidad, por cuanto en la norma a la que se remite el último inciso del artículo 416.1 el concepto de hijo natural se mantiene en toda su crudeza.

El nuevo artículo 416 pasó sin pena ni gloria por las dos Cámaras durante todo el decurso parlamentario, hasta el punto que ha sido uno de los pocos preceptos olvidados, que no fuera objeto siquiera de una sola propuesta de enmienda, ni tampoco merecer la más mínima alusión, más allá de su referencia nominal en el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial³. Pero esa aparente modestia, sin duda con miras a su definitiva regulación ante la permanente esperanza que en las dos últimas legislaturas ha mantenido y mantiene el Gobierno de sacar a la luz una ley de enjuiciamiento criminal de nuevo cuño, esconde desagradables consecuencias, relacionadas con lo que a mi modesto parecer ha supuesto un doble craso error: en primer lugar, el no respeto de la reserva de ley orgánica, cuando se trataba de un precepto que daba contenido a un derecho constitucional necesitado de

evolución jurisprudencial y legal sobre la materia. Véase igualmente mi primera actualización –mayo de 2008– a la obra, publicada en la web de la Editorial Bosch, www.bosch.es.

3. Apartado 1.1.2 del Informe al anteproyecto de ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, de 29 de octubre de 2008; fuente <http://www.poderjudicial.es>.

desarrollo; en segundo lugar, el absurdo mantenimiento de expresiones tan discriminatorias como el respeto del derecho respecto de los hermanos de vínculo sencillo por parte de madre, o «uterinos», y no respecto de los hermanos de vínculo sencillo respecto de padre, y la distinción ya tan distante de la moral actual entre hijos no matrimoniales, «naturales», y matrimoniales, con la consecuencia directa de crear auténticas discriminaciones por razón de nacimiento absolutamente irreconciliables con el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución. Errores ambos que llevarán, de no enmendarse la norma con anterioridad a la por suerte extensa *vacatio legis* de seis meses⁴, al inevitable planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad.

Aparte de las dos modificaciones explícitas, podremos comprobar igualmente, en la hipótesis de poderse mantener la constitucionalidad del precepto, cómo implícitamente la adaptación definitiva del espectro subjetivo beneficiado por la dispensa del deber de declarar representará un cambio radical en lo que hasta ahora, al menos en mi modesta opinión, suponía la debida interpretación de la redacción originaria del artículo 416 de la LECrim.

II. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR EN CONTRA DE PARIENTE

La consideración de la dispensa del deber de declarar como derecho fundamental carece de cualquier precedente constitucional tanto propio como de derecho comparado. Es realmente una innovación de la Constitución Española de 1978 la elevación a la categoría de fundamental de tal derecho, favorecido como tal por una vigorosa protección constitucional. Hasta la aprobación de la Constitución, el legislador español seguía la tónica de lo que se consideraba una auténtica tradición en los ejemplos de derecho procesal penal comparado: el reconocimiento de un derecho, o mejor dicho, excepción al deber de declarar, cuando lo que hubiera de manifestar determinada persona unida con vínculos de parentesco a un imputado o acusado pudiera perjudicar a éste. El establecimiento de tales cláusulas de exclusión o cierre probatorios incluso llegó a contar con el respaldo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– en su célebre STEDH de 24 de noviembre de 1986 (asunto 9120/1980, *Unterperthinger v. Austria*)⁵.

El origen de tan novedosa elevación de rango de lo que hasta entonces no fuera sino un simple derecho procesal del testigo-pariente se remonta no al texto originario del Proyecto de Constitución, sino a las modificaciones que fueran introducidas en la tramitación de nuestra Carta Magna en el Senado⁶, tras su propuesta en el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado –BOC núm 157, de 6 de octubre de 1978–. En dicho texto ya aparecía una inicial redacción del segundo párrafo del ya entonces consolidado artículo 24.2, en la que se optó por regular de forma explícita el alcance de tal derecho: «Nadie estará

4. Disposición Adicional Tercera de la LRLP.

5. Al hilo de la cuestión sobre la pretendida reproducción en el plenario de una declaración policial de la víctima, que posteriormente se negara a declarar en contra de su agresor pariente, el Alto Tribunal matiza que el despliegue de tal derecho es acorde con el derecho a un juicio justo reconocido en el artículo 6.1 del Convenio de Roma [«As such, the provision manifestly is not incompatible with Article 6 §§ 1 and 3 (d) (artículo 6.1, artículo 6.3.d) of the Convention: it makes allowance for the special problems that may be entailed by a confrontation between someone “charged with a criminal offence” and a witness from his own family and is calculated to protect such a witness by avoiding his being put in a moral dilemma; furthermore, there are comparable provisions in the domestic law of several member States of the Council of Europe»].

6. BOC núm 161, de 13 de octubre de 1978.

obligado a declarar un hecho que pueda causar perjuicio a su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, ni cuando los hechos hayan sido conocidos por virtud de secreto profesional según se determine en la ley». El legislador constituyente, sin duda arrastrado por la conveniencia de preservar a nivel constitucional el secreto profesional, no hace en un principio sino trasladar al texto constitucional el esquema de tal institución procesal, tal y como viene regulada en los artículos 416 y 417 de la LECrim, respetando en buena parte su esencialidad. Se definen nítidamente sus contornos, pero se deja abierta la posibilidad de desarrollar el derecho, e incluso establecer limitaciones, al introducir una cláusula de delegación al legislador.

El ulterior trámite conjunto de ambas cámaras imprimió, sin embargo, un importante cambio en el texto inicialmente propuesto por el Senado, de suerte que desapareciera cualquier límite o atadura concretos a la potestad de desarrollo legislativo del derecho, por cuanto que ya no se identifica a los parientes, sino que se habla, *in genere*, de «parentesco»; lo cual como veremos, no puede ser interpretado como una especie de carta blanca al legislador. Lo cierto es que la idea fraguó, y el derecho ocupó un lugar de honor, insertándose en uno de los preceptos en los que se basan los cimientos de todo el actual sistema constitucional español: el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el precepto fue ubicado en una incómoda posición, al final de un artículo de densísimo contenido jurídico; lo que ha provocado que se haya convertido en uno de los grandes olvidados de nuestra Carta Magna, en un derecho constitucional que en demasiadas ocasiones pareciera que no lo es a juzgar por el tratamiento que se le ha dado por la Jurisprudencia y buena parte de las más Altas Instituciones y de la Doctrina científica.

Realmente nos encontramos ante un derecho en negativo, la imposición a los poderes públicos del respeto a una concreta decisión del pariente de no colaborar con la acción de la Justicia, o mejor dicho, una excepción al deber de declarar que pudiera tener su basamento constitucional en el deber constitucional de colaboración con la Administración de Justicia impuesto por el artículo 118. Por ello, más que del derecho fundamental a no declarar en contra de pariente, prefiero hablar de dispensa del deber de declarar en contra de pariente, equiparada en cuanto a su reconocimiento y ejercicio a la misma protección constitucional que se brinda a los auténticos derechos fundamentales. No es que neguemos la cualidad de derecho fundamental a tal dispensa, sino que, gozando de idéntica protección constitucional, preferimos hablar de dispensa por ajustarnos más a su verdadera naturaleza jurídica.

Desnudo de todo ropaje de concreta regulación jurídica a nivel constitucional, la dispensa del deber de declarar en contra de pariente fue diseñada por el legislador constituyente como un genuino derecho constitucional de configuración legal; es decir, necesitado de un concreto desarrollo legal que, respetuoso con la esencia o núcleo esencial del derecho, le confiera un concreto contenido. El precepto, hasta la publicación de la LRPL, aún no había sido objeto de desarrollo tras la promulgación de la Constitución Española de 1978; pero una norma preconstitucional, con una antecesión de casi 100 años colmó, aun a duras penas, tal déficit normativo, en concreto el citado artículo 416.1 de la LECrim. No obstante el carácter preconstitucional de la norma, la extraordinaria elasticidad que permitía la correlación entre el apartado 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución, junto con la posibilidad de realizar una interpretación acomodaticia a los principios y valores propios no sólo del precepto comentado, sino del conjunto del texto constitucional, han permitido que el precepto haya resistido con holgura los casi 31 años transcurridos hasta su primera reforma. Durante dicho período solamente se han llegado a plantear cuatro cuestiones de

inconstitucionalidad, que han sido inadmitidas por motivos de forma –AATS 208/2005, de 10 de mayo; 333/2005, de 13 de septiembre; 9/2006, de 17 de enero, y 187/2006, de 6 de junio–, y de las que solamente se puede extraer un mínimo de doctrina constitucional en la última de las calendadas resoluciones, sobre la que posteriormente hablaremos.

Siguiendo la terminología empleada por Díez-PICAZO⁷, los derechos fundamentales suelen caracterizarse por tener una formulación normativa abierta; cuentan con una estructura principal que deja abierta la posibilidad de su desarrollo normativo. El derecho fundamental de configuración legal, sin embargo, instituye una delegación al legislador para su desarrollo, permitiendo que el desarrollo legislativo sea el que dé un contenido concreto a tal derecho constitucional. Pero ello no significa que el derecho constitucional de configuración legal confiera plena libertad al legislador para su desarrollo tal y como le plazca, pues, por una parte, habrá de ajustar su potestad reguladora al resto de los principios y valores constitucionales y, por otra, respetar el núcleo esencial o íntimo que atañe a su esencialidad, proceda éste de otros instrumentos normativos, por ejemplo, de naturaleza supranacional⁸, o pueda inferirse de la naturaleza propia del derecho. Este último es precisamente el supuesto del artículo 24.2.2 de la Constitución («La ley regulará...»), toda vez que hemos de acudir a la fuente interna, a escudriñar el escaso contenido normativo que puede deducirse de la norma, para definir los contornos con relevancia constitucional de tal institución procesal; aquel sustrato normativo indisponible so pena de poder incurrir en vicio de inconstitucionalidad.

El primer condicionante del diseño normativo del desarrollo del derecho/dispensa del deber de declarar por razón de parentesco reside en la forma de la norma que lo desarrolle, norma jurídica que necesariamente habría de ostentar la forma de ley orgánica, como derecho integrante del catálogo de derechos y libertades contenidos en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución –artículo 24–, por mandato de su artículo 81; al ser un derecho constitucional de configuración legal, al menos en cuanto concierna a aquello que atañe a su ámbito de aplicación y límites, a sus aspectos consustanciales, según expresiones empleadas en la importante STC 101/1991, de 13 de mayo. Evidentemente, no toda norma procesal requiere la forma de ley orgánica, toda vez que la concreta regulación de un proceso o la determinación de las reglas del reconocimiento de legitimación o de admisión a trámite de recursos van mucho más allá de lo que se puede entender que atañe a la esencialidad del derecho a la tutela judicial efectiva; pero la delación al desarrollo normativo del ámbito y alcance de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente impone la exigencia de la forma de ley orgánica precisamente, al menos, a su ámbito –relación de parientes a los que alcanza la dispensa– y alcance –límites del derecho tanto por razón de la materia como por razón del mantenimiento o no del vínculo–; y además, por razón de su correlación directa con el tronco común del derecho a la tutela judicial efectiva, y en concreto derechos fundamentales de naturaleza procesal en el que la dispensa se contextualiza, en cuanto respecta a su configuración como derecho necesitado para su ejercicio de un concreto deber de instrucción por parte de los poderes públicos.

7. Díez-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Editorial Thomson-Civitas, primera edición, 2003, pp. 39 y 40.

8. El ejemplo de la definición de la dimensión constitucional del derecho a la protección de datos de carácter personal que brinda el artículo 18.4 de la Constitución y su correlación con el Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, es una clara muestra de ello; baste con contrastar los derechos y principios relacionados en el Convenio 108 con la definición del núcleo esencial del derecho a la autodeterminación informativa contenida en la STC, Pleno, 292/2000, de 30 de noviembre.

Desgraciadamente, ya lo hemos anticipado, el legislador de la LRPL olvidó conferirle carácter de norma de ley orgánica al precepto⁹, cuando lo sencillo habría sido trasladarla a la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sin duda al caer en el error de suponer que se trataba de una simple norma procesal de entre los cientos que se modificaban; lo que podría provocar el planteamiento en batería de toda una serie de cuestiones de inconstitucionalidad que torpedearían la línea de flotación de toda la maquinaria judicial encaminada a erradicar las nefastas consecuencias de la violencia doméstica y de género. Al menos siempre cabe la esperanza de que el legislador sea consciente del riesgo del razonable planteamiento de las meritadas cuestiones de inconstitucionalidad, necesarias al ser norma posconstitucional, y rectifique antes de que la norma entre definitivamente en vigor.

Partiendo de la base de que el legislador constitucional configuró la naturaleza jurídica de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente, más como una excepción a una obligación genérica que como un derecho constitucional en sentido estricto, aunque con la misma potencialidad y fuerza jurídica que cualesquiera de los derechos fundamentales contenidos en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución, hemos de iniciar ineludiblemente el acercamiento al núcleo de relevancia constitucional de tal institución procesal en el análisis de su finalidad jurídica, su razón jurídica última. Desde un principio debe quedar bien claro que aunque las instituciones aparezcan ligadas en el mismo o correlativos preceptos legales, no existe una misma *ratio* jurídica entre el secreto profesional y la dispensa del deber de declarar; y ello por razón de que la debida protección de los vínculos profesionales (secreto médico y secreto profesional del abogado, y en general del asesor jurídico) y de sentimiento religioso (*v.gr.*, secreto de confesión en el culto católico, que no sería en este contexto sino un concreto ejemplo de secreto profesional) tiene por base la existencia de un concreto deber profesional o moral de guardar secreto sancionado con una norma de dispensa y correlativa responsabilidad en caso de incumplimiento, frente a lo que, como veremos, responde a un simple respeto o comprensión por parte de los legisladores constitucional y ordinario de la vinculación y fuerza moral que representan los vínculos parentales o familiares.

A este respecto, tres son las líneas interpretativas que han tratado de perfilar el por qué, el legislador, y en concreto el legislador constitucional, ha optado por dar eficacia jurídica al mal llamado secreto familiar:

1. En primer lugar, la consideración del derecho/dispensa como un instrumento concebido para proteger al presunto reo, y no a la víctima; tesis defendida por VARELA CASTRO¹⁰, con cita de la STS 331/1996, de 11 de abril. La tesis sin embargo trata simplemente de dar respuesta jurídica a la consecuencia de la no ratificación en el plenario, por razón del alegato del testigo de acogerse a su derecho a no declarar en el plenario, de una previa declaración prestada en sede de instrucción; pero olvida que el centro de gravedad de la dispensa radica no en el presunto autor, sino en la víctima, pues es a ella a quien se respeta su libre opción,

9. Curiosamente, la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sí confirió carácter de ley orgánica a la modificación del artículo 103 de la LECrim, en el que se regulan los supuestos de prohibición de ejercicio de la acción penal entre parientes.

10. VARELA CASTRO, Luciano, «El enjuiciamiento de ciudadanos por ciudadanos. Algunas prácticas conformadas por una jurisprudencia abrogante», en «La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica», *Estudios de derecho judicial*, CGPJ, Madrid, 2003, pp. 547-638.

aunque la elección pueda redundar en beneficio del reo. Éste es visto como mero componente de la relación parental que justifica la apreciación de un supuesto de dispensa del deber de declarar. La norma, sin embargo, a quien realmente protege es al testigo, a quien otorga la facultad de optar en conciencia por declarar o no declarar en contra de aquél.

2. En segundo lugar, la consideración de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente como una fórmula legal para hacer frente al riesgo de forzar a mentir a personas unidas por vínculo parental y, por tanto poder incurrir en delito de falso testimonio, según defendiera inicialmente MAGRO SERVET¹¹. Realmente, la propuesta se adentra en buena parte de la esencia misma de la institución, pero aporta una visión parcial de ella, dando respuesta no al por qué, sino a una de las finalidades para las que está diseñada. No se da carta de naturaleza a la dispensa para evitar la persecución penal del testigo que miente; simplemente se evita con la dispensa que no tenga otra opción que la de mentir o incurrir en desobediencia por no contestar, aunque ésta responda a una superior finalidad.

3. En tercer lugar, la equiparación de la dispensa a una especie de excusa absoluta de naturaleza extrapenal basada en una comprensión del legislador de la inexigibilidad de otra conducta en quien por razón de parentesco se ve compelido a declarar contra aquél a quien le unen determinados vínculos de sangre o afectivos; vínculos de solidaridad a que avoca el artículo 39 de la Constitución, o de respeto a la intimidad familiar, según propone la STS 292/2009, de 26 de marzo. Tesis actualmente mayoritaria, que cuenta con un innegable apoyo jurisprudencial –SSTS 134/2007, de 22 de febrero; 294/2009, de 28 de enero¹² y la citada 292/2009, de 26 de marzo– y doctrinal, como se defendiera en las Conclusiones del Seminario del CGPJ sobre la dispensa de la obligación de declarar del artículo 416 de la LECrim, del 20 al 22 de mayo de 2009¹³, o sostiene Díez-PICAZO¹⁴, quien habla de excepción al deber de colaborar con los tribunales.

Realmente, la norma constitucional no hace sino mostrar su respeto, o más bien comprensión a la vinculación y fuerza moral que representan los lazos parentales o familiares. Siguiendo en este punto a la STS 134/2007, de 22 de febrero, tal excepción o dispensa «... tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado»; esta colisión, continúa, «... se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculcado». Por su parte, la STS 292/2009, de 26 de marzo, habla de la existencia de un «secreto familiar», que tendría su fundamento «en los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar». Pero realmente, frente al supuesto del secreto profesional, no existe un concreto deber del padre o esposa, hijo o hermano, de no declarar

11. MAGRO SERVET, Vicente, «Los juzgados de violencia contra la mujer: una propuesta de mejora», en *Revista del Poder Judicial*, número especial XIX: *Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 497-530.

12. La referida sentencia establece que tal facultad tiene como fundamento: «... la voluntad de la ley de dejar al interesado la solución del conflicto moral o de colisión de intereses entre su deber como ciudadano de comunicar los hechos delictivos para su persecución y de testimoniar verazmente sobre ellos, y su deber personal de lealtad y afecto hacia personas ligadas a él por vínculos familiares».

13. Texto de la redacción de MORALES ORTEGA, Rafael y MAGRO SERVET, Vicente; fuente: *Revista SEPÍN*, violencia doméstica y de género (www.sepin.es), SP/DOCT/4105. En dicho texto puede leerse que el legislador ha entendido que en los casos de existencia de vínculos parentales, a éstos «... les resulta inexigible la obligación de colaborar con la Administración de Justicia que pudiera entrar en conflicto con su conciencia, en tanto su declaración pueda resultar perjudicial para el perjudicado al que se halla ligado por estrechos vínculos».

14. Díez-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, op. cit., p. 384.

en contra de su pariente, consorte o allegado, ni a nivel legal ni a nivel moral o social. La excepción al deber de declarar se basa, al igual que sucede respecto del deber de denunciar, en una mera comprensión por parte del legislador de la actitud reticente, no colaboradora con la Administración de Justicia de tal pariente; algo así como un supuesto de inexigibilidad de otra conducta que justifica, a nivel de legalidad, tal comportamiento del testigo o víctima, a quien no sólo se le exime de tal sanción, sino que se le garantiza su libre decisión con el reconocimiento de un derecho fundamental, el de no declarar en contra de aquellas personas que así disponga una norma con rango de ley que desarrolle tal derecho.

Como derecho fundamental que es, se trata de un derecho de carácter personalísimo, y como tal irrenunciable, inalienable e imprescriptible, dependiendo su pleno ejercicio por parte de personas menores de edad del grado de discernimiento que hayan adquirido, conforme al denominado principio de adquisición gradual o progresivo de la personalidad jurídica, reconocido entre otros por el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. No podría reconocerse en los progenitores un derecho a decidir en nombre de su hijo cuando su grado de madurez fuera tal que aún no ha sido adquirido en su plenitud; circunstancia en que su capacidad de decisión podría, al abrigo de lo dispuesto en el artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ser complementada, en el sentido de orientada por sus padres o encargados de su custodia, no sustituida. Queda, sin embargo, una importante laguna en la posibilidad de obtener el testimonio de menores que por su grado de madurez o corta edad no son capaces de tener una mínima comprensión del derecho que les ampara a no declarar contra sus padres, hermanos, etc.; su testimonio no puede cerrarse al procedimiento penal por el solo hecho de que sean incapaces de tomar una decisión sobre el ejercicio de tal derecho, debiéndose entender que en tal caso sus padres o guardadores, o en caso de conflicto de intereses, el Ministerio Fiscal, habrían de tomar en su nombre la decisión oportuna. Negando tal posibilidad de opción por sustitución estaríamos provocando estadios de impunidad de homicidas o agresores en el seno del ámbito doméstico, de la intimidad del domicilio, ante la imposibilidad de acudir al testimonio privilegiado de los testigos más directos de lo sucedido, los hijos de corta edad.

La delación al desarrollo legal de la dispensa no permite, al menos en mi opinión, limitar el catálogo de beneficiarios de la dispensa por razón de su consideración como víctima o simple testigo. El texto constitucional habla en términos neutros, permitiendo una cierta libertad de elección del legislador *ratione personae*, no en función de su condición o no de parte material o formal de la relación jurídico-procesal en el proceso penal. A efectos de determinación del marco constitucional indisponible, no sería viable establecer una tal distinción por razón de gozar o no el testigo de su cualidad de víctima directa o indirecta del delito, toda vez que las razones por las que se reconoce la dispensa no quiebran porque quien haya de declarar haya sufrido las consecuencias del delito o falta que se está investigando o enjuiciando. Mientras que no se procediera a una reforma del comentado precepto constitucional, razones de política criminal y, en concreto, de erradicación de una de las principales válvulas de escape frente a la guerra sin cuartel institucional desplegada frente al fenómeno de la violencia doméstica o de género, no se pueden erigir en justificación de la restricción de un derecho fundamental que tiene por fundamento los lazos de sangre y/o sentimentales existentes entre víctima y presunto agresor. Debe ser en el campo de la prevención y de la concienciación de las víctimas donde se debe hacer especial hincapié para

evitar que el artículo 24.2.2 de la Constitución se convierta en un acicate o puerta abierta para la impunidad.

Del carácter irrenunciable del derecho se deduce la crucial consecuencia de que la opción por acogerse a la dispensa pueda ser hecha valer por el pariente en cualquier momento procesal posterior a una concreta declaración o denuncia, incluso en el plenario, sin que de ello pueda llegar a deducirse una especie de fraude de ley, equiparándose tal cambio de criterio a una auténtica retractación, como sostuviera BEJARANO GUERRA¹⁵; o de legitimación de la renuncia a la acción penal con efectos determinantes de la absolución por falta de pruebas inculpativas, frente a lo que consideraba era la existencia de una previa renuncia tácita de la víctima-testigo, cuando la causa penal hubiera principiado por denuncia de éste, como sostiene MAGRO SERVET¹⁶. No cabe la posibilidad constitucional de establecer una irrevocable eficacia de futuro a la inicial opción del pariente por no acogerse a su derecho de no declarar, pues el derecho permanece latente en las distintas fases del proceso en que el testimonio puede o debe ser reproducido.

Desde el punto de vista de la garantía constitucional del derecho/dispensa, la posibilidad de utilización procesal de anteriores declaraciones en las que no se hubiera hecho uso de aquél, escaparía de su ámbito material, para adentrarse más bien en una cuestión sobre el derecho a un proceso justo, al sometimiento de las pruebas de cargo a la plena contradicción a que se refieren los artículos 24.2 de la Constitución y 6.3.d) del CEDH; baste para ello con recordar la cita de la STEDH del caso *Unterperthinger v. Austria*. Cosa distinta es que el legislador ordinario sí pueda establecer restricciones a tal utilización procesal; cuestión esta sobre la que entraremos posteriormente. La posición contraria, la de estimar que sí se afectaría al derecho constitucional a no declarar en contra de pariente, no obstante, puede encontrar acomodo en la STS 129/2009, de 10 de febrero, la cual llega a afirmar que ejercitada la opción por no declarar en contra del pariente en el acto del juicio oral resulta «...improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial inculpativa»; así como que ello supondría «... impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa».

Desde el punto de vista objetivo, la dimensión constitucional de la dispensa abarcará sin duda tanto al todo como a la parte, es decir, tanto a la opción de no declarar como a la de no contestar a cualquiera de las preguntas que considere el testigo que podrían perjudicar a su pariente, sin limitación alguna por el simple hecho de optar por declarar, pese a la dicción literal del actual artículo 418.1 de la LECrim¹⁷. Aunque la norma parece establecer una modulación o gradación en la facultad del testigo de negarse a contestar concretas preguntas, una vez que ha aceptado declarar, lo cierto es que la interpretación constitucional del precepto nos llevaría a no ver en ello una limitación del derecho constitucional por el solo hecho de no haberlo ejercitado con anterioridad. El testigo mantiene en todo momento la posibilidad de optar por no declarar en contra de su pariente. La dispensa del deber de declarar alcanzará, a nivel constitucional, al derecho que tiene el pariente a no colaborar

15. BEJARANO GUERRA, Fernando, «La asistencia jurídica a las víctimas de la violencia de género: problemas suscitados por el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género», en «Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 195-257.

16. MAGRO SERVET, Vicente, «Los juzgados de violencia contra...», *op. cit.*

17. «Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa o importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416».

con las resultas de la investigación criminal, al menos en cuanto respecta a la posibilidad de la víctima de negarse a ser objeto de una prueba pericial médica o psicológica¹⁸.

Igualmente, la norma constitucional deja abierta la posibilidad de excluir del derecho/dispensa categorías concretas de delitos, como así estableciera el apartado segundo del citado artículo 418 de la LECrim. En este punto, la libertad del legislador no conoce más límite que el del principio de proporcionalidad en la definición de la restricción del derecho/dispensa, de suerte que deberán ser muy ponderados valores superiores, concretos bienes jurídicos protegidos de especial entidad o trascendencia para el bien público o el interés general, los que podrán justificar la legitimidad constitucional en la restricción (seguridad nacional o de las Altas instituciones del Estado, grave alteración del orden público, delitos de especial gravedad, ...), dentro de los que difícilmente podrían incluirse en su totalidad los tipos penales encuadrados en el actual concepto de la violencia doméstica o de género.

En cuanto respecta al posible listado de parientes, ciertamente el legislador constitucional prefirió optar por dejar al criterio del legislador ordinario su concreta extensión. Pero ello no puede significar que se diera carta blanca al legislador ordinario para escoger de entre los parientes a aquellos que se vieran favorecidos por la dispensa. Puede perfilarse con facilidad lo que podría definirse como un núcleo duro, un ámbito parental y familiar indisponible para el legislador ordinario; ámbito respecto del que el legislador constituyente aportara incluso su propia opinión, cuando en el texto aprobado por el Senado se incluyera al cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, y a los que pudieran asimilarse vínculos parauxoriales y de parentesco más allá del vínculo de sangre (equiparación con el parentesco por adopción), para evitar de raíz cualquier riesgo de discriminación. Coincido en su esencia en este punto con la tesis sostenida por Díez-Picazo¹⁹, cuando nos habla de un «núcleo de certeza» al que el legislador estaría en todo caso vinculado, considerando que «... sería seguramente inconstitucional una ley que obligara a declarar entre padres e hijos o entre hermanos».

Surge la duda sobre si la ruptura del vínculo justificante de la dispensa, en el caso concreto de la relación matrimonial o parauxorial, podría suponer la pérdida de su vigencia. La cuestión es realmente polémica, y más si tenemos en cuenta que la única ocasión en la que el Tribunal Constitucional ha llegado a entrar en el fondo del análisis del contenido material del derecho –ATC 187/2006, de 6 de junio– ha sido para afirmar que «Los sujetos eximidos de la obligación de declarar por este precepto legal pueden acogerse a esta dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado». La afirmación es en sí demasiado escueta y relativa, pues se hace en el contexto de analizar la discriminación por razón de matrimonio, y al hilo del planteamiento que realiza la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Tarragona de justificar la asimilación de las parejas de hecho a las matrimoniales por razón del vínculo que supone la convivencia. No se puede mantener con rotundidad que el vínculo matrimonial o asimilado acompañe al testigo hasta la sepultura, ni siquiera limitando su ámbito a aquellos acontecimientos ocurridos constante la relación. Sin embargo, las posiciones antagónicas del Tribunal Supremo se han

18. Sobre este particular puede consultarse la amplia exposición desarrollada en mi trabajo: «Juzgado de violencia sobre la mujer...», *op. cit.*, pp. 312-323.

19. Díez-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 384.

sucedido en un brevísimo lapso de tiempo. Si la STS 13/2009, de 20 de enero²⁰, con cita de la STS 164/2008, de 8 de abril, sostiene, como he defendido en publicaciones anteriores, que la ruptura del vínculo supone la pérdida de vigencia de la dispensa, la más reciente STS 292/2009, de 26 de marzo, ha planteado la tesis de la extensión de la dispensa más allá de la realidad del vínculo de solidaridad jurídico o convivencial, llegando a concluir que «La ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento».

El último aspecto de la dimensión constitucional de la dispensa del deber de declarar sería el de considerarse como un derecho precisado para su efectividad de la previa instrucción de éste a las personas beneficiadas; derecho precisado de instrucción o información que se encuadra entre los de la misma naturaleza recogidos en el propio artículo 24, así como en el artículo 17.3 de la Constitución, respecto de la persona del detenido. Así lo ha entendido de forma unánime la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, tachando de vicio de nulidad las declaraciones de testigos parientes a quienes no se hubiera instruido previamente de la dispensa; cuestión sobre la que entraremos con más profundidad con posterioridad. Realmente, podríamos considerar que el legislador ordinario ha llegado a constitucionalizar tal deber de instrucción o información.

III. INSTITUCIONES PROCESALES RELACIONADAS CON LA DISPENSA

III.1. Prohibición del ejercicio de acción penal entre parientes

Evidentemente, del precepto constitucional analizado no puede extraerse de ninguna de las maneras una prohibición legal de que determinados parientes ejerzan la acción penal contra otros. Tal limitación tiene su razón de ser en el mandato del artículo 125 de la Constitución, el cual, al reconocer en los ciudadanos el derecho al ejercicio de la acción popular, sin duda estaría permitiendo una posible modulación por el legislador ordinario en cuanto a su concreta extensión. De hecho, la actual redacción del artículo 103 de la LECrim²¹, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no hace sino adaptar la posibilidad del ejercicio de la acción popular entre los parientes a la facultad implícita en el artículo 125 de la Constitución de restringir el ejercicio de la acción popular a determinadas personas.

La norma de restricción de la acción penal a prácticamente los delitos o faltas en los que el pariente es víctima o persona agraviada no se fundamenta en el respeto y comprensión de

20. «La jurisprudencia de esta Sala ha extendido la dispensa a las personas unidas al procesado por una relación de afectividad análoga a la del cónyuge, siguiendo el criterio de las últimas reformas legales. Pero también ha precisado que la dispensa sólo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues sólo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado».

21. «Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí:

1.º Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometido por el uno contra la persona del otro y por el delito de bigamia.

2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra la persona de los otros.»

la voluntad de éstos, propia de la dispensa del deber de declarar, sino en una consideración del legislador según la cual sería inadmisibles jurídicamente, por no decir amoral, permitir que parientes ejercitaran entre sí acciones penales por delitos en los que ni siquiera indirectamente pueden considerarse personas agraviadas en un sentido extenso. Por tanto, entre una institución y otra no existe sino una cierta relación de empatía, formando ambas, junto con la dispensa del deber de denunciar, los tres engranajes en los que se asienta la dimensión familiar de las instituciones procesales penales. En este círculo cerrado, una elemental norma de coherencia jurídica impone que a la no obligación de denunciar ni de declarar en contra de pariente, le corresponda una restricción generalizada al ejercicio de la acción penal más allá de la frontera de aquellas infracciones criminales en las que el pariente pudiera ser considerado persona agraviada; concepto este último más extenso que permitirá extender el arco de la posible acción penal más allá de aquellos supuestos en que el pariente, sin ser el sujeto pasivo de la infracción penal, sí sufre un determinado detrimento o menoscabo en su persona o bienes; aunque bastaría para ello con acudir a la definición de víctima contenida en el artículo 1.a) de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 16 de marzo de 2001²².

Pero si en algo nos interesa en este punto la institución procesal de la prohibición de ejercicio de la acción penal entre parientes es en cuanto que ésta establece el primer catálogo de parientes incluidos en este círculo cerrado de la dimensión familiar del proceso penal posterior a la promulgación de la Constitución; catálogo que a buen seguro habría sido trasladado por el legislador a las otras dos instituciones de las dispensas del deber de declarar o denunciar respecto de parientes si es que hubiera tenido conciencia de la existencia de los artículos 416.1 y 261 de la LECrim. De hecho fue intención del legislador de 1999, en buena parte, acabar con las obsoletas referencias que se mantenían en la ley procesal penal a trasnochados decimonónicos conceptos que denotaban la supremacía jurídica del hombre sobre la mujer²³. El concepto de «hermanos consanguíneos o uterinos», que actualmente se correspondería con el de hermanos de doble vínculo o vínculo sencillo por línea materna, pasará a ser desde entonces «hermanos por naturaleza o por adopción», es decir, hermanos con independencia de ser de doble o vínculo o vínculo sencillo, y sin distinción de línea materna o paterna. Esta equivalencia nos servirá para analizar el catálogo de parientes favorecidos en las otras dos instituciones procesales, pero además para mostrarse exigente el Tribunal Supremo, en su STS 294/2009, de 28 de enero, del deber de la autoridad receptora de recibir la denuncia de hacerle previamente la instrucción a que se refiere el artículo 416 de la LECrim, sobre la que posteriormente volveremos.

III.2. La dispensa del deber de denunciar contra parientes

Como prólogo al derecho fundamental a no declarar contra pariente se encuentra la dispensa del deber de presentar denuncia respecto de determinados parientes –artículo 261

22. «La persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro.»

23. «Por otro lado, se reforma el artículo 104 de dicha Ley para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos, al tiempo que se elimina la obsoleta referencia que se contiene en dicho precepto a la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos o de los hijos respecto de sus padres. También se revisa la redacción del artículo 103 con el objeto de ponerla en consonancia con el vigente Código Penal.»

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁴–; deber que ya de por sí nace mermado en cuanto respecta a la prohibición del ejercicio de la acción penal entre parientes. El pariente conserva en su plenitud el derecho a denunciar las infracciones de las que tenga conocimiento respecto de tales parientes; mas simplemente se ve dispensado de tal obligación, y por tanto no se ve compelido con una norma sancionadora en caso de contravención, como sí sucedería al resto de los ciudadanos. Realmente esta dispensa complementa a la dispensa del deber de declarar, de la que no es sino la otra cara de la moneda. Si esta última garantiza al pariente la facultad de no perjudicar al presunto autor declarando en su contra, la dispensa del deber de denunciar, común a cualquier persona que tenga noticia de la comisión de un delito, le exime de la obligación de tomar la iniciativa poniendo en conocimiento de la autoridad pública encargada de la persecución del delito su existencia. Podría establecerse, por tanto, una relación directa entre esta dispensa y el derecho constitucional establecido en el artículo 24.2.2 de la Constitución; no en vano, permitir la dispensa del deber de declarar pero imponer el deber de denunciar sería en sí un contrasentido jurídico y a la vez una vía indirecta para vulnerar el derecho.

Esta evidente correlación entre ambas instituciones con asiento en el mencionado precepto de la Constitución conllevaría la extensión de la dimensión constitucional del primero a la regulación del segundo, al menos en determinados aspectos sustanciales, y en concreto en la definición del catálogo de parientes beneficiados por la dispensa. Tan es así que el legislador podría extender el listado de parientes eximidos de la obligación de denunciar, pero siempre partiendo del común de los dispensados del deber de declarar, pues no podría concebirse que el obligado a denunciar pudiera ser eximido de declarar cuando fuera citado a hacerlo en calidad de testigo.

La diferencia con el supuesto del artículo 103 de la LECrim es evidente, pues quien denuncia solamente participa a la autoridad pública competente la existencia de una infracción criminal –*notitia criminis*–; sin embargo, quien ejercita la acción penal adquiere la cualidad de parte formal frente a la persona del presunto autor. Por ello, la correlación en el catálogo de parientes no tiene por qué coincidir.

Sin embargo, esa correlación predicable entre las dos modalidades de dispensa se rompe si contrastamos los artículos 261 y 416.1 de la LECrim. A nivel de relación uxorial, la inclusión en los primeros de las parejas de hecho, sí reconocida ya en el artículo 416.1, no habría de suponer un especial problema exegético; la equiparación se extiende también en parte a las líneas ascendente y descendente y colateral; aunque la discrepancia se acentúa en cuanto respecta al parentesco por afinidad, así como en la artificiosa referencia a la relación fraternal. Sin perjuicio de hacer posteriormente un análisis más profundo del listado de parientes del artículo 416.1, desarrollaremos los paralelismos y diferencias en la siguiente tabla descriptiva:

24. «Tampoco están obligados a denunciar:

1.º El cónyuge del delincuente.

2.º Los ascendientes y descendientes consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive.

3.º Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos.»

Dispensa del deber de denunciar (artículo 261)	Dispensa del deber de declarar (artículo 416.1)	Coincidencia
El cónyuge del delincuente.	Cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial.	Equiparable.
Ascendientes y descendientes consanguíneos o afines.	Parientes del procesado en línea ascendente o descendente.	Exclusión parentesco por afinidad.
No existe referencia a relación de fraternidad.	Hermanos consanguíneos o uterinos ²⁵ .	Equiparable, pero como parentesco colateral.
Colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive.	Colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil.	Exclusión parentesco por afinidad.
Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos.	Ídem (remisión al artículo 261.3.º LECrim).	Equiparable (en remisión desaparece referencia a parentesco <i>natural</i>).
Padre y madre en iguales casos que apartado anterior.	Ídem (remisión al artículo 261.3.º LECrim).	Equiparable.

IV. ESTUDIO SISTEMÁTICO DEL ARTÍCULO 416.1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

IV.1. Naturaleza de la institución procesal

La coincidencia entre la norma constitucional y el precepto que la desarrolla es en este punto absoluta. Realmente, el artículo 24.2.2 de la Constitución no hace sino copiar, elevándola a categoría de derecho fundamental, la institución procesal que fuera recogida en la LECrim desde su redacción originaria. En una y otra normas se utiliza la técnica de definir un derecho en negativo, la imposición a los poderes públicos del respeto a una concreta decisión del pariente de no colaborar con la acción de la Justicia o, como apostillara anteriormente, una excepción al deber de declarar que pudiera tener su basamento constitucional en el deber constitucional de colaboración con la Administración de Justicia impuesto por el artículo 118 de la Constitución.

25. La dicción literal del precepto exigiría distinguir entre el parentesco consanguíneo de doble vínculo y el de vínculo sencillo, puesto que respecto del parentesco de vínculo sencillo solamente se recogería el parentesco uterino, es decir, por parte de madre; la línea de vínculo sencillo paterna quedaría de este modo discriminada, tanto en la relación fraternal como en la relación colateral, que curiosamente solamente alcanza a los hermanos, según el vigente cómputo civil.

IV.2. Sobre los sujetos destinatarios de la dispensa

A) Alcance subjetivo de la relación parental

La comprensión del actual artículo 416.1 de la LECrim pasa por el concienzudo análisis de la norma en su redacción originaria, adaptadas a las exigencias axiológicas y principios derivados de su interpretación conforme a la Constitución. Será a partir de la comparación con la modificación producida por su actual redacción como podremos formarnos una idea clara del actual sentir del legislador.

Conforme a tal redacción originaria, serían beneficiarios de tal derecho todos los parientes por línea directa, tanto ascendente como descendente, sin limitación de grados (padres, hijos, nietos, abuelos bisabuelos, ...); el cónyuge como única persona unida por vínculo de familia, que no parental, aunque jurisprudencialmente se había superado la cuestión sobre la inclusión de las parejas de hecho, y, en la línea colateral, los hijos, sin distinción por razón de nacimiento pese a lo señalado por la norma de nacimiento respecto del parentesco uterino, y los parientes colaterales hasta el segundo grado, que se encuentren unidos por vínculo doble o sencillo, es decir, aparentemente solo los hermanos, bien sean del mismo padre y madre o de padre o madre común.

La relación conyugal y la línea ascendente y descendente sin límites no parecía ofrecer, de hecho, especial problema, mientras no se conectara el concepto con la paternidad y maternidad naturales del artículo 261.3, por cuanto que parecía que se estaba excluyendo a éstos del resto de ascendientes. La adaptación del precepto a la norma constitucional permitiría, no obstante, equiparar a los hijos no matrimoniales frente a los matrimoniales y, por tanto, extender la dispensa a toda la línea ascendente, equiparando a una y otra modalidades de relación paterno-filial. La diferenciación en cuanto a la línea materna, requerida del previo reconocimiento, debe entenderse voluntario o judicial, podría mantener cierta vigencia, en el sentido de dejar bien clara la opción del legislador por considerar que el vínculo de sangre no reconocido jurídicamente no era apto para dar lugar al reconocimiento de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente. Sólo es hijo, por tanto, el reconocido conforme a derecho; y se refería que siempre lo sería respecto de la madre ante la realidad de que la inscripción del nacimiento, casi sin excepción, contaba con la constante del reconocimiento de la identidad de la línea materna.

La referencia a los «laterales», que no colaterales, consanguíneos, parecía carecer de sentido conforme a la actual regulación de las relaciones de parentesco, artículos 915 y siguientes del Código Civil, sobre todo, tras el claro y contundente mandato del artículo 919 del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio²⁶; máxime cuando se crearía una contradicción interna en el propio precepto, reconociendo por un lado el derecho a los hermanos, tanto de vínculo sencillo como doble, para renglón seguido negárselo a los hermanos de vínculo sencillo. Si interpretamos el concepto de consanguinidad como relación existente entre parientes unidos por vínculos de sangre, la acepción «uterinos» utilizada para los hermanos sería sobreabundante, pues para nada se tiene en cuenta la línea materna o paterna para determinar el vínculo de consanguinidad, pues los hermanos están en esencia ligados unos con otros con un vínculo de consanguinidad. La distinción en este punto sólo podía obedecer al reconocimiento de la dispensa respecto de vínculos sencillos

26. «El cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias.»

de la línea materna en clara discriminación de la paterna, es decir, gozaban de la dispensa los hermanos de doble vínculo, y respecto de los hermanos de vínculo sencillo, o medio hermanos, solamente los hermanos por parte de madre. Evidentemente, con la entrada en vigor de la Constitución, tal diferencia, simplemente, dejaba de tener sentido.

La razón de ser de esta aparente antinomia en la negación del vínculo sencillo en la relación fraternal debe buscarse en la antedatación de la LECrim al Código Civil. El legislador de 1882 tuvo en cuenta el sistema de cómputo de parentesco heredado del derecho Canónico conforme al Codex Iuris Canonici vigente en tal fecha, en el cual se establecía un sistema de cálculo de la línea colateral basada en computar los grados respecto de la línea más extensa, de suerte que el vínculo que unía a tíos y sobrinos era de segundo grado, no de tercero conforme al actual sistema de cómputo y el reflejado en el canon 108 del nuevo Codex Iuris Canonici de 25 de enero de 1983²⁷; pero igual sucedía respecto de los primos, puesto que las dos ramas parentales distaban dos grados del tronco común. Era por lo tanto propósito del legislador extender el derecho a no declarar contra pariente tanto a los tíos y sobrinos como a los primos, siempre que estuvieran unidos por un vínculo de consanguinidad.

Pero ¿debe entenderse derogada tal extensión conforme a la nueva redacción del artículo 919 del Código Civil, al modificarse, para *todas las materias*, el sistema de cómputo de parentesco? Para empezar debe advertirse que la actual redacción del artículo 919 del Código Civil no es tan innovación como parece, sino una adaptación a la nueva realidad de las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica, de suerte que la nueva redacción no hace sino suprimir la excepción que se establecía a tal sistema de cómputo civil respecto de los impedimentos del matrimonio canónico. La norma establecía realmente un principio de unidad en la *computación* –según la versión original del precepto–, para todas las disciplinas jurídicas; pero no puede considerarse con convicción jurídica irrefutable que tratara de modificar el contenido y extensión del derecho que regulaba el artículo 416.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hasta el punto de que la aplicación del nuevo sistema de cómputo o bien dejara sin contenido una parte del precepto, o bien introdujera un errático factor que hacía desmentir el enunciado anterior, impidiendo una interpretación racional de la norma. El propósito del legislador de 1889 y del reformador de 1981 no iba más allá de unificar los sistemas de cómputo de parentesco, es decir, que en todas las disciplinas jurídicas en que se tuviera en cuenta la relación de parentesco se partiera de tal norma común. Pero el legislador de 1882 ya había previsto a quiénes seleccionaba de entre los parientes del encartado y entre éstos estaban los únicos que se relacionaban con el segundo grado de consanguinidad según las normas canónicas; los primos, tíos y sobrinos unidos por vínculos de consanguinidad. Puede concluirse que el artículo 416.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal extendía el ámbito tuitivo del artículo 24.2.2 de la Constitución no sólo a los ascendientes y descendientes en línea recta sin limitación, hermanos entre sí, tíos y sobrinos consanguíneos y primos consanguíneos entre sí.

En cuanto al parentesco por afinidad, la solución era sin embargo aparentemente sencilla, pues como quiera que al contrario de lo sucedido en el artículo 261 de la LECrim, los afines simplemente no son reflejados en el listado de parientes del artículo 416.1, regiría el

27. En este sentido se manifiesta la opinión de ALBALADEJO (ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*, Editorial Librería Bosch, tercera edición, Barcelona, 1987, pp. 12 y 13).

criterio interpretativo de la exclusión, tal y como propugnara el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su STS de 24 de junio de 1905²⁸.

El parentesco a que se refiere la norma no podría quedarse dentro del marco estricto del parentesco por naturaleza, debiendo extenderse los lazos a los vínculos paterno-filiales por adopción, por cuanto que el artículo 108 del Código Civil²⁹ equipara a todos los efectos a los hijos por naturaleza y por adopción. La adopción, a excepción de los supuestos de mantenimiento de los vínculos paterno-filiales a que se refiere el artículo 178.2 del Código Civil, supone la ruptura del vínculo jurídico con la familia anterior, integrando al adoptado en el árbol parental de los adoptantes. No hay base jurídica para poder mantener una vinculación parental entre el hijo por naturaleza y sus parientes anteriores, de suerte que pudiera amparar a éstos el derecho reconocido en el citado artículo 416.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No sucede lo mismo respecto de los menores acogidos o situaciones de guarda de hecho de menores o incapaces, en los que la vinculación jurídica no se extiende en caso alguno al ámbito parental.

La nueva redacción del artículo 416.1 peca en buena parte de continuismo con la situación inmediatamente anterior; pero clarifica positivamente buena parte de los puntos donde la interpretación de la norma se hacía más compleja. Dichos cambios podríamos sintetizarlos en los siguientes:

1. Queda fuera de toda duda la equiparación entre las uniones sentimentales matrimoniales y no matrimoniales. Evidentemente, también las uniones matrimoniales entre personas del mismo sexo, desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 2 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio; pero igualmente las uniones de hecho análogas entre personas del mismo sexo tienen plena cabida en el elenco de personas beneficiadas por la dispensa.

2. La relación fraternal se mantiene en su completa literalidad.

3. La línea colateral calculada conforme a la legislación canónica vigente en la fecha de la promulgación de la LECrim pierde ya su razón de ser. El cómputo de la línea colateral se somete ya plenamente al régimen común del artículo 919 del Código Civil, por lo que solamente alcanzará hasta el segundo grado civil, es decir, hasta los hermanos. La norma ya nace con el precedente del actualmente vigente sistema de cómputo, por lo que desaparece la base jurídica para la extensión de la dispensa a los tíos, sobrinos y primos del presunto autor. Otra cosa es que la norma pierda su utilidad jurídica.

4. En cuanto al parentesco natural, la única novedad radica en la exclusión de la voz «naturales» del último inciso del artículo 416.1. Probablemente el legislador no tuvo tiempo de leerse el apartado 3.º del artículo 261, donde la discriminación por razón de nacimiento llega hasta sus últimas consecuencias.

Evidentemente, el legislador está pensando en el sistema de computación de parentesco planteado por la reforma del Código Civil de 1981, sin que ello suponga una inmisión en la competencia exclusiva de comunidades autónomas con competencias en materia de derecho civil foral o especial (artículo 149.1.8.ª de la Constitución), pues de otro modo se

28. «Cuando el Código Civil habla de parientes sin otro aditamento, sólo se refiere a los consanguíneos, no a los afines.»

29. «La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.»

podría estar dando un trato diferente según la vecindad civil de los parientes. Solamente Cataluña ha desarrollado un sistema de computación distinto en cuanto respecta a la línea colateral, por cuanto que frente al ejemplo del artículo 918 del Código Civil, en el artículo 441.4, apartado 2, de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, la línea colateral se computa no subiendo hasta el tronco común y descendiendo hasta la persona con quien se hace la computación, sino sumando las generaciones de cada rama que sale del tronco común; por lo que los hermanos estarían unidos por un vínculo colateral de primer grado, no de segundo como en el Código Civil, y los tíos y sobrinos de segundo grado, no tercero. No es que neguemos a la Comunidad catalana la potestad de establecer su propio sistema de cómputo de parentesco, que sin duda la tiene, simplemente estamos interpretando la opción del legislador por definir, con carácter unificado, en una materia que sí es propia del Estado, la regulación del proceso penal y de derechos constitucionales relacionados con éste (artículo 149.1.1.ª y 6.ª de la Constitución), cuáles son los parientes que pueden verse acogidos por la dispensa del deber de declarar.

La ruptura del nexo conyugal, tanto por su disolución por razón del divorcio –artículo 85 del Código Civil–, como por su anulación –artículos 73 y 79 del Código Civil–, rompe, al menos en mi opinión, el ligamen que justifica el reconocimiento del derecho. Disuelto el vínculo o declarada su inexistencia, no existe razón jurídica alguna que justifique el mantenimiento del derecho, aunque lógicamente haya de respetarse la decisión adoptada constante matrimonio si se hubiera optado por ejercer el derecho a no declarar con anterioridad a tales eventos. Se produciría un conflicto jurídico de difícil solución si una vez disuelto el matrimonio o declarada su nulidad se pretendiera imponer al cónyuge víctima o testigo el deber de declarar contra su esposo o esposa, una vez que se hubiera acogido con anterioridad a tal derecho; al menos en este supuesto habría que respetar la decisión anteriormente asumida por la víctima y no tratar de incidir sobre un derecho ya ejercitado mediante esa vía indirecta.

La separación no romperá dicho vínculo, toda vez que los cónyuges permanecen unidos por el vínculo matrimonial, aunque con una relajación de los deberes de fidelidad, respeto y ayuda mutuos impuestos por los artículos 67 y 68 del Código Civil. La separación supone una simple suspensión de la vida en común, con todo lo que ello representa; pero el nexo de unión matrimonial permanece latente, y no puede entenderse excluido del concepto de cónyuges empleado en el artículo 416.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La separación, y más en la nueva regulación jurídica de las crisis matrimoniales en que la separación es ya meramente opcional, sigue diseñándose como una fase de prueba, un paso previo a la disolución del matrimonio por divorcio, en el que los cónyuges tienen la opción bien de reanudar la vida conyugal, bien de dar ese paso posterior hacia la ruptura definitiva; entre tanto los vínculos morales que justifican el reconocimiento del derecho a no declarar contra el cónyuge quedan latentes, aunque relajados.

En este punto, ya lo hemos anticipado, se acaba de iniciar una línea de ruptura en la más reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues si la STS 13/2009, de 20 de enero, sostenía la línea que hemos defendido, la más reciente STS 292/2009, de 26 de marzo, ha planteado la tesis de la extensión de la dispensa más allá de la realidad del vínculo de solidaridad jurídico o convivencial, llegando a concluir que «la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento». Esta extensión del vínculo de solidaridad más allá de la convivencia

misma tiene incluso cierto apoyo en el ATC 187/2006, de 6 de junio, el cual llega a concluir que «Los sujetos eximidos de la obligación de declarar por este precepto legal pueden acogerse a esta dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado». Según esta nueva línea jurisprudencial la sola ruptura no eximiría de la instrucción del derecho, y por ende del derecho a no declarar, al menos en tanto en cuanto se refiriera la declaración a hechos acontecidos mientras el vínculo de solidaridad jurídica o de hecho hubiera permanecido latente.

Ahora bien, incluso asumiendo la opinión sostenida por el máximo intérprete constitucional sobre la innecesariedad de la permanencia de la convivencia para que pueda reconocerse la dispensa, lo cierto es que si propugnamos que lo que protegen tanto la norma constitucional como procesal no es el secreto o el respeto a la intimidad familiar, sino la comprensión del legislador por ese vínculo de solidaridad y familiaridad que une al consorte por razón del nexo sentimental que les une, la desaparición de aquél deja sin sentido el mantenimiento respecto de hechos acontecidos constante la unión. En el parentesco de sangre el vínculo se perpetúa al establecerse una presunción *iuris et de iure* de que el vínculo es inmanente a aquél; en la relación de familia entre consortes, estén o no unidos por vínculos matrimoniales, esta solidaridad se mantiene en tanto la llama de la unión sentimental permanezca viva. Desaparecido el vínculo sentimental, el solo afecto o el recuerdo de felices tiempos pasados no justifica la apreciación de esa especie de inexigibilidad de otra conducta de naturaleza extrapenal respecto de hechos acontecidos durante la permanencia de la unión sentimental.

B) Inconstitucionalidad por discriminación por razón de nacimiento de la nueva redacción del artículo 416.1 de la LECrim

Aparte de la complicada situación jurídica que puede suponer el no respeto de la reserva de ley orgánica en la nueva redacción del artículo 416.1 de la LECrim, lo cierto es que el precepto coloca en una difícilísima situación a la categoría de las relaciones fraternales y paterno-filiales, que ya no pueden escudarse en una interpretación conforme a la Constitución, al no serle ya de aplicación el apartado 3 de su Disposición Derogatoria. Cabría la opción de hacer uso de la doctrina de la interpretación acomodaticia a los principios y valores constitucionales, mas no sobreponer éstos a lo que nos dice la norma, pues para ello sería preciso el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Para empezar, solamente a partir de una pirueta jurídica, soslayar la referencia que se hace a la relación fraternal uterina, es decir, de vínculo sencillo materno, con exclusión de la paterna, a través del siguiente escalón del parentesco por consanguinidad hasta el segundo grado, podría salvarse esa decimonónica discriminación que actualmente es inconcebible. Pero esta interpretación posible, y que seguramente ganará adeptos cuando la norma entre en vigor, rompe claramente con el espíritu de la vacua referencia al parentesco por consanguinidad hasta el segundo grado colateral civil; y ello por la sencilla razón de que en el parentesco consanguíneo colateral deja ya de tener su razón de ser la diferenciación entre vínculos doble o sencillo; a los efectos del artículo 416.1 de la LECrim nada tienen que ver los padrastros no adoptantes del hijastro y el resto de colaterales de una línea a la que nada les une. Será mejor pensar que el legislador no maduró realmente a qué se estaba enfrentando cuando hablamos de parentesco colateral hasta el segundo grado civil.

La situación es igualmente compleja en cuanto respecta a la relación con los hijos actualmente considerados no matrimoniales, respecto de los que está vedada cualquier clase de discriminación por razón de nacimiento. Si los hijos no matrimoniales se integran plenamente en el árbol genealógico de las líneas directa y colateral de sus progenitores, la distinción deja de tener sentido; la norma debe reinterpretarse en el sentido de considerar que no se regula una excepción al régimen general por razón del nacimiento no matrimonial, y que la diferenciación que se hace entre el padre y la madre lo será según la apostilla que hicimos anteriormente: que el legislador huye de vínculos de sangre naturales que no cuenten con el respaldo de un reconocimiento de paternidad, y eventualmente de maternidad. De otra forma, retrotraernos a la preconstitucional discriminación de los hijos ilegítimos frente a los legítimos sería ir brutalmente en contra del mandato constitucional de la no discriminación por razón de nacimiento.

C) Relaciones parauxoriales y noviazgo

Como no podía ser de otra forma, el legislador de 1882 se encontraba muy lejos siquiera de tolerar la existencia misma de las uniones sentimentales de hecho, en un entorno hostil a cualquier relación sentimental fuera del matrimonio entre hombre y mujer. La LECrim fue publicada escasamente doce años después de la promulgación de la Ley del Matrimonio Civil de 1870, momento en que el único referente jurídico a las uniones de hecho solamente podía encontrarse en la inclusión, casi a título anecdótico, en su Exposición de Motivos, de los matrimonios *a iuras*, herederos de la mítica institución ancestral de la barraganía, a los que no se les confería mayor contenido jurídico que el de generantes, en realidad, de simples obligaciones morales, que dotarían de causa a atribuciones patrimoniales realizadas entre uno y otro integrantes de la unión.

Con la entrada en vigor de la Constitución y la prohibición de discriminación por motivos familiares, y en concreto de las familias no unidas por vínculos matrimoniales frente a las familias matrimoniales, el camino hacia el reconocimiento de la equiparación en el artículo 416.1 de la LECrim parecía sencillo, y más teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales y legislativos que poco a poco iban equiparando a unas y otras instituciones sociales en distintas ramas o disciplinas del derecho público y privado. Pero el camino definitivo hacia este justo logro contaba con un enemigo insospechado: el carácter ambiguo y fragmentario de la equiparación en el Código Penal de 1995.

Frente a una doctrina que de forma unánime se decantaba por la plena equiparación³⁰, la postura del Tribunal Supremo fue inicialmente contraria, basándose en el argumento de que cuando el legislador posconstitucional había decidido, sobre todo a partir de la década de los noventa del pasado siglo, establecer la equiparación entre unas y otras, así lo había reflejado en la concreta norma jurídica; así lo entendió concretamente la STS 1540/2003, de 21 de noviembre. Dicha sentencia efectúa el planteamiento de la cuestión partiendo del análisis del mandato constitucional, de la caracterización del artículo 24.2.2 de la Constitución como derecho constitucional de configuración legal. A partir de ese dato, y de la lectura del contenido del desarrollo por parte de la norma derivada, llega a la conclusión de rechazar el argumento de la analogía partiendo del ejemplo del Código Penal y en con-

30. Por citar ejemplos: MAGRO SERVET, Vicente («Los Juzgados de Violencia...», *op. cit.*); HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier («El juicio oral. La prueba», en «Hacia un nuevo proceso penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid 2005, pp. 351-418), o la tesis que mantuviera en mi citada obra «Juzgado de violencia sobre la mujer y...».

creto la no inclusión del convivente dentro del ámbito subjetivo de la excusa absolutoria del artículo 268.1 del texto punitivo («Cuando el legislador ha apreciado, en el ámbito de la jurisdicción penal, la conveniencia o necesidad de asimilar los efectos de las uniones sentimentales estables, o convivencia *more uxorio*, con los del matrimonio, lo ha establecido así expresamente...»). El propio Tribunal Supremo dio marcha atrás indirectamente en su tesis contraria, reconociendo expresamente la extensión de la excusa absolutoria del artículo 268.1 del Código Penal a los convivientes en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2005³¹. Si el Alto Tribunal estaba desdiciéndose abiertamente de su anterior argumento de que el legislador habría dictado la correspondiente norma si hubiera entendido que cualquier derecho habría precisado de una manifestación favorable del legislador, con más motivo podrá reconocerse que igualmente cabría la extensión del derecho a no declarar contra pariente a favor de los integrantes de las parejas de hecho, cuando estamos hablando de una norma decimonónica dictada en un momento en que el solo hecho de hablar de una unión sentimental no unida por vínculos matrimoniales suponía una incuestionable agresión a las reglas de la moralidad.

El camino hacia la extensión de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente tuvo por hito definitivo a la STS 134/2007, de 22 de febrero. La sentencia parte para ello de la referencia que se hace a la equiparación de las uniones uxoriales y parauxoriales en el artículo 23 del Código Penal, referido, como sabemos, a la circunstancia mixta de parentesco. Considera la calendada sentencia que «... la equiparación de la pareja de hecho al matrimonio es consecuencia de encontrarse en la misma situación *more uxorio* y que en definitiva el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos». La misma línea ha encontrado igualmente un definitivo apoyo en las SSTS 164/2008, de 8 de abril; 13/2009, de 20 de enero, y 292/2009, de 26 de marzo.

Evidentemente, la nueva redacción del artículo 416.1 de la LECrim ya no deja lugar a dudas sobre tal equiparación, al incluirse explícitamente en el elenco de favorecidos por la dispensa a las parejas de hecho, sin distinción alguna por razón del sexo de los consortes.

Si ya apuntamos anteriormente que la disolución del matrimonio por divorcio o su anulación rompe el vínculo jurídico y moral entre víctima o testigo y agresor que justifica el reconocimiento del derecho recogido en el artículo 416.1.º de la LECrim, igual debe concluirse en cuanto a los vínculos sentimentales no anudados bajo la fórmula jurídica del matrimonio. Ocurrirá sin embargo que la propia libertad de ligamen que caracteriza a las uniones sentimentales estables hace que su ruptura se diluya en una secuencia de actos de difícil determinación, hasta el punto de que el concepto de ruptura, al carecer de una resolución que lo declare u homologue, es una simple cuestión de hecho de difícil probanza; y más cuando se suceden episodios de rupturas y nuevas reconciliaciones. La ruptura habrá de consistir en una manifestación de voluntad u hecho concluyente, del que se deduzca la definitiva desaparición del vínculo sentimental, bien por decisión conjunta de ambas partes o bien por manifestación decidida de una de ellas, acompañada del hecho mismo de la ruptura de la convivencia. El problema radicará en determinar si esa ruptura se ha producido y, por tanto, si puede negarse al ex convivente el derecho a no declarar en contra de su pareja. Será una decisión judicial difícil que habrá de adoptarse a la luz del interrogatorio sobre cuestiones generales a que se refiere el artículo 436 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en las que la autoridad judicial, antes de tomar una decisión sobre si le corresponde instruir

31. «A los efectos del artículo 268 del CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial.»

a la víctima o testigo del contenido del artículo 416.1.º, deberá inquirir a éste sobre sus relaciones personales con el presunto agresor y el mantenimiento o no del vínculo afectivo.

Las relaciones de noviazgo o uniones sentimentales no equiparables a las matrimoniales no pueden entenderse, sin embargo, asimiladas a las uniones matrimoniales o paraxoriales a los efectos del reconocimiento del derecho a la dispensa del deber de declarar en contra de pariente, por la ausencia del vínculo estable y permanente y por la no conformación de una auténtica comunidad de vida que caracteriza a éstas. El legislador de 1882 era plenamente consciente de que determinadas relaciones de amistad o afectividad (el amigo íntimo, el allegado que convive en el mismo domicilio,...) podían generar vinculaciones similares en su intensidad a las nacidas de una relación familiar o parental, que en ocasiones se quedaba en la nuda existencia del lazo; por igual motivo, pese a la concepción del noviazgo como una situación que generaba al menos vinculaciones morales, ésta quedaba extramuros de la protección del artículo 416.1.º El legislador simplemente optó por dejarlos fuera de la lista de personas favorecidas por el derecho a no declarar, pese a que convivía cotidianamente con tales realidades sociales, cuya moralidad era incuestionable; solución que es perfectamente extrapolable a la nueva regulación del artículo 416 de la LECrim.

Realmente, la equiparación del concepto de noviazgo o de relación análoga a la conyugal aun sin convivencia a tales uniones sentimentales con o sin vínculo matrimonial, ha sido una reciente innovación del legislador, introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y que ha sido miméticamente seguida en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Su inserción en el catálogo de víctimas de la violencia doméstica y de género ha tenido por razón de ser la extensión de la protección penal a determinados círculos de relaciones convivenciales a las que no llegaban los conceptos de matrimonio o unión estable de pareja, como forma de tratar de poner coto a determinadas formas de relaciones de pareja en las que la violencia y la imposición de escenarios de dominación o dominio, sobre todo de la figura masculina sobre la femenina, estaban generando una grave alarma social. El legislador realmente no equipara unas y otras formas de convivencia tan distantes entre sí, sino que para una mejor protección de las víctimas extiende su régimen de mayor protección penal mediante la exasperación de la respuesta punitiva, de las penas.

Si ello es así, se comprenderá que el derecho fundamental a no declarar en contra de pariente no puede entenderse que se extienda a relaciones de noviazgo o unión de pareja esporádica o no estable, como no lo hará a otras formas de relación basadas en la profundidad del vínculo afectivo, a las cuales el deber de declarar y las consecuencias adversas de la reticencia a hacerlo pesarán como una losa sobre la comprensible intención de no dañar a la persona querida.

IV.3. Presupuestos procesales y límites objetivos al ejercicio de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente

El derecho a no declarar contra pariente del artículo 416.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza tan sólo a testigos respecto de imputados o acusados en causas criminales, no a éstos entre sí; así lo recuerda, aunque con parquedad argumentativa, la STS 21/2004, de 14 de enero. No es que pueda obligarse al detenido, imputado, procesado o acusado a declarar en contra de un pariente de igual condición, aun cuando ostente intereses contra-

puestos (supuesto de las denuncias recíprocas), sino que aquél, al estar amparado por un derecho más extenso en cuanto a su contenido, el derecho a no declarar o no contestar a cualquiera de las preguntas que se les hagan, tiene pleno derecho a silenciar cuantas respuestas pudieran importunar o perjudicar no sólo a los parientes a que se refiere el artículo 416.1.º, sino a cualesquiera personas que estimara oportunas; sin incurrir por ello en responsabilidad alguna, ni correccional ni criminal, como sí sucedería a los testigos que se negaren a contestar alguna pregunta. Ahora bien, según matiza la STS 662/2001, de 6 de abril, si pueden diferenciarse la declaración a título de imputado y testigo en una misma actuación, de suerte que una y otra hubieran de someterse a los diversos estatutos jurídicos de imputado y testigo, deberá instruirse al encartado de tal derecho en cuanto que actúe como tal.

En el supuesto de pluralidad de autores, cuando son varios los procesados o imputados, y solamente respecto de alguno de ellos puede predicarse la existencia del vínculo parental, la dispensa alcanzará tan sólo al pariente; a no ser, evidentemente, que la declaración contra alguno de los coautores perjudique al pariente, le pudiera comprometer, en cuyo caso, evidentemente, la dispensa se extenderá a tales hechos, tal y como nos advierte el asistemático último párrafo del citado precepto –artículo 416 *in fine* de la LECrim–.

Ya hemos anticipado anteriormente que, al menos en mi opinión, la diferenciación entre testigo y víctima a los efectos de la dispensa del deber de declarar carece de sentido³². Cuando la LECrim o normas con trascendencia procesal penal están hablando de víctima, lo hacen como posible sujeto o parte formal o material en el proceso penal; es decir, en su condición de parte acusadora o actora civil potestativa, y en todo caso como acreedora de derechos y expectativas procesales aunque no adquiera la cualidad de parte, así como titular de un indiscutible derecho de información en permanente expansión legislativa. Pero cuando el perjudicado o víctima ha de prestar declaración en un proceso penal, bien en sede de instrucción, bien en el plenario, tal condición pasa a un segundo plano, convirtiéndose en un testigo más, en el que podrán apreciarse o no determinados motivos de tacha; que, como sabemos, en el proceso penal no tienen más trascendencia que la de su debida ponderación a la hora de valorar la prueba. La distinción entre el testigo-víctima y el resto de los testigos no tiene más razón de ser que la de la exigencia legal de requerir la instrucción de derechos como tal, cuando ésta no se hubiera verificado anteriormente. La lectura sistemática de los distintos preceptos de la LECrim que hacen referencia a la declaración del testigo en momento alguno permite reconocer una distinción entre el testigo víctima y el testigo *común*, por lo que difícilmente de unos preceptos como el artículo 416.1 de la LECrim, o su correlato, el artículo 707.1, donde se está hablando implícita o explícitamente de la voz «testigo», puede defenderse que éstos queden excluidos, *lege data*, de la mencionada dispensa.

Lege ferenda, ya he expuesto anteriormente mi opinión sobre la más que probable ilicitud constitucional de una reforma legal que pretendiera excluir a las víctimas de la dispensa del deber de declarar reconocida en el artículo 24.2.2 de la Constitución.

EL artículo 418.2 de la LECrim establece los límites objetivos de la dispensa, aquellos supuestos en los que el testigo pariente puede ser compelido a declarar, incluso contra su voluntad. El legislador acoge una fórmula abierta que se centra en la gravedad del hecho asociada a la especial salvaguardia de determinados bienes jurídicos protegidos («... atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su

32. Un análisis profundo de la cuestión puede encontrarse en mi citado trabajo «Juzgado de violencia sobre la mujer y...», pp. 310-312.

sucesor»). La norma es excesivamente abierta y se presta a erráticas interpretaciones en cuanto la debida extensión de tales excepciones a la dispensa, por lo que sería conveniente una mayor especificación normativa. Entre tanto, el principio de proporcionalidad, ínsito en el concepto de gravedad del hecho, servirá sin duda como obstáculo para evitar interpretaciones extensivas más allá de muy importantes afrontas a los bienes jurídicos protegidos, que no deberían quedar por debajo del listón de determinados delitos relacionados con el terrorismo, rebelión, sedición u otros graves atentados contra la seguridad del Estado o ciudadana, y los más graves agravios contra la institución de la Corona u otras Altas instituciones del Estado.

IV.4. La dispensa del deber de declarar en contra de pariente y el deber de su instrucción por los poderes públicos

El legislador, en la nueva redacción dada por la LRLP al artículo 416.1.2 de la LECrim, mantiene al juez de instrucción como obligado directo de tal deber instructor. Este mantenimiento de la figura del juez, en el contexto de una reforma procesal que desvía el centro de gravedad de una amplísima gama de actuaciones judiciales a la figura del secretario judicial, es la prueba más evidente de que el legislador no tenía más intención que la de introducir a las parejas de hecho en el elenco de beneficiarios de la dispensa, dando categoría de norma legal a lo que ya se estaba garantizando a nivel jurisprudencial; introducción que convirtió en anecdóticas las otras dos variaciones del texto original, sin duda desconociendo las graves y profundas consecuencias que se derivarían de la *actualización* del decimonónico texto. Lo cierto es que tanto el referido precepto como el artículo 707.1 mantienen en la figura del juez o presidente de sala la obligación de advertencia de la dispensa. La labor del secretario judicial se limitará en este punto a una simple constancia de la contestación que diere el testigo a esta advertencia; a esto se limita la actuación del secretario judicial, frente a la redacción anterior de la norma, en la que simplemente se refería que se consignaría la contestación que diere el testigo a tal advertencia.

A la hora de determinar cuándo ese deber de instrucción debe verificarse, surgen dos serios problemas interpretativos, que han dado lugar a una amplia y, a veces, contradictoria o dubitativa respuesta jurisprudencial: ¿Debe instruirse siempre y en todo caso a quien acude al Juzgado o a una comisaría a denunciar un hecho supuestamente cometido contra pariente de la existencia de la dispensa del deber de declarar, o solamente a quien acude citado como testigo?; ¿alcanza el deber de instrucción a las actuaciones policiales?

La posición jurídica de denunciante y testigo no es del todo coincidente, hasta el punto de que la mendacidad, reticencia o falsedad en la declaración merecen incluso un tratamiento penal diverso según tal conducta ilícita se produzca en el momento de interposición de la denuncia, como acto de manifestación voluntaria en el que una determinada persona participa de su conocimiento sobre la existencia de una *notitia criminis*, bien en persona o por escrito dirigido ante determinada autoridad policial, Ministerio Fiscal, o judicial, o en el curso de una declaración en calidad de testigo, previa su citación. Considero que la decisión libre y espontánea de la víctima de denunciar los hechos no debe ir, en puridad, precedida de la instrucción del derecho contenido en el artículo 416.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Será en la posterior actuación procesal de la ratificación de la denuncia, que convierte al denunciante en testigo en sentido estricto, o de declaración de éste como tal, donde entrarán en juego los concretos deberes de información.

Tal diferenciación queda perfectamente perfilada en la tan calendada STS 662/2001, de 6 de abril, cuando nos advierte que «... cuando el testigo que se encuentre vinculado con el inculcado en la forma prevista en dicha disposición, se presente espontáneamente ante la Autoridad, de tal manera que su renuncia al ejercicio de la facultad acordada por dicho precepto resulte concluyentemente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba. La expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima». Si bien el Alto Tribunal parece pronunciarse por la conveniencia de la advertencia del artículo 416.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tratando la no instrucción en tal contexto como una mera irregularidad procesal irrelevante, lo cierto es que la espontaneidad en la denuncia, sobre todo si proviene de parte de la víctima³³, es entendida como una renuncia implícita al derecho a no declarar en contra de pariente. La solución apuntada por el Tribunal Supremo, sin embargo, no da respuesta al supuesto de denuncias presentadas por escrito, en las que la actuación judicial o policial se limita a la comprobación de la existencia de firma por parte del denunciante, la rúbrica y sellado de todas las hojas a presencia del que la presentare, así como a la identificación de quien presenta la denuncia –artículos 266 y 267 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–; en éstas no cabría opción alguna a imponer una instrucción de derechos en quien participa tan sólo en actuación meramente burocrática. Pero esta apariencia de ilicitud, aunque con visos de intrascendencia procesal, queda en entredicho en la STS 1225/2004, de 27 de octubre, en la que se da a entender que las situaciones en que es la propia víctima la que denuncia, es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y que «... en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene y menos con el alcance que pretende darle el recurrente».

Ahora bien, la STS 294/2009, de 28 de enero, ha marcado un punto de inflexión entre lo que sería el voluntario deseo de la víctima o testigo de denunciar unos hechos concretos y la actitud de la autoridad judicial o policial de extraer de aquél una información que podría ir más allá de aquello que la víctima o pariente testigo tenía intención de manifestar, considerando que desde el momento en que se dirige la simple denuncia hacia un auténtico interrogatorio con aportación de hechos nuevos, surgiría la obligación de instruir del derecho a no declarar en contra del pariente. Dicha sentencia, efectivamente, nos dice que «... La innecesariedad de la información sólo se puede referir a los hechos que se quieren denunciar voluntariamente. Pero no puede utilizarse la declaración policial sobre esos concretos hechos, para, a través del interrogatorio sobre ellos, hacer pesquisas sobre otros diferentes y provocar del denunciante de los primeros una segunda denuncia sobre los segundos. No es que no se pueda interrogar sobre ellos. Es que para interrogar es inexcusable advertir a la compareciente que sobre esos otros, distintos de los que por iniciativa propia quería denunciar, no tiene obligación de hacerlo. La comunicación de esos diferentes hechos, pertenece a la iniciativa del agente interrogante que pregunta sobre ellos y su comunicación por el declarante no es ya iniciativa suya previamente decidida libremente, sino respuesta a la averiguación iniciada por la Policía; que necesita hacer la previa advertencia de la dispensa legal». La reciente sentencia no rompe con la anterior tendencia, sino que simplemente

33. En este sentido la STS 625/2007, de 12 de julio, para la que «Cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el artículo 416.1.º LECrim, que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que están vinculados pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el artículo 416.º establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciadores espontáneos respecto de los hechos que los han perjudicado y que acuden a la policía en busca de protección». En similares términos la STS 101/2008, de 20 de febrero.

realiza una intachable diferenciación entre lo que es la simple voluntad de denunciar de la víctima o testigo ligado por relación de parentesco con la persona denunciada y lo que sería un interrogatorio conducido que extendiera tal precipitado verbal de la víctima más allá de lo que pueda considerarse una aclaración o explicación de lo que se quiere narrar.

Respondiendo a la segunda de las preguntas, la literalidad de la norma procesal parece que restringiría el deber de instrucción a la fase judicial del enjuiciamiento criminal, tanto en los procedimientos ordinarios como de enjuiciamiento rápido. Sin embargo, la sola lectura del artículo 297 de la LECrim advierte que las declaraciones que se presten en el atestado policial tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio y sometidas, por mandato del apartado siguiente, a la observación estricta de las «formalidades legales». Evidentemente, sería razonable considerar que dentro de tales formalidades se encontraría no sólo la toma de juramento o promesa de decir verdad, el interrogatorio de las «generales de la ley», así como en su caso la instrucción de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente. Ésta es la línea de interpretación asumida por el Tribunal Supremo al menos tal y como se colige implícitamente de la STS 662/2001, de 6 de abril³⁴, y de forma categórica de la reciente STS 294/2009, de 28 de enero.

No obstante, debemos advertir que la situación de la actuación policial parte más bien de un estado en el que la fuente principal de conocimiento no será otra que la propia decisión de la víctima o pariente de denunciar unos hechos; si la actuación de investigación policial, siguiendo el curso natural de los protocolos de coordinación con las autoridades, llega a considerar precisa la declaración de un pariente o familiar, sin duda que si quiere darse algún valor probatorio a esa previa manifestación lo habrá de ser mediante la previa instrucción del derecho establecido en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o cuando menos advirtiéndolo a la víctima o testigo, en su declaración judicial, de la posibilidad de acogerse a su derecho en ese momento procesal, pese a haber declarado ya en contra del pariente a presencia policial.

V. EL EJERCICIO TARDÍO DE LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR

V.1. Licitud de la opción de la víctima por ejercitar la dispensa cuando ha declarado previamente

El solo hecho de que el testigo deba ser advertido en el acto del juicio por el juez o presidente de la sala de lo penal sobre la dispensa del deber de declarar en contra de pariente suyo acusado, tal y como se deduce con claridad del artículo 707.1 de la LECrim, ya supone un argumento incontestable sobre la licitud de la opción posterior de la dispensa del deber de declarar, aunque hubiera sido renunciada previamente. Como derecho irrenunciable que es, cuantas veces deba ser interrogado el testigo pariente podrá éste tomar la decisión de acogerse a la dispensa, aun cuando hubiera optado por declarar previamente; es el precio que debe pagar el sistema procesal penal español como tributo a la consideración de la dispensa como derecho constitucional.

34. «De lo anteriormente reseñado se desprende que ni la autoridad policial, que intervino en las actuaciones documentadas por el atestado, ni el Juez de Instrucción, que autorizó las diligencias que permitieron obtener la prueba decisiva para fundamentar la condena, han dado cumplimiento al artículo 416.1, 2.º párrafo, LECrim».

Las teorías que de forma más o menos vehemente, enarbolando casi siempre la bandera de la lucha sin cuartel contra la violencia de género, han propugnado lo contrario, han ido perdiendo peso ante una jurisprudencia del Tribunal Supremo y una práctica cotidiana de los Tribunales de Justicia que no sólo han respetado la libre decisión de la víctima, sino que incluso han dado un paso más estableciendo un auténtico cierre sobre la virtualidad probatoria de los previos testimonios, como veremos en el apartado siguiente. En esta línea beligerante contra la posibilidad de respetar la ulterior posición de la víctima de no colaborar con la acción de la justicia podemos citar los ejemplos de MAGRO SERVET³⁵, quien hablaba de que permitirlo sería algo así como legitimar la renuncia a la acción penal; o BEJARANO GUERRA³⁶, quien defiende que ello supondría una retractación o fraude de ley, aunque opte más bien por propugnar una reforma legal en la materia. Realmente, *lege data*, y pudiendo afectar la restricción de la renuncia ulterior a la propia esencia del derecho reconocido en el artículo 24.2.2 de la Constitución, no pueden defenderse posturas que o bien nieguen la posibilidad de ulterior acogimiento a la dispensa, incluso de la víctima denunciante, o bien prodiguen una reforma legal que así lo estableciera. Las tesis que abogan por esta evolución legislativa, que suelen tener como auténtico trasfondo común la idea de que la víctima que se retracta, que se acoge ulteriormente su derecho, lo hace bien presionada por el presunto agresor o entorno familiar, o por un sentimiento de culpa asociado a un natural proceso psicológico de victimización secundaria, chocan con esta limitación legal y constitucional. Y es esta realidad la que ha llevado a las citadas Conclusiones del Seminario del CGPJ antes referido a claudicar, *velis nolis*, frente a su inicial planteamiento, para llegar a aceptar que: «La víctima mujer del acusado tiene derecho a no declarar pese a que sea la denunciante. La denuncia no supone una renuncia tácita al derecho a no declarar».

Eso sí, previamente ejercitado el derecho de forma plena, es decir, afirmando su intención de no declarar nada en contra del pariente, no sería lícito importunar nuevamente al testigo con una nueva citación judicial como testigo, por si varía su criterio. Solamente una manifestación voluntaria de la víctima de querer declarar, o una eventual proposición de prueba de la defensa del pariente inculpado contra quien se sustentara la acusación en elementos de convicción diversos al solo testimonio del pariente, podría justificar la toma de una nueva declaración de éste.

V.2. Sobre el cierre probatorio derivado de tal decisión

Atendiendo al ámbito estrictamente constitucional de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente, ya lo hemos anunciado, nada obstaría a que pudiera hacerse valer en contra del pariente encartado el contenido probatorio de las declaraciones anteriores al momento de la opción por tal derecho, con tal que reunieran las condiciones para poderse reputar realizada con garantías de contradicción. En este punto no estaríamos hablando sino de la posibilidad de utilización como medio de prueba válido en juicio de una decla-

35. MAGRO SERVET, Vicente, «Los juzgados de...», *op. cit.* En opinión de dicho autor: «En los casos en que se trate de víctimas de violencia de género, éstas no pueden escudarse en el artículo 416 de la LECrim para no declarar en el juicio oral, ya que este artículo está concebido para evitar obligar a un testigo a declarar contra su pariente, pero no para permitir a la víctima que ha sido denunciante que no declare luego en el juicio cuando ha sido su denuncia la que ha dado inicio al procedimiento penal, porque sería tanto como legitimar la renuncia a la acción penal con efectos determinantes de la absolución por falta de prueba inculpativa, cuando la única existente es la declaración de la víctima denunciante».

36. BEJARANO GUERRA, Fernando, «La asistencia jurídica a las víctimas...», *op. cit.*

ración prestada en sede de instrucción con plenas garantías de contradicción, mediante su reproducción en el plenario. Como claro exponente de esta línea permisiva pueden encontrarse la STS 625/2007, de 12 de julio, con cita de las SSTS 331/1996, de 11 de abril y 1587/1997, de 17 de diciembre y SSTEDH de 20 de noviembre de 1989 –caso Kostovski–, de 27 de septiembre de 1990 –caso Windisch–; de 19 de diciembre de 1990 –caso Delta–; de 19 de febrero de 1991 –caso Isgró–, y cómo no, la citada anteriormente de 24 de noviembre de 1986 (asunto núm. 9120/1980, Unterpertinger v. Austria).

Esta línea de permisividad no hizo sino romper con una consolidada jurisprudencia anterior que se remonta nada más y nada menos que a una Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1885 y es seguida, antes de la publicación de la Constitución, por la de 26 de noviembre de 1973; pudiendo encontrarse como ejemplos posconstitucionales que retoman tal tesis las SSTS 777/2000, de 28 de abril y 1885/2000, de 27 de noviembre. Pero cualquier proceso revisionista del llamado cierre probatorio, y que tiene su razón de ser en la búsqueda de la equiparación con el supuesto del aprovechamiento de las declaraciones sumariales del procesado cuando éste se niega a declarar en el plenario, ha quedado ya definitivamente en entredicho con la publicación de la STS 129/2009, de 10 de febrero, la cual llega a la difícilmente rebatible conclusión de que ejercitada la opción por no declarar en contra del pariente en el acto del juicio oral, resulta «... improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial incriminatoria». La sentencia acude para ello a tres argumentos principales: el primero de ellos, basado en un estudio ontológico de la decisión de no declarar en el plenario, y los otros dos, en el análisis de las únicas posibilidades de reproducción de diligencias sumariales que brinda la LECrim respecto de las declaraciones de testigos.

Desde el primer punto de vista nos recuerda que, realmente, en nuestro ordenamiento procesal no existe más prueba que la que se practica en el plenario. A partir de ahí advierte que el derecho a no declarar en contra de pariente no se agota o pierde por el solo hecho de haber optado el pariente por declarar en sede de instrucción. Ejercitado el derecho en el acto del juicio oral ello no significaría que se pudiera otorgar el carácter de prueba testifical a la declaración previa, que no dejaría por ello de ser una mera diligencia sumarial que debe someterse a las reglas generales para su reconocimiento como medio de prueba válido en derecho. Pero la sentencia va incluso más allá cuando nos habla no ya de su simple encaje jurídico con las normas reguladoras de la preconstitución de pruebas o reproducción en el plenario, sino de dar pleno valor a la decisión ulterior, de suerte que la búsqueda de un medio de prueba en las anteriores declaraciones supondría «... impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa».

A partir de tales premisas el camino hacia el rechazo de la posibilidad de valorar como prueba de cargo el testimonio sumarial anterior del testigo pariente está ya completamente allanado, así:

a) El artículo 730 de la LECrim, que permite la reproducción mediante su lectura de aquellas declaraciones sumariales que no puedan ser ratificadas en el plenario por causas independientes a la voluntad de las partes, no podría aplicarse al testigo que se niega a declarar en el plenario al amparo de lo establecido en el artículo 416.1. Considera la sentencia que dicha norma, pensada para los supuestos de fallecimiento o imposibilidad de comparecencia del testigo al acto del juicio, no sería de aplicación al caso de la ulterior opción por la dispensa, pues se trataría de una norma que «... no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción». Rechaza explícitamente la

apreciación de causas de imposibilidad jurídica (equiparar el testigo ausente a la persona que ulteriormente se niega a declarar en contra de su pariente), de que nos hablaran las anteriores sentencias sí favorables; tesis que tilda de «... recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende».

b) Tampoco serviría de argumento en pro de su incorporación el artículo 714 de la LECrim. Dicho precepto permite la lectura de declaraciones sumariales cuando se produce una modificación sustancial en su declaración en el plenario. Realmente, no declarando el testigo en la vista, no hay contradicción alguna que pueda apreciarse y dé paso a la posibilidad de lectura de las declaraciones sumariales³⁷. Descartada por tanto la posibilidad de traer a colación el testimonio sumarial de la víctima o testigo que se acoge en el plenario a su derecho a no declarar en contra del pariente, cualquier intento de rescatar tal testimonio por vía de las personas que la interrogaron chocaría con la consolidada doctrina jurisprudencial sobre el alcance limitado y excepcional del llamado testimonio de referencia. Ello es evidente, pues acudir al testimonio de referencia de quienes oyeron del testigo los hechos inculpativos cuando aquél se acoge a su derecho a no declarar en contra del pariente supondría, simple y llanamente, burlar el libre ejercicio de un derecho constitucional por una proscrita vía indirecta.

La conveniencia de una reforma legal del artículo 730 de la LECrim que reconozca como «causa jurídica» que permita la introducción en plenario de las declaraciones sumariales de testigo pariente acogido ulteriormente a la dispensa, tal y como se permite respecto del supuesto del procesado que se acoge a su derecho a no declarar³⁸, es una opción que está ganando adeptos. Tal declaración se habrá producido con garantías de total y absoluta contradicción (a presencia, o al menos con citación de los letrados de las partes), y la práctica de la prueba no depende de la voluntad ni de la acusación ni de la defensa, sino de una simple opción de quien participa en el plenario, en ese momento de la fase probatoria, como un mero objeto o fuente de la prueba. La diferencia con el testigo en paradero desconocido o respecto del que hay importantes dificultades prácticas o jurídicas para ser citado o presentado (*v.gr.*, testigo residente en Estado en que no existe convenio de cooperación judicial con España, y en el que la reciprocidad pudiera ponerse en duda) no supone un abismo difícil de superar incluso en el seno de nuestro actual sistema procesal basado en la casi absoluta preponderancia de la prueba practicada con plenas garantías de oralidad y contradicción en sede de plenario. En ambos supuestos hay una razón justificada que impide la práctica de la prueba y que, en definitiva, se muestra como fundamento para permitir la reproducción en el plenario de una actuación de investigación que ya fue sometida a la garantía procesal de la contradicción y que puede entrar en el debate procesal con su sola reproducción. Serán razones de fondo, de concepción de la dispensa como un derecho que deba ser respetado al momento de la decisión, como nos sugiere la calendada STS 129/2009, de 10 de febrero, las que únicamente puedan oponerse a tal reforma legal.

37. Nos dirá la referida sentencia que «Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el juicio oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario».

38. SSTC 14/2001, de 29 de enero y 38/2003, de 27 de febrero, entre otras.

VI. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA NO INFORMADA Y LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LA CONEXIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

La declaración sumarial de la víctima, por el solo hecho de que el testigo o víctima pariente opte ulteriormente por acogerse a la dispensa, no se convertiría, pese a la comentada doctrina jurisprudencial, en una especie de prueba ilícita sobrevenida capaz de extender su eficacia anuladora a las pruebas de ella derivadas. El Alto Tribunal no va más allá de respetar la libre decisión del testigo en el acto del plenario, por lo que la declaración sumarial, e incluso policial, no perderá por ello el carácter de lícita fuente de conocimiento de la que podrá haberse extraído importante información susceptible de ser utilizada en contra del agresor; así, de la constatación empírica de las lesiones y de la declaración de los testigos vecinos citados por la víctima que escuchan el altercado en el que la esposa se produjo las lesiones, puede extraerse el material probatorio suficiente como para reputar la presencia de prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, por mucho que aquélla se niegue a declarar en el acto de la vista.

La nulidad, sin embargo sí se extiende a aquellos supuestos en que se hubiera producido una transgresión de los deberes de información previos a cualquier toma de declaración al testigo pariente. El Tribunal Supremo ha llegado a fijar un consolidado cuerpo de Doctrina, que siguiendo como referente válido a la STS 662/2001, de 6 de abril, ha llegado a establecer una relación directa entre el incumplimiento de tal deber y el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial –LOPJ–; de suerte que se considera que el testimonio del pariente obtenido en el curso de un proceso penal sin hacerle la previa advertencia sobre el derecho a no declarar estará viciado de nulidad por transgresión del artículo 11.1.º de la LOPJ. Carecerá por tanto tal testimonio de valor probatorio, afectando a las pruebas derivadas de tal fuente de conocimiento, unidas por vínculos de conexión de antijuridicidad. Solamente puede reconocerse una excepción a tal regla general: será sin embargo válida la declaración de la víctima o pariente que sea fruto de su nuda espontaneidad, del precipitado de su propósito de denunciar los hechos contra su pariente. El deber de información, como ya anticipáramos, no alcanza al momento en el que es la víctima o un pariente quien toma la iniciativa y acude a alguna autoridad pública a denunciar.

Un ejemplo claro de la aplicación de la doctrina sobre la aplicación al caso del artículo 11.1 de la LOPJ puede encontrarse en la reciente STS 294/2009, de 28 de enero, donde se anula la diligencia de entrada y registro derivada de declaración de víctima de violencia de género a la que se interroga sobre la dedicación de su pareja a delitos contra la salud pública sin hacerle previa instrucción del contenido del artículo 416.1 de la LECrim; al hilo de analizar el origen de la fuente de conocimiento del llamado presupuesto habilitante, concluye la sentencia que «El conocimiento existe obviamente, pero no pertenece a una investigación policial lícita. Por tanto no puede servir esa investigación para sobre ella interesar una diligencia de entrada y registro. Esta diligencia exige resolución judicial motivada, sobre la base de indicios objetivos, fruto de una investigación».

Pero al igual que el rigor del mandato del artículo 11.1 de la LOPJ, de la implicación de la doctrina de los frutos del árbol prohibido, con el efecto anulador de la prueba derivada –*deterrence effect*–, ha quedado de por sí mitigado por la aplicación de la doctrina de la conexión de antijuridicidad, del análisis en el caso concreto de si la necesidad de tutela del derecho constitucional transgredido debe irradiar o no hasta la prueba refleja o derivada, resulta evidente que algunos de los criterios de excepción, *exclusionary rules*, que poco a poco están consiguiendo un cierto respaldo jurisprudencial, podrían ser de perfecta aplicación en

cuanto respecta a la declaración no informada del pariente. Las *exclusionary rules –inevitable discovery, balancing text, good-faith exception, independent source,...*³⁹–, frente a lo que parece sugerirnos la STS 737/2009, de 6 de julio, nacen como criterios correctores o moderadores de la extraordinaria fuerza expansiva del denominado *deterrence effect*, que no es en sí una regla de exclusión, sino la regla general de la prohibición de utilización de pruebas derivadas de una previa prueba prohibida; se excluye la prohibición probatoria, no la previa exclusión de la prueba contaminada del acervo probatorio. De los citados, tres son los criterios o reglas de exclusión que podrían tener una aplicación directa en el supuesto de autos:

a) Principalmente, sería de especial interés el criterio de la fuente independiente –*independent source*–, consistente en realizar un juicio de valor sobre si con el material probatorio acumulado podría haberse accedido a la fuente de conocimiento sin necesidad de retrotraernos a la prueba declarada ilícita, en nuestro caso, declaración no informada del testigo pariente⁴⁰. Precisamente, es una constante en nuestra jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, establecer como excepción a la irradiación de la fuente ilícita el supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad consecuencia de la confesión libre y voluntaria del imputado⁴¹. Pero este supuesto podría ampliarse perfectamente al caso de la ulterior declaración del testigo, en la que ya debidamente informado de la posibilidad de acogerse a la dispensa, decide declarar; al menos en el supuesto en que la prueba se basara esencialmente en tal testimonio.

b) La excepción de la buena fe en la autoridad pública –*good-faith exception*– supone que el efecto disuasorio de la exclusión de la prueba carece de sentido cuando el agente, funcionario, o autoridad responsable obró con la convicción jurídica de estar haciéndolo lícitamente, al menos en aquellos supuestos en que la cuestión fuera jurídicamente compleja. Tal criterio de exclusión fue aplicado, con cierta vocación de crear un precedente incontestable⁴² en la STC 22/2003, de 10 de febrero, en un supuesto en el que el Tribunal Constitucional hubo de valorar si el consentimiento de uno de los moradores, cónyuge del imputado, con intereses jurídicos contrapuestos frente al otro, permitía el acceso al domi-

39. Realizo amplio análisis de tales doctrinas en mi libro: *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, Editorial Bosch, primera edición, Barcelona, 2005; así como en las dos actualizaciones (junio de 2006 y mayo de 2008) publicadas en la web de la editorial.

40. Pueden citarse innumerables ejemplos de aplicación de esta doctrina en materia de intervenciones relacionadas con delitos contra la salud pública, donde el Tribunal Supremo hace un análisis de técnicas de investigación alternativas o paralelas que podrían haber permitido la incautación de droga basada en unas escuchas declaradas ilegales (seguimientos, incautaciones ocasionales,...); entre las más recientes, pueden citarse como ejemplo las SSTC 70/2007, de 16 de abril y 206/2007, de 24 de septiembre, y del Tribunal Supremo, las SSTS 662/2007, de 9 de julio y 25/2008, de 29 de enero.

41. Entre las más recientes, pueden citarse las SSTC 253/2006, de 11 de septiembre y 70/2007, de 16 de abril.

42. Curiosamente, poco tiempo después, la STC 205/2005, de 18 de julio, dio, aunque de forma implícita, claramente marcha atrás en tal línea, tal y como advirtiera el interesante voto particular. En el supuesto de hecho analizado se plantea la controversia sobre el momento del inicio del cómputo del plazo de una intervención telefónica lícita en su planteamiento, optando de entre las dos soluciones posibles (el momento del dictado de la resolución o la fecha de activación efectiva del mecanismo de interceptación), por la más restrictiva, y a su vez garante del derecho fundamental concernido; y ello frente a una consolidada Jurisprudencia del Tribunal Supremo que establecía como momento del inicio el de la activación, siempre que los posibles retrasos obedecieran a simples razones técnicas. La aplicación al supuesto de la anterior teoría de la *good-faith exception* parecía incuestionable ante la similitud estructural y lógica de las dos situaciones de conflicto descritas, sin embargo, y aún con cita expresa precisamente de tal precedente, aún reconociendo que los agentes policiales encargados de la intervención actuaban en la creencia de estar obrando lícitamente, e incluso que su error era objetivamente invencible, en palabras textuales, se desdice, sin dar explicación alguna de tal precedente («Pero pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional debemos afirmar que objetivamente se ha visto vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones»). Esta línea especialmente exigente en cuanto al momento del inicio del cómputo del plazo, no obstante, ha sido abandonada, de nuevo implícitamente, por la reciente STC 148/2009, de 15 de junio, al considerar que era perfectamente correcta la indicación judicial de que el plazo comenzara a contarse desde el día de la activación efectiva del sistema de interceptación.

cilio para la obtención de la prueba de la tenencia por éste de un arma ilícita. Las dudas sobre si es realmente exigible la instrucción del contenido del artículo 416 de la LECrim en la denuncia policial, el alcance del grado de parentesco favorecido por la dispensa, o cuándo lo que se declara se convierte en verdadera declaración testifical, podrían sin duda encuadrarse en este concreto supuesto.

c) La excepción del descubrimiento inevitable –*inevitable discovery*– parte del razonamiento de que se habría obtenido la fuente de conocimiento de haber obrado el agente responsable de forma lícita, sin un mayor aditamento probatorio. Aparte del ejemplo de la citada STC 22/2003, de 10 de febrero, donde el Tribunal Constitucional llega a decirnos que en cualquier caso, ante la convicción jurídica de la necesidad del dictado de autorización judicial de entrada y registro por la situación de conflicto de intereses entre moradores, cualquier juez hubiera autorizado la diligencia, pueden citarse como ejemplos de esta excepción la STS 885/2002, de 21 de mayo, donde se trata el ejemplo de la obtención de una muestra de arcada dentaria de sospechoso de homicidio sin ser tratado como tal; o la más reciente STS 602/2007, de 4 de julio, referente a un caso de radiografía realizada a pasajero de un vuelo internacional a quien no se le ofreciera intérprete para comprobar presencia de droga dentro de su tracto intestinal. Tal excepción abarcaría los supuestos en que la prueba pudiera haber sido obtenida igualmente si se hubiera realizado tal instrucción, bien porque pudiera presumirse que el denunciante o testigo hubiera en ese momento mantenido su actitud colaboradora, bien porque las restantes fuentes de conocimiento habrían tenido entrada en el proceso aunque tal testigo no hubiera prestado tal colaboración, al partirse previamente de otras fuentes lícitas⁴³.

43. En el jurisprudencialismo estadounidense es precisamente ejemplo académico de tal regla de exclusión la sentencia recaída en el caso *Nix. v. Williams*, en la que se trata precisamente de un ejemplo de actuación paralela, en el que la confesión ilícita del inculpado, sospechoso de homicidio, no hizo, como se demostró, sino adelantar el hallazgo del cadáver, que habría sido descubierto, con mucha seguridad, entre tres y cinco horas después, por razón de que la batida organizada por la autoridad policial se encontraba ya tan sólo a unas dos millas y media del lugar donde se encontró el cadáver en el lugar donde indicara el acusado.

DERECHO DE VISITAS DE LOS ABUELOS. SU CONFLICTO FRENTE AL DERECHO DE VISITAS DE LOS PADRES

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada

RESUMEN

El derecho de visita de los abuelos para con los nietos, hoy en día, se configura como un auténtico derecho en el seno de las relaciones familiares, y hay que analizarlo tanto desde el punto de vista del beneficio que supone para los abuelos, cuanto desde el punto de vista de los propios nietos, los cuales, en la mayoría de las ocasiones, se van a sentir beneficiados con esta relación.

Pero el derecho de los abuelos, a veces, entra en conflicto con el derecho de los progenitores, especialmente en aquellos supuestos en los que existe, previamente, una conflictividad familiar, o se está ante un proceso de separación y/o divorcio. En estos supuestos, es frecuente, en la práctica, que se susciten controversias entre abuelos y progenitores, que han de ser resueltas teniendo siempre en cuenta el mayor interés, el beneficio, el bienestar del menor afectado. Es el principio del *favor filii* el que, sin duda, debe presidir las decisiones judiciales en este sentido.

Este artículo analiza esas controversias, esos conflictos, intentando ofrecer soluciones y remedios, más o menos ágiles, para que el bienestar del hijo menor no se vea comprometido.

ABSTRACT

The right of visit of the grandparents to the grandsons, nowadays, it is configured as an authentic right in the heart of the family relationships, and it is necessary to analyze it so much from the point of view of the benefit that it supposes for the grandparents, as from the point of view of the own grandsons, who, in most of the occasions, are going to feel themselves benefit with this relationship.

But the right of the grandparents, sometimes, enters in conflict with the right of the progenitors, especially in those cases in which exist, previously, a family conflict, or in which we are before a separation process and/or divorce. In these cases, it is frequent, in the practice, that controversies be raised among grandparents and progenitors that must be resolved always keeping in mind the biggest interest, the benefit, the well-being of the

affected minor. It is the principle of the *favor filii* the one that, without a doubt, should preside the judicial decisions in this sense.

This article analyses those controversies, those conflicts, trying to offer solutions and remedies, more or less agile, so that the minor's well-being is not damaged.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. CONTENIDO Y FUNCIONES DEL DERECHO DE VISITAS DE LOS ABUELOS FRENTE AL DERECHO DE VISITAS DE LOS PROGENITORES

III. CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES QUE PUEDEN INCIDIR EN EL DERECHO DE VISITAS DE LOS ABUELOS

IV. DERECHO DE VISITAS DE LOS ABUELOS Y CONVENIO REGULADOR

V. LA NECESIDAD DE EXISTENCIA DE JUSTA CAUSA PARA IMPEDIR LAS RELACIONES ENTRE ABUELOS Y NIETOS

VI. LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS ABUELOS

VII. RECLAMACIÓN DEL DERECHO DE VISITAS DE LOS ABUELOS

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, en el marco del Derecho de Familia, los juristas sabemos que hay un tema que suele plantear bastantes conflictos: se trata del derecho de visitas de los abuelos, enfrentado al derecho de visitas de los progenitores.

Es una cuestión, con su consiguiente problemática, que, en nuestro país, se está presentando con cierta frecuencia y que va a ser objeto de estudio a continuación.

En primer lugar, es oportuno resaltar que, desde el año 1981, y con la Reforma experimentada en el Código Civil por las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio del mencionado año, las relaciones abuelos-nietos recibieron una notable ampliación legal. Y, con carácter general, cabe recordar que no sólo se da en el parentesco matrimonial, sino que a este último se le ha parificado, en sus efectos legales, el parentesco no matrimonial, lo que, indudablemente, supone un gran avance legislativo en esta materia de Derecho de Familia. También se ha equiparado la filiación adoptiva a la matrimonial, *ex* artículo 108.2.º del Código Civil, integrándose el adoptado en las respectivas familias de los adoptantes, impidiéndose incluso el matrimonio en el parentesco de adopción en línea recta, *ex* artículo 47.1.º del citado corpus legislativo, con la consecuencia de que el hijo adoptado tendrá como abuelos a los padres,

matrimoniales o no matrimoniales, de sus padres adoptivos, ocurriendo esto mismo cuando los abuelos han sido, a su vez, padres adoptivos.

Como señalaba GARCÍA CANTERO, Gabriel¹, el derecho de visita es un derecho de contenido puramente afectivo, que permite a su titular expresar o manifestar sus sentimientos a otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin, encuadrándose sistemáticamente entre los derechos de la personalidad y siendo su naturaleza exquisitamente extramatrimonial. Es, asimismo, un derecho autónomo cuando se trata de ascendientes o colaterales de segundo grado y lo mismo sucede cuando se trata de parientes que la ley admite.

La antigua redacción del párrafo segundo del artículo 160 del Código Civil señalaba que no podría impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados. Se trataba de una norma que, como ha expresado BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra², podía ser considerada de carácter programático y su falta de precisión provocaba que fueran muchos los interrogantes que se planteaban a la hora de interpretar y aplicar el mencionado precepto, en especial cuando se constataban las diversas situaciones que, en las relaciones familiares, podían darse. Pero la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 16 de diciembre de 2002, vino a clarificar un poco esta situación, declarando que «los pronunciamientos judiciales sobre medidas reguladoras de las relaciones familiares, parentales y entre ascendientes y descendientes en general, tienen el carácter de normas mínimas o reglas de conflicto, en defecto de lo que acuerden entre ellos».

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se situó en una posición de protección del menor y del afecto en el marco familiar. El artículo 160.2.º y 3.º del citado corpus civil queda redactado de la siguiente manera: «No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con abuelos y otros parientes y allegados» (párrafo 2.º)

«En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores» (párrafo 3.º)

A la vista de los párrafos reformados de este precepto del Código Civil, se observa, en primer lugar, que la Ley intenta fomentar, favorecer, impulsar y promocionar las relaciones entre abuelos y nietos. La dicción del precepto no es, sin embargo, muy afortunada, ya que parece que toma, como punto de partida, a los progenitores del menor, al coger, como punto de referencia, «las relaciones personales del hijo con sus abuelos» (debería decir, en otro caso, «las relaciones personales del nieto con sus abuelos»).

En segundo lugar, hay que resaltar que el no otorgamiento, por parte del órgano judicial, de tales relaciones entre abuelos y nietos habrá de ser razonado por dicho órgano.

1. GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 2004.

2. BOTANA GARCÍA, Gema, «Derecho de visita de los abuelos», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2004.

En tercer lugar, me interesa reseñar ahora un breve análisis histórico y evolutivo de este derecho de visita de los abuelos con respecto a sus nietos. En este sentido, cabe afirmar que la primera Sentencia del Tribunal Supremo sobre el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos es la dictada en una fecha muy atrás en el tiempo, en concreto el 14 de octubre de 1935, donde, a instancia de la abuela de tres menores de edad, se privó al padre de la patria potestad, basándose, para ello, en el entonces vigente artículo 171, quien las maltrataba y las internó en un colegio, dando orden expresa de que no viesan a su abuela, con quien se habían criado. El Tribunal Supremo se pronunció al respecto, entendiendo que, dadas las circunstancias que en el caso concurrían, indudablemente tal medida hubiera constituido un abuso de autoridad dañoso para los sentimientos de la niña.

Una segunda resolución sobre este tema la encontramos en el Tribunal Tutelar de Menores de Valencia de 15 de diciembre de 1939: «Estimando que ni el padre de la menor, ni los abuelos paternos, pueden oponerse, a no mediar justo motivo, que en el presente caso no existe, a que la menor sostenga trato y relaciones con los abuelos maternos, sin incurrir en un abuso en el ejercicio de la patria potestad, máxime teniendo en cuenta que la madre de dicha menor ha muerto y que es lógico y natural el cariño que los abuelos maternos sienten por su nieta ...»

A estas resoluciones hay que añadir otras que se han ido dictando con motivo de este tema, de relaciones de abuelos con nietos, como son las dictadas por el Tribunal Supremo el 7 de abril de 1994, 11 de junio de 1996, 17 de septiembre de 1996, 11 de junio de 1998 y 23 de noviembre de 1999 y los Autos de 30 de marzo de 1999 y 3 de mayo de 2000.

En la Exposición de Motivos de la citada Ley 42/2003, se señala que los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. Los poderes públicos han de fomentar la protección integral del menor y la familia en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 39 de la Constitución Española.

Se hace hincapié, asimismo, en el papel crucial que los abuelos pueden desempeñar para el menor en las situaciones de ruptura matrimonial de sus progenitores.

Otra de las funciones importantes, sin duda alguna, la constituye la asunción de las obligaciones inherentes a la patria potestad, cuando los progenitores hacen dejación de éstas.

De ahí la modificación experimentada por el artículo 90, en su letra b), del Código Civil, de acuerdo con la cual el convenio regulador podrá contemplar, en la forma más adecuada al interés del hijo, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos. E incluso, cuando las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el Juez puede aprobarlo, previa audiencia de éstos, en la que presten su consentimiento. Obviamente, la denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y, en este supuesto, los cónyuges deben someter a la consideración del Juez una nueva propuesta para su aprobación, si procede.

El artículo 94 del Código Civil quedó, igualmente, modificado, en el sentido de recoger la posibilidad de pronunciamiento judicial sobre el régimen de visitas de los abuelos. Así, dispone que «igualmente podrán determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor».

Interesante, a este respecto, es, asimismo, el artículo 103 del citado corpus civil, que, coherente con la modificación introducida en el artículo 90, prevé la decisión jurisdiccional cuando falte el acuerdo entre los cónyuges, de encomendar, en primer lugar, a los abuelos la tutela de los hijos, de forma excepcional, pero antepuesta a la posibilidad de otorgar este cuidado a otros parientes u a otras personas –por ejemplo, los padrinos– o instituciones.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en armonía con estos nuevos planteamientos, se ve reformada también en materia de relaciones familiares de los abuelos con los nietos, de modo que la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil se sustancia por los trámites y los recursos del juicio verbal, con las peculiaridades dispuestas en el Capítulo I, Título I, Libro IV de la citada Ley procesal civil.

Llegados a este punto, conviene establecer algunas distinciones entre el derecho de visitas de los abuelos y el derecho de visitas de los progenitores.

II. CONTENIDO Y FUNCIONES DEL DERECHO DE VISITAS DE LOS ABUELOS FRENTE AL DERECHO DE VISITAS DE LOS PROGENITORES

Cuando nos referimos al derecho de visitas de los padres, estamos aludiendo, ni más ni menos, que a uno de los deberes, esenciales, fundamentales, de la patria potestad. Efectivamente, el artículo 154 de nuestro Código Civil expresa que la patria potestad comprende una serie de deberes y facultades, entre las que se encuentra, precisamente, el tener a los hijos en su compañía. De ahí que, cuando se produce una ruptura matrimonial, una crisis de la pareja seguida de un proceso de separación y/o divorcio, el pronunciamiento judicial, necesariamente, ha de referirse al derecho de visitas del progenitor no custodio, dando cumplimiento, de este modo, a una exigencia –justa y lógica, además de natural– derivada de la propia esencia de la patria potestad.

El derecho de visitas es también un deber frente a los hijos, los cuales nunca deberían quedar a merced de las frustraciones y destemplanzas de la ruptura conyugal de sus progenitores. Y esto es así por una sencilla razón: la búsqueda del mayor interés, beneficio y bienestar del hijo. A este objetivo deben ir encomendadas todas las normas relativas al Derecho de Familia.

El derecho de visitas de los abuelos es, como puede comprenderse, diferente al de los progenitores y nunca, en ningún caso, puede tener el mismo fundamento, ni la misma naturaleza. Tengamos en cuenta que los abuelos no han procreado a los nietos, al menos directamente. Por tanto, cabe preguntarse en qué consiste el fundamento de su derecho de visitas.

Evidentemente, en el entramado de relaciones familiares, los abuelos, qué duda cabe, ocupan un lugar importante y parece que la nueva realidad social les comienza a conceder un puesto revalorizado. RIVERO HERNÁNDEZ, que ha estudiado el tema del derecho de visitas en profundidad³, postulaba la necesidad de un elemento común a todos los derechos de visita reconocidos por la Ley, en el sentido de la necesidad de procurar al menor un entorno humano, espiritual y afectivo que trascienda más allá de lo puramente individual y de la simple relación jurídica o biológica, relaciones y entorno que no deberían interrumpirse en

3. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «El derecho de visita. Ensayo de una construcción unitaria», en *El derecho de visita, Teoría y Praxis*, EUNSA, Pamplona, 1982.

situaciones excepcionales, o de crisis familiar, ni ceder ante actitudes egoístas o estrechas de quienes pretenden monopolizar el mundo relacional del menor en base a un pretendido derecho –patria potestad–, o relación preferente sobre, o con, el menor.

Lo que sí hay que resaltar es que la Ley no atribuye a los abuelos la patria potestad, porque los abuelos no tienen que reemplazar ni sustituir a los progenitores, ni tiene que corregir las deficiencias en las que éstos hubieren incurrido en relación con sus hijos, tal como ha afirmado, con acierto, GARCÍA CANTERO, Gabriel⁴, sino que su relación con los nietos es a través, o en virtud, de un título autónomo respecto de la patria potestad. Habría que preguntarse a qué responde el derecho de visitas de los abuelos, al no estar incardinado en la patria potestad, como sí lo está con relación a los progenitores.

La respuesta es que ese derecho de visitas se incardina en el afecto, en el cariño y en la especial protección que el contacto con los abuelos proporciona. En este sentido, hay que citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1996, al afirmar que «las relaciones entre un menor y su abuelo que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan necesarias cuando de ellos se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también en las contradicciones que emanan a veces de los planteamientos y opiniones de los parientes, si bien siempre que revistan un carácter de normalidad, es decir, no respondan a patologías o ejemplos corruptores». En esta misma línea, es factible citar otras muchas Sentencias que vienen a incidir en esta misma cuestión, haciendo hincapié en la necesidad de establecer, y mantener, lazos de afecto y cariño entre abuelos y nietos.

Yo estimo que el fundamento, esencial, de las relaciones entre abuelos y nietos ha de desplazarse hacia el centro de gravedad del menor. En este sentido, desde mi punto, es el interés del menor, su beneficio, su bienestar, el principio predominante, el que ha de regir, en materia de Derecho de Familia y, por tanto, también en sede de relaciones de abuelos con nietos. Una Sentencia, muy interesante, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de marzo de 2007, entró a analizar la naturaleza del derecho, o relación, existente entre abuelos y nietos, concluyendo que se trata de un límite a la patria potestad, y que el Juez debe analizar si protege el interés de los abuelos por mantener las relaciones con sus nietos, de modo que, cuando interese al menor tal relación, lo concederá y, en caso contrario, lo denegará. Es el órgano judicial, en definitiva, el competente para analizar la conveniencia para los intereses del menor, de tal modo que, según la citada Sentencia, estaríamos ante una resolución judicial constitutiva de ese derecho y no declarativa de un derecho preexistente y generalizable, es decir, no declara un derecho, sino que lo constituye, pero siempre que entienda que es necesario.

Como ya ha quedado expuesto *supra*, por lo que respecta al contenido del derecho de visitas de los abuelos, no presenta especiales diferencias con respecto al de los progenitores, pudiendo comprender, en consecuencia, visitas, estancias y comunicaciones. Parece que el único problema a debatir sería el de las estancias con los nietos, ya que lo habitual es otorgar visitas en sentido estricto, o sea, unas horas los fines de semana. Pero, en determinadas ocasiones, se concede a los abuelos un régimen más amplio, incluyendo estancias con pernocta los fines de semana, o incluso los períodos vacacionales, o parte de éstos.

4. GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Las relaciones familiares entre nietos y abuelos...», obra citada en nota 1.

FERNÁNDEZ RAMALLO, Paula se planteaba una cuestión interesante: los artículos 90 y 94 del Código Civil fueron reformados y, al referirse al derecho de los abuelos, habla de «régimen de visitas y comunicación», a diferencia del mismo apartado relativo a los progenitores, en el que se habla expresamente de «estancias». Se pregunta esta autora si la omisión es intencionada por el legislador⁵ o, meramente, se trata de un olvido, o lo que se quiere, en otro sentido, es resaltar las diferencias existentes entre ambos derechos, realizando, así, un llamamiento a la prudencia en su concesión, evitando, de este modo, poner en peligro al menor, al incidir en su estabilidad emocional de forma negativa.

La respuesta a esta interrogante es que las estancias no tienen por qué concederse siempre que se otorgue a los abuelos un régimen de visitas, sino que esas estancias deben otorgarse con ciertas cautelas, pero no ya, en sí mismas, porque vayan a ser perjudiciales para el menor –en realidad, no tiene por qué serlo, en principio–, sino porque el propio legislador parece que apunta hacia cierta cautela, o prudencia, en el marco de las relaciones personales del menor con sus abuelos, en el sentido de no instituir un régimen excesivo, que llegue incluso a ser molesto, obligando al menor a un peregrinaje de casa en casa. En cualquier caso, habría que analizar los supuestos que se fueran presentando caso por caso, sin la cómoda tendencia a la generalización, porque ello no resulta tampoco beneficioso para el menor.

En cualquier caso, la extensión del derecho de visitas de los abuelos será, lógicamente, siempre más modesta que la que, habitualmente, se conceda a los progenitores, teniendo en cuenta las circunstancias especiales que concurren en cada supuesto y poniéndose en relación con lo que se refiere al beneficio, interés o, mejor cabría decir, bienestar del menor. Desde luego, el tema del derecho de visitas de los abuelos ha de estar, en buena medida, condicionado al régimen que tenga, o vaya a tener, el progenitor que no ostente la guarda y custodia del menor y sin mermar, por tanto, el régimen para el progenitor, ya que éste ha de ser, como es comprensible, preferente.

Cabría preguntarse, llegados a este punto, cuánto dura el derecho de visitas de los abuelos. En otras palabras, ¿qué sucede cuando el menor alcanza la mayoría de edad, cumple los 18 años? ¿Pierden los abuelos el derecho a solicitar un régimen de visitas con el nieto, o caduca el ya concedido, en su día, por el órgano judicial?

Aquí, estimo que la respuesta viene condicionada por el propio contenido del derecho de visitas, en cuanto que éste siempre va a estar referido a un menor de edad. Una vez que ese menor ya no lo es, no cabe enmarcar un supuesto derecho de visitas en el ámbito de la regulación legal, porque toda la regulación de este derecho está referida al menor. Por lo tanto, no es que se pierda automáticamente el *ius visitando*, sino que se reconduce fuera del marco de la legislación civil al respecto, entrando, en cambio, en el marco de los deseos, afectos y necesidades de los abuelos y de los nietos. Es decir, sería un tema a tratar ya en el ámbito estrictamente privado, dejando siempre a salvo, desde luego, el supuesto en que el menor haya sido declarado incapaz, porque, en este caso, las razones humanitarias y de solidaridad son abundantes como para seguir considerándole sujeto activo y pasivo de este derecho, cualquiera que sea su edad.

Vamos ahora a examinar algunos puntos especialmente conflictivos en este tema.

5. FERNÁNDEZ RAMALLO, Paula, «Derecho de visitas de los abuelos *versus* derecho de visitas de los padres: la incidencia en el menor de la concurrencia de ambos derechos», en *Revista Abogados de familia*, núm. 52, 16 de abril de 2009.

III. CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES QUE PUEDEN INCIDIR EN EL DERECHO DE VISITAS DE LOS ABUELOS

Sabemos que el derecho de visitas de los abuelos sólo puede impedirse por justa causa, tal como, *a sensu contrario*, se desprende del artículo 160.2 del Código Civil. Ahora bien, ¿qué ocurre en determinados supuestos especialmente conflictivos o problemáticos que suelen plantearse en la vida familiar? Veamos algunas de estas circunstancias.

Es interesante destacar una Sentencia que fue dictada por la Audiencia Provincial de Baleares, en fecha 20 de diciembre de 2002, en la que eran los propios abuelos paternos los que reclamaban el derecho de visitas de su nieto a ambos progenitores. Se comprende, fácilmente, que, en este supuesto, existía un conflicto familiar latente y con carácter previo a la reclamación.

Esta Sentencia apuntaba que el principal conflicto que se observaba no era entre las partes y la niña, sino entre los adultos entre sí, lo que, lógicamente, derivaba en un problema hacia la menor y hacia su bienestar —que ya ha quedado suficientemente claro que ha de ser prioritario en las relaciones familiares—. En este sentido, había dos cuestiones que estaban claras: en primer lugar, la renuencia de los progenitores o, incluso, su resistencia y obstrucción al cumplimiento de las visitas acordadas judicialmente a favor de los abuelos, ya que carece de explicación lógica y razonable la presentación continuada, y convertida en habitual, de justificaciones y excusas para obviar el normal transcurso de las visitas, como no fuera el interés sistemático de eludir —y no sólo no facilitar— su correcto desarrollo y cumplimiento.

Las justificaciones y excusas que, en un momento determinado, pudieron ser válidas, debido a su reiteración a lo largo del tiempo, de forma persistente, apuntan a un afán dilatorio y obstruccionista.

En segundo lugar, el Tribunal añadió que la conclusión que se adopta en el informe pericial psicológico es que el mantenimiento de las visitas continuadas resulta conveniente si se atiende a las necesidades de la menor, aunque, a continuación, se condicionen a determinadas circunstancias concurrentes.

En definitiva, la Sala concedió un régimen de visitas consistente en dos horas quincenales en domingos alternos.

En este supuesto, con arreglo a la práctica forense, lo más frecuente es que sean los propios abuelos los que plantean, en proceso independiente, la solicitud de que se fije un régimen de visitas, comunicación y estancias con sus nietos, habida cuenta de las dificultades que tienen con los progenitores. Efectivamente, se dan muchos casos en los que los progenitores, o uno solo de ellos, no se llevan bien con los suegros, o incluso con sus padres, lo que crea un clima de desafecto, disarmonía y tensiones familiares que, desde luego, no es lo más recomendable para el menor. En estos casos, es conveniente, sin duda, restringir, en cierta medida, el derecho de visitas de los abuelos, para evitar estos roces que, a veces, se traducen en discusiones y agrias disputas, incidiendo, en definitiva, en la estabilidad emocional del menor.

De todos modos, hay que resaltar que en los episodios de crisis conyugales surgidas entre los progenitores —separación, divorcio, nulidad—, no se debe, como regla general, impedir que los abuelos sigan relacionándose con sus nietos —así como con otros parientes y allegados—, siempre que, naturalmente, se juzgue que ello es bueno para el menor, que propicia,

de algún modo, las relaciones afectivas, el cariño y el roce entre los menores y sus ascendientes de segundo grado.

Cuando se trata, no obstante, de familias desestructuradas, el Juez es el competente para ordenar el acogimiento del menor por otra familia. En este sentido, el artículo 172.4 del Código Civil establece que el órgano judicial procurará la reinserción en su propia familia cuando no sea contraria al interés del menor. En estos supuestos, se parte de la idea de que es bueno fomentar las relaciones entre abuelos y nietos, aunque, como ya expresé anteriormente, cada caso es distinto, diverso, y habrá que analizar, supuesto a supuesto, todos los factores a favor y los factores en contra del mantenimiento de la relación familiar (en este caso, de las relaciones de abuelos con nietos).

Algunos supuestos son especialmente destacables y suceden con bastante frecuencia en la vida. Así, por ejemplo, pensemos en el caso del abuelo que ha caído gravemente enfermo, perdiendo la consciencia, trastornándose y sin dar muestras de conocer al nieto. Tal como ha puesto de relieve GARCÍA CANTERO, Gabriel⁶, en este supuesto, la relación no beneficia en nada al menor. Pero también hay que citar otros que, por desgracia, pueden darse: riesgo de abusos sexuales por parte del abuelo, o de inducción al consumo de drogas, o el intentar influenciar al nieto malquistándole con alguno de los progenitores, o incitarle al cambio de religión contra la voluntad de los padres del menor, y un largo etcétera que pudiera enunciarse, pero que omito para evitar la farragosidad.

También puede suceder la contrapartida de lo que hasta ahora venimos analizando: es decir, que el cambio de circunstancias sea positivo para el menor, demostrando que han aparecido, o surgido, razones para conceder el derecho de visitas que, en su día, fue denegado. En este sentido, cabe hablar, por ejemplo, de un cambio de actitud en el menor, cambio que de no desear ver a sus abuelos, se transforma en un deseo, o incluso necesidad afectiva, por verlos y estar con ellos. También cabe citar el supuesto en que el abuelo enfermo recobre la salud, o que los progenitores inicien un proceso de reconciliación entre ellos.

Como el artículo 161 del Código Civil se refiere a la «suspensión» del derecho de visitas, y el 160.2.º alude al hecho de impedirse las relaciones personales de nietos y abuelos, no cabe identificar estos términos con la prohibición absoluta.

Estimo que la prohibición absoluta de relaciones entre abuelos y nietos puede darse en algunos supuestos muy graves, como, por ejemplo, en el de abusos sexuales, por desgracia un tema que sucede con cierta frecuencia. En otros supuestos, al margen de éste, es más complejo y delicado hablar de prohibición absoluta.

Hay veces en las que la propia Sentencia hace depender el contenido del derecho de visitas de los abuelos con los nietos en la forma que mejor convenga a los menores. En este sentido, cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de abril de 2001. Esta Sentencia partía de que los contactos entre abuelos paternos y nietos no habían sido todo lo frecuentes y fluidos que hubiera sido deseable, limitándose a fechas señaladas y a alguna esporádica visita mensual de los pequeños al domicilio de los abuelos, actitud propiciada tanto por la madre de los niños, que ejerce la patria potestad sobre ellos y, por tanto, su guarda y custodia, como por los abuelos paternos, que han mantenido una cierta dejadez en su acercamiento a los niños, tanto en visitas como en contactos telefónicos. Estas circunstancias motivaron el rechazo de los menores a aceptar un sistema rígido de comuni-

6. GARCÍA CANTERO, Gabriel, «En torno al derecho de visita», en *El derecho de visita. Teoría y Praxis*, Pamplona, 1982.

cación con los abuelos, con los que la relación ha sido escasa, aunque no existiera en absoluto rechazo hacia ellos, pero sí habiéndose enturbiado las relaciones a raíz de la interposición del pleito. Los menores contaban con 15 y 11 años de edad. Aquí, se dejó a la voluntad de los menores la cuestión de las relaciones con sus abuelos, sin que ello supusiera en modo alguno predeterminar estas relaciones al capricho o voluntad de los que aún carecen de raciocinio suficiente como para discernir en estos asuntos.

Lógicamente, son muchas las situaciones y circunstancias que, en la práctica, pueden darse y hay que estudiar a fondo cada una de ellas.

Parece oportuno referirse ahora, aunque sea brevemente, al contenido del convenio regulador en sede de derecho de visitas de los abuelos.

IV. DERECHO DE VISITAS DE LOS ABUELOS Y CONVENIO REGULADOR

Una de las novedades de la Ley 42/2003 fue la de incluir la regulación del derecho de visitas de los abuelos en el marco de los procedimientos matrimoniales.

Efectivamente, en los procesos de mutuo acuerdo, se va a facultar a los cónyuges para que, en el convenio regulador que elaboran juntos, tanto en sede de separación como de divorcio, se establezca por ellos mismos un régimen de visitas para los abuelos.

Hay que decir, no obstante, que esta posibilidad ya venía siendo reconocida anteriormente, es decir, antes de la promulgación de la Ley citada, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Pero este extremo, hoy en día, forma parte de lo que se denomina como «contenido mínimo» del convenio, tal como ha puesto de relieve FERNÁNDEZ RAMALLO, Paula⁷. Ello lleva a plantearse algunas cuestiones de cierto interés práctico, ya que el Código Civil, en su artículo 90, establece que habrá que incluir el régimen del derecho de visitas de los abuelos, pero siempre que se considere necesario. Hay que preguntarse cuándo es necesaria esta inclusión, y quién ha de estimarla necesaria. Asimismo, cabe preguntarse si las partes, esto es, los cónyuges, han de incluirlo de forma obligatoria, o meramente están facultados para decidir su inclusión. Cuestión que, en la práctica, no es en absoluto baladí.

Ya en el año 1981, al dar entrada a los convenios reguladores, se dio, a un tiempo, cabida a la autonomía privada en el marco del Derecho de Familia, aunque se partió de unos límites objetivos a ésta, límites que se establecieron en el artículo 90 del Código Civil. Dentro de estos límites, y del contenido obligatorio del convenio, lógicamente se insertó el régimen de visitas para el progenitor no custodio, de modo que no es factible aprobar un convenio que no establezca un régimen de visitas para dicho progenitor, porque ello iría abiertamente contra los intereses de los hijos y, por ende, contra el interés familiar más necesitado de protección, ya que es fundamental que –salvo supuestos excepcionales y justificados– los hijos mantengan relaciones de afecto y cariño con ambos progenitores.

Pero surge la duda en cuanto al artículo 90 del Código Civil, por cuanto parece que el convenio tendría que contener el régimen de visitas y comunicaciones con los abuelos siempre que se estime necesario. Y cabe preguntarse cuándo se va a considerar necesario

7. FERNÁNDEZ RAMALLO, Paula, «Derecho de visitas de los abuelos *versus* derecho de visitas de los padres», artículo citado en nota 5.

y quién tiene que hacer esta apreciación. Estimo que serán los cónyuges los que deban hacerla, pero, en todo caso, es más una facultad de ellos que una obligación, por lo que la reforma del Código Civil en este extremo entiendo que no ha aportado ningún elemento realmente interesante.

De otro lado, pero en esta misma línea de razonamiento, el artículo 94 del Código Civil parte de la posibilidad de que el Juez conceda un régimen de visitas a los abuelos, pero siempre que se deduzca de las actuaciones. Es, por tanto, una facultad del juez, atendiendo a las circunstancias concretas, aunque, en todo caso, como los abuelos no son partes en el procedimiento matrimonial, tendrán que acudir al juicio verbal correspondiente si desean que se les reconozca un régimen de visitas a su favor.

V. LA NECESIDAD DE EXISTENCIA DE JUSTA CAUSA PARA IMPEDIR LAS RELACIONES ENTRE ABUELOS Y NIETOS

Es éste, sin duda, un tema complejo y delicado, en el que se entrecruzan múltiples factores y circunstancias que, a veces, son francamente espinosas.

Si me refiero al derecho de visitas de los progenitores, vemos cómo el artículo 94 del Código Civil establece la posibilidad de denegarlos, bien limitándolo, bien suspendiéndolo.

¿Qué sucede con el derecho de visitas de los abuelos? ¿Puede también, en determinadas circunstancias, ser suspendido? Evidentemente sí, siempre que exista una justa causa para ello. Pero el problema se suscita si intentamos determinar qué hay que entender por justa causa.

Según CARBAJO GONZÁLEZ⁸, por justa causa hay que entender una relación no conveniente para el menor y para su formación, por desarrollarse en unas circunstancias y en un entorno poco propicio, o por la concurrencia de cualquier otro impedimento. Este jurista no consideraba que fuera justa causa el testimonio desfavorable del menor.

Para RIVERO HERNÁNDEZ⁹, es muy difícil acotar *a priori* este concepto de justa causa, porque, unas veces, serán cualidades personales o accidentales concurrentes en el pariente (o allegado), y, otras veces, pueden ser las del menor, en alguna ocasión su recíproco condicionamiento o en conjugada coincidencia con alguna circunstancia exterior a uno y otro.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1998 hacía alusión al derecho del menor a expresar su opción libremente en todos los asuntos que le afecten, tomándose debidamente en consideración sus opiniones en función de la edad y de la madurez que tenga.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo de 1992 hacía referencia a la justa causa, en el sentido de que ésta debe ser apreciada racionalmente por el juzgador, en base, naturalmente, entre otras consideraciones, a la exploración práctica del menor, pero no exclusivamente a ella, sobre todo cuando, por su corta edad, no da un motivo convincente para justificar su negativa.

8. CARBAJO GONZÁLEZ, «El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil», en *La Ley*, 2002, p. 1502.

9. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Madrid, 2000.

En similar sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 17 de octubre de 1989, repite que la simple negativa del menor no es causa suficiente para denegar tal derecho, sino que han de tenerse en cuenta el resto de circunstancias concurrentes. Hay que hacer notar que una Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de septiembre de 1996, denegó la relación con los abuelos debido a la manifestación del menor, al ser explorado, afirmando que no deseaba conocer al abuelo –el menor, en este supuesto, desconocía a los abuelos–.

La mera negativa del menor a relacionarse con sus abuelos no es motivo suficiente para estimarla como «justa causa». Pero, lógicamente, habrá que tener en cuenta las circunstancias concurrentes. Como afirmó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de mayo de 1992, la justa causa debe ser racionalmente apreciada por el juzgador, tomando, como base, entre otras consideraciones, la exploración práctica del menor, pero no exclusivamente esa exploración, más aun cuando, debido a la corta edad del menor, no da un motivo convincente para justificar su negativa –el menor, en este supuesto, se limitaba a sollozar–, lo cual podía obedecer tanto a motivos suficientemente razonables como a prejuicios inculcados por el progenitor (con el que el menor convivía bajo su exclusiva patria potestad).

En todo caso, será siempre la persona que se oponga a la relación la que deberá demostrar los hechos en que se sustenta.

Cabe plantearse si la mala relación entre progenitores y abuelos es justa causa para impedir que los menores se relacionen con éstos.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 15 de junio de 1991, se refirió al derecho de visita de una abuela. La madre de la menor, para impedir dicho régimen, aludía, como justa causa, a la mala relación existente entre suegra y nuera, declarando la Sala lo siguiente: «... no hay justa causa que impida la relación personal que la demandante invoca, pues no puede tenerse por tal ni la animadversión que entre las partes existe, ni meras conjeturas sobre malévolas influencias de la abuela sobre la menor con relación a la muerte de su padre ..., ni la supuesta despreocupación de la actora para con su nieta que, como única justa causa impeditiva del derecho de comunicación se alega en el escrito de contestación a la demanda, pues la prueba practicada ha demostrado, como bien valora el juzgador *a quo*, el interés que aquélla siempre ha tenido en ver a la menor, lo que le ha sido impedido por la madre». Efectivamente, las rencillas entre parientes no se pueden estimar como la «justa causa» exigida por el legislador, aunque, lógicamente, hay excepciones que es preciso valorar supuesto a supuesto, sin caer en generalizaciones que son, siempre, peligrosas. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 19 de enero de 2001, denegó el régimen de visitas de los abuelos paternos, debido a las tensas y conflictivas relaciones de la madre con aquéllos, y de acuerdo con el principio del interés del menor.

RIVERO HERNÁNDEZ ponía de manifiesto que, cuando el menor, a causa de las visitas, acusa, de una manera reiterada, profunda y grave, las tensiones que hay entre sus progenitores (separados), es posible que pueda venir indicado, en provecho del menor, portador del interés más valioso, una separación o alejamiento de éste respecto de los abuelos, o de uno de ellos¹⁰.

10. *Idem*, «El derecho de visita. Ensayo de una construcción unitaria», citado en nota 3

SALANOVA¹¹, por su parte, afirmaba que, para que las relaciones sean denegadas, la situación debe ser realmente extrema, debiendo el Juzgador examinarla cuidadosamente, no transmitiendo los abuelos (o uno de ellos) al menor la tensión y el odio con el que se enfrenta.

Estimo que, cuando el desarrollo emocional del menor y su bienestar, con motivo de las relaciones que mantenga con sus abuelos, se vean claramente perjudicados, influyendo el derecho de visitas de éstos en la estabilidad emocional del nieto, habrá que denegar dicho derecho, en aras, siempre, del principio del beneficio del menor. Ahora bien, habría que preguntarse si estamos ante un derecho cuyos titulares son los propios abuelos, o más bien se trata de un derecho del menor (a mantener relaciones de afectividad y cariño con sus abuelos). Si es un derecho de los menores, cabría que los progenitores, titulares de la patria potestad, exigieran a los abuelos la relación con sus nietos, permitiendo que, bajo este razonamiento, se pudieran esconder otros intereses, no loables, de los progenitores. Por tanto, no hay que configurar este derecho de visita de los abuelos como un derecho del menor, sino como una facultad o función de aquéllos. Hay autores que lo identifican con una prerrogativa, que se podría utilizar siempre que prevaleciera el interés de los menores, según MATA VIDAL¹².

La Sentencia de la Audiencia Provincial de 4 de diciembre de 1996 incidió en las diferencias existentes entre el derecho de visitas de los progenitores (no custodios), y las relaciones del menor con otros parientes –como los abuelos– y allegados, al afirmar que «... no deben confundirse en manera alguna estos derechos del menor con una exigencia de los parientes y allegados a obtener una comunicación regulada en el tiempo, y modo de practicarse, pues los vínculos parentales de consanguinidad o afinidad no originan el ejercicio de deberes y derechos cotidianos como el que emana de la relación paterno-filial a través de la patria potestad...»

En consecuencia, como vengo analizando en este epígrafe, las relaciones entre abuelos y nietos, siempre que exista justa causa, podrán ser denegadas.

Cabe hacer ahora una referencia al tema de la modificación del régimen de visitas de los abuelos.

VI. LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS ABUELOS

El derecho de visitas de los abuelos puede ser modificado en determinadas circunstancias (también puede ser modificado el derecho de visitas de los progenitores no custodios, cuando hay razones para ello).

Como ha afirmado RIVERO HERNÁNDEZ¹³, toda concesión del derecho de visitas y el régimen correspondiente tiene una vigencia *rebus sic stantibus*, con lo que, variadas las circunstancias que se hallaban en la base de su nacimiento y regulación, el régimen inicial también debe variar. Es frecuente que sean los propios Tribunales los que dejan una puerta abierta a futuras modificaciones, que podrán tener un carácter tanto ejemplificativo como restrictivo.

11. SALANOVA VILLANUEVA, Marta, «Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos» (a propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994), en *Aranzadi Civil*, 4, 2003.

12. MATA VIDAL, Daniel, «El interés de los menores y el régimen de visitas», en *El derecho de visita*, citado.

13. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El derecho de visita, Teoría y Praxis*, citado.

En consecuencia, las decisiones judiciales en materia de derecho de visitas –en las que se ve implicado, o afectado, un menor– carecen del efecto de cosa juzgada, por lo cual cualquier hecho o circunstancia nueva que incida de modo relevante sobre la relación autorizará a conocer, de nuevo, del supuesto en cuestión.

VII. RECLAMACIÓN DEL DERECHO DE VISITAS DE LOS ABUELOS

Sabemos que, en la actualidad, las relaciones familiares no son causa de inmunidad y que, en consecuencia, ya podemos, con naturalidad, hablar de reclamaciones e indemnizaciones en el marco de las relaciones entre parientes (y entre cónyuges y ex cónyuges). Es por ello que me planteo si el incumplimiento del derecho de visitas de los abuelos puede ser objeto de reclamación, en su caso, y de indemnización por parte de quien ha visto cómo su derecho queda afectado por incumplimiento, viniendo este incumplimiento de la parte que tenía el deber de hacerlo posible.

Pensemos en el supuesto de un progenitor custodio que, reiteradamente y sin motivo justificado alguno, elude llevar al hijo menor al domicilio del abuelo, o abuelos, y, de este modo, priva al menor de ver a sus abuelos y a éstos de ver al nieto. ¿Cabría solicitar indemnización por dichos incumplimientos? Y aún más: ¿cabría que el menor, que quiere relacionarse con sus abuelos –a pesar de los impedimentos y obstáculos que le plantea su progenitor– solicitara una indemnización por esos incumplimientos?

La cuestión, efectivamente, no es baladí y, sin embargo, no se ha planteado aún en la Jurisprudencia española este tema. En cualquier caso, como hay que estimar que el derecho de visitas de los abuelos es más bien una facultad, una prerrogativa y una función, no cabría hablar de indemnización en caso de incumplimiento. En el supuesto del menor, como sí es un derecho para él, establecido en su interés, mirando hacia su bienestar –como valor y principio primordial que ha de regir las relaciones familiares, como ya quedó expuesto en páginas atrás–, cabría pensar en la posibilidad de que solicitara una indemnización del progenitor que le impide estas relaciones afectivas con sus abuelos, pero, al ser menor de edad, habría de hacerlo el progenitor que no incumplió con el régimen de visitas que, en su día, fue programado y autorizado judicialmente.

Se trata, como puede comprenderse, de una problemática apasionante, pero que aún no ha sido estudiada ni siquiera considerada por los juristas.

Revista de Derecho de

familia

JURISPRUDENCIA

CUESTIONES PROCESALES

Nulidad de lo actuado en la pieza separada de medidas provisionales al no haberse suspendido la vista tras solicitar el demandado abogado y procurador del turno de oficio, dándose la circunstancia de que sí se suspendió el plazo para contestar a la demanda.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.^a, SENTENCIA 174/2009, DE 16 DE JULIO

Ponente: Excmo. Sr. don Pablo Pérez Tremps

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Román fue demandado en solicitud de guarda y custodia y pensión de alimentos respecto de su hijo menor, pidiéndose la adopción de medidas cautelares mientras no recayera Sentencia, dando lugar al juicio verbal núm. 643-2002, que fue tramitado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Cerdanyola del Vallés. El 11 de junio de 2003 don Román fue emplazado para que compareciera en el procedimiento por medio de Procurador y con la asistencia de Abogado y contestara por escrito a la demanda. Igualmente, en esa misma fecha fue citado para que compareciera en la vista oral de medidas cautelares que debía celebrarse el 19 de septiembre de 2003, señalando que debía concurrir por sí mismo asistido de Abogado y Procurador.
- ⊙ El Colegio de Abogados de Sabadell remitió al Juzgado un escrito notificando que el recurrente había solicitado el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita e interesando la suspensión del proceso. Por providencia de 27 de junio de 2003 se acordó suspender el plazo para contestar a la demanda. El 30 de septiembre de 2003 se notificó al recurrente la resolución del reconocimiento provisional del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con la designación, también provisional, de los profesionales del turno de oficio. El procedimiento finalizó por Sentencia de 7 de julio de 2004, que fue confirmada en apelación por Sentencia de la Sec. 18.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de septiembre de 2005.
- ⊙ En la pieza separada de medidas cautelares, el 19 de septiembre de 2003 se celebró la vista a la que había sido citado el recurrente, quien no compareció, acordándose por Auto de 22 de septiembre de 2003 la adopción de diversas medidas cautelares respecto de la guarda y custodia y la contribución por alimentos al menor. Don Román interpuso incidente de nulidad de actuaciones alegando que se le había causado indefensión, ya que una vez acordada la suspensión del plazo para contestar a la demanda por estar pendiente la designación de profesionales del turno de oficio debía haberse suspendido también la tramitación de la pieza de medidas cautelares. Por Auto de 19 de abril de 2004 se desestimó el incidente, argumentando que existía una designación de Abogado del turno de oficio el 18 de septiembre de 2003 y que la ausencia del acto de comparecencia se debía a su exclusiva voluntad pues constaba debidamente citado en forma. Don Román atendiendo a la expresa mención sobre su recurribilidad, interpuso recurso de reposición que fue desestimado por Auto de 2 de julio de 2004, insistiendo en que no existió indefensión, toda vez que la incomparecencia del recurrente a la vista de las medidas cautelares fue voluntaria.

◉ Don Román interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que declaró la nulidad de la vista llevada a efecto en la pieza de medidas cautelares.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente aduce en su demanda de amparo que se han vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) y a la asistencia letrada (artículo 24.2 de la CE), ya que el órgano judicial, a pesar de que había suspendido el plazo para la contestación de la demanda en tanto se procedía a la designación de los profesionales del turno de oficio, que no fue notificada al recurrente hasta el 30 de septiembre de 2003, no suspendió la vista de medidas cautelares, en que también es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, que se celebró el 19 de septiembre de 2003 sin la asistencia del recurrente, impidiendo hacer efectivo su derecho a la asistencia letrada y causando una efectiva indefensión.

El objeto de este recurso es determinar si se han vulnerado al recurrente sus derechos a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) y a la defensa y a la asistencia letrada (artículo 24.2 de la CE) por haberse celebrado la vista de medidas cautelares sin su comparecencia, estando pendiente la designación de profesionales del turno de oficio por la solicitud del derecho de asistencia jurídica gratuita, y a pesar de que el propio órgano judicial ya había suspendido el plazo para contestar a la demanda por ese mismo motivo.

Este Tribunal ha reiterado que el derecho a la defensa y a la asistencia letrada (artículo 24.2 de la CE) se proyecta no sólo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos, con las salvedades oportunas, y que su finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso por el artículo 24.1 de la CE. Del mismo modo se ha destacado que en los supuestos en que la intervención de Letrado sea preceptiva, esta garantía constitucional se convierte en una exigencia estructural del proceso tendiente a asegurar su correcto desenvolvimiento, cuyo sentido es satisfacer el fin común a toda asistencia letrada que es el de lograr el adecuado desarrollo del proceso como mecanismo instrumental introducido por el legislador con miras a una dialéctica procesal efectiva que facilita al órga-

no judicial la búsqueda de una Sentencia ajustada a Derecho. La conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso determina incluso que la pasividad del titular del derecho deba ser suplida por el órgano judicial para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado (por todas, STC 225/2007, de 22 de octubre, FJ 3).

En atención a ello, este Tribunal ha considerado vulnerado el derecho a la defensa y a la asistencia letrada (artículo 24.2 de la CE), así como a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE) en supuestos en que, siendo preceptiva la intervención de Abogado y habiéndose solicitado su nombramiento, no se tramitó dicha solicitud ni se suspendió el procedimiento, generando con ello una indefensión material al recurrente (así, SSTC 225/2007, de 22 de octubre, o 189/2006, de 19 de junio).

En el presente caso, como se ha expuesto con más detalle en los antecedentes, en las actuaciones han quedado acreditados los siguientes extremos: en primer lugar, que el recurrente, demandado en un juicio verbal sobre alimentos y custodia de su hijo menor de edad, fue emplazado para que, por un lado, compareciera en el procedimiento y contestara por escrito a la demanda y, por otro, compareciera en la vista oral de medidas cautelares. En ambos casos se le hizo la advertencia de que tenía que comparecer asistido por Abogado y Procurador. En segundo lugar, consta que el recurrente solicitó ante el Colegio de Abogados correspondiente el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita, lo que provocó que dicho Colegio solicitara del Juzgado la suspensión del proceso, siendo acordada en relación con el trámite de contestación de la demanda. En tercer lugar, el 19 de septiembre de 2003 se celebró la vista oral sobre la adopción de medidas cautelares sin que compareciera el recurrente, a quien no se notificó hasta el 30 de septiembre de 2003 la resolución del reconocimiento provisional del derecho a la asistencia jurídica gratuita y la designación provisional de los profesionales del turno de oficio. Y, por último, también queda acreditado que, tras acordarse por Auto de 22 de septiembre de 2003 la adopción de diversas medidas cautelares, el órgano judicial desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto con el argumento

de que existía una designación de Abogado del turno de oficio el 18 de septiembre de 2003 y que la ausencia del acto de comparecencia se debía a su exclusiva voluntad pues constaba debidamente citado en forma.

Pues bien, partiendo de la base de que, tal como también ha destacado el Ministerio Fiscal y así se pone de manifiesto en las actuaciones, la notificación al recurrente de la resolución del reconocimiento provisional del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con la designación de los profesionales del turno de oficio, se produjo el 30 de septiembre de 2003, la decisión del órgano judicial de celebrar la vista oral sobre la adopción de medidas cautelares el 19 de septiembre de 2003, sin la presencia del recurrente y sin que se hubiera notificado el nombramiento de profesionales de oficio, supone la vulneración del derecho de defensa y a la asistencia letrada (artículo 24.2 de la CE), causando una efectiva indefensión (artículo 24.1 de la CE) al recurrente.

En efecto, al órgano judicial le constaba, por un lado, que el recurrente había cursado una solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia gratuita, lo que incluso había provocado que se acordara la suspensión del plazo para la contestación de la demanda y, por otro, que para dicho acto era también preceptiva la asistencia de Abogado, tal como se había hecho constar expresamente en la cédula de emplazamiento. En este contexto, el

argumento utilizado por el órgano judicial de que la ausencia del acto de comparecencia se debía a la exclusiva voluntad del recurrente, pues constaba debidamente citado en forma, en nada modifica la conclusión de que se ha producido una vulneración del derecho a la defensa y a la asistencia letrada. Como ha destacado el Ministerio Fiscal, más allá de la legítima confianza del recurrente, lego en Derecho, en que la suspensión acordada alcanzaba también a la pieza separada de suspensión, el hecho de la comparecencia del recurrente sin la asistencia letrada lo único que hubiera motivado es el rechazo a su posibilidad de participación, por el carácter preceptivo de la intervención de Abogado en este acto.

El reconocimiento del derecho a la defensa y a la asistencia letrada del recurrente conlleva la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas. Sin embargo, frente a lo solicitado por el recurrente y el Ministerio Fiscal, y como ya ha destacado en ocasiones semejantes este Tribunal (por todas, STC 70/2005, de 4 de abril, FJ 5), no cabe ordenar la retroacción de actuaciones para la celebración de una nueva comparecencia sobre la adopción de medidas cautelares, pues, como también se ha expuesto en los antecedentes, el procedimiento ya finalizó por Sentencia de 7 de julio de 2004, que fue confirmada en apelación por Sentencia de la Sec. 18.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de septiembre de 2005.

CUESTIONES PROCESALES

No se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por no haberse practicado la audiencia de un menor en un procedimiento de modificación de medidas habida cuenta que aquél fue oído por el equipo psicosocial que emitió un informe, no siendo necesario en estos casos que el tribunal practique la audiencia del menor.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.^a, SENTENCIA 163/2009, DE 29 DE JUNIO

Ponente: Excmo. Sr. don Eugeni Gay Montalvo

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Iván interpuso demanda de modificación de medidas contra doña Cristina. En la demanda se solicitaba, entre otros extremos que, aun cuando se mantuviera la custodia del menor en la persona de su madre, se modificara el régimen de visitas con el padre para que la relación de éste con el menor fuera restableciéndose paulatinamente. Doña Cristina no sólo se oponía a esta petición,

sino que, con carácter subsidiario, solicitaba un régimen más restrictivo, de modo que las visitas se espaciaran en el tiempo y tuvieran una duración no superior a una hora.

⊕ Seguido el juicio por sus trámites, se recabó informe del equipo psicosocial del Juzgado, que lo emitió oportunamente. Los peritos ratificaron el contenido del informe en la comparecencia ante el Juez, que tuvo lugar el 22 de noviembre de 2006. En el informe se señala que «el menor no muestra signos de rechazo hacia la figura paterna» y recomendaba «la integración de la figura paterna en su universo emocional», aunque «de forma progresiva dada la ausencia de comunicación entre ambos desde hace tiempo». En consecuencia se mostraba partidario de un régimen restrictivo de visitas del padre (visitas cada quince días, con una duración no superior a dos horas, y a realizar en el punto de encuentro familiar Aprome). En sus comparecencias respectivas los padres insistieron en sus pretensiones iniciales. La madre solicitó la audiencia del menor, quien por su parte no solicitó ser oído. La prueba de la audiencia del menor fue denegada porque éste ya había sido entrevistado por el equipo psicosocial del Juzgado el 12 de julio de 2006.

⊕ El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid dictó Sentencia el 24 de noviembre de 2006 estimando la demanda y acordando las visitas del padre al menor los domingos alternos de 11 a 13 horas en la sede de Aprome de Valladolid, con seguimiento trimestral por el equipo psicosocial.

⊕ Doña Cristina interpuso recurso de apelación, mediante el que pretendía la nulidad de la Sentencia de primera instancia y la interrupción del régimen de visitas. El recurso solicitaba asimismo que la Audiencia Provincial de Valladolid acordara la audiencia del menor. Tanto el padre del menor como el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso.

⊕ La Sec. 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó Auto el 19 de junio de 2007 denegando la práctica de la audiencia al menor, puesto que éste ya había sido oído por el equipo psicosocial del Juzgado. La Sala entendió que la oposición del menor al régimen de visitas quedó acreditada, de modo que la referida audiencia resultaba intrascendente. La Sra. S. interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por Auto de 10 de octubre de 2007.

⊕ El 26 de noviembre de 2007 la Sala dictó Sentencia, desestimando el recurso de apelación y confirmando la de instancia.

⊕ Doña Cristina interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE).

La parte demandante sostiene que el trámite de audiencia en los procesos de modificación de las medidas con relación a los hijos es obligatorio para la autoridad judicial, incluso sin necesidad de que sea solicitado por las partes. Esta obligatoriedad resulta de la aplicación sistematizada e integrada del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y de los artículos 92.6 y 159 del Código Civil. La demanda

reproduce las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, 152/2005, de 2 de junio, y 17/2006, de 30 de enero, que confieren a la audiencia al menor en este tipo de procedimientos la condición de trámite esencial cuya omisión puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE).

En este sentido el fundamento jurídico 5 de la STC 221/2002, de 25 de noviembre, declara que «al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber

ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el artículo 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente invocada en el artículo 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del artículo 24.1 de la CE». Esta doctrina es reiterada en las SSTC 152/2005, de 2 de junio, FJ 3, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5, que se refiere asimismo al artículo 24.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

La demanda sostiene que en el presente caso el menor tenía juicio suficiente para ser oído, pues contaba alrededor de once años cuando se dictaron las Sentencias de primera instancia y de apelación. Y añade que el menor había mostrado su negativa al régimen de visitas a favor de su padre biológico acordado por el Juez. Esta circunstancia genera en el menor serios daños y padecimientos psicológicos y lesiona su integridad moral (artículo 15 de la CE) y su dignidad (artículo 10 de la CE).

Sin embargo, como señala el Ministerio Fiscal, en 2005 se produjo una reforma legislativa que modifica el régimen jurídico al que se refiere la demanda. La Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, dio una nueva redacción al artículo 92 del Código Civil, cuyo apartado 6 establece: «En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

Esta disposición se complementa con el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que garantiza el derecho del menor

a ser oído. El apartado 2 de este artículo establece que el menor puede ejercitar este derecho «por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio» y que «cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente».

Las resoluciones judiciales que han dado origen a la presente demanda de amparo fueron dictadas con posterioridad a la publicación de la Ley Orgánica 15/2005, por lo que ésta es la normativa que debían aplicar los órganos judiciales.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 26 de noviembre de 2007 que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Sra. S.P. responde a la alegación de indefensión generada por la falta de audiencia del menor. La Audiencia señala que, siendo la pretensión de la Sra. S. que no se reconozca derecho de visitas al padre, el objetivo esencial de la propuesta de audiencia es conocer la opinión del menor respecto a tal régimen y si desea mantener contactos con su padre. Esta opinión ya es conocida por la Sala, pues consta en las manifestaciones que el menor hizo al equipo psicossocial que redactó el oportuno dictamen. De ahí que no corresponda en el presente asunto proceder al trámite de audiencia del menor.

Esta argumentación —expuesta ya en los Autos de 19 de junio de 2007, que denegó la prueba, y de 10 de octubre de 2007, que resolvió el recurso de reposición— es coherente con la normativa aplicable al presente asunto, conforme a la cual los órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico-judicial, o del propio menor (artículo 92.6 del CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE).

2. Vulneración del derecho a la integridad moral del menor (artículo 15 de la CE).

A estos efectos debe señalarse, en primer lugar, que en realidad la demandante de amparo se limita a cuestionar de nuevo la conveniencia o los bene-

ficios del cambio de guarda y custodia de la menor decidido por la Audiencia Provincial.

Este Tribunal «ha manifestado en la STC 71/2004, de 19 de abril, que la declaración de lesión de la integridad psíquica de menores, cuando la misma no se haya producido de modo real y efectivo, sino que se infiera de un riesgo ... sólo podrá ser efectuada en un proceso de amparo cuando la lesión resulte palmaria, manifiesta o del todo indudable. Por el contrario, cuando no sea así porque quepan dudas fundadas de que tal lesión vaya o no a producirse o porque resulte ponderada teniendo en cuenta otros factores, y sin que el interés [del] menor deje de constituir siempre norte del órgano que ha de apreciarla, su declaración por este Tri-

bunal invadiría una función que no le corresponde, sino que está atribuida a los Jueces y Tribunales ordinarios *ex* artículo 117.4 de la CE, esto es, en función de las atribuciones que expresamente les confiere la Ley en garantía de cualquier derecho» (STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 8).

En el presente asunto nada permite determinar ni el daño ni el peligro potencial para la integridad moral del menor, máxime cuando la Sentencia prevé que la comunicación con el padre tendrá lugar en un punto de encuentro, bajo la vigilancia y observación de profesionales y con posibilidad de revisión de la medida en el supuesto de peligro y daño efectivo en el menor.

DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

Vulneración del derecho a la intimidad y propia imagen de un menor al aparecer una fotografía suya ilustrando un reportaje sobre personas con discapacidad cuando el menor no padece ninguna discapacidad ni psíquica ni física.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 158/2009, DE 29 DE JUNIO

Ponente: Excmo. Sr. don Manuel Aragón Reyes

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ En el diario «La Opinión de Murcia», que publicó en el número correspondiente al 8 de mayo de 1997 un reportaje divulgativo sobre las actividades de la Asociación de Padres de Niños con Deficiencias Auditivas (Apanda), encabezado con el titular «Discapacitados» e ilustrado con una fotografía en la que se observa a una profesora del centro de Apanda trabajando con dos niños en dicho centro (la profesora de espaldas al objetivo y los niños de frente en primer plano), con el pie de foto «Los discapacitados necesitan todo tipo de atención desde sus primeros años de vida».
- ⦿ Los padres de uno de los niños fotografiados solicitaron al diario una rectificación en el sentido de que los menores de la fotografía no eran discapacitados, rectificación a la que accedió el diario, publicándola días después, pero sin el tamaño e importancia del reportaje. Posteriormente, tras un acto de conciliación terminado sin avenencia, los padres de dicho menor formularon demanda contra La Opinión de Murcia, SA, por la vía de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, con reclamación de la suma de 6.010 euros en concepto de indemnización por daño moral, con fundamento en la vulneración del derecho a la propia imagen (artículo 18.1 de la CE), toda vez que la fotografía del niño ha sido publicada sin el consentimiento de sus padres, y además fue tomada en una clase de logopedia, es decir, en un contexto totalmente ajeno al contenido del reportaje publicado, pues el menor no padece ninguna discapacidad física o psíquica. Los demandantes alegaban su derecho a que la imagen de su hijo no

fuese utilizada sin su consentimiento como modelo o reclamo para un reportaje sobre discapacitados, así como el perjuicio moral sufrido por el niño al aparecer como discapacitado en su entorno escolar y social. La Opinión de Murcia, SA alegó que se trataba de un reportaje social y solidario destinado a llamar la atención sobre las necesidades de los discapacitados y a concienciar a la sociedad sobre el problema, que la fotografía se tomó en un centro de Apanda con el consentimiento de los responsables de dicho centro, y que el diario rectificó inmediatamente la información en cuanto supo que los menores de la fotografía no eran discapacitados.

- ⊙ La demanda de los padres del menor fue parcialmente estimada por Sentencia de 24 de junio de 1999 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia (juicio de menor cuantía núm. 928-1998) que, apreciando la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, condena a La Opinión de Murcia, SA, a abonar a los demandantes, a favor del menor, la suma de 3.005 euros, más intereses legales desde la presentación de la demanda, y costas.
- ⊙ Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación La Opinión de Murcia, SA, que fue desestimado por Sentencia de la Sec. 4.^a de la Audiencia Provincial de Murcia de 15 de abril de 2000 (rollo núm. 460-1999), confirmando íntegramente la apelada e imponiendo la costas en alzada a la apelante.
- ⊙ La Opinión de Murcia, SA interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.
- ⊙ La Opinión de Murcia, SA interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sociedad mercantil demandante de amparo alega que la Sentencia dictada en casación ha vulnerado sus derechos a la libertad de expresión y de información consagrados en el artículo 20.1.a) y d) CE, por falta de ponderación de los derechos en conflicto. A juicio de la demandante de amparo, de haberse ponderado debidamente en el presente caso el conflicto entre los derechos a la libertad de expresión y de información y el derecho a la propia imagen se habría llegado a la conclusión de que el reportaje periodístico en el que fue publicada la fotografía controvertida cumplía todas las exigencias para el legítimo ejercicio del derecho a la libre información, pues se trataba de una información veraz y con una finalidad de buena fe, ilustrada con imágenes del centro educativo para reflejar su actividad en esos momentos y contando para ello con la autorización de los responsables del centro, siendo la fotografía publicada completamente accesoria o accidental, por lo que no se requeriría consentimiento expreso de los fotografiados o de sus representantes legales. Por todo ello interesa que se le otorgue el amparo, reconociendo

sus derechos a la libertad de expresión y de información y declarando la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictada en casación.

La sociedad mercantil recurrente en amparo imputa a la Sentencia del Tribunal Supremo la vulneración de sus derechos a la libertad de expresión y de información, consagrados en el artículo 20.1.a) y d) CE, por falta de ponderación de los derechos en conflicto. No impugna la recurrente las Sentencias de instancia y de apelación, lo que no es óbice para que las consideremos igualmente recurridas, toda vez que «cuando se impugna en el recurso de amparo una resolución judicial confirmatoria de otras que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, han de entenderse también recurridas esas precedentes resoluciones judiciales confirmadas, aunque las mismas no lo hayan sido de forma expresa» (por todas, SSTC 97/1999, de 31 de enero, FJ 2; 209/2001, de 22 de octubre, FJ 1; 13/2002, de 28 de enero, FJ 2; 40/2002, de 14 de febrero, FJ 1; 196/2006, de 3 de julio, FJ 2, y 40/2009, de 9 de febrero, FJ 2).

El Ministerio Fiscal interesa la denegación del amparo, al entender que el Tribunal Supremo ha analizado y ponderado correctamente en su Sentencia los derechos constitucionales en conflicto (al igual que se ha hecho en las Sentencias de primera instancia y de apelación), razonando que en el caso enjuiciado prevalecen los derechos a la intimidad y la propia imagen del menor (artículo 18.1 de la CE) sobre los derechos a la libertad de expresión y de información veraz de la demandante de amparo (artículo 20.1.a) y d) de la CE).

Por los propios términos en que se ha planteado la controversia que es objeto del presente recurso de amparo es pertinente precisar que la misma atañe, en sentido estricto, y así, además, lo han apreciado los órganos judiciales que han entendido de la controversia, al conflicto entre el derecho a la propia imagen de un menor (no su derecho a la intimidad, pues la fotografía del rostro no afecta al sentimiento de pudor personal con arreglo a las estimaciones arraigadas en nuestra cultura, y no fue captada en un ámbito que pueda considerarse privado a estos efectos), y la libertad de comunicar información veraz de un medio de comunicación, pues el reportaje periodístico en el que se publicó la fotografía del menor no constituye propiamente un ejercicio de la expresión de pensamientos, ideas u opiniones (garantizado por el derecho a la libertad de expresión), sino de la comunicación de unos hechos o noticias (garantizado por el derecho a la libertad de información).

En suma, lo que se plantea ante este Tribunal en el presente caso es una queja respecto a la ponderación que la jurisdicción ordinaria ha llevado a cabo entre el derecho fundamental a la propia imagen (artículo 18.1 de la CE) y la libertad también fundamental de información [artículo 20.1.d) de la CE], por lo cual es procedente recordar nuestra doctrina conforme a la cual (entre otras muchas, SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 3; 83/2002, de 22 de abril, FJ 3, y 300/2006, de 23 de octubre, FJ 2) el enjuiciamiento por parte de este Tribunal no debe limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial, ya que no se trata aquí de comprobar si dicha resolución ha infringido o no el artículo 24.1 de la CE, sino de resolver un eventual conflicto entre los derechos afectados determinando si, efectivamente, aquéllos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales (entre muchas, SSTC 134/1999, de 15 de

julio, FJ 2; 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 21/2000, de 31 de enero, FJ 2; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 282/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 3; 204/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 46/2002, de 25 de febrero, FJ 5; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4, y 83/2002, de 22 de abril, FJ 3).

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con quejas referidas a presuntas o efectivas vulneraciones del derecho a la propia imagen (artículo 18.1 de la CE) en diversas Sentencias, entre las que cabe destacar las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 99/1994, de 11 de abril, 117/1994, de 17 de abril, 81/2001, de 26 de marzo, 139/2001, de 18 de junio, 156/2001, de 2 de julio, 83/2002, de 22 de abril, 14/2003, de 28 de enero, 300/2006, de 23 de octubre, 72/2007, de 16 de abril y 77/2009, de 23 de marzo.

En lo que aquí interesa resaltar, de dicha doctrina resulta que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (artículo 18.1 de la CE) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que los hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (por todas, SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2, y 72/2007, de 16 de abril, FJ 3).

Ahora bien, lo que no puede deducirse del artículo 18.1 de la CE es que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas de impedir que los rasgos físicos que identifican a la persona se capten o se difundan. El derecho a la propia imagen, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos, libertades y bienes constitucionales (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 6, y 14/2003, de 28 de enero, FJ 4), entre los que destaca, por lo que al presente caso interesa, la libertad de información [artículo 20.1 d) CE].

La determinación de estos límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, y por esta razón hemos considerado que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. De ahí que hayamos sostenido que «la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia –y previa– conducta de

aqué o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél» (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 5).

Resulta, por tanto, que el derecho a la propia imagen (artículo 18.1 de la CE) se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. No obstante, como ya se ha señalado, existen circunstancias que pueden determinar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen (SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6 y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2, por todas).

Ahora bien, cuando se trata, como en el presente caso sucede, de la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta, además de lo anteriormente señalado, que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor, como destacan el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada en amparo (así como las precedentes Sentencias de primera instancia y de apelación que aquélla confirma) y el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones.

En efecto, cabe recordar que, de conformidad con el artículo 20.4 de la CE, las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I, en las leyes que lo desarrollan «y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Asimismo, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia (sobre cuyo valor interpretativo *ex* artículo 10.2 de la CE no es necesario insistir), y, entre ellas, muy en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que garantiza el derecho de los niños a la

protección de la ley contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (artículo 16), así como la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta europea de los derechos del niño, en la que se establece que «todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales a su honor» (apartado 29 del § 8 de la Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio).

A su vez, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, tras establecer que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso al efecto (artículo 2), precisa seguidamente en su artículo 3, en cuanto a los menores de edad (e incapaces) que su consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten y, de no ser así, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por sus representantes legales, quienes estarán obligados a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, habiendo de resolver el Juez si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere.

Las previsiones del artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982 se complementan, en cuanto a los menores, por lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales» (artículo 4.3).

En suma, para que la captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación no tenga la consideración de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982), será necesario el consentimiento previo y expreso del menor (si tuviere la suficiente edad y madurez para prestarlo), o de sus padres o representantes legales (artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982), si bien incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996).

La recurrente considera que en la Sentencia impugnada en amparo se ha hecho una incorrecta ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, lo que ha conducido a dar indebidamente prevalencia al derecho a la propia imagen sobre la libertad de información. A juicio de la demandante, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no efectuó correctamente la ponderación constitucionalmente exigible, pues no tuvo en cuenta que el reportaje periodístico en el que fue publicada la fotografía controvertida cumplía todas las exigencias para el legítimo ejercicio del derecho a la libre información, toda vez que se trataba de una información veraz y con una finalidad de buena fe, ilustrada con imágenes del centro educativo para reflejar su actividad en esos momentos y contando para ello con la autorización de los responsables del centro, siendo la fotografía publicada completamente accesoria o accidental, por lo que no se requería consentimiento expreso de los fotografiados ni de sus representantes legales.

Sin embargo, a la vista de las circunstancias concurrentes en el presente caso y a tenor de la doctrina constitucional expuesta y de lo establecido en los citados artículos 3, 7.5 y 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, debemos llegar a la conclusión de que la queja de la demandante de amparo no puede ser compartida por este Tribunal, por las razones que seguidamente se expresan.

En el presente caso, y según consta en las actuaciones, el periódico «La Opinión de Murcia» publicó en el número correspondiente al 8 de mayo de 1997 un reportaje divulgativo sobre las actividades de la entidad Apanda, encabezado con el titular «Discapacitados» e ilustrado con una fotografía en la que se observa a una profesora del centro de Apanda con dos niños, fotografía de gran tamaño en la que el hijo de los padres cuya demanda ha dado lugar al presente asunto aparece en primer plano, sentado junto a otro niño, y con el rostro perfectamente visible ambos menores (la profesora está situada de espaldas al objetivo); en el pie de foto se puede leer lo siguiente «Los discapacitados necesitan todo tipo de atención desde sus primeros años de vida». Días después, a instancias de los padres demandantes, el periódico publicó una rectificación, pero sin el tamaño e importancia del reportaje, en el sentido de aclarar que los niños de la fotografía en cuestión no son discapacitados.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Murcia, ponderando el conflicto entre el derecho a la información de la re-

currente y el derecho a la propia imagen del niño, estimaron la pretensión de los padres del menor, considerando que se produjo una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen del niño con la publicación de la fotografía que ilustra el reportaje (artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982), toda vez que dicha fotografía, que identifica al menor como discapacitado, fue captada y difundida sin el consentimiento de los padres del menor (artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, en relación con el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996), siendo por ello irrelevante que la entidad titular del centro (Apanda) en el que fue tomada la imagen prestara su autorización para ello. Asimismo se razona por los órganos judiciales, en síntesis, que la publicación de la fotografía no puede ampararse en el evidente interés social del reportaje sobre los discapacitados, ni en la buena fe y veracidad del mismo, pues ello no justifica la inclusión de una fotografía de dos menores sin el consentimiento de sus representantes legales, siendo además innecesaria la publicación de dicha fotografía para la presentación del asunto abordado en el reportaje, por lo que no es de aplicación la exclusión del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982 (accesoriedad de la imagen insertada en la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público).

En el mismo sentido, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, confirmando el criterio de las Sentencias de primera instancia y de apelación, ha considerado en la Sentencia impugnada en amparo que el derecho a la propia imagen del menor (artículo 18.1 de la CE) prevalece en este caso sobre el derecho de los periodistas a difundir libremente información veraz [artículo 20.1.d) CE], toda vez que ha sido captada y difundida la fotografía del menor sin que medie ninguna causa que excluya la protección que le brinda el artículo 18.1 de la CE y la Ley Orgánica 1/1982: esencialmente, porque ni existe consentimiento (artículos 2.2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982), ni exclusión legal (artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, que comprende la accesoriedad).

Además, el Tribunal Supremo rechaza expresamente en su Sentencia las razones alegadas por la recurrente en el motivo único de su recurso de casación para sostener que la publicación de la fotografía controvertida no constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor. Y así señala el Tribunal Supremo que la finalidad divulgativa y social del reportaje sobre la discapacidad en nada afecta a la ilegalidad de la publicación de la fotografía, siendo intrascendente la intención del autor o la función que persigue el reportaje, pues el hecho que se enjuicia es la publicación no consentida de la foto del menor, lo que convierte en irrelevantes la corrección y el in-

terés social del reportaje al que ilustra gráficamente dicha fotografía. Además, la imagen del menor no aparece como meramente accesorio [por lo que no es aplicable la excepción del artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982], ya que ocupa media página y resalta más que el propio artículo de texto escrito, a lo que se añade que el rostro de los niños es el centro de la foto, teniendo a la profesora de espaldas, y que, tratándose de la representación gráfica de la figura de un menor, es mucho más restringida la consideración de la accesoriedad, por la especial protección que le brinda la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Por último, que es improcedente en este caso la invocación de la doctrina desarrollada al respecto del concepto de información veraz, amparada y protegida constitucionalmente, porque la veracidad se predica de la libertad de información, que impide que se aprecie atentado al honor si lo dicho es verdad, pero no afecta al derecho a la intimidad ni al derecho a la propia imagen, cuya veracidad es inmanente salvo que se manipule la representación gráfica.

De lo expuesto resulta que la captación y publicación en el diario «La Opinión de Murcia» de la controvertida fotografía del menor se produjo sin el consentimiento de sus padres (artículo 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982), debiendo tenerse presente en este sentido que el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 establece como supuesto de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen «La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2». Y el artículo 8.2 establece, en lo que aquí importa, que el derecho a la propia imagen no impide: «c) La información gráfica sobre un suceso o acacimiento público cuando la imagen

de una persona determinada aparezca como meramente accesorio».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada en amparo (al igual que las de primera instancia y apelación que confirma) ha explicitado, conforme ha quedado expuesto, las razones por las que la fotografía del menor no tenía el carácter de accesoriedad a que se refiere la excepción del artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/1982, razones a las que nada cabe aquí objetar, en particular porque, cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriedad prevista en el referido precepto ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Asimismo es indiscutible que el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía del menor como un atentado a su derecho a la propia imagen, y que resulta igualmente irrelevante en este caso la invocación por la recurrente de la doctrina constitucional referida al concepto de información veraz. Ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor «viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el artículo 20.4 de la CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz» (SSTC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6 y 127/2003, de 30 de junio, FJ 7).

FILIACIÓN

Estando en trámite un procedimiento de reclamación de filiación, uno de los herederos no puede exigir a la entidad bancaria donde existe un depósito del causante el reintegro del numerario hasta que recaiga resolución firme en aquel procedimiento.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Ernesto interpuso demanda de menor cuantía contra Banco de España solicitando que «se dicte sentencia por la que estimando íntegramente esta demanda, se condene a la entidad demandada a entregar a mi representado, en su calidad de heredero único de don Valentín, el numerario que exista en la “Cuenta Directa por Letras del Tesoro núm. NÚMooo”», cuyo saldo constituye hoy la «Cuenta Directa núm. NÚMoor», abierta en la sucursal de Alicante de dicho banco por el difunto padre de mi patrocinado (numerario que en fecha 29 de noviembre de 2001 ascendía a 160.893,75 euros (ciento sesenta mil ochocientos noventa y tres euros con setenta y cinco céntimos), equivalente a 26.770.467 pesetas), numerario que el Banco de España le ha venido negando repetidamente a mi patrocinado pese a ser el único heredero legal del titular de la Cuenta, más los rendimientos o intereses generados desde entonces y hasta la actualidad, más los intereses legales y costas que se originen en el presente procedimiento».
- ⦿ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte en su día sentencia por la que se desestimen las pretensiones deducidas en la demanda, con expresa imposición de costas a la actora».
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Alicante dictó Sentencia el 29 de septiembre de 2003 desestimando la demanda, concluyéndose en el último párrafo del Primero lo siguiente: «... Por consiguiente, y aunque es cierto que los artículos 1766 del Código Civil y 306 del Código de Comercio imponen al depositario la obligación de restituir la cosa, a la vista de todo lo expuesto por las razones que se han aportado, se considera que en este caso está justificada la negativa de la demandada a acceder a lo solicitado por el demandante de modo que la demanda será desestimada...».
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 20 de abril de 2005 estimando el recurso y revocando la sentencia de instancia estimó íntegramente la demanda condenando a la demandada a entregarle en su calidad de heredero único de don Valentín del numerario que exista en la Cuenta Directa por letras del tesoro núm. NÚMooo cuyo saldo constituye hoy la Cuenta Directa núm. NÚMoor abierta en la sucursal del Banco de España en Alicante por el difunto padre del demandante (numerario que en fecha 29 de noviembre de 2001 ascendía a 160.893,75 euros) más

los rendimientos o intereses generados desde entonces y hasta la actualidad, más los intereses legales y las costas de la primera instancia; sin imposición de costas causadas por el recurso».

- ◉ El Banco de España interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Con carácter previo hay que indicar que fecha 21 de diciembre de 2004, Ernesto, entregó al «Banco de España» fotocopia del Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de fecha 23 de noviembre de 2004, por el que se inadmitía el recurso de casación núm. 2680/2001, interpuesto por Carlos José, contra la Sentencia dictada por esta misma Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 30 de abril de 2001, Rollo de Apelación 393/98, dimanante de los autos 351/97, de juicio de menor cuantía, sobre filiación no matrimonial de Valentín, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alicante. A partir de dicha resolución el «Banco de España» procedió a la entrega a Ernesto, como heredero único de Valentín, del depósito constituido en el Banco de España a nombre de su fallecido padre.

El primer motivo del recurso de casación, se basa en la infracción de los artículos 108 y 661 del Código Civil, el recurrente considera que a la fecha en la que fue dictada la sentencia impugnada, no existía resolución judicial firme en el proceso de filiación no matrimonial instado por Carlos José en relación al causante Valentín, y ello le impedía la devolución del depósito para no perjudicar a ninguno de los que pudieran ostentar derechos sucesorios respecto al titular del depósito.

Este motivo debe ser estimado con las consecuencias que más tarde se dirán. En efecto, sin duda el Banco de España actuó correctamente en no entregar el depósito en letras a la parte demandante y ahora recurrida Ernesto, ya que en el tiempo de su negativa no se podía saber si dicha persona era el único heredero del titular del depósito, puesto que había un proceso solicitando la filiación no matrimonial con respecto a dicho titular, sobre el que no había caído resolución firme.

Y así es, ya que del *factum* de la sentencia recurrida se desprende sin lugar a dudas que la parte recurrente en casación tenía conocimiento de la existencia de un proceso de filiación no matrimonial, y, en el que incluso había tenido intervención, cuya resolución firme final podía dejar sin efecto la figura como único heredero de la parte ahora recurrida Ernesto. Asimismo hay que hacer constar que la resolución definitiva de dicho proceso, confirmó

tal situación de heredero único, pero que la fecha de la misma es posterior del enjuiciamiento de los hechos que entendió el Juzgado de Primera Instancia, es incluso en el de la apelación.

Por todo lo anterior hay que decir que en la sentencia recurrida no se ha aplicado correctamente lo dispuesto en el artículo 1766 del Código Civil, el cual establece la obligación de devolver el depósito constituido al depositante o sus causahabientes y para ello, y dada la muerte del titular, el depositario debe saber quién o quiénes son los referidos causahabientes, cuya determinación dependía de una resolución firme dictada en un proceso de reclamación de filiación. Sobre todo cuando la situación anterior es avalada por lo que disponen los artículos 108 y 661 del Código Civil.

El segundo motivo, se basa en la infracción del artículo 1775 del Código Civil. El recurrente considera que la providencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alicante de fecha 9 de julio de 1997, en el citado proceso de filiación en la que se autorizaba al Banco de España a reinvertir el importe de las Letras del Tesoro de las que era titular Valentín en la misma clase de valores y de acuerdo con la rentabilidad marcada en cada momento; le impedía la restitución del importe de las mismas al demandante, ahora recurrido, pues de haberlo realizado hubiera infringido la obligación de cumplimiento de lo dispuesto en una resolución judicial firme, cual era la citada providencia, y desde esta perspectiva de obligación de cumplimiento de las resoluciones judiciales con carácter instrumental considera la infracción de los artículos 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil, 17.2.18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 118 de la Constitución Española.

Este motivo también debe ser estimado. En efecto, y con ello se corrobora lo dicho anteriormente sobre la correcta actuación del Banco de España. Dicha entidad sólo ha hecho que cumplir escrupulosamente un mandato judicial, contenido en el antedicho proveído; y en el que se impedía la devolución al exigir su refinanciación del importe de lo depositado, hasta que recayera resolución final firme, y así lo ha hecho dicho Ente público. Y no puede compartirse, en absoluto, la tesis de la sen-

tencia de apelación en la que se afirma que el referido proveído –de 9 de julio de 1997– no impedía que se abonara el importe de la cuenta a la parte demandante, pues sería inconsecuente ordenar la administración de los fondos con la posibilidad, en

aquel entonces, de disponer de los mismos. Además como dato a destacar es que el actual proceso carece de objeto, ya que la pretensión de la parte, antes demandante y ahora recurrida en casación, ha sido totalmente satisfecha.

VIVIENDA FAMILIAR

Teniendo en cuenta que el derecho de usufructo que posee la madre lo adquirió de su hijo, quien hasta ese momento había ostentado el pleno dominio del inmueble y cuando el hogar familiar del hijo y de su esposa ya estaba fijado en ese domicilio, se desestima la acción de desahucio por precario interpuesta por aquélla tras dictarse la sentencia de separación en la que atribuía el uso de una planta a su nuera y nieto.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

- ◉ La actora, doña Rebeca, es titular del derecho de usufructo sobre la casa situada en la CALLE000, núm. NÚM000 de la localidad de Carlet, derecho que adquirió, junto con su esposo, en virtud de contrato de compraventa de 7 de junio de 1993, de quien hasta entonces ostentaba la plena propiedad, su hijo don Horacio. Desde que adquirió el mencionado usufructo, la actora ha consentido que la primera planta del inmueble siguiera siendo usada por su hijo, nudo propietario, y la esposa de éste, quienes vinieron ocupando la referida vivienda hasta que sobrevino la crisis matrimonial, atribuyendo la Sentencia de Separación el uso y disfrute de la vivienda a la esposa, ahora demandada, doña Adriana, y al hijo de los cónyuges.
- ◉ Doña Rebeca interpuso demanda de desahucio por precario contra doña Adriana, solicitando que «se dicte sentencia por la que se estime la demanda y se declare haber lugar al desahucio de la demandada del inmueble sito en la CALLE000 núm. NÚM000 de Carlet, y se condene a dicha parte demandada a dejarlo libre y expedito y a disposición de la actora en el plazo que marca la Ley, previéndole que, si así no lo hace, podrá ser lanzada por la fuerza y a su costa, imponiéndole las costas procesales de este procedimiento».
- ◉ Admitida a trámite la demanda, el Juzgado dictó Auto confirmando traslado de la misma a la demandada y ordenando citar a las partes para la celebración del juicio en el día y hora correspondiente.
- ◉ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de los de Carlet dictó Sentencia el 27 de septiembre de 2004 estimando la demanda.
- ◉ En grado de apelación, la Sec. 7.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia de 27 de septiembre de 2004, estimando el recurso interpuesto por doña Adriana y desestimando la demanda.
- ◉ Doña Rebeca interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Audiencia Provincial apreció que la relación jurídica controvertida no era la propia de un precario sino la de un comodato, entendiendo que la cesión del uso no puede quedar restringida al matrimonio, concebido como núcleo de dos personas, sino que se extiende al hijo, cuya guardia y custodia ha sido otorgada a la madre, por lo que, en definitiva, el acuerdo de separación, aprobado judicialmente, por el que el uso de la vivienda se otorgó a la madre, ahora demandada, y al hijo común de ambos cónyuges, constituye un título jurídico que justifica la continuidad del uso para el que se prestó la vivienda.

La demandante ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial por la vía del ordinal tercero del apartado segundo del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Fundamenta la recurrente el interés casacional alegado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en relación con la cuestión objeto de debate.

Esta Sala, al resolver otros recursos de casación, ha tenido ocasión de abordar el problema, bastante frecuente en la práctica, consistente en la procedencia de la reclamación por su propietario (en este caso se trata de una usufructuaria) de la vivienda que ha cedido sin título concreto y de forma gratuita a un hijo, para su uso como hogar conyugal o familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal o de convivencia se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial a uno de los cónyuges o convivientes.

La resolución de tales conflictos se centra en determinar el título que legitima al hijo o la hija para poseer el inmueble, a lo que se suma la necesidad de determinar el alcance y eficacia de la resolución judicial que atribuye el derecho de uso y disfrute de la vivienda, que venía siendo hogar conyugal, a uno de los convivientes.

Según la doctrina de esta Sala (así, Sentencias de 2, 23 y 29 de octubre y 13, 14 y 30 de noviembre de 2008), la cuestión controvertida debe resolverse, ante todo, mediante la comprobación de si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente, un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado. Si existe, han de aplicarse las normas reguladoras de la figura negocial; de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario, estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamar su posesión. Ciertamente, en la cesión de una vivienda a un hijo para que cons-

tituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos aparezcan con claridad, y los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido por encima del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso (Sentencias de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008). Paralelamente, se debe considerar que cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa –lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal–, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista (Sentencias de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008); y, en fin, que la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda (Sentencia de 31 de diciembre de 1994, cuya doctrina se recoge en las de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008).

Sentado lo anterior, en el caso que se examina, la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a la demandante, titular del derecho de usufructo de la vivienda, y la demandada, era la propia del comodato. Dicha calificación se basaba en el hecho de que la cesión de la vivienda por la usufructuaria, una vez que adquirió por compraventa el derecho de usufructo, se hizo en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que él y su esposa mantuvieran en ella el hogar conyugal y familiar donde venían residiendo.

Pero lo que resulta relevante en la situación analizada es el hecho de que la actora, ahora recurrente, no es la plena propietaria de la vivienda, y también, lo que es más trascendente a los efectos de este recurso, que el derecho de usufructo lo adquirió de su hijo, quien hasta ese momento había

ostentado el pleno dominio del inmueble, cuando el hogar familiar de la entonces esposa, ahora recurrida, ya estaba fijado en el domicilio, del que ahora se pretende su desalojo. En definitiva, cuando la actora adquirió el usufructo, su hijo pasó a ser el nudo propietario de la vivienda, y era plenamente conocedora de que en la misma residía él acompañado de su esposa, configurando tal domicilio, por tanto, el hogar familiar de los dos cónyuges, consintiendo en todo momento que continuara tal uso. Consentimiento al que no fue ajena la ahora recurrida, cuando no se opuso, en su momento, a que se produjera la venta del usufructo de la vivienda propiedad del que entonces era su marido. Por ello, la calificación de la relación jurídica como de comodato efectuada por la Audiencia debe mantenerse ahora en esta sede, aunque no porque la razón de la cesión del uso de la vivienda fuera la de servir de hogar conyugal, sino porque los datos anteriores permiten concluir que la recurrente permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar familiar, sino que continuara ese uso, iniciado por quien hasta entonces era pleno propietario de la vivienda, el

esposo de la recurrida, y que como consecuencia de la venta del derecho de usufructo a sus padres pasó a ser el nudo propietario. Lo cierto es que sólo tras el convenio alcanzado por la recurrida y su esposo, homologado judicialmente, en virtud del que se atribuyó el uso de la vivienda conyugal al hijo común y a la ahora demandada, la recurrente decide emprender la acción tendente a obtener la posesión del inmueble, lo que podría conculcar incluso el artículo 7.1 del Código Civil. A todo ello debe añadirse que la actora, en momento alguno, ha referido o alegado una situación de urgente necesidad de ocupación del inmueble que le permita, en consonancia con lo establecido en el artículo 1749 del Código Civil, reclamar la restitución; así como que, estando determinado el uso a que había de destinarse la cosa prestada, no puede la comodante reclamarla a su voluntad (artículo 1750 del Código Civil). En consecuencia, debe concluirse que la acción de desahucio debe ser desestimada, confirmando, en definitiva, el pronunciamiento dictado por la sentencia recurrida.

CUESTIONES PROCESALES

Se declara la nulidad de la sentencia de separación al haberse emplazado al demandado por medio de edictos al ser supuestamente desconocido tanto su domicilio como su paradero, pese a que la esposa conocía su domicilio real con anterioridad al planteamiento del pleito.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Lorenzo interpuso recurso de revisión contra la Sentencia de fecha 29 de enero de 2004, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Valencia, en los autos de separación contenciosa núm. 419/2003 de dicho órgano judicial, con base en el artículo 510.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, tras alegar hechos y fundamentos de derecho, suplicó a la Sala: « (...) Dikte sentencia dando lugar al mismo, con la consiguiente rescisión total de la sentencia impugnada y reintegro a esta parte del depósito constituido, expidiéndose certificación del fallo y devolviendo los autos al órgano jurisdiccional de procedencia, para que las partes usen de su derecho en el juicio correspondiente».
- ⦿ Doña Laura por medio de escrito de fecha 19 de diciembre de 2008, se opuso a la demanda de revisión, suplicando a la Sala: « (...) Se dikte sentencia en que se desestimen íntegramente las peticiones deducidas por la adversa, con expresa imposición de las costas causadas».

- ◉ Evacuando el traslado prevenido en el artículo 436.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Ministerio Fiscal interesó que se dicte sentencia estimatoria del recurso, declarando haber lugar a la revisión instada, con los efectos legales correspondientes.
- ◉ El Tribunal Supremo estimó el recurso y acordó rescindir la sentencia impugnada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El actor fundamentó el recurso de revisión en la maquinación fraudulenta producida por el hecho de haber sido emplazado en virtud de edictos, al ser supuestamente desconocido tanto su domicilio como su paradero, pese a que la actora conocía el domicilio real del demandado con anterioridad al planteamiento del pleito.

En primer lugar, ha de examinarse si se ha dado cumplimiento al plazo de caducidad de tres meses para solicitar la revisión, establecido en el artículo 512.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación al cual tiene declarado reiteradamente esta Sala que es necesario, para la viabilidad de la demanda, que el *dies a quo* del plazo referido se pruebe con precisión, cuyo incumplimiento debe soportar el demandante; y como don Lorenzo tuvo conocimiento de la sentencia de separación cuando, tras personarse mediante Procurador de los Tribunales en el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Valencia en los autos referidos, solicitó la expedición de testimonio de las diligencias y se le dio traslado de las mismas el 28 de marzo de 2008, y la demanda de revisión tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Supremo en 8 de mayo de 2008, es evidente que tal presupuesto ha sido observado debidamente.

La Sala tiene declarado reiteradamente que los hechos en que se funda la causa alegada, deben ser acreditados por la parte que los manifieste, de tal manera que esa prueba evidencie de manera inquestionable el vicio en que incurrió la sentencia firme impugnada (entre otras, SSTs de 25 de junio de 1992 y 6 de octubre de 1993). De las pruebas practicadas en las actuaciones, ha quedado acreditado que, al no ser localizado don Lorenzo en el domicilio señalado en la demanda, la actora en el proceso de separación se limitó a solicitar al Juzgado, que se librara oficio al Colegio de Abogados de Valencia al fin de conocer el lugar de residencia de aquél, que fue negativo, para pedir a continuación el emplazamiento edictal, y no actuó con la diligencia exigible a todo demandante, ni desplegó una actividad mínima, mediante investigaciones

adecuadas para conocer el verdadero domicilio del demandado antes de recurrir a los edictos, sin realizar ninguna actuación procesal de parte, al no suplicar al Juzgado la práctica de averiguaciones encaminadas a la determinación de tal domicilio, como hubieran sido las de que se libran los oficios correspondientes a las oficinas del Padrón municipal para que emitiera certificación de la inscripción correspondiente, la Tesorería General de la Seguridad Social o la Habilitación de Clases Pasivas, dada la condición de jubilado del demandado; ni tampoco de naturaleza extraprocesal, ya que las indagaciones realizadas por la demandante para localizar al demandado, fueron insuficientes, y no es que se le exigiera una diligencia extraordinaria, que ponga en riesgo la tutela judicial de quien demanda, sino que de datos demostrativos obrantes en las actuaciones resulta la existencia de un proceder malicioso deliberadamente buscado para impedir la defensa del demandado, pues es evidente que con una diligente gestión se hubiera conocido su domicilio.

Por otra parte, la indefensión producida al demandado, al no comparecer en el pleito en defensa de sus intereses, se ha ocasionado por causa no imputable al mismo, ya que del examen de la prueba documental aportada por la parte demandada en este proceso de revisión, consistente en copia certificada de forma fehaciente del pasaporte del actor, se ha constatado que en las fechas en que se ha sustanciado el procedimiento de separación matrimonial, desde la admisión a trámite de la demanda el 23 de mayo de 2003 hasta la providencia que acuerda el emplazamiento por edictos el 29 de septiembre de 2003, don Lorenzo no ha viajado al extranjero, y, por tanto, de haberse empleado la diligencia debida por la demandante en el juicio de separación matrimonial, podría haber sido emplazado para comparecer en los autos.

En definitiva, está acreditada la presencia de un proceder malicioso, deliberadamente buscado por la actora para impedir la defensa de la parte contraria, y, además, tal indefensión se ha producido

por causa no imputable al demandado, por lo que debe apreciarse la existencia de maquinación fraudulenta. En este sentido, la STS de 3 de marzo de 2009 señala lo siguiente: «En el recurso se invoca el artículo 510.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiendo declarado esta Sala con reiteración que la maquinación fraudulenta exige una irrefutable verificación de que se ha llegado al fallo por medio de argucias, artificios o ardidés encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que exista nexo causal suficiente entre el proceso malicioso y la resolución judicial y ha de resultar de hechos ajenos

al pleito, pero no de los alegados y discutidos en él (SSTS de 5 de abril de 1989, 10 de mayo y 14 de junio de 2006), siendo también doctrina de esta Sala la de que si bien se reputa maquinación fraudulenta la ocultación maliciosa del domicilio del demandado, que da lugar a su emplazamiento por edictos, ello lo es cuando no sólo se acredita intención torticera de quien lo ocultó, sino también cuando consta que tal indefensión se produjo por causa no imputable al demandado (SSTS de 9 de mayo de 1989; 10 de mayo y 14 de junio 2006, entre otras)».

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se desestima el recurso de revisión con el que se pretendía modificar la sentencia que puso fin a la liquidación de la sociedad de gananciales dado que la circunstancia de que el esposo figure como propietario de una cochera ante la Comunidad de Propietarios en fecha posterior a la sentencia de liquidación no es suficiente para incluirla en el inventario.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. don Vicente Luis Montes Penades

ANÁLISIS DEL CASO

- En el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Málaga se siguieron autos de menor cuantía sobre liquidación de la sociedad de gananciales habida entre don Federico y doña Juana.
- Con fecha 28 de junio de 1999 se dictó sentencia, en la que, estimando parcialmente la demanda y la reconvencción, se declararon gananciales «las plazas de garaje núms. NÚM000, NÚM001 y NÚM002» (de la CALLE000 núm. NÚM003, de Málaga), «debiendo incluirse en el activo el valor actualizado de las mismas, al haberse producido su venta».
- En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Málaga dictó Sentencia el 7 de junio de 2001 sentencia por la que, revocando parcialmente la del Juzgado *a quo*, declaró que «se excluyen del activo de la sociedad de gananciales a liquidar las plazas de garaje NÚM000, NÚM001 y NÚM002 del edificio de la CALLE000 de esta ciudad». Para fundamentar este fallo, la Sala de apelación señalaba que en las inscripciones registrales no figuraron en ningún momento los ahora recurrentes, y acudió a la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que es presunción *iuris tantum* pero no había podido ser destruida por la única prueba aportada, una prueba testifical del conserje, que manifiesta ser cierta la propiedad del matrimonio sobre esas plazas y la venta hecha por el marido, pero –dice la Sala– «esta única prueba es claramente insuficiente para acreditar la propiedad de los garajes».
- Interesada por el Sr. Federico la ejecución de la sentencia, tuvieron los hijos de la fallecida doña Juana conocimiento de que la Comunidad de Propietarios del edificio NÚM003 de la CALLE000

de Málaga había interpuesto demanda de procedimiento monitorio contra el Sr. Federico por el impago de los gastos comunes relativos a una de las plazas de aparcamiento, en concreto la núm. NÚM000, que aparece aún como de su propiedad, habiendo vendido las otras dos mediante documento privado.

- ⊙ Don Rodrigo, doña Cristina y doña Antonia, en su calidad de herederos de su finada madre, doña Juana, postulaban la revisión de la Sentencia dictada en 7 de junio de 2001 por la Sec. 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, en el recurso de apelación 760/1999, dimanante de los autos de Juicio de Menor Cuantía núm. 530/1997 del Juzgado de Primera Instancia de Málaga núm. 3.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda de revisión se confirió traslado a don Federico, quien formuló oposición a la revisión instada, manifestando, entre otros extremos, que la certificación obrante en autos del juicio monitorio ha podido estar a disposición de los actores con anterioridad, así como que no se produce la reclamación dentro del plazo de tres meses que señala el artículo 512 de la LEC, pues los recurrentes «dejan ver» que han tenido conocimiento previo de los documentos y que, en todo caso, se trata de documentos intrascendentes a efectos de probar la propiedad de la plaza que se discute, con los que los recurrentes intentan suplir la falta de prueba de que ya adolecía su posición en el recurso de apelación al que se refieren estas actuaciones.
- ⊙ El Tribunal Supremo desestimó el recurso de revisión.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Las pruebas aportadas, a través de la copia testimonial del Procedimiento Monitorio 1408/2004 del Juzgado de Primera Instancia de Málaga núm. 12 son, fundamentalmente, las siguientes:

(a) Una certificación librada en 27 de abril de 2004 por la Secretaria-Administradora de la Comunidad de Propietarios DIRECCIÓN000, sita en la CALLE000 núm. NÚM003, de Málaga, con el V.ºB.º del Presidente, en la se dice que don Federico, como propietario del aparcamiento NÚM000 de dicha Comunidad, adeuda la cantidad de ciento veinte euros con noventa y nueve céntimos en concepto de cuota extraordinaria por obras.

(b) Copia de un acta de la Junta General Extraordinaria de la Comunidad de Propietarios DIRECCIÓN000, celebrada en 23 de mayo de 2004, suscrita por el Secretario-Administrador de la Comunidad, en cuyo folio 6 aparece un listado de propietarios, entre los que figura don Federico, con una cuota de 120,99 euros.

(c) Carta del Letrado don Vicente Muñoz Mundina, fechada en 12 de mayo de 2004, dirigida a don Federico, en la que se notifica la cuota de 120,99 euros.

(d) Otra certificación de la Secretaria-Administradora de la Comunidad de Propietarios DIRECCIÓN000, sita en CALLE000 NÚM003 de Málaga, fechada en 1 de octubre de 2004, con el V.º B.º del Sr. Presidente, en la que se hace constar que «don Federico figura como propietario del aparcamiento NÚM000 sito en la indicada Comunidad».

La representación de la parte recurrida, y el Ministerio Fiscal, presentan tres objeciones a la viabilidad del recurso de revisión: (a) La inaplicabilidad del artículo 510.1.º de la LEC, ya que no se trata de documentos de los que no se hubiere podido disponer por causa de fuerza mayor o por obra de la parte; (b) La duda razonable respecto del momento en que tuvieron conocimiento pos postulantes de la revisión de la existencia del Procedimiento Monitorio y de los documentos allí aportados, a los efectos del plazo de tres meses que fija el artículo 512 de la LEC, y (c) La intrascendencia de los documentos aportados a los efectos de demostrar que don Federico era o había sido propietario de las plazas de aparcamiento cuya inclusión en el activo de la sociedad de gananciales se discutía, lo que se viene ligando al problema de carencia de prueba que ya señalaba la

Audiencia Provincial de Málaga, Sec. 6.ª, en la sentencia cuya revisión se pretende.

De modo que la contradicción que da base a la demanda de revisión se encuentra en que don Federico, demandado en el procedimiento al que se refieren estas actuaciones, así como en el actual procedimiento, niega siempre ser o haber sido propietario de las plazas de garaje que, vendidas, debían haber dado lugar a la incorporación del precio obtenido al activo de la sociedad de gananciales, pero con posterioridad a la Sentencia de apelación en que se estima que no forman parte de la sociedad de gananciales, es demandado por la Comunidad de Propietarios, que le considera propietario de una de las plazas y le reclama una cuota extraordinaria por obras.

Aunque, en efecto, no se puede evitar un rastro de sospecha respecto de alguna posición del demandado en relación con por lo menos alguna de las plazas de garaje, la Sala entiende que el recurso de revisión, con las pruebas de que se acompaña, no alcanza a poner en duda la decisión que se contiene en la sentencia recurrida, que ha de permanecer con los efectos de cosa juzgada.

El recurso de revisión se basa en la concurrencia de excepcionales y concretas circunstancias, tipificadas, que permiten penetrar en el efecto de cosa juzgada, para rescindir la sentencia que se recurre, sólo y si se dan en el caso. Y en el presente, no concurren.

Los recurrentes no han sido muy precisos al señalar en qué supuestos concretos de los que expresa el artículo 510 de la LEC se apoyarían para solicitar la revisión, sino que se han limitado a transcribir el texto de los artículos 510 a 516 de la LEC, pero, puesto que los supuestos de los núms. 2.º y 3.º se refieren a los efectos de otros procesos, que en absoluto han existido, y el núm. 4.º se refiere a actos que tampoco se han descrito, parecen apoyarse en el artículo 510.1.º de la LEC, de modo que los documentos que se han señalado en el anterior Fundamento Jurídico Primero serían el punto de apoyo.

Tales documentos, sin embargo, no pueden dar lugar a la revisión que se postula:

1. En primer lugar, porque estaban a disposición de los hoy recurrentes durante el tiempo en que se tramitaba el litigio del que traen causa las presentes actuaciones, y no han sido «recobrados» u «obte-

nidos» ante la falta de disponibilidad que derivara de fuerza mayor o de obra de la contraparte. Los hoy recurrentes han podido dirigirse a la Comunidad de Propietarios y obtener las certificaciones pertinentes. No se diga que las certificaciones que ahora se presentan son posteriores al pleito, porque es claro que si la Comunidad hubiera certificado en sentido negativo podría deberse a una adquisición posterior (lo que dejaría fuera del supuesto de revisión el caso) o a una maniobra del interesado, lo que hubiera podido ser acreditado en estos autos.

2. En segundo lugar, porque no se acredita en qué momento tuvieron conocimiento de los documentos o del pleito los ahora recurrentes, de modo que no puede acreditarse que su actuación se sitúe dentro del plazo de tres meses que señala el artículo 512.2 de la LEC. Los demandantes solicitaron un testimonio de las actuaciones en el Procedimiento Monitorio antes indicado cuando debieron tener noticias de lo que allí se trataba, pero no fijan con claridad en qué momento, y si tal momento se ha de conectar a la Ejecución de la Sentencia cuya revisión se postula, lo que se solicitó en 15 de junio de 2005, el plazo había transcurrido con creces.

3. Finalmente, porque los documentos que obran en el Procedimiento Monitorio antes señalado no tienen el carácter de «decisivos», que exige el artículo 510.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Prueban, a lo sumo, que don Federico «figura como propietario» del aparcamiento NÚM000 ante la Comunidad en un momento determinado, entre el 23 de marzo y el 1 de octubre de 2004, esto es, en momento posterior al de la litis de origen. Frente a estos documentos, se encuentra la tajante afirmación de la sentencia cuya revisión se postula (FJ 2) sobre el hecho de que en ningún momento figura el nombre del demandado en las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad, así como respecto de la insuficiencia de una prueba testifical para destruir la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Esta insuficiencia probatoria subsiste después de la aportación de los documentos que se verifica en este procedimiento de revisión, además de que en todo caso no es una vía adecuada la de este procedimiento de revisión para suplir o implementar las carencias probatorias comprobadas en el procedimiento de que trae causa el presente.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se resuelve el contrato de arrendamiento que, constante el matrimonio, suscribió el esposo, hoy fallecido, al no haberse subrogado la esposa siguiendo los trámites previstos en la Ley de Arrendamientos Urbanos. El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina jurisprudencial: «contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento».

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Andrea interpuso demanda de juicio ordinario contra doña Elisabeth solicitando que «se dicte sentencia por la que se declare resuelto el contrato de arrendamiento de la mencionada vivienda, a que se refiere la presente demanda y se condene a la parte demandada a dejarlo libre y expedito a disposición de la actora en el plazo de un mes, previniéndole que, si así no lo hiciera, podrá ser lanzada por la fuerza y a su costa; condenando en todo caso a dicha parte a estar y pasar por dicha resolución, e imponiéndole las costas procesales de este procedimiento». Doña Andrea demandó a doña Elisabeth, viuda del arrendatario, porque al no haberle comunicado la muerte de su marido, no podía seguir ocupando el piso al faltar los requisitos para la subrogación exigidos en el artículo 16 de la LAU de 1994, aplicable por lo dispuesto en la DT Segunda.B).4 de la LAU. Doña Elisabeth opuso, en lo que aquí importa, que el arrendamiento se concluyó constante matrimonio, por lo que se trataba de un bien ganancial y, en consecuencia, no hacía falta la subrogación.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de doña Elisabeth los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... dicte en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa condena en costas a la parte actora».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Murcia dictó Sentencia el 23 de octubre de 2003 estimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la Audiencia Provincial de Murcia dictó Sentencia el 23 de febrero de 2004 estimando el recurso interpuesto por doña Elisabeth y desestimando la demanda.
- ⊙ Doña Andrea interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia dictada por el Juzgado estimó la demanda argumentando que no compartía el razonamiento de la demandada en el sentido que resultan inoperantes las normas legales para la subrogación por causa de muerte al tratarse de un bien ganancial,

que dicha sentencia negaba, «toda vez que no concurre cotitularidad en el contrato objeto de la presente demanda, el cual fue concertado tan sólo por el esposo de la demandante». Además, nos llamamos «[...] ante una legislación especial que goza

de especificidad frente a la normativa general reguladora del régimen económico-matrimonial en el Código Civil, lo que se deduce de la propia voluntad del legislador expresada en la ley al contemplar específicamente el supuesto de subrogación del cónyuge del arrendatario y no el reconocimiento de la cotitularidad en el contrato de los cónyuges», añadiendo que en caso de no considerarse así, «serían letra muerta por inaplicables» las disposiciones sobre subrogación por causa de muerte establecidas en la LAU.

La de la Sec. 3.^a de la Audiencia Provincial de Murcia, de 23 de febrero de 2004, revocó la apelada, apoyándose en la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en la Sentencia de 31 octubre 1986, que señala que «los artículos 96 y 1320 del CC responden a la moderna tónica legal de protección del interés común familiar, que viene a configurar la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario, y desde el referido planteamiento ha de considerarse que no por el hecho de que el marido fuese el único firmante del contrato puede ostentar la exclusiva ni de la titularidad ni de la posesión de la vivienda, lo que lleva a considerar a ambos en la misma situación jurídica contractual». Además consideró a favor de este razonamiento las sentencias de las Audiencias Provinciales de Pontevedra (5 de mayo de 2003), Alicante (5 de marzo de 2002), Santa Cruz (5 de febrero de 2001) y Cáceres (25 de mayo de 2000). Y concluyó que «fallecido el esposo, uno de los titulares del arrendamiento solidario, subsiste el contrato con la otra titular, la esposa, demandada, por derecho propio y no en virtud de subrogación prevista legalmente, conclusión que no se contradice ni con la actuación acreditada de la demandada, que continuó pagando los recibos conforme a la titularidad formal del contrato, ni con su respuesta al requerimiento de la demandante, manifestándole su intención de subrogarse [...]».

El recurso de casación presenta dos motivos, que se van a examinar conjuntamente. El primer motivo denuncia la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Señala que se ha producido una vulneración de lo establecido en el artículo 16 de la LAU, por remisión de lo prescrito en la DT Segunda, LAU, B), puesto que la subrogación por causa de muerte regulada en los apartados 4 a 7 de esta disposición, se rige por lo dispuesto en el artículo 16 de la LAU de 1994.

El segundo motivo señala la existencia de criterios contradictorios entre las distintas Audiencias Provinciales respecto a la naturaleza ganancial o no del contrato de arrendamiento de vivienda. Dice que existe una amplia polémica doctrinal y jurisprudencial sobre el punto relativo a si en los supuestos en los que el contrato arrendaticio ha

sido suscrito por un solo cónyuge, constante matrimonio, bajo el régimen de gananciales y con la finalidad de establecer la vivienda familiar, una vez fallecido el titular resulta o no aplicable al superviviente la normativa sobre el contrato de arrendamiento. Algunas decisiones defienden el criterio de la cotitularidad en el ámbito de la relación arrendaticia, a pesar de que el contrato se haya suscrito por uno solo de los cónyuges; en este sentido se pronuncian las sentencias de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, Sec. 1.^a, de 5 de febrero de 2001 y Sec. 3.^a, de 24 de junio de 2000, así como la sentencia recurrida. Otra línea jurisprudencial, más mayoritaria, no reconoce la cotitularidad, porque así se dejaría sin contenido la normativa sobre subrogaciones establecida en la LAU, llegando a resultar incompatible con ella, norma que ha de prevalecer en todo caso frente a las reglas generales. Señala en este sentido las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias, Sec. 6.^a, de 17 de febrero de 2003 y Sec. 1.^a de 22 de septiembre de 1999, así como la Sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2001.

Los dos motivos se estiman.

Es cierto que la jurisprudencia y la doctrina se muestran discrepantes acerca de la cuestión planteada por la demandada y ahora recurrida en su contestación a la demanda. La arrendataria recurrente pide que se declare la doctrina de esta Sala en relación al problema planteado, a los efectos de unificación de la doctrina de las distintas Audiencias Provinciales, cuyas discrepancias señala en el segundo motivo de su recurso, se manifiestan al menos aparentemente, en las sentencias de esta Sala, porque mientras la de 11 de diciembre de 2001 entiende que «[...] una vez ejercitado el derecho de subrogación, por el marido que convivía con su cónyuge en la vivienda objeto del contrato arrendaticio, el contrato se sujetó, entre los cónyuges, a la disciplina del régimen de gananciales», la de 2 de mayo de 2008, se ha inclinado por atribuir naturaleza no ganancial al contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio.

Para la solución del problema planteado en el presente recurso de casación debe partirse de una base jurídica indiscutible: el contrato de arrendamiento urbano se celebra entre dos personas, que adquieren la condición de arrendador y arrendatario, respectivamente, en la relación jurídica creada por el contrato. Los derechos y obligaciones que se generan con el contrato afectan exclusivamente a las partes y a sus herederos, tal como establece el artículo 1257 del CC. Esto no significa que, como consecuencia de los fines protegidos por la legislación especial de arrendamientos urbanos, no pueda producirse la substitución de una de las par-

tes del contrato por fallecimiento del titular, pero para ello se requiere que se cumplan los requisitos exigidos en la ley reguladora del arrendamiento y entre ellos, la comunicación al arrendador en la forma establecida en la ley, es decir, se debe aplicar el artículo 16 de la LAU, por remisión de lo prescrito en la DT Segunda, LAU, B), que se denuncia como infringida en el primer motivo de esta sentencia. Se debe partir, por tanto, de estas premisas en la argumentación que seguirá.

La sentencia recurrida se apoya en el argumento contenido en la STC 135/1986, de 31 de octubre, a la que pueden añadirse las 159/1989, de 6 octubre y 126/1989, de 12 de julio. Sin embargo, tales sentencias no pueden ser tenidas en cuenta para la resolución del problema ahora planteado. Efectivamente, la Sentencia 135/1986 resuelve un recurso de amparo en el que el piso arrendado por el marido, se había adjudicado a la esposa y a los hijos en el procedimiento de separación matrimonial y ante el desahucio por falta de pago, la mujer había pedido comparecer en el procedimiento, lo que fue negado por los tribunales inferiores; el Tribunal Constitucional considera que en este caso se produce un supuesto asimilado al litisconsorcio necesario al ser los cónyuges coposeedores de un bien arrendado en beneficio de la familia, por lo que admitió el amparo. La STC 159/1989 consideró que había un trato desigualitario en la antigua LAU cuando solamente prevenía la sucesión por causa de muerte del local de negocio y no en los casos de separación. Finalmente, la STC 126/1989 desestimó el recurso de amparo de una esposa a quien se había adjudicado la vivienda en la sentencia pronunciada en el procedimiento de separación y que pretendía que dicho derecho valiera como la notificación exigida en el antiguo artículo 24.2 de la LAU. De ahí, por tanto, debe deducirse que el Tribunal Constitucional ha venido utilizando argumentos que tienden a proteger la vivienda familiar, por aplicación de los artículos 39 y 47 de la CE, pero no se puede aplicar dicho criterio en el presente caso, porque la vivienda ya no tiene la característica de familiar al haber desaparecido la familia por fallecimiento del marido. Se trata aquí de la protección de otro interés, el de la viuda, a seguir ocupando la vivienda que fue en su día familiar y por ello se regula la subrogación en la LAU, por lo que lo que ahora interesa es determinar si esta posibilidad de sustitución del arrendatario tiene o no alguna relación con el régimen de bienes, a la vista de la ausencia de regulación expresa en la legislación general del Código Civil y en la especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Deben examinarse a continuación los argumentos de nuestras Sentencias de 11 de diciembre de 2001 y de 2 de mayo de 2008, por referirse a la

problemática que se ha planteado sobre la relación del arrendamiento de vivienda con el régimen de bienes cuando se ha conluido por uno de los cónyuges constante matrimonio.

La Sentencia de 11 diciembre 2001 trataba de determinar la naturaleza ganancial o privativa de una compensación económica recibida por renunciar al contrato dimanante de la subrogación en el precedente, renuncia que efectuó el marido. La sentencia dice que «el contrato de arrendamiento –como recoge la doctrina– se adquiere en el momento en que se concierta, sea *ex novo*, sea por subrogación, de manera que, si se pacta vigente la sociedad de gananciales, se adquiere a costa de los bienes comunes tanto más cuanto que se trata de arrendamiento de vivienda cuyos gastos son imputables al sostenimiento de la familia, conforme al artículo 1362.1 del CC», por lo que «[...] no se puede considerar que la compensación económica recibida por renunciar al contrato dimanante de la subrogación en el precedente, realizada por el marido, tenga carácter de bien privativo del marido y no sea caracterizado como bien ganancial», puesto que, además, «[...] el artículo 12 de la Ley 29/1999 claramente determina que el desistimiento del contrato es un derecho que corresponde a ambos cónyuges [...]».

La Sentencia de 2 de mayo de 2008 resuelve una demanda en la que el propietario pedía que se declarara finalizado el contrato de arrendamiento por haber transcurrido el plazo de dos años de ocupación tras la segunda subrogación prevista en la LAU; las sentencias de Primera instancia y de apelación habían declarado resuelto el contrato de arrendamiento. Ante la alegación de la parte recurrente de que la esposa en la época de conclusión del contrato, no gozaba de la capacidad para contratar, la sentencia señala que «[...] nada le impedía [a la mujer] actuar como parte contratante con las necesarias autorizaciones, y la afirmación de que no se trata propiamente de un supuesto de subrogación, ya que la madre de la demandada era cotitular del contrato de arrendamiento, y como tal coarrendataria junto con su esposo, que fue quien lo suscribió, forma parte de una contradictoria disputa doctrinal y judicial, sobre la aplicación o no de la normativa arrendaticia al fallecimiento de cualquiera de los cónyuges, especialmente relevante desde la instauración de un nuevo régimen matrimonial producido a partir de la Ley de 7 de julio de 19981, que ha sido resuelta antes y ahora al amparo de una interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria, que corresponde a los Jueces y Tribunales y que resulta compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su artículo 14, que toma como referencia la titularidad que resulta del con-

trato y del régimen establecido tanto en el artículo 58 de la Ley de 1964 como en el artículo 16 de la vigente y no el régimen económico-matrimonial existente entre los cónyuges, junto con el cumplimiento de los requisitos exigidos para ello».

Ambas sentencias no resultan contradictorias, aunque aparentemente pueda parecer que llegan a conclusiones distintas. En efecto, la segunda afirma que el arrendamiento no depende del régimen económico-matrimonial de los cónyuges, y la primera lo que señala es que los productos ingresados en el patrimonio de uno de los cónyuges en virtud de este contrato pueden ser gananciales, lo cual, se añade ahora, no va a depender de la titularidad del contrato, sino de las reglas del artículo 1347 del CC. Por tanto, el supuesto de la Sentencia de 11 de diciembre de 2001 es distinto al contemplado en la Sentencia de 2008.

La polémica reflejada en el segundo motivo del recurso de casación debe resolverse entendiendo que la subrogación en la posición del arrendatario forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y no tiene relación con el régimen de bienes.

Las razones son las siguientes:

1.^a Los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y por ello, las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales.

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

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

Por tanto, al no haberse subrogado la viuda del arrendatario en el período establecido en el artículo 16 de la LAU, aplicable en virtud de lo dispuesto en la DT Segunda.B) LAU procede declarar la inexistencia de subrogación y casar la sentencia recurrida.

Al estimarse los motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Andrea, procede estimar el recurso y casar y anular la sentencia recurrida, reponiendo la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Murcia, de 23 octubre 2003.

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

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se condena a una entidad bancaria a abonar a un matrimonio una indemnización de daños y perjuicios al acreditarse la existencia de un comportamiento negligente por parte de aquélla al tiempo de la concesión del préstamo hipotecario sobre una finca (privativa de la esposa) en la que se había construido la vivienda familiar, no contando aquella operación con el consentimiento del esposo. Se entiende que hubo negligencia al no haber adoptado la entidad bancaria las cautelas mínimas exigibles para esclarecer la titularidad y situación de la vivienda construida sobre la finca hipotecada, propiciando así, en adecuada relación causal, la privación a la familia de la hipotecante del uso y disfrute de la vivienda que constituía el domicilio conyugal y familiar, con los perjuicios anejos a tal circunstancia.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ El 21 de diciembre de 1990, doña Hortensia (esposa de don Valeriano), y su consuegra, Delfina, constituyeron hipoteca a favor del «Banco Hispano Americano, SA» —en adelante, BSCH— sobre

una serie de fincas, y ello en garantía de un préstamo que había sido concedido a los hijos de ambas, unidos en matrimonio. A resultas del incumplimiento de tal préstamo, la entidad bancaria referida promovió procedimiento sumario hipotecario *ex* artículo 131 de la Ley Hipotecaria, seguido con el número 63/93 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Noia, a resultas del cual resultó adjudicada a la mercantil «Gestiones y Desarrollos Patrimoniales, SA» (participada, como accionista mayoritario, por el BSCH), entre otras, una de las fincas hipotecadas perteneciente, con carácter privativo, a la esposa de don Valeriano, la finca registral número NÚMooo.

⊙ Alegaba Valeriano que la afección real a que quedó sujeta tal finca, sobre la que se asentaba la vivienda que constituía el domicilio conyugal de los esposos, en ningún momento fue conocida, ni, por ende, consentida por él. Y así, seguido el procedimiento sumario por sus trámites, hubo el matrimonio de abandonar tal vivienda, comenzando así a irrogársele una serie de perjuicios, patrimoniales y también morales, por los que ahora reclama en estos autos y que cifraba el actor en los siguientes: traslado en régimen de alquiler a la vivienda de su hija y su yerno (los prestatarios incumplidores), problemas de salud a raíz de la depresión en que se vio inmerso, procedimiento penal a que se vio sujeto el matrimonio a resultas de decidir retornar al domicilio conyugal –fueron acusados por delito de desobediencia en autos seguidos ante el Juzgado de lo penal núm. 2 de Santiago de Compostela, Procedimiento Abreviado Juicio Oral número 69/97, donde finalmente resultaron absueltos–, nuevo traslado a vivienda de alquiler a resultas de la final toma de posesión de la finca por parte de la adjudicataria y gastos necesarios de reparación de la vivienda conyugal debidos al deterioro por la falta de uso.

⊙ Don Valeriano ejerció acción de nulidad de la escritura pública de préstamo hipotecario antes mencionada, de fecha 21 de diciembre de 1990, así como del procedimiento sumario hipotecario seguido por la entidad bancaria (autos de juicio declarativo de menor cuantía número 69/1998 seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Noia), procedimiento que se dirigió frente al BSCH, frente a la entidad adjudicataria de la finca de su esposa, frente a ésta y frente al matrimonio compuesto por la hija de ambos, Maite y su marido Matías. La Sentencia que resolvió tal litigio previo, de fecha 22 de febrero de 2000, tras proclamar el carácter privativo, no ganancial, de la vivienda construida sobre la finca hipotecada, reconoció la necesidad del consentimiento del cónyuge no titular por tratarse de un acto de disposición afectante a la vivienda habitual de la familia, lo que condujo a proclamar la nulidad de las estipulaciones convenidas en la escritura de préstamo hipotecario referentes a la finca registral litigiosa y las actuaciones practicadas en el procedimiento hipotecario en todo lo referente a ésta, entre ellas la inscripción derivada del auto de adjudicación dictado de fecha 30 de septiembre de 1994.

⊙ Don Valeriano interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco de Santander Central Hispano, SA solicitando que «se dictase sentencia por la que, con estimación de la demanda: I. Declare la existencia de comportamiento doloso, o subsidiariamente cuanto menos culpable y/o negligente por parte del BCH, hoy Banco Santander Central Hispano SA, causante de daños y perjuicios palpables en la persona y patrimonio de mi mandante y de su familia. II. Proceda a indemnizarle por ello en la suma de 30.000.000 de pesetas, cantidad en que prudencialmente se fijan tales daños y perjuicios irrogados, o en aquella otra que estime más acertada la Juzgadora tanto en concepto de resarcimiento de daños patrimoniales como morales. III. Imponga las costas a la parte demandada».

⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda y se absuelva a mi representada, con expresa imposición al demandante de las costas de este procedimiento». En su contestación a la demanda, la entidad BSCH opuso sendas excepciones, de pres-

cripción y de falta de legitimación activa, oponiéndose también, en cuanto al fondo, a la pretensión económica cursada por el actor, en razón de haber desconocido la existencia de la vivienda conyugal asentada en la finca hipotecada.

- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Noia dictó Sentencia el 12 de diciembre de 2002 estimando íntegramente la demanda y declarando la existencia de un comportamiento negligente por parte del BCH, SA, hoy Banco Santander Central Hispano SA, causante de daños y perjuicios inferidos en la persona y patrimonio del actor y de su esposa, condenando por tanto a la entidad demandada a que indemnice a la parte actora en la cantidad total de 74.810,89 euros por razón de daños y perjuicios materiales y morales irrogados, con expresa imposición de costas a la entidad demandada.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de A Coruña dictó Sentencia el 9 de junio de 2004, estimación del recurso interpuesto por la representación del Banco Santander Central Hispano, y revocando la sentencia del juzgado desestimó la demanda.
- ⊙ Don Valeriano interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Aunque la demanda fue inicialmente estimada por el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial apreció la excepción de prescripción opuesta por la demandada, desestimando, en consecuencia, las pretensiones formuladas en la demanda. Sustentó la Audiencia su pronunciamiento en el documento antes reseñado de fecha 3 de mayo de 2000, remontando a tal fecha el *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo anual del artículo 1968.2 del Código Civil, de tal suerte que, habiéndose presentado la demanda de conciliación previa a la presente litis en fecha 10 de mayo de 2001, habría prescrito la acción pues la demanda rectora del presente procedimiento se presentó en fecha 7 de marzo de 2002. Sobre el citado documento privado concluía la Audiencia: «el contenido del mismo es de vital importancia para el cómputo del plazo a efectos de prescripción, en él se hace referencia al contenido de la sentencia dictada en el ya referido Juicio de Menor Cuantía núm. 69/98, así como lo acontecido con anterioridad, añadiendo que “la firmeza de la sentencia, que no ha sido objeto de apelación por ninguna de las partes”, “los que suscriben el documento lo hacen en completa conformidad con su contenido y de compromiso irrevocable con las obligaciones que a continuación se exponen...”; de lo que se desprende que las partes en el momento de firmar el citado documento tenían pleno conocimiento del contenido de la sentencia, a la vez que aun cuando no le había sido notificada por el Juz-

gado correspondiente su firmeza, la consideraban firme al no haberse interpuesto por ninguna de las partes, recurso alguno, añadiendo además una serie de obligaciones a cumplir por las partes».

En orden a la prescripción, cuestión esta que se erige como núcleo controvertido en casación, llamaba la atención la demandada sobre el documento privado suscrito en fecha 3 de mayo de 2000, que se adjuntaba al escrito de contestación a la demanda como documento número 5, en virtud del cual el Banco hipotecante y los esposos Valeriano y Hortensia convinieron, una vez anulada la hipoteca en los autos de juicio de menor cuantía arriba reseñados, y ante la subsistencia de la deuda contraída, satisfacer tales cantidades mediante la obtención de un crédito hipotecario de la misma finca del «Banco Popular Español, SA».

El único motivo del actual recurso de casación denuncia la infracción de los artículos 1968.2.^o y 1969 del Código Civil, en relación con los artículos 207.2 y 207.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Combate el recurrente, en esencia, la estimación por la Audiencia de la excepción de prescripción opuesta de contrario por considerar que debe datarse el *dies a quo* para el cómputo del plazo prescriptivo, no a fecha 3 de mayo de 2000, en que se suscribe el documento privado arriba reseñado, sino, tal y como entendió el Juzgado, a fecha 16 de mayo de 2000 en que se notifica la providencia dic-

tada en los autos de menor cuantía previos decretando la firmeza de la Sentencia recaída el día 22 de febrero anterior.

El motivo debe ser estimado con las consecuencias que más tarde se dirán.

A fin de resolver la cuestión controvertida en estos autos, atinente a la aplicación del instituto de la prescripción, son datos fácticos inalterables en casación los siguientes:

1.º El 22 de febrero de 2000 recae Sentencia en los autos de menor cuantía número 69/1998 por la que se declara la nulidad de las estipulaciones convenidas en fecha 21 de diciembre de 1990 sobre la finca litigiosa, así como las actuaciones del procedimiento hipotecario subsiguiente, también únicamente en lo relativo a tal finca (folios 86 y siguientes).

2.º El 3 de mayo de 2000 los esposos Valeriano y Hortensia suscriben un documento privado con el BSCH, por el que participaban al «Banco Popular Español, SA», entre otros particulares, el sentido del fallo recaído en los autos antes reseñados así como que «la firmeza de la sentencia, que no ha sido objeto de apelación por ninguna de las partes, será decretada en breve por el Juzgado», todo ello al objeto de solicitar al remitente la formalización de una operación crediticia que pudiese liquidar la deuda subsistente entre los suscribientes (folios 150 y siguientes).

3.º El 16 de mayo de 2000 se notifica a las partes providencia de 15 de mayo anterior, en los autos de menor cuantía referidos, por la que se tiene por recibida comisión rogatoria para notificación de Sentencia a los demandados Matías y Maite y se decreta la firmeza de la misma (folio 195).

4.º El 10 de mayo de 2001 se presenta por el actor demanda de conciliación frente al BSCH en reclamación de indemnización de daños y perjuicios (folios 99 y siguientes).

5.º El 6 de junio de 2001 se celebra acto de conciliación, sin avenencia (folio 102).

6.º El 7 de marzo de 2002 se presenta la demanda rectora de la presente litis.

A tal sucesión temporal agrega el recurrente en su recurso las siguientes fechas, a su juicio, igualmente relevantes:

1.º 27 de junio de 2000: emisión y entrega de informe pericial sobre daños por desuso en la vivienda conyugal litigiosa (folios 14 y siguientes).

2.º 15 de enero de 2002: emisión de informe secular por parte de la Unidad de Salud Mental de Noia.

No resulta controvertida la eficacia interruptiva de que goza en abstracto, según el artículo 1973

del Código Civil, la presentación de papeleta de conciliación, debiéndose recordar a este respecto el tenor literal del artículo 479 de la Ley procesal de 1881, todavía en vigor, conforme al cual «la presentación con ulterior admisión de la petición de conciliación interrumpirá la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos establecidos en la Ley desde el momento de la presentación».

Se trata por tanto, únicamente, de dilucidar el momento a que debe remontarse el *dies a quo* del cómputo del plazo anual aplicable –artículo 1968.2 del Código Civil– para determinar si al momento de llevarse a efecto el acto interruptivo antes reseñado ya había transcurrido o no el año previsto, todo ello teniendo en cuenta que, de concluirse reconociendo eficacia interruptiva en el caso de autos a la presentación de la papeleta de conciliación por el ahora recurrente, en fecha 10 de mayo de 2001, ninguna controversia suscitaría el período ulterior comenzado a resultas de la celebración sin avenencia de la conciliación, en fecha 6 de junio de 2001, visto que la presentación de la demanda rectora de esta litis tuvo lugar en fecha 7 de marzo de 2002.

Con carácter general, como recuerda, entre otras muchas, la Sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 2007, «el *dies a quo* o día inicial para el ejercicio de la acción por responsabilidad extracontractual es aquél en que puede ejercitarse la acción, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir], al que se acoge el Código Civil (STS de 27 de febrero de 2004)».

Aplicando tal criterio general al caso de autos se está en el caso de acoger las tesis impugnatorias vertidas por el recurrente en su recurso.

Ciertamente el documento privado suscrito en fecha 3 de mayo de 2000 suponía el conocimiento por los suscribientes de la sentencia recaída en los autos anteriores de menor cuantía, en los que se obtuvo la declaración de nulidad pretendida por el aquí recurrente, así como la asunción de su firmeza. Ahora bien, no puede olvidarse que a tal acto no concurrieron todas las partes que habían litigado en el procedimiento de referencia, ni los esposos Matías y Maite, declarados en situación de rebeldía procesal, ni la entidad «Gestiones y Desarrollos Patrimoniales, SA», que intervino en aquellos autos bajo la misma representación procesal que la entidad BSCH pero con diferente asistencia letrada. A este respecto ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la situación de rebeldía procesal en modo alguno impide al rebelde recurrir las resoluciones que pongan fin al proceso, y, en segundo lugar, que resultaba factible que la entidad adjudi-

cataria de la finca litigiosa, principal perjudicada por el fallo de la Sentencia, pudiese presentar, antes de decretarse su firmeza, recurso de apelación frente a la misma. Por lo expuesto, el *dies a quo* a tomar en cuenta no puede ser sino el 16 de mayo de 2000, en que se notifica la declaración de firmeza de la Sentencia, con la consecuente desestimación de la excepción de prescripción opuesta por la entidad demandada.

Coadyuva además a tal conclusión el hecho de que por la demanda iniciadora de esta litis reclamase el actor el resarcimiento de daños físicos y psíquicos cuyo verdadero alcance no estaba fijado a la fecha reseñada, siendo jurisprudencia reiterada de esta Sala que, en supuestos de aplicación de la regla del artículo 1968.2 del Código Civil, ha de estarse, para el inicio del plazo anual aplicable, a la total verificación de los daños producidos, pues sólo entonces el perjudicado está en condiciones de valorar en su conjunto las consecuencias dañosas y de cifrar el importe de la indemnización que puede reclamar –Sentencias, entre otras muchas, de 21 de marzo de 2005 y de 14 de marzo de 2007–.

Por último, la solución aquí propugnada está más en sintonía con la reiterada doctrina de esta Sala acerca de la interpretación restrictiva del instituto de la prescripción al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho –Sentencias, entre otras muchas, de 3

de mayo de 2007, 2 de noviembre de 2005 y 21 de mayo de 2004–.

Habiéndose estimado el presente recurso de casación, debe asumir la instancia esta sala y retomar el fondo de la controversia suscitada, que se hace en el sentido de ratificar la conclusión alcanzada por la Sentencia de primera instancia en cuanto a la efectiva negligencia imputable al Banco demandado tanto al tiempo de la concesión del préstamo hipotecario como por la promoción y consecución del ulterior procedimiento hipotecario tendente a realizar los bienes hipotecados, y ello al no haber adoptado las cautelas mínimas exigibles para esclarecer la titularidad y situación de la vivienda construida sobre la finca hipotecada, propiciando así, en adecuada relación causal, la privación a la familia de la hipotecante del uso y disfrute de la vivienda que constituía el domicilio conyugal y familiar, con los perjuicios anejos a tal circunstancia.

Se ratifican también las consecuencias resarcitorias que el Juzgado anudó al comportamiento negligente de la entidad demandada, entendiéndose razonables, desde la declaración de hechos probados allí contenida, los importes indemnizatorios concedidos al actor en concepto de daños materiales causados en la vivienda unifamiliar que fue hipotecada, gastos de alquiler de otra vivienda y perjuicios físicos y morales, que ascienden, en total, a la cantidad de 74.810,89 euros.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se condena a la ex esposa a devolver al ex esposo las cantidades que aquél le entregó contante el matrimonio al declararse que existió un contrato verbal de préstamo sin que pueda entenderse que hubiese existido donación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Florián interpuso demanda de juicio ordinario contra doña Matilde solicitando que «se dicte sentencia por la que estimando íntegramente la demanda se declare que la demandada adeuda a don Florián la cantidad de 38.502.167 millones de pesetas condenándole al pago de la referida cantidad en el plazo que S.S.ª determine inferior en cualquier caso a cuatro años más los intereses legales y ello con expresa imposición de costas a la demandada, con todo lo demás que en Derecho proceda».

Justificaba dicha reclamación en la devolución de las cantidades entregadas por el actor a la demandada en diversos momentos y formas, con ocasión del contrato de préstamo verbal suscrito entre las partes, constante matrimonio.

- ⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte sentencia por la que: a) desestime íntegramente la demanda. b) Subsidiariamente estime la excepción de pluspetición formulada por esta parte en el hecho noveno del presente escrito. c) Subsidiariamente y caso de estimación total o parcial de la demanda, se fije por el juzgador el plazo de reintegro de veinte años. d) Imponga a la parte actora el pago de las costas causadas en la tramitación de este procedimiento».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Majadahonda dictó Sentencia el 30 de marzo de 2002 estimando la demanda y condenando a doña Matilde a que «abone a don Florián la cantidad de 231.402,68 euros en el plazo de cinco años contados a partir de la presente resolución, e intereses legales, con expresa condena en costas a la demandada».
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 11.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 29 de septiembre de 2003 desestimando el recurso interpuesto por doña Matilde.
- ⊙ Doña Matilde interpuso recurso extraordinario por infracción procesal que fue estimado por el Tribunal Supremo que redujo la cantidad a abonar a 210.367,26 euros.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Justificaba la reclamación de cantidad el actor en la devolución de las cantidades entregadas por el actor a la demandada en diversos momentos y formas, con ocasión del contrato de préstamo verbal suscrito entre las partes, constante matrimonio. La parte demandada se opuso a lo anterior alegando que las cantidades entregadas no lo fueron como consecuencia de un contrato de préstamo sino a modo de donación y, subsidiariamente, para el caso de considerarse que existió un contrato de préstamo entre las partes, opuso excepción de pluspetición, entre otras cuestiones.

El Juzgado de Primera Instancia, tras un análisis de la prueba practicada, concluyó que «cabe deducir que el contrato que vincula a las partes no es otro que el de préstamo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1740 del Código Civil, esto es, la entrega de dinero con condición de devolver otro tanto, aun cuando no se determine plazo cierto, ni se hayan pactado intereses. Según la doctrina este contrato posee dos características fundamentales, esto es, la temporalidad y la normal gratuidad, alcanzando las obligaciones derivadas del mismo a doña Matilde, puesto que, no sólo no ha acreditado la realidad de la donación que mantiene, sino que las pruebas aportadas llevan a mantener la existencia del contrato de préstamo entre las partes en la

forma en que ha quedado expuesto», por lo que estimó la demanda, condenando a la demandada al pago en el plazo de cinco años de las 38.502.167 pesetas reclamadas, con los intereses legales. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia, rechazando la falta de motivación alegada por la recurrente y entendiendo que la valoración de la prueba era correcta. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal la parte demandada apelante.

Alega la recurrente la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia «por vulneración de la distribución de las reglas de la carga de la prueba y vulneración en la aplicación de las reglas y principios que rigen la valoración de la actividad probatoria», invocando como infringido el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto «a pesar de haber sido declarado en la primera instancia que “las obras realizadas en la vivienda se realizaron sin costo alguno para doña Matilde, y las obras fueron realizadas sin cargo alguno y dentro del precio de la escritura”, se condena a mi representada al abono de un importe cuyo destino, imputado a la realización de obras de la vivienda, no ha sido acreditado», además de entender que debieron analizarse los actos coetáneos y

posteriores a la celebración del contrato de compraventa para calificar el negocio jurídico como de donación y no de préstamo, habiéndose incurrido en un error en la valoración de la prueba.

El motivo ha de ser desestimado. El recurrente, mediante la denuncia de la infracción del principio de carga de la prueba, pretende que esta Sala califique el negocio jurídico como de donación y no de préstamo, obviando la doctrina jurisprudencial que establece que corresponde a los tribunales de instancia la calificación jurídica de los contratos –Sentencias de 11 y 13 de diciembre de 2007, entre otras– y sin que pueda entenderse aquella como arbitraria, ilógica o contraria a Derecho. En cuanto a lo manifestado en el motivo en relación con las cantidades destinadas a reforma de la vivienda, tampoco puede ser estimado, pues ninguna infracción sobre la carga de la prueba se desprende de la resolución recurrida en relación al pronunciamiento sobre dichas partidas, siendo más cierto que la recurrente confunde la infracción denunciada con las divergencias en la valoración de la prueba practicada. En el mismo sentido desestimatorio ha de entenderse la cuestión relativa a la interpretación de la prueba documental consistente en la propuesta de convenio regulador, por tratarse no de una infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sino de una diferente visión de la prueba, máxime cuando el principio de *onus probandi* recogido en el artículo 217 Ley de Enjuiciamiento Civil se aplica ante insuficiencia de prueba, no cuando el juzgador, a la vista de las pruebas practicadas en juicio, las valora y llega a un determinado resultado lógico, como ha sucedido en este caso.

En otros motivos denuncia la denegación de la facultad revisora de la Sala de Apelación de la prueba practicada en la primera instancia, si bien el motivo quinto fue interpuesto a través de la vía del ordinal 2.º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –infracción de las normas reguladoras de la sentencia– y el cuarto, subsidiariamente y para el caso de desestimar el anterior, por la vía del ordinal 3.º del mismo artículo –infracción de las normas y garantías del procedimiento–.

Estos dos motivos deben ser desestimados. Y ello por la simple razón de la falta de claridad de ambos motivos dada la ausencia de concreción respecto de la infracción sufrida en la sentencia que impide, incluso, determinar cuál es la vía adecuada de impugnación. No obstante, en aras a dar respuesta a todas las cuestiones planteadas en el recurso, debe entenderse que, aunque el recurrente no menciona la norma procesal infringida, de la lectura del motivo quinto y de la jurisprudencia constitucional que dice considerar infringida y cuyo extracto aporta,

se extrae que se entiende la vulneración del artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la sentencia de apelación no ha revisado la prueba practicada. Ambos motivos han de ser desestimados, puesto que no es cierto que la Sentencia de apelación no haya revisado las actuaciones y no haya dictado nueva sentencia sobre el fondo, sino que la valoración de la prueba efectuada, sin bien con escasa motivación, sí ha sido realizada, aunque con ella no se llegue a la satisfacción de los intereses de la parte recurrente.

En aplicación de lo establecido en la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, regla 7.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiéndose estimado el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, procede casar la sentencia recurrida y dictar sentencia sobre el fondo.

Como ya se ha expuesto en el fundamento cuarto, corresponde a los tribunales de instancia la calificación de los contratos, salvo que la misma resulte contraria a Derecho o sea ilógica o arbitraria, lo cual no se produce en este caso. Partiendo por tanto de la base de que el negocio jurídico que une a las partes es el de un contrato de préstamo sin intereses, ha de concluirse que es deber de la parte prestataria devolver las cantidades entregadas en tal concepto.

Del resultado de las pruebas practicadas en la vista, resulta acreditado que el actor prestó a su entonces esposa al menos la cantidad de 35.002.167 pesetas. La convicción acerca de la cantidad que debe ser devuelta por doña Matilde se deriva de la valoración de la prueba documental, teniendo en cuenta que la demandada únicamente impugnó los documentos 36 y 37 de la demanda. Así, resulta probada la deuda de las siguientes cantidades: 8.000.000 pesetas entregadas como señal en contrato de compraventa privado (contrato de arras de fecha 23 de noviembre de 1999 al folio 22; y documentos número 6 y 7 de la demanda, folios 46 a 49); 17.575.000 pesetas como parte del dinero entregado como precio a la firma de la escritura pública de compraventa y que procedía de la cuenta del Sr. Florián (documentos núms. 6 y 7 de la demanda, folios 46 a 49); 425.000 pesetas como entrega del resto del precio a la vendedora tras haber sido retenido como garantía del pago de los gastos e impuestos derivados de la cancelación del préstamo hipotecario existente sobre la vivienda a favor de aquélla (documentos núms. 12 y 16 de la demanda, folios 54 y 58); 3.315.000 pesetas como gastos e impuestos derivados de la compraventa (documentos núms. 6 y 7 de la demanda, folios 46 a 49); y 3.645.000 pesetas como cantidad entregada a la demandada para la cancelación del préstamo personal de ésta con la entidad Cajamadrid (documento

núm. 33 de la demanda, folios 76 y 77, reconocido expresamente por la demandada en su contestación al folio 125). Mención aparte merece la cantidad de 2.042.167 pesetas reclamada por el actor en concepto de obras realizadas en la vivienda adquirida por la demandada. Si bien es cierto que la demandada ha negado que todos los documentos 16 a 32 de la demanda –(folios 58 a 75) consistentes en copia de cheques al portador y certificado bancario que acredita su realidad así como que los fondos dispuestos eran propios del Sr. Florián– se correspondan con el pago de las mencionadas obras, no niega ni su existencia, ni que se trate de fondos privativos de Florián, sino que discrepa en su calificación, argumentando que algunos cheques se corresponden con el pago de obras encargadas por Florián y otros con gastos propios de la vivienda (seguridad, gastos de comunidad y otros), lo cual no obsta para deducir que las referidas cantidades, independientemente de su concreta calificación,

fueron prestadas por el actor en beneficio de la vivienda adquirida por la demandada, por lo que ésta está obligada a su devolución.

Finalmente, no ha resultado acreditada a través de ningún medio de prueba la deuda considerada existente por el actor con ocasión de una supuesta entrega de 3.500.000 pesetas en efectivo a la demandada. La negación expresa del hecho por parte de esta última y la ausencia total de actividad probatoria al respecto obliga a que, en aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recaiga sobre el actor la consecuencia de dicha falta de prueba, pues correspondía a éste la carga de la prueba de la realidad del hecho aducido en su petición. Ello lleva irremisiblemente a estimar parcialmente el recurso de apelación con estimación parcial de la demanda, manteniendo incólume el pronunciamiento de la primera instancia relativo al plazo en el cual deba hacerse entrega de los 210.367,26 euros adeudados por doña Matilde.

CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

Validez del documento privado suscrito por los padres y los hijos en el que se acuerda la partición de los bienes propiedad de los primeros condicionándola al cumplimiento de determinadas condiciones, incluyendo pactos próximos al contrato de vitalicio, no siendo obstáculo para su eficacia que, después de fallecido el padre, la madre otorgase testamento.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 2009

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ El 25 de septiembre de 1976 los padres y los hijos habían acordado en documento privado «dividir entre los mismos las propiedades de ambos cónyuges», estableciendo en dicho documento una serie de condiciones.
- ⊙ Don Alberto otorgó testamento, en el que nombró usufructuaria universal y vitalicia a su esposa; legó a su hija Sabina la mitad ganancial de una casa para después de la muerte de la esposa del testador, con cargo al tercio de libre disposición y al de mejora y nombró herederos a sus cinco hijos. El mismo día, su esposa doña Olga otorgó testamento con el mismo contenido.
- ⊙ Don Alberto falleció sin haber otorgado nuevo testamento. Doña Olga falleció en 1996, habiendo otorgado un nuevo testamento en 1991 en el que legaba al tercio de libre disposición a su hijo don Zequías y en el resto de la herencia, nombraba herederos a sus cinco hijos por partes iguales.

- ⊙ Don Ezequías interpuso demanda de menor cuantía contra sus hermanos don Prudencio, doña Laura, también conocida por doña Adela, doña Beatriz, también conocida por doña Sabina y don José Francisco, solicitando que se dicte sentencia en los siguientes términos: «1. Declarando –por motivos invocados en el fundamento jurídico primero de esta demanda– la nulidad radical y absoluta del documento privado que suscribieron, el día 25 de septiembre de 1976, los cónyuges don Alberto y doña Olga, así como sus hijos comunes don Ezequías, don Prudencio, doña Laura (conocida también por Adela), doña Beatriz (asimismo conocida por Sabina) y don José Francisco, al igual que la de las hijuelas que se confeccionaron y firmaron como complementación del aludido documento. 2. Subsidiariamente, declarando revocados –en virtud de la disposición testamentaria expresa otorgada ante Notario por doña Olga– y, por ende, sin validez alguna, tanto el referido documento privado de 25 de septiembre de 1976, como las hijuelas que de él se derivaron. 3. Alternativamente, declarando anulado y sin ningún valor ni efecto el indicado documento privado de 25 de septiembre de 1976 y las hijuelas que del mismo dimanaron. 4. Condenando a los demandados a estar y pasar por el pronunciamiento que recaiga, y 5. Condenándoles, asimismo, al pago de las costas que con este juicio se ocasionen».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de don Prudencio, doña Laura y don José Francisco los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... dictar sentencia desestimando la demanda y absolviendo a los demandados de la misma, con expresa imposición de costas a la parte demandante».
- ⊙ La representación de doña Sabina alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: «... dictar sentencia acogiendo cualquiera de las excepciones formuladas, desestimando, en cualquier caso la demanda y absolviendo de la misma a la demandada, con expresa imposición de costas al actor por imperativo legal, además de por su manifiesta temeridad y mala fe».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santa María de Guía dictó Sentencia el 3 de julio de 2001 estimando la pretensión deducida con carácter subsidiario en su demanda por don Ezequías declarando revocados y, por tanto, sin validez alguna, el documento privado suscrito por los litigantes y sus padres el día 25 de septiembre de 1976 y las hijuelas que de él se derivaron, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración, sin que haya lugar a hacer expresa condena en costas.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Las Palmas de Gran Canaria dictó Sentencia el 21 de julio de 2004, estimando el recurso interpuesto por los demandados y desestimando la demanda con expresa condena en costas de la parte actora.
- ⊙ Don Ezequías interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El documento privado otorgado el 25 de septiembre de 1976 por los padres e hijos tenía el siguiente contenido.

«Don Alberto y su esposa doña Olga, han convenido con sus hijos en dividir entre los mismos, las propiedades de ambos cónyuges, bajo las condiciones siguientes:

Primera.—don Alberto y su esposa doña Olga, se reservan para mientras vivan, la casa donde actualmente habitan, hasta el fallecimiento del último de los dos cónyuges, pasando entonces en esa fecha en pleno dominio a su hija doña Beatriz.

Segunda.—Cada hijo o quien por los hijos presente pagará a los padres la cantidad de cinco

mil pesetas por cada año, hasta el fallecimiento del último de los dos cónyuges, las cuales serán pagadas durante los treinta días del mes de septiembre de cada año; en caso que a los padres les falten las facultades mentales, o padezcan enfermedades que les impidan la administración, son las dos personas que los padres nombran para ello, los que tienen las facultades de cobrar y administrar los haberes de los padres, como queda ordenado. En caso que las rentas estipuladas no sean suficientes para las necesidades de los padres, por causas de enfermedades u otras causas imprevistas, cada hijo, o quien por los hijos represente, pagará lo que corresponda, en partes iguales entre todos, para completar las necesidades de los padres.

Tercera.—Para la asistencia personal de los padres, se establece el turno de veinticuatro horas por cada uno, comenzando por el más viejo y siguiendo de mayor a menor edad; y para el caso de enfermedades de los padres, se refuerzan los turnos, con el del turno siguiente, con el fin de tener bien atendido el servicio de asistencia; y para el caso de enfermedad en el que le corresponda el turno que impida el hacerlo, se ha de poner de acuerdo con el del turno siguiente para que lo haga, bien para que sea compensado con igual servicio, o bien pagándolo con una cantidad que ambos acuerden.

Cuarta.—Las propiedades que se adquieren mediante este convenio no pueden ser vendidas ni gravados por ninguno de los hijos ni por quien a los hijos represente, sin el consentimiento previo bajo firma de los padres, para lo cual se les ha de afianzar el pago de las rentas y asistencia con otra propiedad de igual o más valor que la adquirida mediante este convenio.

Quinta.—Se nombran para representar a los padres, para la administración de sus haberes, cobros de rentas y asistencias, a los hijos don Ezequías y don José Francisco, los cuales tienen la obligación de cumplir y hacer cumplir a los restantes hermanos, o a quien por los hermanos represente, las condiciones, obligaciones y deberes para con los padres. Los señores nombrados pueden hacer reuniones convocando a los restantes hermanos para hacerles presente la marcha de la administración y de los inconvenientes que se puedan presentar.

Sexta.—El trozo de terreno hecho en cuatro partes para las hijuelas segunda, tercera, cuarta y quinta, sobre de la carretera, hasta el final de la finca por la parte sur, queda en libertad a favor de sus propietarios para vender o hacer lo que convenga de los mismos, a los dueños que hoy le son asignados en parte de su herencia.

Séptima.—El incumplimiento de cualquiera de las condiciones que se estipulan y se firman en este documento, es motivo suficiente para perder el de-

recho a la herencia los hijos o quien por los hijos represente, pasando la misma a disposición de los padres, para entregarla a cualquier otro heredero que se haga cargo del cumplimiento convenido, o bien si se diere el caso venderla para resarcirse de los daños y perjuicios ocasionados por el que faltó a las obligaciones para con sus padres».

En documentos complementarios, se determinaron unas hijuelas que se atribuyeran a cada uno de los hijos.

La Sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción de Santa María de Guía, de 3 julio 2001, desestimó la pretensión principal de la demanda y estimó la subsidiaria, en base a los siguientes argumentos: a) es perfectamente admisible la partición conjunta o combinada por los dos cónyuges en relación a los bienes comunes, «sin que ello vulnere la prohibición contenida en el artículo 669 del CC que impide testar mancomunadamente mas nada dice sobre la partición»; b) aunque intervengan los herederos en el acto particional realizado por el testador entre vivos, no puede privar al testador de la facultad de testar, de modo que no cabe que «por vía de partición anticipada, los herederos tengan la titularidad de los bienes irrevocablemente, como expresamente prohibió la Sentencia de 29 de octubre de 1960»; c) el documento de 25 de septiembre de 1976 tiene la naturaleza de contrato sucesorio porque recoge «un negocio jurídico bilateral por el que se regula el destino de la herencia [...] sin que quepa ocultar tal evidente realidad tras la figura del contrato innominado y la libertad de pactos que establece el artículo 1255 del CC» y concluye diciendo que «[...] la partición llevada a cabo por los padres de los litigantes como tal partición y con independencia de los pactos que se le añadieron, es perfectamente válida pero, conforme a lo dicho anteriormente, revocable en todo caso, siendo así que doña Olga otorgó un testamento posterior que resulta manifiestamente incompatible con dicha partición, por lo que procede estimar la petición deducida con carácter subsidiario».

Apelada la sentencia por parte de los demandados, la de la Sec. 4.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, de 21 julio 2004, revocó la apelada. Los argumentos más significativos se basan en la interpretación del documento de 1976, que considera que no reúne las características del acto particional, al concurrir en su otorgamiento los dos testadores y producir sus efectos antes del fallecimiento del causante. Interpretando dicho documento, la sentencia dice que «la finalidad que se persigue es la de dividir y repartir un bien ganancial» entre los hijos, bien que constituye la base del patrimonio de los cónyuges, estableciendo una serie de condicionantes entre los que se destacan a reserva de los padres de vivir en la finca pasando a

su muerte a la propiedad de su hija Sabina; se limitan las facultades de disposición de los adquirentes de las diferentes hijuelas y se establece una condición resolutoria para el caso de que los hijos no cumplan con las obligaciones que asumen. De ahí deduce la sentencia recurrida que «se está ante una relación contractual compleja, en la que concurren los requisitos del artículo 1261 del CC», que es bilateral, sinalagmática, onerosa, entre vivos y no por causa de muerte y «se trata de un contrato atípico». No existe ninguna donación encubierta, sino que «presenta gran afinidad con el denominado por la jurisprudencia “vitalicio”». Concluye la sentencia diciendo que «tal negocio no se corresponde con una partición de herencia practicada por los testadores y aceptada por los herederos, sino con un contrato bilateral, sinalagmático, oneroso, *inter vivos* y atípico, el cual presenta gran afinidad con la modalidad contractual de configuración jurisprudencial llamada vitalicio, cuyos efectos y consecuencias permanecen y no resultan revocados por el hecho de que la madre de los litigantes, después de fallecido el padre, haya otorgado nuevo testamento en sustitución del primero».

El primer motivo, formulado al amparo del artículo 477.1 de la LEC, denuncia la infracción del artículo 1281.1 del CC. Dice que para llegar a la conclusión que aquí se ha reproducido, la Sala de instancia ha tenido que partir de una serie de elucubraciones jurídicas que se apartan de los términos literales del contrato y aunque la calificación de los contratos esté reservada a la instancia y debe ser respetada en la casación, ello no se aplica en los casos en que se hayan producido conclusiones ilógicas, contrarias a la ley o manifiestamente equivocadas.

Este motivo se desestima. El núcleo de la cuestión debatida se centra en la interpretación del contrato celebrado entre los padres y sus hijos, relativo a la distribución de los bienes pertenecientes a los primeros y la asunción de determinadas obligaciones de alimentos, cuidados y asistencia por parte de los segundos. El contrato ha sido calificado como una partición por la sentencia de primera instancia, lo que comportaba su nulidad, y como un contrato atípico, semejante al vitalicio, por la de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, ahora recurrida, lo que implica la declaración de validez de dicho contrato.

Al considerarse vulnerado el artículo 1281.1 del CC en el presente motivo de casación, debe, antes que nada, declararse que esta Sala ha dicho de forma reiterada que la interpretación es una función encomendada al Tribunal de instancia y que sólo cuando se demuestre que es absurda o ilógica, debe prevalecer el criterio de los tribunales sobre el de

los recurrentes, a no ser que éstos demuestren, por la vía adecuada, que los juzgadores sufrieron un error (entre muchas otras, STS de 5 de noviembre de 2007, así como las allí citadas y las posteriores que por ser de general conocimiento, no se citan). Como esta Sala ha aplicado las mismas reglas a la calificación de los contratos (STS de 12 de junio de 2008 y las allí citadas) debe examinarse si en este caso se ha cometido la vulneración que permitiría examinar dicha calificación.

La sentencia ahora impugnada entiende que el contrato celebrado entre los señores Beatriz, Sabina, Ezequías, José, Francisco, Laura, Olga, Prudencio y sus hijos era atípico y semejante al contrato denominado «vitalicio» aceptado por la jurisprudencia de esta Sala en diversas sentencias. De acuerdo con dicho contrato, una de las partes entrega a la otra alimentos o prestaciones de cualquier tipo que convengan, normalmente a cambio de la entrega de bienes, de manera que en dicho contrato «[...] la causa, como contrapunto de la entrega de unos bienes inmuebles transmitidos en propiedad (artículo 1802 del Código), es decir, aquello en consideración a lo que se hace la entrega a los efectos del artículo 1274, es la prestación de los servicios, cuidados y atenciones, durante todo el tiempo de la “vida contemplada”, no pudiéndose hablar de precio porque éste no existe ni tiene por qué existir [...]» (STS de 1 de julio de 1982). La Sentencia de 12 junio 2008, con cita de la de 1 septiembre 2006, dice que este contrato participa en parte del de renta vitalicia, aunque no coincide y en él «[...] se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida del o de los cedentes» (asimismo, SSTS de 1 de julio de 2003 y 9 de julio de 2002).

En España el vitalicio es un contrato atípico, por bien que en la Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores, se regula un contrato de acogida, de tipo oneroso, bilateral y formal, en cuya virtud se establece una relación de convivencia entre acogidos/do y acogedor, que tiene como finalidad procurar la subsistencia y la asistencia de los acogidos, a cambio de un precio, que puede consistir en la transmisión de determinados bienes propiedad de los acogidos. En el derecho español, al ser un contrato atípico, rige la libertad de pactos, de modo que «[...] justo porque es un contrato innominado (el término, como se dijo, es genérico), sin tipificación específica, habrá de regirse por los pactos, cláusulas y condiciones que las partes establezcan, con la cobertura legal, común a toda clase de vitalicio como contrato oneroso que el Código regula, es decir la renta vitalicia, cuyas normas, establecidas en los artículos 1802 a 1808, ambos inclusive, habrán de ser aplicables, analógicamente, atemperadas a las especialidades de cada supuesto

[...]» (STS de 1 de julio de 1982, así como las anteriormente citadas en esta sentencia).

Dados estos precedentes, debemos examinar si el contrato cuya calificación ahora se discute, responde a los rasgos generales recogidos en las sentencias que lo admiten.

1.º Se trata de un contrato en el que ambos propietarios, los padres de los ahora litigantes, disponen en favor de sus hijos, de una finca propiedad ganancial de ambos.

2.º Los cuatro hijos asumen dos tipos de obligaciones: a) patrimoniales, consistentes en el pago de una renta fija que podrá ser aumentada si aumentan las necesidades (cláusulas segunda, quinta y sexta), con la correspondiente garantía consistente en la limitación de la facultad de disponer (cláusula cuarta) y b) personales, consistentes en la convivencia en la casa familiar y una asistencia especial en el caso de enfermedad, estableciéndose de forma muy concreta los turnos y sustituciones (cláusula tercera), con la correspondiente sanción para el caso del incumplimiento de dichas obligaciones. Finalmente, se establece también la representación en relación con la administración de las rentas de los padres.

Las estipulaciones pactadas pueden identificarse con el descrito contrato de vitalicio, ya que hay transmisión de bienes de presente y asunción de obligaciones como consecuencia de dicha transmisión.

Por ello debe declararse que la calificación del contrato concluido por las partes ahora litigantes debe ser considerada como correcta, como además

la entendieron las propias partes contratantes que lo cumplieron a lo largo de más de veinte años, a partir de la firma del citado contrato en 1976 y hasta la muerte de doña Olga en 1996. Además, la regla contenida en el artículo 1284 del CC a favor de la interpretación más favorable a la eficacia de los contratos [repetida en el artículo 5.106 de los Principios del Derecho Europeo de contratos (PECL) y del artículo II.-8.106 del Draft Common frame of reference (DCFR)], lleva a esta Sala también a declarar correcta la calificación efectuada por la Sala de instancia en la sentencia recurrida.

El motivo cuarto debe ser también desestimado, porque señala la infracción del artículo 1056 del CC y dice que la argumentación de la sentencia recurrida contradice la doctrina de esta Sala que consagra la nulidad de las particiones entre vivos que incumplan las prescripciones imperativas, sin que quepa convalidarlas recurriendo al artificio de que se trata de un contrato atípico. Al haberse considerado correcta la interpretación efectuada por la sentencia recurrida, el motivo decae al centrarse en la nulidad de las particiones hereditarias y no contener el documento en cuestión ninguna partición.

Por las mismas razones debe desestimarse el motivo quinto, que denuncia la infracción del artículo 737.1 del CC; el recurrente dice que se ha vulnerado el principio de la revocabilidad de las disposiciones testamentarias, que reconoce implícitamente la sentencia recurrida que, aunque no lo aplique, posibilita la facultad del artículo 1056 del CC y ello es lo que ocurrió porque otorgó testamento después de la muerte de su esposo.

INCAPACIDAD

Análisis de los requisitos para declarar la incapacidad de una persona y repaso a la legislación internacional en la materia.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2009

Ponente: Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña María Cristina y doña Carmela presentaron demanda de incapacitación de su madre doña Victoria solicitando que se dictase sentencia por la que «se declare la incapacidad de la demandada para gobernar su persona y bienes, determinando la extensión o límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de someterse la incapacitada, nombrando a doña

Flor o en su caso a la persona o personas que, con arreglo a la Ley estime S.S.^a, para que asista o represente a la incapaz y vele por ella, comunicándolo, caso que la resolución judicial sea estimatoria, al Registro Civil y demás Registros públicos que correspondan, con imposición de las costas a la declarada incapaz o personas que se opongan a esta solicitud».

⊙ Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de doña Victoria actuando a través de sus hijos y apoderados doña Ariadna, don Carlos Alberto y don Juan Antonio, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... dictar sentencia por la que: 1.º Se desestime íntegramente la demanda, absolviendo de ella a la demandada y declarando que doña Victoria no se encuentra incapacitada para regir su persona y bienes. 2.º O, subsidiariamente, para el caso de que se estimase la demanda y, por lo tanto, se declarase la existencia de la pretendida incapacidad, o alguna forma de ella que pudiera dar lugar a que la demandada quedase sometida a la guarda y custodia de un tutor que le representase en todos los aspectos de su vida, se acuerde que no es necesario ni conveniente el internamiento, se rechace el pretendido nombramiento de doña Flor y se nombre a cualquiera de sus otros hijos doña Ariadna, don Carlos Alberto o don Juan Antonio para desempeñar el cargo de tutor de la misma o, subsidiariamente, a la persona que se considere más idónea por el Juzgador, señalándole las facultades en derecho precisas y entregándonos el oportuno testimonio acreditativo de tales cargos una vez haya adquirido firmeza la resolución a los oportunos efectos legales, con devolución a esta parte de los documentos acompañados. 3.º E imponiendo expresamente a las actoras el pago de todas las costas procesales».

⊙ El Ministerio Fiscal compareció mediante el oportuno escrito alegando en él los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: «... interesa que se tenga por parte en el procedimiento, por contestada la demanda en tiempo y forma y por opuesto a la misma temporalmente y a reservas del resultado de las pruebas antes indicadas».

⊙ La representación de doña Flor, compareció mediante el oportuno escrito, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: «... se dicte en su día Sentencia en los términos solicitados en el suplico del escrito de demanda interpuesta por la representación de doña María Cristina y doña Carmela, con expresa imposición de costas en los términos que en dicho escrito se indican».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Salamanca dictó Sentencia el 9 de julio de 2002 «estimando la demanda y declarando a la demandada incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y administrar sus bienes, así como para el ejercicio del derecho de sufragio y en consecuencia se nombra tutor de su persona a sus hijas Flor y Ariadna, quienes ejercerán la tutela conjunta y solidariamente, y tutor de sus bienes a don Gabino, quienes ejercerán sus cargos según lo anteriormente expuesto, sin hacer especial imposición en costas».

⊙ En grado de apelación, la AP de Salamanca dictó Sentencia el 11 de noviembre de 2002 desestimando el recurso interpuesto por la demandada.

⊙ Doña Victoria, y de sus hijos y apoderados doña Ariadna, don Carlos Alberto y don Juan Antonio interpusieron recurso de casación y con fecha 15 de julio de 2005 el Tribunal Supremo dictó sentencia declarando la nulidad del pleno derecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca reponiendo las actuaciones al momento anterior a ser dictada para que se proceda a dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⊙ Devueltas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Salamanca, y practicadas las pruebas pertinentes, con fecha 20 de marzo de 2006, dicha Sala dictó nuevamente Sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña Ariadna, don Carlos Alberto y don Juan Antonio, confir-

mando íntegramente la sentencia de instancia, –si bien con la supresión de la expresión «solidariamente» contenida en el fallo de tal sentencia en cuanto al ejercicio de la tutela–, con imposición a los mismos de las costas causadas en esta segunda instancia.

⊙ Doña Victoria, y de sus hijos y apoderados doña Ariadna, don Carlos Alberto y don Juan Antonio interpusieron nuevamente recurso de casación y por infracción procesal que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Salamanca, de 9 de julio de 2000, estimó la demanda. Argumenta que «examinada por mí mismo a ésta y visto el dictamen del médico forense y Ministerio Fiscal, así mismo practicadas las pruebas testificales propuestas por las partes y documentales aportadas obrantes en autos, llegamos a la conclusión recogida en los hechos probados de que doña Victoria, no puede gobernarse por sí misma, y en consecuencia y por tanto y en su beneficio y de los hijos, procede declararla incapaz total y absolutamente y nombrarle tutor, artículos 210, 215 y 222.2 del CC y 760 de la LEC, en consonancia con los artículos 10 y 49 de la CE». Añade que si bien la capacidad de las personas es un atributo de la personalidad, «sólo cabe limitarla en supuestos como el que nos ocupa porque doña Victoria por sí sola le es imposible participar libremente en los distintos aspectos de la vida, personales (vestir, pasear, etc.) familiares (llevar la casa, compra, etc.) o sociales (visitas, relaciones, etc.) –no puede estar presente en estas actuaciones–, e incluso aquellas otras que vienen impuestas por la administración del patrimonio que posee (ha conferido poder general), por lo que necesita la protección, vigilancia o representación de otras personas, que sustituyan o complementen aquella cualidad o estado de la que carece [...]». En consecuencia declaró a doña Victoria incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y bienes y nombró tutor de su persona a sus hijas Flor y Ariadna y a don Gabino como tutor de sus bienes.

La sentencia de apelación señaló lo siguiente en relación a los motivos de oposición planteados: Como primer motivo de impugnación, se denuncia error en la apreciación de las pruebas en que a juicio de la recurrente ha incurrido el Juzgador *a quo*, al considerar a la demandada doña Victoria como totalmente incapaz para regir su persona y bienes, cuando ello no puede deducirse de los informes periciales practicados ni tampoco de la inspección personal. La sentencia recurrida argumenta lo siguiente, después de referirse a la teoría general

sobre la incapacitación y los requisitos para que pueda producirse esta forma de protección de la persona: «la persistencia de la anomalía es cuestión de derecho, ya que su apreciación supone dotarla de valor jurídico, encajando la situación en la tipología del artículo 200, debiéndose destacar en este punto la importancia de la valoración que el Juez haga de los informes o dictámenes periciales, pues se puede padecer una enfermedad o deficiencia inhabilitante y, sin embargo, si su sintomatología externa es excluida mediante el oportuno tratamiento o remedio, de modo que el sujeto pueda comportarse con normalidad, no existirá causa de incapacitación, ya que los avances de la medicina en el terreno psiquiátrico permiten hoy un comportamiento prácticamente normal a enfermos que hace unos años hubieran estado condenados a largas estancias, cuando no reclusiones de por vida, en establecimientos psiquiátricos; de donde se infiere que el carácter persistente de la enfermedad no sea suficiente para la incapacitación sino que se requiere también, como consecuencia de la misma, que el sujeto sea incapaz de gobernarse a sí mismo, es decir, cuando el proceso del enfermo o deficiente es de los que no conceden remisiones espontáneas ni terapéuticas, la incapacitación está justificada, aunque conviene precisar que el carácter cíclico de la enfermedad puede ser determinante de incapacitación, basada en la existencia de ésta, si bien el régimen de guarda puede y debe quedar adaptado a lo que las circunstancias concretas requieran, de forma que los intervalos lúcidos no impiden la incapacitación, pero sí que condicionan el régimen tuitivo». Teniendo en cuenta lo anteriormente transcrito, la sentencia recurrida, al examinar el caso concreto, señala que en los diferentes informes se diagnostican las enfermedades que afectan a la demandada doña Victoria, madre de las demandantes y de los ahora recurrentes, ya desde el año de 1996 en que se le diagnosticó que padecía un «episodio depresivo grave con síntomas psicóticos»; especialmente, el informe emitido por el Forense en primera instancia establece que «del

resultado de la entrevista podemos considerar que se trata de una mujer de edad avanzada, que padece un deterioro mental leve, con ligera deficiencia de todas las funciones noéticas de la personalidad, pues padece una enfermedad de Parkinson, ligera atrofia cortical sin signos de demencia; dichas alteraciones no le impiden realizar actos elementales y concretos de la vida cotidiana, los cuales no requieren de la plenitud de facultades noéticas intelectivas superiores, aunque debido a la sintomatología de la enfermedad de Parkinson necesita de terceras personas para su cuidado; para la realización de actividades más complejas (como realizar la compra, realizar el manejo de su vivienda), que requieran la concepción de ideas abstractas, creemos que es capaz de realizarlas suficientemente; el deterioro que padece hace que para otro tipo de actos mucho más complejos (pues, aunque según certificado médico que dice no existir signos de demencia, sí existe una atrofia cortical, sí existe un cuadro de depresión y una enfermedad de Parkinson) debiera ser vigilada y cuidada en la administración de sus bienes, para así evitar en lo posible que pueda ser engañada por terceras personas ajenas a su entorno habitual»; y por ello concluye que «aunque los diagnósticos de enfermedades que padece no son incapacitantes por sí mismos ..., como ya mencionábamos, ante la complejidad de sus bienes, y ante la situación sociofamiliar, podría llevarle a sufrir engaños por terceras personas, debiendo en este caso ser protegida y cuidada»; en la inspección personal practicada por el Juez *a quo* se concluye que «se trata de una persona de avanzada edad, afectada por una enfermedad visible de Parkinson, que se orienta bien en el tiempo y en el espacio, conoce sus circunstancias personales, a su familia y a su entorno, pudiendo afirmar que puede realizar actos simples de su vida cotidiana, no así actos complejos como sería la administración de sus bienes». Continúa la sentencia recurrida analizando las pruebas practicadas en la segunda instancia y señala: «Asimismo, como resultado de las pruebas practicadas en esta segunda instancia, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 759.3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha de destacar:

1.º) en el examen de la presunta incapaz doña Victoria llevado a cabo por el Tribunal en el domicilio en que se encuentra la misma se pudo constatar su estado físico, así como que en efecto daba respuestas a preguntas muy concretas, pero haciéndolo con gran lentitud;

2.º) en el informe emitido por el Sr. Médico forense se hace constar que la misma “padece diversas enfermedades de evolución crónica”, encontrándose “en tratamiento con antiparkinsonianos, antihipertensivos, antiagregantes plaquetarios y neurolepticos sedativos”; que “presenta temblor

extremidad superior derecha, de reposo y medianas oscilaciones, que desaparece al movimiento intencional, así como en labios. Escasa rigidez. Hipomimia. No espontaneidad del lenguaje. Bradipsiquia”; que “presenta déficit de memoria referido a su persona, tiempo y espacio. Abstracción y simbolización deficitarias. No gestiona ni sabe lo que gasta al mes... Presenta un índice de error de 6 puntos (cuestionario SPMSQ). Alto grado de vulnerabilidad, dependencia afectiva, que puede condicionar sus decisiones. Y en base a todo ello se concluye en el referido informe que la reconocida presenta trastorno cognitivo moderado, demencia senil, que limita funcionalmente la capacidad para regir su personalidad y administrar sus bienes de forma TOTAL Y PERMANENTE”. Lo que fue debidamente ratificado por tal perito en el acto de la vista, donde, contestando a las diversas aclaraciones solicitadas tanto por el Ministerio Fiscal como por los Letrados de las partes, insistió en que la demandada presenta un trastorno moderado en intensidad, que, aun cuando no existe la pérdida total de sus facultades, no tiene la capacidad de discriminación y raciocinio normal, y que por ello no tiene capacidad para valorar la conveniencia o no de sus asuntos; que debe estar supervisada tanto en sus enfermedades como en sus asuntos; que es una limitación importante, pudiendo ser sugerida por terceros a la realización de comportamientos que no le convinieran, y

3.º) en la audiencia de los mas próximos parientes (los seis hijos de la demandada) quedó constancia del claro y manifiesto enfrentamiento existente entre ellos en orden a la situación personal y patrimonial de la misma».

De las pruebas la sentencia concluye que «[...] evidentemente la demandada doña Victoria es una persona necesitada de protección, que sólo cabe obtener legalmente a través de los mecanismos de guarda, protección o custodia previstos en la Ley, por lo que aparece como necesaria la declaración de incapacidad de la misma; y teniendo en consideración la importante cuantía de su patrimonio así como la situación de permanente enfrentamiento entre sus hijos, con dos grupos bien diferenciados, en orden a garantizar la mejor defensa de su persona y patrimonio, ha de considerarse plenamente adecuado que lo sea en su modalidad de incapacidad total con la constitución de la correspondiente tutela, tal y como ha hecho la sentencia de instancia. Y ello viene corroborado por la propia actitud de los mismos hijos recurrentes, quienes, por un lado, se oponen a la declaración de incapacidad de la madre y, por otro, están actuando de hecho como si tal incapacidad existiera, [...] Por lo que este primer motivo de impugnación no puede ser acogido, debiendo ser mantenido el pronunciamiento de la

sentencia impugnada que declara a la demandada doña Victoria incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y administrar sus bienes, con la consiguiente constitución de la tutela».

1. Recurso extraordinario por infracción procesal.

Fundado en la causa prevista en el artículo 469.1.4 de la LEC, la recurrente presenta recurso extraordinario por infracción procesal, por vulneración de derechos fundamentales en el proceso y concretamente, del artículo 24 de la CE, porque la sentencia recurrida, sin ninguna base probatoria, considera probado que presenta una incapacidad absoluta para gobernarse a sí misma, infringiendo así las reglas de la carga de la prueba establecidas en el artículo 217.2 de la LEC. Señala que las causas de incapacidad deben quedar demostradas de forma incontestable y que ello no se deduce de los informes presentados en el proceso.

El motivo se desestima. Se pretende en este único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal una revisión de las numerosas pruebas llevadas a cabo en el procedimiento, tanto en primera como en segunda instancia, que se han resumido en el Fundamento segundo de esta sentencia.

Tal como afirma la Sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 2009, la regla del artículo 217.2 de la LEC debe interpretarse en el sentido que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos en los que «ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción», mientras que el párrafo 3 del propio artículo 217 de la LEC impone al demandado la carga de probar los que «impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a los que se refiere el apartado anterior». Así ha sido interpretado por esta Sala en Sentencia de 17 de julio de 2008 (ver asimismo la de 9 julio 2008). En realidad, la impugnación pretende combatir las apreciaciones tácticas de la Sentencia recurrida y sustituir la resultancia probatoria acerca de los hechos que sirven de apoyo a la demanda, a fuerza de desentenderse del resultado de la valoración probatoria del tribunal de instancia. Además, como afirma la Sentencia de 9 julio 2008, «Hay una reiterada jurisprudencia relativa a que la invocación casacional del precepto que contiene la regla de distribución de la carga de la prueba —el artículo 1214 del Código Civil, y, desde la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, el artículo 217 de esta norma— tiene siempre carácter excepcional, estando reservada a aquellos casos en que el tribunal ha alterado la regla, haciendo recaer, ante la falta de acreditación de un hecho, la carga de su demostración sobre quién no debe soportar-

la —el actor, los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a la demanda y a la reconvencción, y el demandado y actor reconvenido, los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos de la demanda o reconvencción—, lo que excluye la posibilidad de la denuncia de su infracción cuando el tribunal sentenciador ha tenido por acreditado un hecho —Sentencia de 1 de diciembre de 2006, que cita la de 25 de noviembre de 2002, entre otras muchas—, sin que pueda articularse un motivo de casación en torno a la vulneración de la norma relativa a la distribución del *onus probandi* para desvirtuar las conclusiones de índole fáctico de la sentencia recurrida, pues, como hasta la saciedad se ha dicho, el precepto no contiene regla de valoración de la prueba —entre las más recientes, la Sentencia de 5 de diciembre de 2007, que cita las de 22 de noviembre de 1994 y 3 de julio de 1997—».

Todos estos argumentos deben ser aplicados en el presente recurso, al haberse cumplido la regla sobre carga de la prueba, ya que los informes médicos o bien han sido aportados por la parte demandante, o bien se han producido dentro del procedimiento, a instancias del Juez.

2. El recurso de casación.

A) Informe del Ministerio Fiscal.

Se dio traslado al Ministerio fiscal del recurso de casación y del de infracción procesal, quien impugnó el único motivo del extraordinario por infracción y solicitó la estimación de los cuatro motivos admitidos del de casación. En dicho escrito de 2 de febrero de 2009 señala que el principal problema del recurso no es que se hayan o no cumplido los requisitos para la incapacitación de la demandada, sino ver si la interpretación de los artículos 199 y 200 del CC son acordes con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008, que forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 de la CE y 1.5 del CC. Esta Convención obliga a los estados partes a reconocer que «todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna», obligándoles a prohibir «toda discriminación por motivos de discapacidad» y a garantizar a «todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo» (artículo 5.1 y 2). La igualdad que se proclama es efectiva en todas las facetas de la vida incluidas las referidas a las tomas de decisiones. El artículo 12

de la Convención se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. A tal efecto señala el Ministerio Fiscal que debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor y añade que «la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales». Señala asimismo que a la vista de la citada Convención, «la declaración de incapacitación vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces». En consecuencia, entiende el Ministerio Fiscal que deben admitirse los cuatro motivos del recurso de casación.

Al mismo tiempo, el Ministerio Fiscal en ejercicio de sus funciones en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por ley, en ejercicio de las facultades concedidas en los artículos 3, 6 y 7 de su Estatuto orgánico en fecha 17 de febrero de 2009, presenta escrito que abunda en los anteriores argumentos y que se va a resumir en lo que interesa a este recurso. En primer lugar, señala la fuerza obligatoria de los tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico español, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 96 de la CE. A continuación el Fiscal dice: «[...] Como hemos visto, el tratamiento de las personas con discapacidad es regulado por nuestra Constitución desde dos perspectivas complementarias, al considerarlas de un lado, como titulares de los mismos derechos fundamentales reconocidos a todas las personas; y de otro, como miembros de un colectivo que requiere una especial protección para el disfrute de los mismos. En principio, la combinación de ambas perspectivas parece adecuada y ajustada a los principios de la Convención Internacional, pero resulta imprescindible efectuar algunas matizaciones: A) El concepto de discapacidad que señala el artículo 1, “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, podría calificarse como un concepto mínimo y abierto, pues en el Preámbulo de la Convención se indica que “se reconoce además la diversidad de las personas con discapaci-

dad”. También en el Preámbulo de la Convención se reconoce, que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” [Letra e)]; al tiempo que se reafirma “la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plena mente y sin discriminación”. Este carácter “dinámico”, resultará trascendental en la interpretación de las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y a la determinación de los apoyos que requiera para ejercer en plenitud su capacidad de actuar. (Artículo 12.) Con esta definición se persigue asegurar desde una perspectiva múltiple, una clasificación del funcionamiento y de la discapacidad como un proceso en permanente evolución. De otro lado, nos da una visión coherente de las diferentes dimensiones de la salud, colocándonos en una triple perspectiva: La individual, la biológica y la social, que tendrán que ser siempre tenidas en cuenta, facilitando su estudio multidisciplinar, proporcionándonos ante el conflicto que puede producirse entre el derecho y su aplicación, la solución, sobre la base del principio de igualdad de condiciones con los demás; lo que consagra la posibilidad de acudir a la aplicación de “Valores positivos” (antes discriminación positiva), actuaciones que favorezcan positivamente al colectivo, como plus o complemento necesario para acelerar o lograr la igualdad de hecho. (Artículo 5.4.) [...]». En el escrito del Ministerio Fiscal se dice que «[...] La Convención adopta el modelo “social de discapacidad” que sustituye al “modelo médico o rehabilitador”, actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente carácter residual. La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones. La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a “adoptar” una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto

o negocio a realizar». «A los efectos de este informe, es preciso señalar que el objetivo esencial de la Convención es implantar el derecho de igualdad, en toda su extensión, haciendo hincapié en su carácter fundamental y transversal en la interrelación de derechos. [...]».

A partir de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención ya citada, sigue señalando el escrito que «[...] La Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Por ello describe explícitamente “el derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley y las medidas que los Estados deben adoptar para que ese derecho no sea vulnerado”, pues afecta de un modo esencial, al ejercicio de los derechos fundamentales, proyectándose transversalmente a cada uno de los derechos que la Convención recoge. La Convención contiene implícitamente tres deberes distintos que obligan a todos los Estados partes:

a) La obligación de respetar. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad,

b) La obligación de proteger. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros,

c) La obligación de actuar.

Los Estados partes deben tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos. Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad. La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria “igualdad”, proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar». Pone de relieve también las dificultades que hubo en la discusión acerca del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad y concluye que «[...] La Convención propugna la sustitución del modelo de “sustitución en la toma de decisiones” por el nuevo modelo de “apoyo o

asistencia en la toma de decisiones”, aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno». Consecuencia de ello es que deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias personales, relativas a la salud y sobre todo, económicas y administrativas, entre las que destaca: «a) Conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.) Capacidad para conocer el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor, b) Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias. [...]».

Respecto de las medidas a tomar para la protección de las personas con discapacidad, añade el escrito que se está resumiendo que, sobre la base de la necesidad de protección establecida en el Preámbulo de la Convención, «la toma de decisiones con apoyo puede adoptar numerosas modalidades. Apoyos en las decisiones personales en las decisiones patrimoniales (artículo 12.5), sociales y en general de toda índole, cuando se basen en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, estando abierta a “nuevas formas” nacidas de la diversidad de condiciones que puedan suscitarse», de modo que «[...] Esto establece una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva, como el testamento vital y los tutores y amigos en que el custodio o tutor posee facultades autorizadas por los tribunales para tomar decisiones en nombre de la persona discapacitada sin que tenga que demostrar necesariamente que esas decisiones son tomadas en el superior interés de aquella o de acuerdo con sus deseos», aunque reconoce que en la citada Convención, los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad dependen de la legislación interna. Concluye el escrito del Fiscal proponiendo una solución intermedia a la espera de medidas legislativas que se adapten a la Convención: «La aplicación del artículo 12 la Convención supone un desafío para nuestro sistema, pues no sólo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de “capacidad de las personas”, fundamentalmente en la incorporación del “modelo de apoyos”, que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional. Sin duda, la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea nece-

sario tomar una decisión en su nombre», para acabar proponiendo que mientras no se modifique el ordenamiento español para adaptarlo a la Convención, «[...] la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado, porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta. Reparar en todo caso, que pese a que esta configuración sólo puede ser provisional, y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, y por ello consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación».

B) Reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación.

Antes de entrar a examinar los diversos motivos del recurso de casación esta Sala debe establecer las reglas interpretativas que permitirán compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York, de 2006 y lo establecido en el Código Civil, a partir de la reforma de 1983. La cuestión interpretativa que plantea la Convención se centra en su artículo 12 que establece lo siguiente:

«Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de

derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

El problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra, en consecuencia, en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces.

1.º La Convención, en sus artículos 3 y 12, de la misma manera que en su título y en Propósito expresado en el artículo 1, pretende «promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad» de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, entendida ésta en el sentido que se ofrece en su artículo 1.2 de la Convención, que las identifica como aquellas que tengan «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». España ha tomado ya algunas decisiones de contenido diverso en el mismo sentido que se establece en la Convención ya a partir de la reforma del Código Civil ocurrida por Ley 13/1983, de 24 de octubre y, además, en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de patrimonio de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad y la Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia. De este modo debe afir-

marse que el Derecho español, en aplicación de lo establecido en el artículo 49 de la CE, ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social. Cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección. Y el caso es que la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, establece que el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley «reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención [...]».

2.º En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua Sentencia de esta Sala de 5 de marzo de 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la CE. De este modo puede afirmarse que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad.

En consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación: a) la incapacitación; b) la curatela, y c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003.

3.º El derecho de la persona está recogido en el artículo 10 de la CE, que se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona. En consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona, impide la división en bienes o situaciones aisladas. En el artículo 10 de la CE la persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento.

Pero el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección.

Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurran algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

4.º Debe ser positiva la respuesta a la pregunta de si está de acuerdo con los valores constitucionales una regulación específica de la situación jurídica del incapaz. Todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular. Así el artículo 162 del CC exceptúa de la representación de los padres «los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo» (un caso emblemático es el recogido en la STC 154/2002, de 18 de julio, sobre libertad religiosa del hijo menor de edad, aunque mayor de 14 años) y

aunque el artículo 162 del CC aparece referido sólo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, ya que la sentencia tiene contenido variable, según dispone el artículo 760.1 de la LEC y se establecía en el ahora derogado artículo 210 del CC después de la reforma de 1983; también el artículo 209 del Código de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 15 de julio) excluye de la representación los actos «relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que lo regulen lo dispongan de otro modo» y ello tanto en lo que se refiere a la tutela de menores, como a la de los incapaces.

Una medida de protección como la incapacidad, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 de la CE, por lo que:

a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 de la CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacidad, como pone de relieve, entre otras la Sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 1999 que declaró que «implicando la incapacidad la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial». (Asimismo STS de 14 de julio de 2004.)

b) No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacidad pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 de la CE. Por tanto, en principio, el Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de

protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 de la CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Ésta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.

C) Derecho comparado.

Los anteriores argumentos han sido adoptados en países de nuestro entorno cultural, firmantes asimismo de la Convención de 2006.

1. Debe citarse el Código civil del Québec, cuyo artículo 285, traducido, dice que el Tribunal instituirá la tutela si se ha determinado que la ineptitud de la persona mayor para autogobernarse (*prendre soin de lui-même*) es parcial o temporal y que tiene necesidad de ser representado en el ejercicio de sus derechos civiles. Puede nombrar el Tribunal un tutor para la persona y los bienes o bien un tutor para la persona y uno para los bienes.

2. El Codice civile italiano, a partir de su reforma de 9 enero 2004, distingue dos sistemas de protección: la denominada *amministrazione di sostegno* (artículo 404 Codice civile) y la incapacidad (artículos 414 y ss.) La primera es una forma de protección de la persona que se produce por efecto de una enfermedad o de una discapacidad, aunque sea parcial o temporal; la persona se ve imposibilitada de proveer a sus propios intereses, mientras que la incapacidad, que producirá el nombramiento de un tutor, afectará a los menores emancipados y los mayores de edad que se encuentran en condiciones habituales de enfermedad mental que les hace incapaces de proveer a sus propios intereses; en esta situación se procederá al nombramiento de un tutor, que representará al sometido a esta medida.

3. El Code civil francés, establece en el artículo 491 un sistema de protección del mayor de edad que por una de las causas previstas en la ley, necesita estar protegido en los actos de la vía civil. Reconoce que conserva el ejercicio de todos sus derechos. Este sistema recibe el nombre de *sauvegarde de justice*. Prevé también la tutela (artículo 492) para los casos de un mayor que tenga necesidad de ser representado de forma continuada en todos los actos de la vía civil. En general, considera que se trata de mayores de edad protegidos por la ley. Esta regulación proviene de la modificación del Code

realizada por la ley núm. 68,5 de 3 de enero de 1968.

4. El BGB reformó en 1998 las cuestiones relacionadas con la capacidad; cuando se trata de mayores de edad, el § 1896 (i) establece (traducido) que «si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o una discapacidad física, psíquica o mental no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas, a petición suya o de oficio, le nombra un asistente legal. [...] Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal sólo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad»; a continuación el § 1902 BGB establece: «representación del asistido. Dentro del ámbito de sus funciones, el asistente legal representa al asistido en juicio y fuera de él».

De este repaso se puede llegar a la conclusión que, aunque utilizándose distintos nombres, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno establecen sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle. Estos sistemas tienen una intensidad variable, pero siempre prevén que en aquellos ámbitos en los que se establezca la medida de protección, el asistente o tutor representará al incapaz. Y vienen a coincidir, aunque con nombres diversos, en los tres grados de protección previstos en el Código Civil español y explicitados en el Fundamento Jurídico 5 de esta sentencia.

D) Los sistemas de protección.

Otra cosa distinta es si el sistema de protección debe ser o no rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección.

Esta Sala, en la ya citada Sentencia de 5 de marzo de 1947, entendió que la ley entonces vigente tenía una laguna, cuando no permitía regular los efectos de la debilidad o el atraso mental como distintos de los de la demencia o locura, laguna que colmó ajustando la extensión de la tutela al grado de intensidad con que se manifiesta en cada caso la perturbación, sentencia que fue seguida por las de 13 de mayo de 1960, 25 de marzo de 1961, 17 de abril de 1965 y 6 de febrero de 1968. La reforma del Código de acuerdo con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, introdujo un sistema proteccionista, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida. Desde entonces se viene sosteniendo por la jurisprudencia y la doctrina que la incapacidad sólo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales

del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema de protección. La ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, introduce un nuevo sistema de protección, sin incapacitación, para personas en razón de su discapacidad, con relevancia en el ámbito del Derecho civil; este sistema no depende, pues, de la incapacitación, ni constituye un estado civil y se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% (artículo 2.2).

La STC 174/2002, de 9 de octubre, dice que «En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (artículo 199 del CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 de la LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (artículos 199 y 200 del CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación [...]. La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».

De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Ésta es la única posible interpretación

del artículo 200 del CC y del artículo 760.1 de la LEC.

2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

E) Los motivos del recurso de casación.

De acuerdo con los anteriores argumentos, se van a examinar los motivos del recurso de casación interpuesto por doña Victoria, a través de la representación otorgada a sus hijos don Carlos Alberto, doña Ariadna y don Juan Antonio y al amparo del artículo 477.2, 3 de la LEC.

El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 199, 200 y 215.1 del CC y la doctrina de las Sentencias de la Sala 1.ª de 31 de diciembre de 1991, 30 de octubre de 1994 y 16 de septiembre de 1999, así como las de 10 de febrero de 1986, 19 de febrero de 1996, 19 de mayo de 1998 y 28 de julio de 1998. Dice que la declaración de incapacidad vulnera en la práctica el principio de protección y respeto de los derechos de la presunta incapaz, lo que debe inspirar siempre la actuación judicial. La resolución no se fundamenta realmente en el estado de la recurrente, ya que reconoce que por sí solo no es determinante de la incapacidad, sino que se fundamenta en criterios accesorios, como «su importante patrimonio, la situación de conflicto entre los hijos y el otorgamiento de un poder general a favor de tres de sus hijos, para administrar sus bienes y negocios», por lo que podrían arbitrase otros medios diferentes. A juicio de la recurrente la incapacitación no debe basarse en criterios de conmiseración de la persona, que no son aceptables, ya que sólo debe basarse en la situación de incapacidad.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida establece de una forma clara y precisa los fundamentos de la incapacitación, de acuerdo con las pruebas practicadas, que se han resumido en el Fundamento primero de esta sentencia. Los argumentos relativos al patrimonio y a la situación de conflicto familiar se utilizan a mayor abundamiento, lo que queda demostrado al resumir las razones por las que se mantiene la medida de incapacitación.

El tercer motivo denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 215.2, 222.2 y 287 del CC, así como la doctrina de diversas sentencias que cita. En definitiva, entiende que no se ha aplicado

la curatela, que se dirige a la protección de aquellas personas que no se encuentran incapacitadas, pero que en atención a su grado de discernimiento, requieren un complemento de su capacidad. El tutor suplente a la persona y sustituye la voluntad del pupilo, pero de acuerdo con los informes, entiende que en este caso no debería haberse establecido la incapacitación total, sino que sólo cabría adoptar medidas sobre la administración de los bienes, sin condicionar la libertad para regir su persona y bienes; además, entiende que se infringe el principio, de acuerdo con el que debe determinarse la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de la tutela, por lo que no se ha actuado conforme a los informes periciales.

Este motivo se desestima.

Queda acreditado en la prueba practicada que doña Victoria está afectada por una incapacidad total y permanente que limita funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes. Tal como se ha argumentado en los anteriores Fundamentos, la incapacitación, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y por tanto, se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas del entorno. En consecuencia no es posible someter a una persona que sufre las limitaciones que quedan probadas en el presente procedimiento a una medida cautelar como es la curatela, que es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 289 del CC; la curatela es un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad. Los argumentos de los recurrentes se enfrentan con las pruebas realizadas en el procedimiento que determinaron la falta de capacidad de la ahora recurrente, de modo que la medida de protección adecuada es el nombramiento de tutor. Y como se ha afirmado antes, no se trata de medidas discriminatorias, sino que se deben tomar para adaptar la medida de protección a la situación de la persona, ya que sólo en los casos de falta de capacidad deberá tomarse la medida más drástica, que implica representación.

El cuarto motivo del recurso de casación denuncia la infracción, por aplicación, del artículo

322 del CC y los artículos 10.1 y 23.1 de la CE, según doctrina establecida por sentencias de esta Sala, que cita. Se refiere a que siendo la incapacitación la supresión o restricción de la capacidad de obrar que tiene un sujeto, debe seguirse el oportuno procedimiento y basarse en las causas que la ley determina. Las causas son aquellas que impiden a una persona gobernarse por sí misma, no las enfermedades que no afecten a la capacidad. Además, entiende que la sentencia vulnera la jurisprudencia de esta Sala configurada en las Sentencias de 31 de diciembre de 1991, 30 de diciembre de 1995, 9 de junio de 1997, 16 de marzo de 2001 y 15 de octubre de 2001.

El motivo no se estima.

Las causas de incapacidad están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a diferencia con lo que ocurría en la antigua redacción del Código Civil, no existe una lista, sino que el artículo 200 del CC establece que «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Es evidente que el artículo 322 del CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en Sentencias de 19 de mayo de 1998, 26 de julio de 1999, 20 de noviembre de 2002, 14 de julio de 2004; como afirma la Sentencia de 28 de julio de 1998, «[...] para que se

incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico [...] lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma».

Finalmente, el quinto motivo señala la interpretación errónea de los artículos 234, 235 y 236 del CC y las Sentencias de 17 de marzo de 1893, 28 de junio de 1913, 4 de octubre de 1984 y 22 de julio de 1993, relativas al nombramiento del tutor. Señala que no se han tenido en cuenta las relaciones de la tutelada con las hijas a quienes se nombra tutoras de la persona y que según el artículo 236 del CC, la tutela se ejercerá por un solo tutor. Si bien nadie ha cuestionado el nombramiento de doña Ariadna, ni el del administrador de los bienes, se considera que el criterio de designar a doña Victoria como contrapeso entre los dos grupos familiares puede trasladar a la enferma los enfrentamientos, con lo que se produciría un perjuicio a la recurrente.

El motivo no se estima.

El artículo 234 y el artículo 235 del CC contienen una norma abierta en cuya virtud el juez debe proceder al nombramiento de tutor teniendo en cuenta siempre el beneficio del incapacitado, que debe ser apreciado libremente por el Juez teniendo a la vista de las circunstancias del caso. Lo mismo debe señalarse respecto al fraccionamiento de la tutela entre la protección de la persona y la administración de los bienes, que ha sido tomada con estos parámetros y, por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 236.1 del CC.

UNIONES DE HECHO

Nulidad por simulación de la compraventa concertada entre dos convivientes de hecho no considerándose que existiese ninguna donación remuneratoria encubierta.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. don Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Domingo, doña Rosaura y don Leovigildo promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra doña Lorena, que fue pareja de hecho de don Leovigildo, en la que se solicitaba que dicte sentencia declarando: «a) En relación a la finca registral inscrita en el Registro de Propiedad de

Mahón al Tomo NÚM000, folio NÚM001, finca NÚM002 y descrita en el Hecho Segundo de esta demanda, el contrato de compraventa otorgado ante el Notario de Mahón don José Víctor Lanzarote Llorca en fecha 8 de agosto de 1994, constituye una simulación absoluta por falta de causa y es nulo de pleno derecho. b) Que la puesta a nombre de las acciones y de las participaciones sociales descritas en el Hecho Segundo de esta demanda mediante el otorgamiento de las pólizas de contrato mercantil de compraventa de valores y de participaciones sociales suscritas y formalizadas ante el Corredor de Comercio don Florentino en fechas 1 y 7 de septiembre de 1994, constituyen una simulación absoluta por falta de causa y son nulas de pleno derecho, siendo don Paulino su único y real propietario. c) La nulidad de todos los asientos registrales que se hubieran efectuado a favor de doña Lorena en el Registro de la Propiedad en relación a la finca objeto de este litigio. d) La nulidad de todos los asientos registrales que se hubieran efectuado a favor de doña Lorena, tanto en el Registro Mercantil en su caso, como en los libros sociales de las entidades mercantiles «CENTRO COMERCIAL SAN JAIME, SA», «LUMER, SL» y «SIMÓN VIDAL, SL». e) Subsidiariamente y para el improbable caso que se entendiera la existencia de una subyacente donación encubierta, se declare su nulidad por la falta de requisitos para la donación, y por la ilicitud de la causa. d) Se declare que los bienes objeto del presente litigio y descritos en el Hecho Segundo de esta demanda forman parte del caudal relicto de don Paulino. Y en su virtud, se condene a la demandada 1.º A estar y pasar por las anteriores declaraciones; 2.º A otorgar y realizar todos los actos que, en su caso, sean necesarios hasta lograr la total inscripción registral de la finca registral NÚM002 y de las acciones y participaciones sociales de las entidades referidas en esta demanda en su Hecho Segundo, a favor de su auténtico titular dominical y en el presente a sus legítimos herederos, mis representados, en el Registro de la Propiedad de Mahón en cuanto a la finca y los demás registros o libros de sociedades en cuanto a las participaciones sociales y acciones. 3.º Al pago íntegro de las costas que genere el presente proceso».

- ⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, contestó oponiéndose a la misma, principalmente refiriéndose a la existencia de donación remuneratoria, y, suplicando al Juzgado, que en su día dicte sentencia por la que rechace todos los pedimentos de la parte actora incluido el que se contiene en la petición subsidiaria, con imposición de costas a los demandantes.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mahón dictó Sentencia el 3 de marzo de 2003 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Baleares dictó Sentencia el 30 de octubre de 2003 estimando en parte el recurso interpuesto por los actores y revocando en parte la sentencia en lo relativo a las costas no efectuando pronunciamiento sobre las costas procesales de la primera instancia.
- ⊙ Don Domingo, doña Rosaura y don Leovigildo interpusieron recurso de casación y por infracción procesal siendo estimado el primero por el Tribunal Supremo que estimó la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso por infracción procesal

El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal acusa la transgresión del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Ci-

vil 1/2000), en relación con los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, por vulneración del principio de la congruencia, por cuanto que la sentencia impugnada sostiene que los negocios jurídicos objeto de este proceso son nulos como compraventas, aunque encubren donaciones remuneratorias válidas,

sin embargo la cuestión litigiosa versa sobre una acción de simulación absoluta por inexistencia de precio en sendos contratos de compraventa sobre una finca y acciones y participaciones en sociedades, celebrados entre el difunto padre de los actores y la demandada, y en el suplico del escrito inicial fue solicitada su declaración de nulidad absoluta por simulación y falta de causa, y, subsidiariamente, en el caso de que se entendiera la existencia de una subyacente donación encubierta, se acordare su nulidad por la omisión de los requisitos necesarios y la ilicitud de la causa, no obstante la resolución recurrida ha confirmado el pronunciamiento de la del Juzgado sobre la no satisfacción del pago del precio, siquiera parcial, y en vez de declarar la nulidad de pleno derecho de las compraventas por falta de causa, manifiesta que encubren una donación remuneratoria, por lo que estamos ante el supuesto de simulación relativa, es decir, la Sala de instancia acoge la simulación, e, igualmente, establece la validez del negocio disimulado, como donación encubierta; por consiguiente, este pronunciamiento es incongruente e incompatible con la postura mantenida por la demandada, según el cual los negocios jurídicos constituían auténticas compraventas, y, por tanto, no es lícito desde el punto de vista procesal, pues no fue opuesto en la contestación a la demanda, tampoco se articuló como excepción de fondo, ni se reconvino en tal sentido; también, la sentencia de apelación justifica su pronunciamiento con la manifestación de que fueron los demandantes quienes introdujeron el tema de la posible existencia de una donación disimulada, pero ello no es así, y lo único que pretendían con tal petición subsidiaria era anticiparse a una de las factibles posturas a plantear en la contestación, e incumbía a la litigante pasiva la alegación y prueba de que dichas ventas escondían auténticas donaciones, y los esfuerzos de ésta van dirigidos en vano a demostrar que realmente compró y pagó parte del precio, lo que destruye la hipótesis de que todos los bienes fueran donados en su integridad.

El motivo se desestima. Esta Sala tiene reiteradamente declarado que las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (entre otras, SSTs de 26 de julio de 1994, 25 de enero de 1995, 24 de enero de 2001, 11 de julio de 2007 y 3 de febrero de 2008), y, aunque esta doctrina presenta algunas excepciones, como las relativas al supuesto de que el sujeto pasivo se hubiera conformado total o parcialmente con la pretensión de la actora; se dejaron de resolver peticiones oportunamente deducidas por los litigantes; se alterara la *causa petendi* o el supuesto

fáctico de la cuestión debatida; se transformara el problema litigioso; cuando la absolución se produjera por haberse apreciado una excepción no alegada ni susceptible de acogimiento de oficio; o se utilizaran argumentos distintos de los alegados por las partes en el caso de que ocasionaran indefensión; ninguno de los supuestos excluyentes concurren en el presente caso.

Obra en las actuaciones que en el *petitum* de la demanda se solicita subsidiariamente que, para el caso de que entendiera la existencia de una subyacente donación encubierta, se declare su nulidad por la falta de los requisitos formales para la donación y la ilicitud de la causa, e, igualmente en el fundamento de derecho tercero de la contestación a la demanda se dice que «si se pensara que alguna de las compraventas de las hechas por la Sra. Lorena fuese dudosa, cabía perfectamente considerar la existencia de la donación remuneratoria, en atención a todo lo expuesto sobre su cuidado, dedicación y abnegación durante años a don Paulino. La escritura de compraventa cubriría plenamente el requisito de forma y la causa sería precisamente el servicio o beneficio que se remunerara (...)», y en el suplico de la contestación se interesa que «se rechacen todos los pedimentos de la parte actora incluido el que contiene la petición subsidiaria».

Desde la óptica expuesta en el párrafo precedente, es obvio que ha existido correlación o armonía entre las pretensiones de los litigantes deducidas oportunamente en el pleito y la parte dispositiva de la sentencia recurrida, la cual no cabe tachar de incongruente.

2. Recurso de casación.

El motivo primero del recurso de casación denuncia la infracción de los artículos 1274, 1275, 1276 y 1261.3, en relación con los artículos 619 y 622, todos del Código Civil, puesto que la sentencia de apelación conculca los citados preceptos al declarar que los negocios jurídicos objeto del procedimiento son donaciones remuneratorias, en respuesta a la gratitud por los cuidados físicos, atenciones y cariño recibidos, que a través de la liberalidad se persiguió compensar, de lo que deduce el *animus donandi*, pero dicha afirmación olvida que la demandada ha mantenido que se trataba de auténticas compraventas, que se pagó parte del precio en dinero y el resto como remuneración por los cuidados y cariño facilitados, sin la concurrencia de los requisitos necesarios para declarar la validez de la donación remuneratoria especialmente el *animus donandi* disimulado por el contrato de compraventa; y señala que 1.º, la primera transgresión de la decisión recurrida de las normas referidas es la de considerar que no se trata de un supuesto de *nuda simulatio*, sino de una simulación relativa, encubri-

dora de una donación remuneratoria, pese a que la argumentación de la demandada, quien tenía que alegar y probar que nos encontramos ante una figura jurídica de esta naturaleza, incurre en la contradicción interna de considerar el negocio jurídico como una verdadera compraventa, pagada parte en dinero y parte en servicios; 2.º, no se ha demostrado la presencia de una asistencia a remunerar para dar soporte aparente a una donación remuneratoria y tampoco se han cuantificado, sino que aparece acreditado que doña Lorena era secretaria de don Paulino y cobraba los emolumentos correspondientes, por lo que las atenciones prestadas en los años de colaboración y amistad ya fueron debidamente remuneradas; 3.º, los negocios jurídicos objeto del juicio han sido otorgados para defraudar los derechos de los acreedores, y 4.º, los actos posteriores del donante permiten concluir que no hubo donación y evidencian la falta de *animus donandi*.

El motivo se desestima. La STS de 22 de diciembre de 2000 manifiesta que es procedente traer a colación la doctrina casacional emanada de las sentencias de esta Sala, que establece la inoperancia o inconsistencia casacional cuando se invocan preceptos de diferentes supuestos a regular, lo que da lugar a una confusión en su análisis y posible indefensión en la contraparte (por todas, SSTS de 23 de junio y 21 de julio de 1994) —en este caso se combinan preceptos sobre la causa de los contratos, las donaciones hechas a una persona por sus méritos o servicios prestados al donante y los regímenes de las donaciones con causa onerosa y de las remuneratorias—.

Por otra parte, la sentencia recurrida ha declarado lo siguiente: «Después de la abundantísima prueba sobre los muchos servicios prestados por la demandada doña Lorena a don Paulino, padre de los actores, a lo largo de un período de tiempo tan dilatado como son 26 años y así como la convivencia *more uxorio* entre quienes aparecen como vendedor y compradora, convivencia prolongada durante largos años hasta el fallecimiento del vendedor, que han sido convenientemente descritos por la sentencia de instancia, configuran de una manera sólida la existencia y legitimidad de la causa de la donación (SSTS de 15 de mayo y 2 de junio de 1983, 24 de febrero de 1986, 1 de julio, 5 y 10 de noviembre de 1988 y 23 de septiembre de 1989).

La donación respondió a la gratitud por los cuidados físicos, atenciones y cariño recibidos, valores que en la sociedad moderna tienen un alto grado de estima y consideración, y a través de la liberalidad se persiguió recompensar los servicios y beneficios recibidos y encargados (artículos 618, 619 y 1274 del Código Civil), por lo cual el argumento de la apelante se convierte en mero deseo que ha de merecer el rechazo de la Sala, sin que se le vea

la relevancia que sostiene, en contra de la sentencia, al subapartado del motivo referido a la nota de don Paulino a su Letrado Sr. Monjo Cerdá sobre el destino de sus bienes; y que el otro subapartado del motivo sobre la voluntad de sustraer los bienes a los acreedores no pasa de ser otro mero deseo de la actora a la vista de la ausencia de prueba alguna sobre voluntad de sustraer nada, a unos inexistentes acreedores».

Se hace supuesto de la cuestión en el motivo al soslayar los hechos probados en lo concerniente a la voluntad de sustraer los bienes a los acreedores, y, a partir de una construcción propia y unilateral de la parte recurrente, se extraen consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con la prueba.

El motivo segundo de casación reprocha la transgresión del artículo 633 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, contenida en las Sentencias de 24 de junio y 2 de diciembre de 1988, 27 de diciembre de 1989 y 1 de octubre de 1991, las cuales sientan que una donación disfrazada bajo la apariencia de compraventa es nula, aunque ésta conste en documento público respecto a los inmuebles, por carecer del requisito de forma exigido en el precepto señalado como vulnerado, al entender que el consentimiento y la causa manifestados ante Notario y autorizados por éste, si están dirigidos a un contrato oneroso, no pueden servir para llenar las exigencias formales de un acto de liberalidad, ya que no hubo escritura pública (la única otorgada fue la de compraventa de un inmueble), ni aceptación de la donataria.

El motivo se estima. Es cierto que, al examinar la causa del negocio y la sanción contemplada en los artículos 1275 y 1276 del Código Civil, la doctrina jurisprudencial ha distinguido entre la simulación absoluta —caracterizada por un inexistente propósito negocial por falta de la causa—, y la relativa —en los casos donde el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado— (por todas, STS de 22 de marzo de 2001); y, asimismo, esta Sala ha manifestado que la nulidad de una compraventa por simulación relativa de la causa, no priva *per se*, de eficacia jurídica a la donación encubierta, en cuanto la auténtica voluntad negocial, disimulada bajo la apariencia de una compraventa sin precio, y encuentra su causa verdadera y lícita en la liberalidad del donante (entre otras, SSTS de 29 de enero de 1945, 16 de enero de 1956, 15 de enero de 1959, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 19 de noviembre de 1992, 21 de enero y 20 de julio de 1993, 14 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 1999).

No obstante, la posición actual, plasmada en la sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supre-

mo, constituida en Pleno, mediante sentencia de 11 de enero de 2007, ha declarado lo siguiente: «Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El artículo 633 del Código Civil, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos.

Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El artículo 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico.

La no aplicación de la forma sustancial a la donación remuneratoria no puede basarse en su tratamiento legal por la normativa de los contratos en la que impera el principio de la libertad de forma. El artículo 622 sólo ordena que las remuneratorias se sometan a las normas de la donación en lo que “excedan del valor del gravamen impuesto”, es decir, aquella normativa de los contratos regirá hasta la concurrencia del gravamen. El precepto es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que por definición (artículo 619) no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles. Ciertamente que la doctrina científica ha discutido sobre el alcance de las incompresibles palabras del legislador respecto a las

remuneratorias, pero las diferentes posiciones que se propugnan no pasan de consideraciones doctrinales en modo alguno unánimes. En el terreno de la aplicación del derecho, no es posible la conjugación de los artículos 619 y 622, en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria con una donación modal. Es en ésta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria».

Posteriormente, las SSTS de 26 de febrero de 2007 y 5 de mayo de 2008 han mantenido idéntica posición que en la reseñada de 11 de enero de 2007.

La estimación del motivo segundo del recurso de casación determina la casación parcial de la sentencia recurrida, que se anula, con revocación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mahón en fecha de tres de marzo de dos mil tres, que aquélla confirmó en grado de apelación. Procede estimar parcialmente la demanda formulada por don Domingo, doña Rosaura y don Leovigildo contra doña Lorena, en lo relativo a la finca registral inscrita en el Registro de Propiedad de Mahón, al Tomo NÚM000, Finca NÚM002, descrita en el hecho segundo de la demanda, pues el contrato de compraventa otorgado ante el Notario de Mahón don José Víctor Lanzarote LLorca en fecha de 8 de agosto de 1994, constituye una simulación absoluta por falta de causa y es nulo de pleno derecho, como también declaramos la nulidad de los asientos registrales que se hubieran efectuado a favor de doña Lorena en relación con el inmueble objeto de este recurso. Desestimamos las demás peticiones formuladas en el *petitum* del escrito inicial, concernientes a la puesta a nombre de la demandada de las acciones y participaciones sociales descritas en el hecho segundo de la demanda, mediante el otorgamiento de las pólizas de contrato mercantil de compraventa de valores y de participaciones sociales suscritas y formalizadas ante el Corredor de Comercio don Florentino en fechas de 1 y 7 de septiembre de 1994, toda vez que el artículo 633 del Código Civil, único precepto utilizado en el motivo segundo de recurso de casación, el cual ha sido acogido, hace referencia a la donación de la cosa inmueble, sin que incluya las acciones y participaciones sociales, que no tienen dicha naturaleza.

SUCESIONES

Hay que respetar la voluntad del causante que incluyó en el testamento una relación de bienes que debían adjudicarse a cada uno de los hijos, no pudiendo atacarse la partición realizada por el contador-partidor nombrado por el causante, por considerar que los bienes adjudicados tienen menos valor, ya que el testador contempló la posible desigualdad imputando lo que pueda favorecer a un hijo al tercio de libre disposición.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2009

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Rafael, fallecido en estado de viudo el día 30 de diciembre de 1999, había otorgado testamento ante notario el día 10 de julio de 1989 en cuya cláusula segunda instituía herederos (sin decir «por partes iguales») a sus hijos, el actual recurrente en casación y demandante en la instancia don Guillermo y a sus hijas doña Margarita y doña Encarnación, con el siguiente texto literal: «Segunda.—Instituye únicos y universales herederos de todos sus bienes, créditos, derechos y acciones a sus tres hijos doña Margarita, y doña Encarnación, conocida por Encarnación y don Guillermo, con derecho de sustitución en favor de su respectiva descendencia».

⊙ En la cláusula sexta del citado testamento nombraba albacea contador-partidor «con las más amplias facultades» a doña Ana. Además de ello, en la cláusula tercera dispone: «Tercera.—Ordena y es su voluntad que la partición de sus bienes y adjudicación de los mismos, si dichos bienes que se diga pertenecieran al testador, se haga en la siguiente forma: A) A su hijo don Guillermo, los siguientes bienes: (relaciona una serie de bienes inmuebles: locales comerciales y fincas rústicas y una cantidad en metálico). B) Y a sus hijas doña Margarita y doña Encarnación, conocida por doña Encarnación, por mitad y pro indiviso los siguientes bienes: (relaciona una serie de fincas urbanas y rústicas, el ajuar de la casa) y finalmente: 6.º Asimismo se adjudicará a sus nombradas hijas por mitad el resto de bienes que pudiera dejar y que no han sido relacionados». La cláusula cuarta remacha las anteriores disposiciones: «Cuarta.—Es voluntad del testador, y por tanto y ordena y dispone, que pagada la legítima estricta de sus hijos, con los bienes que les han sido adjudicados; se lleve a efecto todas y cada una de las adjudicaciones ordenadas, cualquiera que sea el valor de los bienes, imputándose al tercio de libre disposición o en su caso, entendiéndose como mejora a favor del hijo o hijos, que en virtud de dichas adjudicaciones pudiera resultar beneficiado».

⊙ Don Guillermo interpuso demanda de juicio declarativo ordinario contra doña Margarita y doña Encarnación solicitando que se dictara sentencia por la que «1.º Con estimación de la demanda, declare la nulidad de las operaciones particionales practicadas por fallecimiento de don Rafael por la contador-partidor doña Ana, que fueron protocolizadas por escritura otorgada ante el notario de Torrejón de Ardoz, don José María Piñar Gutiérrez, el 28 de julio de 2000, con el número 4.345 de su protocolo y ordenar la práctica de nuevas operaciones particionales en las que valorando los bienes por su valor real efectivo, se dividan los mismos por partes iguales entre los herederos, una vez computados los bienes donados (mitad pro indivisa de la casa en Torrejón de Ardoz, en la plaza mayor y la tierra en San Fernando de Henares al sitio La Cueva), adelantados a las demandadas, y los 62 millones de pesetas que fueron entregados a mi representado, en la cuenta de la partición e impo-

niendo las costas solidariamente a las demandadas si se opusieren a la demanda. 2.º Subsidiariamente para el caso de que no fuera estimada la demanda en la petición anterior de este suplico, se estime la demanda declarando haberse perjudicado la legítima de mi representada en la cantidad de 212.060.363 pesetas, condenando a las demandadas solidariamente para que opten, de conformidad con lo establecido en el artículo 1077 del Código Civil y en el plazo que prudencialmente les señale el Juzgado, entre consentir que se proceda a nueva partición o a indemnizar a mi representado don Guillermo con la cantidad expresada, que le harán efectiva bien en numerario o bien en los bienes adquiridos por las demandadas.

- ⊙ Doña Margarita y doña Encarnación 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 mediante la que desestime íntegramente las dos pretensiones del demandante, absolviendo a mis representadas de los pedimentos formulados contra ellas e imponiendo las costas del procedimiento al demandante.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Torrejón de Ardoz dictó Sentencia el 3 de diciembre de 2001 desestimando íntegramente la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 20.ª bis de la AP de Madrid dictó Sentencia el 3 de noviembre de 2004 desestimando el recurso interpuesto por don Guillermo.
- ⊙ Don Guillermo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Don Guillermo demanda a sus hermanas impugnando la partición realizada por la contadora-partidora por entender que no se han estimado los bienes del inventario por su valor real y efectivo, que no se ha respetado la voluntad del testador, que no debían excluirse bienes dispuestos en vida por el testador y por perjudicarse su legítima. La sentencia de primera instancia analiza todos los problemas con sumo detalle y desestima la demanda. Es confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid, cuya sentencia centra el tema jurídico en la interpretación del testamento y da valor decisivo a las adjudicaciones de bienes que hizo el testador; dice al respecto: «lo que el testador dijo en su testamento fue que se respetaran las adjudicaciones que realizó en el mismo, una vez pagada a cada heredero su legítima estricta y si alguno de ellos salía beneficiado ello se imputara al tercio de su libre disposición o al de mejora. Consecuentemente, el actor sólo tiene derecho a recibir una vez valorados los bienes, un tercio del tercio de legítima estricta, pues el testador dispuso en su caso del tercio de mejora entre los descendientes y del tercio de libre disposición en la forma que estimó conveniente». Asimismo, declara probado que «no se lastimó su

legítima», cuestión fáctica, incólume en casación, precisando que «tampoco aparece que se haya perjudicado la legítima estricta del actor» y concluye: «En definitiva, consideramos que no procede declarar la nulidad de las operaciones particionales practicadas por la contadora-partidora señora Ana, protocolizado el día 28 de julio de 2000, pues las mismas se ajustaron a lo dispuesto por el testador, no alterando los derechos que se derivaban de las disposiciones testamentarias, ajustándose también a la ley y respetando las legítimas, por lo que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.»

La parte demandante ha formulado contra la indicada sentencia de la Audiencia Provincial recurso de casación en el que no plantea ningún motivo sobre la interpretación del testamento, que ha constituido la base de aquélla. Contiene cuatro motivos en los que, el primero, niega que las adjudicaciones de bienes que había hecho el causante en su testamento constituyan partición del patrimonio hereditario y que sean normas vinculantes; el segundo vuelve al mismo tema, partiendo de que la institución de los hijos como herederos era por

partes iguales, frente a la que no podía prevalecer la adjudicación desigual de bienes; el tercero, igualmente, entiende que la institución hereditaria por la que el testador instituye por terceras partes iguales a sus tres hijos, no se ha respetado en la partición impugnada; el cuarto insiste en que no se ha respetado la legítima del recurrente, ya que el testador no dispuso expresamente de la mejora a favor de ninguno de sus hijos.

La cuestión de derecho esencial, base jurídica del presente litigio, que se plantea a la Sala es la naturaleza y eficacia de las adjudicaciones de bienes que, a modo de normas particionales, hace el testador. La respuesta casacional se da en tres partes.

La primera, es la reconocida e indiscutible soberanía de la voluntad del testador en la disposición *mortis causa* de su patrimonio: es el verdadero fundamento de la sucesión testada que se basa en el principio de la propiedad privada en cuanto transmisible *mortis causa* y en el principio de la autonomía de la voluntad, ambos reconocidos en la Constitución Española, artículo 33.1 y deducidos del artículo 658, primer párrafo, primer inciso, del Código Civil. Lo que tiene el límite a la facultad de disponer *mortis causa*, establecido en el artículo 808 del Código Civil que es la legítima, que es intangible cuantitativamente y cualitativamente, conforme añade el artículo 813.

La segunda es que la partición es la división del patrimonio hereditario que puede ser hecha por el testador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1056, primer párrafo, del Código Civil con lo que no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita. Lo que es distinto al caso en que ordena que determinado bien o que determinados bienes, muchos o pocos, se adjudiquen a unos u otros de sus herederos, incluyéndose en la porción que deba percibir cada uno de ellos (es el caso que contempla la Sentencia de 7 de septiembre de 1998), por lo que se dará la comunidad hereditaria, que deberá dividirse por medio de la partición encomendada, en el caso presente, a un contador-partidor. Es decir, este caso no es una partición hecha por el testador.

La tercera, que es que estas disposiciones o adjudicaciones, verdaderas normas particionales, son obligatorias, de obligado cumplimiento, a salvo en todo caso las legítimas. Es decir, consecuencia de los puntos anteriores, se da la obligatoriedad de las disposiciones particionales del testador. Así se desprende de la Sentencia de 25 de enero de 1971 y reitera la de 8 de marzo de 1989 que afirma, esta última, que las adjudicaciones deben respetarse dentro de los límites legales, aunque no se puedan calificar como partición, reservando la práctica de las operaciones particionales respecto de los demás bienes al contador-partidor nombrado de forma expresa. Lo cual ya lo habían declarado las senten-

cias de 9 de marzo de 1961 y 15 de febrero de 1988, que insisten en que las disposiciones del testador serán vinculantes en tanto en cuanto no perjudiquen la legítima.

Aplicando lo anterior al caso presente, aparece una voluntad inequívoca del testador, soberano de su propia sucesión *mortis causa*, que partiendo de la institución de herederos a favor de sus tres hijos (cláusula segunda) no hace por partes iguales, sino que atribuye una serie de bienes al hijo varón (demandante y recurrente) y otra serie, por mitad y pro indiviso, a las hijas, a favor de las cuales dispone también del resto de sus bienes (cláusula tercera) y la desigualdad la deja clara cuando la contempla expresamente (en la cláusula cuarta) imputando las que puedan favorecer a uno u otras de los hijos al tercio de libre disposición o entendiéndose como mejora. Del resto no adjudicado, pero respetando siempre sus disposiciones, nombra a una abogada (en la cláusula sexta) como albacea, contadora-partidora con las más amplias facultades. Y, en todo caso, respetando la legítima, que la sentencia de instancia ha declarado que no se lastimó. En definitiva, el hijo varón, demandante y recurrente en casación, se ha sentido discriminado y perjudicado, pero lo ha sido por disposición expresa, clara y correctamente interpretada en la instancia, por el testador, que le ha respetado su legítima estricta.

De lo anterior se desprende el rechazo del recurso de casación. El motivo primero se formula al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del párrafo primero del artículo 1056 del Código Civil en cuanto contempla la partición hecha por el testador y la eficacia de la misma: ... se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. En el desarrollo del motivo se mantiene que lo hecho por el testador no se trata de una verdadera partición, lo que es cierto, por lo que las adjudicaciones que hace el mismo «no pasan de ser unas normas generales o indicaciones ...», lo que no es cierto. Como se ha apuntado, las normas particionales que hace el testador no evitan la comunidad hereditaria ni excluyen la partición, es decir, no es la partición hecha por el testador que contempla aquella norma, pero sí son normas vinculantes que se deberán respetar cuando se haga la verdadera partición: ésta es la doctrina jurisprudencial que aquí se reitera y que lleva a rechazar este primer motivo porque en nada se ha infringido aquel artículo, que no se aplica porque no es partición por el testador, pero sí son disposiciones obligatorias.

El motivo segundo alega la infracción del artículo 765 del Código Civil que establece la norma interpretativa de la igualdad de cuotas de los herederos que han sido instituidos sin designación de partes. Éste no es el caso de autos en que el

testador sí ha hecho designación de partes (en la cláusula tercera) y ha contemplado la diferencia de valor entre ellas (en la cláusula cuarta); claramente cuando los instituye herederos (en la cláusula segunda) elude la expresión «por partes iguales». Por ello, este segundo motivo también se desestima.

El motivo tercero cae en el mismo error que el anterior, al mantener la infracción del artículo 670, párrafo segundo, del Código Civil que proscribire la intervención decisiva de un tercero en la formación, la subsistencia o el reparto de bienes, de un testamento, en contra del carácter personalísimo del mismo (así, Sentencias de 29 de febrero de 1992, 10 de abril de 1992, 24 de noviembre de 2004). En este motivo se parte de que el testador instituyó «por terceras e iguales partes a sus tres hijos», lo cual no es cierto. El testador les instituyó en partes desiguales, lo cual ha provocado este pleito. En ningún caso la contadora-partidora fue un tercero que quebrantó la voluntad del testador, sino todo lo contrario: la cumplió fielmente. Por lo que el motivo se rechaza, al igual que los anteriores.

El cuarto de los motivos del recurso de casación alega la infracción del artículo 808 del Código Civil en cuanto establece la legítima de los hijos y descendientes, en dos tercios, en relación

con el 823 que contempla la mejora, en un tercio. Mantiene que es necesaria la atribución expresa del tercio de mejora. Aunque cabe, en ciertos casos, la mejora tácita, en el presente caso sí hubo un establecimiento de mejora (en la cláusula cuarta) al prever expresamente la imputación a la mejora si la desigualdad que estableció sobrepasaba los límites del tercio de libre disposición. Tal como dice la sentencia recurrida: «lo que el testador dijo en su testamento fue que se respetaran las adjudicaciones que realizó en el mismo, una vez pagada a cada heredero a su legítima estricta, y si alguno de ellos salía beneficiado ello se imputara al tercio de su libre disposición o al de mejora. Consecuentemente, el actor sólo tiene derechos a recibir, una vez valorados los bienes, un tercio del tercio de legítima estricta, pues el testador dispuso –en su caso– del tercio de mejora entre los descendientes y del tercio de libre disposición en la forma que estimó conveniente».

De acuerdo con ello y al no quedar infringido artículo alguno sobre la legítima, se rechaza igualmente, como los anteriores, este motivo y, por ende, el recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente, conforme al artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SUCESIONES

Nulidad de la compraventa realizada entre madre e hijo al considerarse simulada declarándose al mismo tiempo la invalidez de la donación del inmueble encubierta bajo la forma de compraventa por faltar el requisito *ad solemnitatem* de constar la donación, y no cualquier otro negocio, en escritura pública y figurar también en ella la aceptación del donatario.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2009

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ En 1978 doña Flora vendió a su hijo don Edelmiro y a su esposa doña Rosa, demandados en este pleito, la nuda propiedad sobre la mencionada finca y en 1982, el usufructo.
- ⊙ Don Edelmiro y su esposa adquirieron, además, los muebles existentes en el pazo de Ribadeo mediante escritura de compra a doña Jacinta otorgada en 1983, donde consta el precio pagado.
- ⊙ Doña Sonia falleció el 12 de marzo de 2000, habiendo otorgado testamento en 1996. En su testamento dispuso la distribución de la legítima estricta entre sus hijos por partes iguales; repartió el tercio de mejora en diversos legados entre ellos y, finalmente, distribuyó el tercio libre, atribuyendo una mitad a su hija doña Sonia y la otra mitad a sus otros hijos, excepto al demandado don Edelmiro.

⊙ En la cláusula sexta de su testamento se refería a su hijo don Edelmiro en los términos siguientes: «Quiere hacer constar la testadora que el hecho de no instituir legatario a su hijo Edelmiro de los bienes que integran los tercios de mejora y libre disposición no significa menoscabo del cariño y de la unión que siempre han tenido, sino que estima que es cuestión de elemental justicia, que confía comprenderá, habida cuenta que fue nombrado heredero de su prima Jacinta, con lo cual ha quedado muy mejorado económicamente con respecto de sus hermanos, con independencia de la cesión gratuita que la testadora hizo al mismo de la casa de Ribadeo [...] la cual manifiesta expresamente que le adjudicó sin contraprestación alguna».

⊙ Don Carlos Francisco interpuso demanda de juicio ordinario contra su hermano don Edelmiro y la esposa de éste, doña Rosa, solicitando que se dicte sentencia que contengan los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena: (A) 1.º Se declare la nulidad radical y absoluta del pleno derecho, al ser ilícita la causa, del contrato simulado de compraventa del inmueble sito en Ribadeo (Lugo) hecho constar en la escritura otorgada el 28 de diciembre de 1979 ante el Notario del Ilustre Colegio de Madrid, don Francisco Núñez Lagos, que motivó la inscripción 10.ª en el Registro de la Propiedad de Ribadeo, en la que la causante doña Sonia fingió vender a don Edelmiro, casado con doña Rosa, y para su sociedad conyugal, la nuda propiedad de la citada finca que se dice en dicha escritura. 2.º Se declare la nulidad radical y absoluta de pleno derecho, al ser ilícita la causa, del contrato simulado de compraventa del inmueble sito en Ribadeo (Lugo), hecho constar en escritura de compraventa otorgada en Madrid, por la causante, doña Sonia, el 23 de diciembre de 1982, ante el Notario del Ilustre Colegio de Madrid, don Francisco Núñez Lagos, que motivó la inscripción 11.ª en el Registro de la Propiedad de Ribadeo, de fecha 18 de enero de 1983, por la que dicha señora fingió vender el usufructo vitalicio del referido inmueble a don Edelmiro, casado con doña Rosa, y para su sociedad conyugal. 3.º Como consecuencia de los dos puntos anteriores, se dirija mandamiento al Registrador/a cancelar las inscripciones y anotaciones producidas por los referidos contratos simulados de compraventa de la nuda propiedad y del usufructo vitalicio del inmueble sito en Ribadeo (Lugo) a favor de don Edelmiro y doña Rosa. 4.º Declarar asimismo la nulidad de los contratos disimulados de donación, por tratarse de negocios jurídicos de exclusividad finalidad ilícita, en perjuicio de los derechos legitimarios de mi representado. 5.º Declarar que todos los bienes objeto de las expresadas escrituras de compraventas, así como los frutos que de los mismos hayan percibido los demandados, pertenecen y han de volver a la masa hereditaria de doña Sonia para su legal partición entre los herederos forzosos de la misma, según lo dispuesto en su testamento.

⊙ Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de don Edelmiro y doña Rosa, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... dictar Sentencia por la cual se desestime íntegramente la referida demanda, bien sea mediante estimación de las excepciones deducidas, en el caso de no ser oportunamente subsanadas de adverso, bien mediante el pertinente pronunciamiento sobre el fondo del litigio, con expresa imposición de las costas procesales a la contraparte». Don Edelmiro alegó que la finca pertenecía al patrimonio hereditario de doña Ana María, que en un testamento ológrafo nunca protocolizado, la había legado a la madre del demandante, para que a su muerte, pasara a su hijo don Edelmiro. Se efectuaron una serie de operaciones para evitar el pago de los correspondientes impuestos, razón por la que no se protocolizó el testamento ológrafo y puso de relieve que se había pagado en realidad el precio que constaba en las escrituras de venta de la nuda propiedad y del usufructo. Por tanto, a su parecer, no se trataba de compraventas simuladas y en el caso de que así se considerara, debería declararse la existencia de una donación, siempre teniendo en cuenta la voluntad de la causante doña Ana María de que la finca pasase a don Edelmiro a la muerte de su madre y legataria doña Sonia.

- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 63 de Madrid dictó Sentencia el 31 de diciembre de 2001 desestimando la demanda. La sentencia razonó que el problema se centraba en si debía o no integrarse en el patrimonio relicto de doña Sonia la finca de Ribadeo. Consideró que constaba probada la voluntad de la causante doña Ana María de que la finca pasase a ser propiedad del demandado don Edelmiro. Entendió que los precios confesados en las escrituras de venta de la nuda propiedad y del usufructo debían tenerse como ciertos, al no haber el demandante probado lo contrario, lo que también ocurrió en la compra de los muebles situados en el interior del edificio.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 21.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 1 de junio de 2004 desestimando el recurso interpuesto por don Carlos Francisco.
- ⊙ Don Carlos Francisco interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien acordó la nulidad de la escritura de compraventa y de la donación disimulada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la cláusula sexta del testamento otorgado por doña Sonia se refería a su hijo don Edelmiro en los términos siguientes: «Quiere hacer constar la testadora que el hecho de no instituir legatario a su hijo Edelmiro de los bienes que integran los tercios de mejora y libre disposición no significa menoscabo del cariño y de la unión que siempre han tenido, sino que estima que es cuestión de elemental justicia, que confía comprenderá, habida cuenta que fue nombrado heredero de su prima Jacinta, con lo cual ha quedado muy mejorado económicamente con respecto de sus hermanos, con independencia de la cesión gratuita que la testadora hizo al mismo de la casa de Ribadeo [...] la cual manifiesta expresamente que le adjudicó sin contraprestación alguna». Esta declaración era consecuencia del documento otorgado en 18 febrero 1977 entre doña Jacinta, doña Sonia y sus hijos Evangelina, Felicísima, Víctor (que no firmó), Fidela, Edelmiro, Flora, Francisca, Carlos Francisco (que no firmó), Gema, Gracia, Guadalupe y Victorino. Se transcribe a continuación el texto: «[...] las manifestaciones que en este documento se contienen y reconocen de forma indubitada los derechos y obligaciones que de ellas puedan derivarse, obligándose por el presente y para su momento a estar y pasar por cuanto se manifiesta y reconoce. A estos fines formulan las siguientes. Primera.—Con fecha 1 de julio de 1970 falleció la Excm. Sra. doña Ana María, dejando como única hija y heredera a doña Jacinta, según testamento que otorgó en Madrid el 20 de mayo de 1970, ante el Notario don Francisco Núñez Lagos, con las condiciones y limitaciones que en dicho testamento se imponían en cuanto al tercio de libre disposición. En las operaciones particionales figura incluida en dicho tercio «la casa principal de Lamas» sita en la CALLE000 núm. NÚM000 de Ribadeo (Lugo) y que figura en

el inventario general de bienes con el número 62. Segunda.— Por expresa voluntad de doña Ana María manifestada en documento privado ológrafo y formalmente conocida y reconocida por todos los aquí reunidos, legaba a doña Sonia, dicha casa de Ribadeo, sita en la CALLE000, NÚM000; y que a su muerte pasase dicha finca a su hijo Edelmiro, y si éste falleciera sin sucesión la heredara su hermana Fidela. Tercera.— Que para el cumplimiento de la voluntad de la Excm. Sra. doña Ana María, dado que el testamento privado no fue protocolizado y por circunstancias que no es preciso enumerar, se siguió el camino de otorgar una primera Escritura de venta por los albaceas testamentarios a favor de NAVITEC, SA, que fue formalizada con fecha 14 de marzo de 1973, ante el Notario de Ribadeo don Gervasio Dositeo Fernández López; y una segunda Escritura de venta otorgada por NAVITEC, SA a favor de dona Sonia, el día 12 de febrero de 1975, ante el Notario de Madrid don Félix Pastor Ridruejo. [...] Quinta.—Que en base a las anteriores manifestaciones, de la forma más solemne y formal a que haya lugar en derecho, Primero.—Todos los reunidos reconocen expresamente que, si bien la casa en la CALLE000 núm. NÚM000, de Ribadeo, figura como adquirida por compra por doña Sonia, la verdad es que fue adquirida gratuitamente para dar cumplimiento al legado constituido a su favor por la Excm. Sra. doña Ana María, habiendo sufragado todos los gastos, incluso impuestos y derechos de inscripción en el Registro de la Propiedad doña Jacinta. Segundo.—Que por la misma razón expuesta, al fallecimiento de doña Sonia pasará a ser propiedad de don Edelmiro la citada casa y jardín de la CALLE000, NÚM000 de Ribadeo, con todos sus muebles y enseres, por lo que esta finca no se computará en el haber hereditario, ni en la parte que a

don Edelmiro le corresponda en la herencia de su madre [...]. doña Jacinta, hija y heredera universal de doña Ana María, manifiesta que cuanto se expone y reconoce en el presente documento responde a la realidad y con ello se da cumplimiento fiel y exacto a la voluntad de su difunta madre».

Los argumentos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial son los siguientes a) por lo que se refiere a la compraventa, dice que «la conclusión a la que se ha de llegar valorando toda la prueba, no de forma aislada como hizo el Juez, es a declarar que no hubo precio en las ventas de la nuda propiedad y del usufructo del pazo de Ribadeo, por tanto las compraventas son nulas»; b) nos encontramos ante donaciones encubiertas, por lo que «bajo la apariencia de una compraventa lo que existió fue una donación disimulada», pero no pueden declararse nulas en virtud de lo dicho por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; c) no se desprende que hubiera concurrido ánimo defraudatorio, por lo que «son válidas y eficaces»; d) respecto a los bienes muebles, señala que «no siendo los bienes muebles antes referidos de la madre del actor no procede la nulidad porque no está legitimado para pretender su nulidad por falta de precio, ya que nunca esos bienes podrían formar parte del caudal hereditario de aquélla», y e) no está legitimado el recurrente-demandante para pedir la reducción de las donaciones.

El presente recurso de casación tiene su origen en una serie de operaciones para conseguir por una vía indirecta e inadecuada y con la finalidad de evitar el pago de los correspondientes impuestos de sucesiones, el cumplimiento de la voluntad de la causante. Por ello debe advertirse que la Sala no puede dejar de aplicar las normas jurídicas infringidas, que imponen una serie de requisitos imperativos para la validez de las donaciones y la eficacia de las disposiciones sucesorias. Este razonamiento es el que va a informar todos los argumentos que se van a exponer a continuación.

Denuncia el recurrente la inaplicación del artículo 630 del CC, indicando que el descubrimiento de la simulación no convierte la compraventa simulada en donación porque el *animus donandi* no se presume y al no haber existido aceptación de las donaciones encubiertas, se ha infringido el artículo 633 del CC por falta de su debida aplicación, por lo que no se puede pretender que valga como aceptación la de la compra que figura en la escritura de compraventa, porque la escritura ha de incorporar la aceptación de la donación o ésta debe producirse en un instrumento público similar. Por otro lado, también señala la infracción del artículo 633 del CC por falta de su debida aplicación. Entiende que las donaciones disimuladas deben ser declaradas nulas por falta de forma, porque la escritura que simula

una compraventa, aunque se trate de una escritura pública, no autoriza para cumplimentar la forma de donación, por lo que es nula la venta por simulación y la donación por falta de forma. Aunque pone de relieve la discrepancia del Tribunal Supremo en la interpretación de esta disposición, concluye en las donaciones puras y simples, como es el caso del recurso, prevalece la tesis de que la escritura pública de venta que encubre una donación no cubre la forma exigida para ésta.

Los motivos se estiman. La donación es un acto gratuito que ha sido mirado con una cierta prevención por todos los legisladores, lo que ha implicado la exigencia de determinados requisitos para su validez, como excepción al principio de la libertad de forma consagrado en la actualidad en el artículo 1278 del CC. Incluso en legislaciones más modernas se exige la forma pública para la validez de las donaciones, pudiendo ponerse como ejemplo el artículo 531-12 del Código civil de Catalunya, que establece que «las donaciones sólo son válidas si los donantes las hacen y los donatarios las aceptan en escritura pública».

Respecto de la validez de la donación encubierta, cuando ha sido disimulada por el otorgamiento de una escritura pública de compraventa, es cierto que esta Sala ha venido manteniendo una línea poco clara. Se pueden citar sentencias en las que se había negado la validez de la donación por entender que no se podía probar el *animus donandi* (STS de 1 de diciembre de 1964), o porque no constaba la aceptación del donatario por haber prestado éste su consentimiento para una compraventa y no para una donación (STS de 1 de octubre de 1991), aunque frente a ellas, son muchas las que declaran la posición contraria, es decir, la validez de la donación de inmuebles disimulada. Sin embargo, a pesar del problema planteado por la forma de las donaciones remuneratorias, la línea marcada por las sentencias más recientes con relación a las donaciones es que la escritura de venta no sirve para cubrir el requisito de la forma de la donación (SSTS de 2 de abril de 2001, 23 de octubre de 2002, 11 de enero de 2007, 4 de marzo y 5 de mayo de 2008 y 4 de mayo de 2009, por no citar sino las más recientes). Ésta es, en consecuencia, la doctrina que debe ser aplicada al presente recurso de casación.

Hemos de examinar a continuación si lo dicho en el anterior fundamento jurídico, puede o no aplicarse al concreto caso enjuiciado.

En primer lugar debe partirse de la absoluta gratuidad de la transmisión efectuada por doña Sonia a su hijo don Edelmiro. Esta gratuidad viene probada no por indicios, sino por declaraciones expresas en este sentido por las partes intervinientes en los diferentes documentos que se han resumido

en el Fundamento primero de esta sentencia y que podemos sintetizar en el sentido siguiente: a) en el documento de 1976, los firmantes reconocen que dado el origen del bien objeto de la donación y las disposiciones testamentarias que determinaban su trayectoria a la muerte de su propietaria, este bien no formaba parte de la herencia de doña Sonia, porque ésta lo había adquirido gratuitamente en cumplimiento del legado otorgado a su favor por la causante y ello a pesar de las compraventas realizadas con la empresa NAVITEC; b) en el testamento otorgado por doña Sonia se vuelve a insistir en que la casa de Ribadeo la había adquirido su hijo don Edelmiro por medio de «la cesión gratuita que la testadora hizo al mismo de la casa de Ribadeo [...] la cual manifiesta expresamente que le adjudicó sin contraprestación alguna». En consecuencia, resulta probado, como asimismo concluye la sentencia recurrida, que don Edelmiro adquirió la casa objeto del litigio de forma gratuita, no a través del negocio de compraventa que fue simulado.

Dicho esto, debe aplicarse la doctrina de esta Sala relativa a la necesidad de forma en las donaciones de bienes inmuebles, tal como dispone el artículo 633 del CC. La sentencia del pleno de esta Sala, de 11 enero 2007, declaró que «[...] una escritura de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubre no reúne para su validez y eficacia aquéllos», doctrina seguida por las siguientes sentencias: 26 de febrero de 2007, 18 de marzo de 2008, 5 de mayo de 2008, 18 de marzo de 2008 y 4 de mayo de 2009. La Sentencia de 18 marzo 2008 resume la reciente doctrina diciendo

que «[...] en cualquier caso esta Sala se ha inclinado en su doctrina más reciente por sostener la invalidez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa por faltar el requisito *ad solemnitatem* de constar la donación, y no cualquier otro negocio, en escritura pública y figurar también en ella la aceptación del donatario».

En otro motivo se señala la infracción del artículo 1955 del CC por falta de aplicación. Dice que los muebles formaban parte de la vivienda, de modo que declaradas nulas las escrituras de compraventa, debería también declararse nula la de los bienes muebles. La causante doña Sonia los había poseído, por lo que los habría adquirido en todo caso por usucapión, ya que actuó de buena fe.

El motivo se desestima. La sentencia recurrida considera probado que los muebles no pertenecieron nunca a la madre del recurrente y, en consecuencia, que no fue simulada, sino efectiva la venta de los muebles efectuada en escritura pública en 1983. El recurrente va contra los hechos probados en el recurso de casación, lo que no resulta admisible al no ser éste una tercera instancia como ha repetido constantemente esta Sala.

Al estimarse dos motivos, asume la Sala la instancia y declara nulas y sin valor por simulación las compraventas de la nuda propiedad y el usufructo realizados entre doña Sonia y don Edelmiro y su esposa y declarar asimismo nulas las donaciones disimuladas por falta de forma, si bien se mantiene la declaración de validez de la compraventa de los bienes muebles y la declaración relativa a la no imposición de las costas.

SUCESIONES

Habiendo concurrido todos los legitimados a la adjudicación y partición de la herencia otorgando al efecto la oportuna escritura pública, se desestima la acción de nulidad interpuesta por la viuda en base a que, con carácter previo a la partición, no se liquidó la sociedad de gananciales.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Dulce interpuso demanda de juicio ordinario contra doña Natalia y contra don Joaquín solicitando que se dicte sentencia por la que se declare: «a) Nulidad absoluta o de pleno derecho de la partición y adjudicación hereditarias practicadas en la Escritura de manifestación, aceptación,

división y adjudicación de herencia autorizada el 16 de septiembre de 1987 bajo la fe del Notario de Benidorm don Miguel Olmedo Martínez, con licencia del Notario entonces con residencia en Alfaz del Pi, don Antonio Enrique Magraner Duart.) b) Cancelación de las inscripciones que respecto de los bienes inventariados como caudal relicto en la escritura de referencia, y ulteriormente objeto de partición y adjudicación, figuren en los Registros de la Propiedad competentes. c) Condena a los codemandados a estar y pasar por las anteriores pretensiones a todos los efectos. d) Condena en costas a las partes codemandadas. Por otrosí solicito la adopción de la Medida Cautelar de Anotación Preventiva de Demanda».

- ⊙ Admitida a trámite la demanda, la demandada doña Natalia la contestó allanándose a ella.
- ⊙ Asimismo por la representación procesal del codemandado don Joaquín se presentó escrito oponiéndose a la demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando «se dicte sentencia en que desestimando íntegramente la demanda se absuelva al demandado de todos los pedimentos de la misma con expresa condena en costas a la parte actora».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Benidorm dictó Sentencia el 13 de diciembre de 2002 estimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.^a de la AP de Alicante dictó Sentencia el 8 de marzo de 2004 estimando el recurso de interpuesto por don Joaquín y revocando la sentencia del juzgado, se desestimó la demanda.
- ⊙ Doña Dulce interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La pretensión se dirigía contra los hijos de los cónyuges, Joaquín y Natalia, y básicamente se fundaba en el hecho de que la partición y adjudicación de la herencia había sido realizada sin que previamente se disolviera la sociedad conyugal, regida por el régimen de gananciales.

La Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Partiendo de la naturaleza imperativa de la liquidación de gananciales de los cónyuges, como paso previo para dividir la herencia de quien había sido esposo y padre de los litigantes, concluye que no se ha acreditado, como mantenía uno de los codemandados, que existiera un acuerdo previo de liquidación de la sociedad conyugal, por lo que declara la nulidad absoluta de la partición y adjudicación hereditarias realizadas a través de la escritura pública de manifestación, aceptación, división y adjudicación de herencia de 16 de septiembre de 1987.

Recurrida la Sentencia por el demandado Joaquín, la Audiencia Provincial estimó el recurso de

apelación interpuesto. A juicio de la Audiencia, todas las partes que intervinieron en la partición y adjudicación de la herencia, a saber, la viuda y los hijos del causante, expresaron su voluntad de dividir los bienes referidos en la escritura, comenzando por los propios bienes gananciales. De este modo, no cabe predicar la nulidad del acto de partición y división hereditaria, en tanto la liquidación de los bienes gananciales estaba consentida por todos los legitimados, sin que en modo alguno pueda declararse una inexistencia, al concurrir los elementos necesarios para la validez, es decir, consentimiento, objeto y causa. Finalmente, razona la Audiencia que la demandante, en todo caso, podría alegar que el consentimiento prestado estaba viciado de error, en cuyo caso se predicaría una anulabilidad del contrato. Sin embargo, siendo que la acción de nulidad caduca a los cuatro años, dada la fecha en la que se consumó la división y adjudicación y división de la herencia (16 de septiembre de 1987) y la fecha de interposición de la demanda (25 de

febrero de 2002), resulta que el plazo de caducidad ha transcurrido inexorablemente.

En el primer motivo la recurrente en casación denuncia la necesidad de la disolución de la sociedad de gananciales como paso previo a la distribución de la herencia del causante, disolución que, según mantiene la parte recurrente, no se habría producido en el presente caso, sosteniendo que, fallecido el esposo de la actora, se procedió a la liquidación y partición de la herencia entre ella y los herederos (los dos hijos de los cónyuges), sin que previamente se procediera a la disolución de la sociedad conyugal.

El motivo se desestima. Ello porque se está haciendo supuesto de la cuestión, al soslayar los hechos probados y, a partir de una construcción propia y unilateral de la parte recurrente, intentar extraer consecuencias jurídicas en oposición de lo resuelto de conformidad con la prueba (por todas, Sentencia de 27 de febrero de 2009), ya que la parte recurrente, para sustentar la vulneración de los artículos 1396 y 1404 del Código Civil cuya imperatividad defiende, obvia los hechos que se consideran probados por la Sentencia recurrida, en tanto la Audiencia, tras valorar la prueba que ha sido practicada y no sólo la escritura pública aportada como documento número 5 de la demanda, sino también los actos que actora y demandados llevaron a cabo con posterioridad, concluye que la liquidación de la sociedad de gananciales ya había sido consentida por los legitimados para ello, es decir, la viuda y los herederos del cónyuge fallecido, sin que niegue la necesidad de disolver la sociedad de gananciales para distribuir la herencia del cónyuge fallecido entre sus herederos. En definitiva, mantiene que concurrieron los elementos esenciales para la validez del acuerdo por el que se liquidó la sociedad conyugal, a saber consentimiento, objeto y causa. Por la misma razón, tampoco pueden entenderse vulnerados los artículos 6.3, 7 y 1255 del Código Civil, pues no se da el presupuesto previo

de inexistencia de liquidación de la sociedad de gananciales para ello.

En el segundo motivo del recurso se invoca la infracción del artículo 1261 del Código Civil, aunque por error mecanográfico se alude en el escrito de interposición al artículo 1691 de dicho texto legal, refiriéndose también en su desarrollo argumental a la vulneración del artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Este motivo debe ser igualmente desestimado. Y así es, pues vuelve el recurrente a hacer supuesto de la cuestión, intentando, a través del recurso de casación, una nueva e imposible valoración de la prueba que ha sido practicada, aludiendo no sólo al alcance que debe ser conferido a la escritura de división de la herencia, con referencia expresa al artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es un precepto de naturaleza procesal, sino también a la prueba de interrogatorio de las partes y a parte de la testifical, todo lo cual supone el planteamiento de cuestiones puramente procesales que exceden del ámbito del recurso de casación, dado que la valoración de la actividad probatoria se encuadra dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal.

Del mismo modo debe ser rechazada la última de las alegaciones, que constituye el tercer motivo, formulada por el recurrente, que titula como «infracción de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de pleno Derecho», y no sólo porque esta impugnación no se sustenta con la cita de precepto legal alguno como infringido, sino porque, aunque se entendiera que se invoca la infracción del artículo 6.3 del Código Civil, que se cita en su desarrollo; la cuestión que se plantea no ha sido contradicha por la Sentencia recurrida, que se limita, como ya se ha reiterado, a declarar la plena validez de la división de la herencia y por ende a negar que exista la causa de nulidad de pleno Derecho predicada por la parte actora.

UNIONES DE HECHO

A efectos de solicitar la concesión de la pensión por viudedad, la convivencia con el causante puede acreditarse a través de medios distintos al certificado de empadronamiento.

TSJ DE NAVARRA, SALA DE LO SOCIAL, SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Carmen Arnedo Díez

La representación Letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social se alza en Suplicación frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda deducida por don Luis Manuel reconociéndole el derecho a percibir la pensión de viudedad solicitada.

En el primer motivo de Suplicación se solicita la adición de un nuevo hecho probado, que sería el segundo bis, en el que se deje constancia de que se acredita mediante certificado de empadronamiento que la fallecida figura inscrita en el mismo domicilio que el actor desde el 5 de marzo de 2002 en CALLE000 NÚM001 NÚM002 y desde el 23 de marzo de 2005 y hasta el fallecimiento acaecido el 2 de diciembre de 2007 en CALLE001 NÚM003 NÚM004, según se desprende de los volantes de empadronamiento obrantes a los folios 19, 20, 21 y 22 de las actuaciones.

Pretensión revisoria que no cabe acoger pues tales circunstancias fácticas ya aparecen en el hecho probado segundo, donde además se hace constar que la convivencia ininterrumpida, estable y notoria entre el demandante y la causante de la pensión comenzó en mayo de 1999, dato de suma trascendencia, como luego se razonará, para resolver el recurso.

Por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia infracción de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que a su vez remite al artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, considerando que el certificado de empadronamiento que acredite la convivencia ininterrumpida como pareja de hecho durante los

seis años anteriores al fallecimiento de la causante constituye requisito esencial (*ad solemnitatem*) para el reconocimiento de la prestación.

Debemos comenzar recordando, como expone la Profesora Apilluelo a propósito de la prestación que nos ocupa tras la nueva Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que «se incluye en nuestro Ordenamiento jurídico de Seguridad Social, a partir del nuevo artículo 174 de la LGSS tras la Ley 40/2007, y por primera vez a las parejas de hecho como forma de convivencia en donde el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja va a poder dar origen a las prestaciones de muerte y supervivencia. Con la admisión de esta forma de convivencia y otorgamiento de efectos jurídicos en orden las prestaciones de Seguridad Social se da respuesta a una realidad social imperante en la actualidad, cuyo reconocimiento ya había sido constatado por la OIT, recurso núm. 67/1944, y, sobre todo, la núm. 131/1967, por el Consejo de Europa, recurso 88/1988, por la UE, Directiva 78/2000, e igualmente por el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales, lo mismo que por doctrina y jurisprudencia que remitía al legislador una norma de equiparación.

Supone éste un supuesto de ampliación subjetiva de la pensión de viudedad, necesario por las razones sociales y jurídicas ya apuntadas, frente a otros casos en los que la Ley 40/2007 ha restringido el derecho a la misma, como los supuestos de divorciados y anulados matrimoniales, que enseguida veremos.

La Ley 40/2007, añadiendo el número 3 al artículo 174 de la LGSS, define qué es una pareja de

hecho, porque si su objetivo es aproximar las dos situaciones de convivencia –matrimonio y pareja de hecho–, dada su invariable plena igualdad jurídica, le resulta imprescindible acotar el concepto a través de la delimitación de sus perfiles identificativos. Y así, nos dice que «se considera pareja de hecho la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes no hallándose impedidas para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años».

Por tanto, los requisitos que exige la Ley son de tres tipos: de carácter objetivo, de carácter subjetivo y de carácter formal. Los de carácter objetivo deben demostrar que se trata de una relación de afectividad análoga a la conyugal con las notas de estabilidad y notoriedad. Los requisitos subjetivos hacen relación a qué concretas personas pueden formar pareja de hecho, y, finalmente, los de carácter formal se refieren a los oportunos medios creados al efecto que acrediten la situación de pareja de hecho y el cumplimiento de los plazos mínimos como tal pareja en orden al derecho a las prestaciones de Seguridad Social...». En el mismo artículo doctrinal al analizar la retroactividad de la norma se dice que «con carácter excepcional (Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007) se prevé el derecho a pensión de viudedad cuando el hecho causante (el fallecimiento) se hubiese producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y concurran las siguientes circunstancias:

a) Que a la muerte del causante, reuniendo los requisitos de alta y cotización exigidos en el artículo 174.1 de la LGSS, no se hubiera podido causar derecho a la pensión de viudedad. Se trata, sin duda, de los supuestos de convivencia como pareja de hecho, formalizada o no.

b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida con el causante, como pareja de hecho en los términos del artículo 174.3, párrafo cuarto, primer inciso, LGSS, durante, al menos, los seis años inmediatamente anteriores al fallecimiento de éste. Como la situación de convivencia como pareja de hecho se alcanza con cinco años, se prevé transitoriamente que ese plazo esté cumplido a partir de exigir seis años, siendo el último el incluido en el plazo de solicitud de la pensión.

c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.

d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

Se trata, en definitiva, de reconocer pensión de viudedad a las parejas de hecho que demuestren una convivencia durante al menos de seis años inmediatamente anteriores al fallecimiento, con hijos en común (aunque pueden estar fallecidos o casados o conviviendo de hecho) y el beneficiario no tenga derecho a ninguna pensión contributiva de la Seguridad Social.

Se prevé también, en el párrafo señalado con la letra e) de la misma Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, que la solicitud sea presentada en el plazo improrrogable de 12 meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esa disposición».

Efectuadas estas consideraciones, para resolver el debate planteado en esta alzada conveniente resulta recordar, según se deduce del incombato relato fáctico de la sentencia, que el demandante, don Luis Manuel, y la causante, doña Angélica, tuvieron una relación como pareja de hecho estable, sin contraer matrimonio, desde mayo de 1999 sin bien hasta marzo de 2002 la causante no se empadronó en el domicilio del actor, y que doña Angélica falleció el 2 de diciembre de 2007.

Con estos antecedentes fácticos la cuestión que se plantea consiste en determinar si a los efectos de poder lucrar la pensión de viudedad solicitada de conformidad con las previsiones contenidas en la Disposición Adicional Tercera, apartado b), de la Ley 40/2007, la única forma de acreditar la convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante durante seis años es a través del correspondiente certificado de empadronamiento, como establece el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social al que se remite la Disposición Adicional mencionada o si, por contra, tal convivencia puede acreditarse a través de otros medios como admite la Magistrada de instancia en este supuesto al considerar probada la relación estable mediante el resultado de la prueba testifical y diversos documentos como el informe de reconocimiento médico de ingreso practicado a doña Angélica por el Área de Medicina Laboral del Servicio de Prevención de 9 de agosto de 2000, el informe de evaluación de salud psicosocial de 21 de agosto de 2000, la Resolución 1973/2000, de 22 de diciembre de 2000 y las nóminas de los salarios de la causante emitidos por el Gobierno de Navarra desde mayo de 1999, todos ellos enviados al domicilio sito en la CALLE000 de Pamplona.

La cuestión no es clara, sobre ella no se ha pronunciado todavía el Tribunal Supremo y sólo existe, hasta el momento, una sentencia de los Tribunales

Superiores de Justicia, concretamente de la Sala de lo Social de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 22 de abril de 2009, donde se concluye que el mero hecho del empadronamiento no supone una presunción *iuris et de iure* de convivencia, sino que es una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, por lo que no es sino un medio privilegiado de prueba. El Tribunal añade que una interpretación literal de la norma conduciría a privar a la Seguridad Social de denegar la prestación cuando existiendo empadronamiento conjunto se pudiese acreditar la ausencia de convivencia y que lo que exige la norma es acreditar una convivencia estable y notoria y para ello se regula o establece un medio probatorio privilegiado pero no excluyente de la acreditación por otras vías, al igual que podrá acreditarse por otras vías que la convivencia no se produce a pesar del empadronamiento. A mayor abundamiento se estima no puede obviarse que la Disposición Adicional Tercera regula la prestación de viudedad para unos hechos acaecidos con anterioridad a la publicación de la norma y difícilmente puede exigirse como requisitos constitutivos unos requisitos formales que la parte no podía conocer con anterioridad a su publicación.

Pues bien esta interpretación, que coincide con la mantenida por la Juzgadora de instancia

en la sentencia recurrida, también es compartida por este Tribunal considerando que, en efecto, no puede otorgarse al certificado de empadronamiento el valor de requisito *ad solemnitatem* pretendido por el Instituto recurrente como único medio para poder acreditar la convivencia estable y notoria entre el causante y el beneficiario de la pensión de viudedad durante los seis años inmediatamente anteriores a producirse el fallecimiento, puesto que, aparte de que en muchos casos el empadronamiento podría amparar situaciones fraudulentas difícilmente destruibles si se estima que estamos ante una presunción *iuris et de iure*, parece más razonable dar cabida a otros medios de justificación como aquí acontece, teniendo presente, además y como acertadamente razona la Juzgadora *a quo*, que el actor y la causante estuvieron empadronados en el mismo domicilio durante 5 años, 8 meses y 27 días, faltando apenas 3 meses y 3 días para alcanzar los 6 años de empadronamiento conjunto, que acreditan una convivencia ininterrumpida durante más de ocho años (entre mayo de 1999 y diciembre de 2007) y que tuvieron dos hijos en común, uno de los cuales nació sólo dos meses después de que la causante se empadronase en el mismo domicilio que entonces tenía el demandante.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Se aplica la ley española para decretar la separación de los cónyuges de nacionalidad marroquí teniendo en cuenta la residencia de la esposa en España y el no reconocimiento en Marruecos de la institución jurídica de la separación matrimonial.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

La pretensión relativa a la procedencia de la declaración del divorcio del matrimonio de las partes, celebrado en Marruecos, invocada en la demanda reconvenicional deducida por la demandada, por aplicación del Código de Familia marroquí LA MUDAWANA, ha sido acertadamente desestimada en la sentencia del proceso matrimonial, ante la ausencia del intento de conciliación al que se refiere el artículo 113 del Código Marroquí referenciado, y en donde debió de decidirse sobre el derecho de la mujer solicitado por la parte demandada, y en con-

creto sobre la indemnización a la mujer divorciada, institución conocida como MUT'A.

La aplicación de la ley española, en base al artículo 107 del Código Civil, frente al Código Civil marroquí, deviene de la residencia del demandante en España y del no reconocimiento en Marruecos de la institución jurídica de la separación matrimonial, instada por el accionante, a la que en consecuencia deberá aplicarse las prescripciones legales del artículo 81.2.º del Código Civil español, tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Debe aplicarse la legislación española para resolver el divorcio dado que la residencia en Milán que siguió a la celebración el matrimonio apenas llegó a dos meses y medio, fijándose posteriormente la residencia en nuestro país.

AP ASTURIAS, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Tuero Aller

Mayores dificultades plantea determinar cuál sea la legislación aplicable en el presente caso. Establece el artículo 107.2 del Código Civil que la separación y el divorcio se registrarán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de

la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitual-

mente en dicho estado. Añade a continuación que, en todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España y, entre otros supuestos, no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.

En el caso aquí enjuiciado el marido, don Raúl, es de nacionalidad italiana y la esposa española. Tras contraer matrimonio el 28 de julio de 1988 en Gibraltar, lo inscribieron en la oficina del Registro Civil de Milán el 16 de noviembre del mismo año. En ese momento aparecen como domicilios de uno y otra Milán y Oviedo respectivamente. El marido afirma que el domicilio conyugal siempre estuvo sito en Oviedo, donde residían cuando él disponía de vacaciones pues su profesión es profesor de instituto, que desempeña en las localidades italianas de Milán y Molfetta. Doña Soledad, por su parte, sostiene (hecho quinto de la contestación) que el matrimonio «tuvo un primer y último domicilio familiar en Milán hasta marzo de 1991» y a partir de entonces ella se trasladó a España, adonde don Raúl sólo acudía en períodos vacacionales. De estas afirmaciones se desprende ya que el dato recogido en la nota marginal extendida en la certificación de matrimonio acerca del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales en 1995, donde se alude a ambos cónyuges como residentes en Milán, no se ajusta a la realidad de las cosas, ya que tal circunstancia es negada tanto por el marido como, como se ha visto, por la esposa al contestar a la demanda. Ésta aportó asimismo un certificado de la empresa en la que trabajaba donde se indica que por motivos laborales estuvo desplazada en la sede comercial de Milán desde el 1 de enero de 1991 hasta el 17 de mar-

zo del mismo año. Los dos hijos del matrimonio nacieron en Oviedo, la mayor en diciembre de 1988, apareciendo en su certificación de nacimiento que ambos padres estaban domiciliados en Oviedo, y el menor en agosto de 1999, figurando en ésta el padre con domicilio en Italia y la madre en Avilés.

A la vista de estas circunstancias la solución más acertada a juicio de esta Sala, es la seguida por la juzgadora de instancia. A falta de nacionalidad común, el criterio a seguir es el de la residencia habitual, también común. Ésta implica, como bien razona la apelante, una estancia con vocación de permanencia o estabilidad en determinado lugar, que se constituye en el centro habitual de intereses de la pareja. Pero esa condición de una mínima estabilidad no puede predicarse del único período del que existe constancia que ambos cónyuges vivieron juntos en Milán, reducido a apenas dos meses y medio de duración. De entenderse así, con más razón habría que considerar que la residencia estaba fijada en España, adonde acudía don Raúl durante los períodos vacacionales a lo largo de muchos años y donde residían permanentemente sus hijos, de tal forma que, tanto por prolongarse en mayor medida en el tiempo, como por centrarse aquí los intereses del núcleo familiar, hasta el punto de que cabría situar en España el hogar de la familia, habría de darse prioridad a estos efectos a la estancia en territorio nacional. Y si, por resultar dudoso, no pudiera otorgarse el calificativo de residencia habitual a uno u otro lugar de los expresados, habría de acudir al criterio residual antes citado, que conduciría igualmente a la aplicación de la legislación española por ser uno de los cónyuges español y tener aquí su residencia habitual.

PATRIA POTESTAD

El padre se ha desentendido totalmente de sus hijos desde que, en el año 2000, surgió el conflicto entre los progenitores, no habiendo visto más a los hijos ni abonado cantidad alguna para sus necesidades, por lo que debe privársele de la patria potestad. Querer imputar su dejadez y abandono a conductas conspirativas de la madre, no acreditadas, carece de fundamento, sobre todo si se compagina esa tardanza en interesar el restablecimiento de las comunicaciones con el total abandono de sus obligaciones económicas.

AP MURCIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Carrillo Vinader

En cuanto al tema de la privación de la patria potestad, tampoco puede prosperar el recurso planteado. Resulta manifiesto que el padre se ha desentendido

totalmente de sus hijos desde que surgió el conflicto entre los progenitores (en el año 2000), no abonando cantidad alguna para sus alimentos, des-

entendimiento que en ningún modo puede imputar a la madre, evidenciando el total abandono de su obligación de atender las necesidades materiales de sus hijos.

Además, tampoco ha vuelto a ver a los menores. Es cierto que consta una carta de su abogado al Ayuntamiento donde residía la madre con los hijos pidiendo precisiones sobre la forma de llevar a cabo las visitas, pero es un único intento y no directamente de él para tal relación, en enero de 2003, sin que hasta la presentación de esta demanda (octubre

de 2008) haya vuelto a interesar nada al respecto, cuando la sentencia del precedente procedimiento señalaba claramente que debía hacerse a través del PEF más próximo al domicilio de la madre, resultando muy elemental el procedimiento a seguir para dar efectividad a tal pronunciamiento. Querer imputar su dejadez y abandono a conductas conspirativas de la madre, no acreditadas, carece de fundamento, sobre todo si se compagina esa tardanza en interesar el restablecimiento de las comunicaciones con el total abandono de sus obligaciones económicas.

PATRIA POTESTAD

Se deja sin efecto la privación de la patria potestad que se acordó en la sentencia de divorcio dado el interés demostrado por el padre biológico de mantener una relación con el menor, para lo que en estos momentos se considera capacitado, tanto por haber superado sus problemas personales como porque al tener el niño una edad de once años su capacidad de entendimiento para comprender las circunstancias personales de sus progenitores es superior.

AP ASTURIAS, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Nuria Zamora Pérez

En primer lugar y por lo que se refiere a la patria potestad entendida como conjunto de derechos, y fundamentalmente deberes que tiene el progenitor biológico en relación a su descendencia, su privación sólo se justifica en beneficio del menor y en los casos previstos en el artículo 170 del Código Civil, es decir por un incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, incumplimiento que ha de ser grave y reiterado. Su recuperación procede también en interés y beneficio del menor cuando hayan cesado las causas que motivaron la privación.

En el caso de autos el Sr. Jon fue privado de la patria potestad respecto de su hijo Pablo, en el juicio de divorcio y ello por el desinterés que venía demostrando dicho litigante en relación al mismo, al que no pasaba alimentos y con quien no mantenía relación personal alguna, ni tan siquiera por teléfono. En aquel proceso manifestaba el ahora apelante, según se recoge en el fundamento de derecho segundo de aquella sentencia, que por motivos personales y dificultades económicas le resultaba imposible reanudar la relación con el menor.

Situación que ha variado en la actualidad en que el apelante muestra interés en relacionarse con su hijo, contribuyendo a su manutención, aunque para ello haya sido necesario proceder al embargo de su sueldo, sin que las dificultades y penurias económicas de una persona para cumplir con sus obligaciones de contribuir a la manutención de los hijos pueda equipararse a un desinterés por los mismos. A ello debe añadirse el interés demostrado por el padre biológico de mantener una relación con el menor, para lo que en estos momentos se considera capacitado, tanto por haber superado sus problemas personales como porque al tener el niño una edad de once años su capacidad de entendimiento, para comprender las circunstancias personales de sus progenitores es superior.

Lo hasta aquí expuesto nos lleva a reponer al apelante en el ejercicio de la patria potestad, no habiendo razón que justifique el mantener su privación.

PATRIA POTESTAD

Lejos de ser infundada la privación del ejercicio de la patria potestad, responde a una serie de factores que la aconsejan en interés de los hijos; en primer lugar, por la falta absoluta de relación y comunicación del progenitor con los menores, y, en segundo lugar, debido a la gravedad de los hechos que se han puesto de relieve en las pruebas periciales, habiéndose aportado indicios de abusos sexuales que efectuó el padre hacia sus hijas, denuncia que se halla en fase de investigación.

AP ASTURIAS, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Martín del Peso

En primer término se califica de infundada la privación del ejercicio de la patria potestad acordada por la sentencia contra el apelante, ya que la orden de alejamiento derivada de unos supuestos malos tratos contra una de las hijas ha sido archivada y la fijación de la privación del ejercicio de la patria potestad con carácter indefinido provoca indefensión al apelante. En cuanto al primero de los motivos, lejos de ser infundada la privación del ejercicio de la patria potestad, responde a una serie de factores que la aconsejan en interés de los hijos; en primer lugar habida cuenta de la falta absoluta de relación y comunicación del progenitor con los menores, y en segundo lugar debido a la gravedad de los hechos que se han puesto de relieve en el transcurso del procedimiento (lo que no impide se tengan en cuenta, a tenor del artículo 752 Ley de Enjuiciamiento Civil) que las periciales pusieron de manifiesto en el acto del juicio, con exhaustiva investigación y detalle como se comprueba en la grabación de la vista (y además en el informe obrante a los folios 245 y siguientes) de los que el

juzgador dedujo el oportuno testimonio, ya que con posterioridad a los malos tratos inicialmente denunciados y que han dado lugar a la medida de alejamiento, finalmente archivada, se han producido y aportado indicios de abusos sexuales que efectuó el padre hacia sus hijas, denuncia que se halla en fase de investigación, lo que obliga a estimar que la medida acordada es ponderada y se halla sujeta, al igual que la posibilidad de una futura comunicación entre el padre y las menores, a la evolución del estado de éstas y las resultas de la investigación penal, de ahí que la sentencia con buen criterio haya pedido evacuar un informe psiquiátrico periódico a los profesionales intervinientes, uno de los cuales ha sido ya incorporado a la litis y su contenido coincide con los anteriores informes y opiniones. En consecuencia, como quiera que el artículo 92.4.º del Código Civil dispone que «el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges», no cabe sino confirmar en interés de las menores la medida adoptada.

PATRIA POTESTAD

La pretensión introducida en el juicio en cuanto a la privación de la patria potestad no puede ser atendida ya que ello originaría indefensión a la parte contraria.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

El recurso de la actora no encuentra el necesario soporte legal para poder prosperar, toda vez que: 1.º) la Juez *a quo* rechazó, con buen criterio, que por primera vez aquélla planteara en el acto del Juicio, sin haber sido objeto de la oportuna contradicción de parte, la

privación de la patria potestad del padre, argumentando en ese momento su falta de capacidad para ocuparse del hijo, con motivo de la hemorragia cerebral, derivada de aneurisma en la ACM, sufrida en marzo de 2008; decisión judicial que ha de ser mantenida en

esta alzada, en la medida en que con ello se trataba de introducir un cambio sustancial respecto de la pretensión no cuestionada sobre el ejercicio compartido

de la patria potestad, que lógicamente no podía hacerse valer, de forma sorpresiva, en el acto del Juicio, originando indefensión a la contraparte.

GUARDA Y CUSTODIA

Es cierto que el equilibrio psicológico de la madre no es óptimo, pero no está incapacitada para asumir la guarda y custodia, y la situación psicológica del padre también es mejorable. La inobservancia por la madre de lo fijado en régimen de visitas no desvirtúa esta conclusión y debe dar lugar a la adopción de las medidas oportunas en ejecución de sentencia a fin de asegurar el cumplimiento del régimen de visitas, pero no es motivo para el cambio de custodia.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don 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 material como afectivo cada uno de los progenitores, la madurez intelectual y volitiva del menor, etc.

En la época de dictarse la sentencia recurrida no estaba acreditada la existencia de un maltrato de la demandada Florinda hacia los hijos, así en el informe pericial practicado en este proceso que obra del folio 691 al 703 se afirma que el menor Diego «comenta que su madre no le pega, pero que antes de vez en cuando le pegaba cuando se portaba

mal», por otra parte en el informe obrante en las Diligencias Previas 1673/05 aportado a este proceso por testimonio (folios 513 al 524 ambos inclusive) se manifiesta que «La entrevista con Diego como se puede apreciar está llena de contradicciones y no aclaró nada la situación, porque no vimos que tuviera claro lo que realmente está sucediendo en su casa con él, además los datos emitidos por el padre y la madre no coinciden, así como los hechos que cuenta Diego». «Después de finalizar con Diego estuvimos hablando de forma informal con sus padres, y Diego al lado de su madre, llegó a decir que todo era mentira, que su madre era buena y que la quería y que su padre le había dicho que dijera la verdad» y también que «los partes de lesiones que aparecen en el expediente recogen otro tipo de lesiones, no relacionadas con las agresiones que Íñigo denuncia». En este punto hay que señalar que en la propia demanda se afirma que los menores han tenido un accidente en escaleras eléctricas (*vid.* documentos que obran a los folios 481 y 482), así como la mordedura de un perro.

En el informe pericial que obra en este proceso que tiene una metodología completa que se describe al principio del mismo y que reúne todas las garantías de imparcialidad y objetividad se afirma con respecto al padre que se ha detectado en éste un intento de manipular y enfrentar a sus hijos con su madre, que con su conducta demuestra que sus habilidades personales y sociales son escasas y que «se negó a firmar en el colegio de su hijo Diego, la posible intervención por parte del Equipo de Orientación para un tratamiento psicológico y así mejorar conductas y actitudes del menor, con lo cual está

demostrando que no tiene realmente interés en formar parte de la educación de sus hijos, y sólo intenta demostrar que Florinda lo está haciendo mal y no es una buena madre, cuando él parece un padre ausente en cuanto a sus responsabilidades parentales, o excesivamente permisivo, sin valorar el futuro de sus hijos». Es cierto que el equilibrio psicológico de la madre no es óptimo, pero no está incapacitada para asumir la guarda y custodia y la situación psicológica del padre también es mejorable.

Sentado lo anterior y aun considerando el importante papel que el demandante ha desempeñado en el cuidado y educación de los hijos y que éstos

tienen una buena vinculación con el padre, hay que concluir que la decisión de la sentencia recurrida en materia de guarda y custodia es ajustada a Derecho. La inobservancia por la madre de lo fijado en régimen de visitas no desvirtúa esta conclusión y debe dar lugar a la adopción de las medidas oportunas en ejecución de sentencia a fin de asegurar el cumplimiento del régimen de visitas, indispensable para una formación integral del menor. La desestimación de la petición de la primera parte apelante en materia de guarda y custodia lleva consigo de manera inevitable la desestimación de su petición en materia de régimen de visitas y con respecto a la atribución de uso de la vivienda familiar y pensión alimenticia.

GUARDA Y CUSTODIA

Las circunstancias concurrentes aconsejan que se atribuya a los abuelos maternos en interés del menor.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Agustín Vigo Morancho

En el presente proceso han interpuesto recurso de apelación las dos partes codemandadas, a saber: 1) La madre del menor Octavio, doña Clemencia interpone recurso de apelación y solicita: a) que se le atribuya la guarda y custodia *de iure*, mientras que la guarda y custodia de hecho la ejerzan los abuelos maternos don Gervasio y doña Milagros; y b) que se restrinja el régimen de visitas establecido a favor del padre. 2) Los abuelos paternos interponen recurso de apelación pidiendo que se restrinja el régimen de visitas a favor de la madre, manteniéndose la situación actual. Por último el Ministerio Fiscal pide la confirmación íntegra de la Sentencia apelada.

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 ejerci-

cio 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 solo uno de los cónyuges, en cuanto ello no implica la privación o suspensión de la patria potestad. En el presente caso, la situación planteada reviste un carácter especial, ya que en lugar de ejercer la guarda y custodia uno de los padres, la ejercían de hecho los abuelos maternos cuando se inició el presente proceso de divorcio, de ahí que sean codemandados del presente procedimiento. Concretamente lo que sucedió fue que en el proceso de separación los esposos pactaron que la guarda y custodia se atribuyera al padre, pactando una pensión de alimentos a favor de Octavio y con cargo a la madre. Sin embargo, dos días después de dictarse la Sentencia de separación los padres cambiaron el pacto atribuyendo la guarda y custodia a favor de la madre, con la correlativa pensión compensatoria a cargo del padre. Sin embargo, como quien realmente ejercía la guarda y custodia eran los abuelos paternos en

fecha de 17 de octubre de 2001 los padres otorgaron una Acta Notarial autorizando a los abuelos maternos al cuidado del hijo Octavio (pp. 62). No obstante, tal situación fáctica, que la Sentencia de instancia ha reconocido jurídicamente, la madre pretende que se le atribuya la guarda y custodia *de iure*, aunque la *de facto* la ejerzan los abuelos maternos. Ahora bien, no debe olvidarse que la guarda y custodia realmente constituye el contenido básico de la patria potestad, la cual conservan ambos progenitores, si bien el ejercicio concreto de las funciones de guarda y cuidado directo del menor se le concede a los abuelos maternos, ya que éstos están plenamente capacitados para atender al menor, según el informe del SATAF emitido en la instancia y el informe de seguimiento del mismo ente aportado a esta alzada. Al respecto debe indicarse que en el Informe del SATAF de la instancia (pp. 122-132) se indica: 1) que el menor tiene mayor relación con los

abuelos maternos, ya que se han sustituido los roles de los padres por los de los abuelos paternos, pues los primeros son los que actúan como verdaderos padres. 2) Los abuelos se oponen a la relación del padre con el menor; y 3) es necesaria una relación de Octavio con su padre. Por otro lado, la madre doña Clemencia padece una disminución de un grado de 81% (pp. 70), siendo ésta la razón principal por la que la guarda de hecho la ejercieron casi siempre los abuelos paternos. Atendiendo a las consideraciones expuestas debe señalarse que los dos progenitores ya conservan el resto de las funciones inherentes a la patria potestad, salvo la guarda y custodia porque las circunstancias concurrentes aconsejan que se atribuya a los abuelos maternos en interés del menor. Por lo tanto, no se aprecian razones que justifiquen una atribución de la guarda y custodia *de iure* a favor de la madre, sin perjuicio de que ésta pueda relacionarse con la menor.

GUARDA Y CUSTODIA

Se revoca la custodia compartida pues la opción más beneficiosa para el interés prioritario de los menores lo constituye la guarda y custodia materna en atención a las necesidades de estabilidad de los hijos comunes valorando el apego afectivo a la figura materna como referente de cuidado, atención y protección.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Se cuestiona en esta alzada la guarda y custodia de los hijos menores de 7 y 5 años de edad como nacidos el 28 de abril de 2002 y 14 de febrero de 2004.

La primera cuestión así suscitada relativa a la guarda y custodia de los menores habrá de ser resuelta conforme a la normativa del CC y la ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que «En todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación».

Con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.

Con tales criterios orientadores el Juzgador de la primera instancia resolvió fijar la guarda y custodia de los hijos a favor de ambos progenitores, estable-

ciendo un régimen de visitas a favor del progenitor que no esté temporalmente al cuidado de los niños.

El examen de lo actuado no revela, en líneas generales, que lo acordado en la primera instancia a la vista de las diligencias practicadas suponga la medida más beneficiosa para el interés prioritario de los hijos, y si pensamos fundamentalmente que la guarda y custodia compartida requiere para su establecimiento unas condiciones y circunstancias concurrentes en la situación familiar y los interesados, progenitores de los hijos en cuestión, definidas por los especialistas, en orden a un proyecto común, comunicación y flexibilidad, ausentes por lo general, en el conflicto familiar objeto de la contienda judicial.

En efecto, cabe paliar, compensar o desvirtuar, la disfunción o alteración del marco vital de los menores, que supone la alternancia periódica de entornos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica, en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento, que permiten un marco referencial de afinidad, para los hijos, presupuesto básico inexistente, en el conflicto y relación contradictoria resuelta en la contienda judicial, lo que hace dejar sin efecto lo acordado en la sentencia apelada de custodia compartida por cursos escolares, no solicitada por ninguna de las partes y tampoco informada favorablemente por el Ministerio Fiscal, lo que determina ya, en este punto, la revocación de la sentencia recurrida.

En efecto la normativa sustantiva impide mantener lo resuelto en la primera instancia y al no haberse acreditado, además, de forma inequívoca que la medida adoptada suponga un beneficio para el interés preferente de los hijos comunes.

De esta forma el Juzgador de la primera instancia resolvió como ya se argumentaba, fijar la guarda y custodia de los hijos a favor de los progenitores lo que al parecer de la Sala no es conforme a derecho y a las circunstancias del caso acreditadas en las actuaciones.

En efecto, el informe practicado en esta alzada indica respecto de la situación actual que el ahora recurrente considera lo más conveniente para sus hijos se siga contemplando la guarda y custodia compartida, refiriendo imposibilidad de mantenimiento de un clima de diálogo y comunicación, llevándose a efecto entregas y recogidas con dificultad.

En cuanto a las características de uno y otro progenitor señala respecto de la madre, entre otras características, «seriedad, orden y control a expensas de la flexibilidad y espontaneidad. Emocionalmente estable, con capacidad para inhibir

impulsividad, tiende a mostrarse práctica, realista, atenta a normativa y ordenada.

En sus relaciones de cuidado, aparece como una persona con capacidad para llevar a efecto atención eficaz y dar una respuesta comprometida a las necesidades del otro (cuidado responsable).

En lo que se refiere al Sr. Fructuoso se considera, entre otros caracteres, sociable, tiende a mostrarse activo, seguro y emprendedor, emocionalmente estable, práctico y ordenado, controla sus impulsos de forma adaptativa, espontáneo, animoso.

En sus relaciones de cuidado, resolutivo, receptividad y flexibilidad con aceptación de los cambios y tolerancia hacia la frustración.

En cuanto a la evaluación de los menores se informa que en su situación actual, los niños están muy bien deseando siga todo igual». en la estabilidad que han alcanzado que no se altere que sigan tan bien como están ahora.

En el colegio los niños han evolucionado bien y como conclusiones determina que se descarta en ambos progenitores presencia de patología de personalidad que les impida ostentar la guarda y custodia señalando las dificultades para el mantenimiento de un mínimo diálogo y posibilidad de acuerdo con planteamientos no coincidentes a nivel educativo, refiriendo que ambos progenitores refieren adaptación a la organización actual y relatando vivencias de figura materna próxima afectivamente que cuida, atiende y protege; necesidad afectiva de continuidad de cuidados en ambos menores. Adaptados a su situación de convivencia, aparecen preocupados por la situación y posibilidad de un cambio apreciándose congruencia entre lo manifestado y necesidades emocionales analizadas. Presencia de intereses contrapuestos en progenitores, vivido fuente de tensión por los menores especificando en cuanto a la menor Itziar la necesidad de permanencia en su situación actual que vive de forma gratificante y en la que siente cuenta con la presencia y afecto de ambos, no apreciándose necesidad de cambio.

De todo cuanto antecede la Sala considera que la opción más beneficiosa para el interés prioritario de los menores lo constituya la guarda y custodia materna, en atención a los antecedentes expuestos y especialmente a las necesidades de estabilidad de los hijos comunes valorando el apego afectivo a la figura materna como referente de cuidado, atención y protección, todo lo cual conduce a estimar el recurso que formula la Sra. Raquel y a revocar en este sentido la sentencia recurrida, debiendo adoptar las medidas consecuencia de lo anterior, en cuanto deberá –en aplicación de lo establecido en el artículo 96 del CC– atribuirse el uso de la vivienda a los hijos comunes y a la madre en los términos del artículo 93 del mismo texto legal; en

lo que se refiere a las visitas se mantienen las acordadas en la sentencia respecto del progenitor no custodio y en cuanto a la pensión alimenticia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93, 142 y siguientes del CC, la Sala considera conforme a derecho y las circunstancias acreditadas del caso fijar una pensión de 700 euros al mes que se abonarán y actualizarán en la forma prevista en la sentencia apelada cobrando vigencia esta medida desde la sentencia de primera instancia operando la primera actualización el 1 de enero de 2010, todo ello en atención a los ingresos del obligado al pago cifrados en unos 41.000 euros brutos al año (nóminas de 2093,18) y teniendo en cuenta que los hijos acuden a un centro escolar que supone unos gastos de unos 1.000 euros al mes por ambos hijos (apuntes

bancarios de 548,80 y 546,70) debiendo hacer frente la madre al gasto de una persona que asista en el domicilio para ayudar a la madre que trabaja fuera del hogar familiar percibiendo unos ingresos de unos 1.300 euros al mes, (ingresos brutos en el año 2006 de 21939,85 euros retenciones por impuestos de IRPF de 2632,78 euros y SS de 1.400,27 euros) y valorando también que el padre ha de afrontar sus gastos de alojamiento fuera del hogar familiar, y pesa sobre la vivienda, propiedad del recurrente, una hipoteca con cuota de 1041,42 euros, todo lo cual determina en este punto la revocación de la sentencia recurrida y la estimación en parte del recurso planteado. Se mantiene el resto de las medidas acordadas en la sentencia en lo que se refiere a las visitas y los gastos extraordinarios.

GUARDA Y CUSTODIA

La hija se trasladó a convivir con el padre y ha manifestado su voluntad de seguir viviendo con él en la exploración practicada en la instancia. Forzarla a convivir con uno de los progenitores en contra de su voluntad podría incluso repercutir negativamente en su integración familiar y en su formación integral.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

La recurrente, frente la estimación por la Sentencia de instancia de la demanda interpuesta por el Sr. Teodulfo en solicitud de modificación de la medida relativa a la guarda y custodia de la hija Genoveva, nacida en fecha 23 de febrero de 1994, acordada a favor de la madre en la Sentencia de divorcio de fecha 16 de febrero de 2006, con las consecuencias relativas al régimen de visitas y pensión alimenticia, solicita en esta alzada lo que queda dicho en el precedente Fundamento de Derecho, esto es, que se mantenga a ella en la guarda y custodia de dicha menor, con la obligación del padre de seguir pagando la pensión alimenticia de la misma.

Siendo así el recurso no puede prosperar.

Y es que atendida una realidad social tan cambiante cual es la propia del derecho de familia el artículo 80.1 del Código de Familia, dispone que «las medidas previstas en la sentencia pueden ser modificadas, en atención a circunstancias sobrevenidas», pero, al prever el artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que podrá solicitarse la modificación de medidas convenidas por los cónyuges siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas, de dicho adverbio «sustancialmente» empleado

por el legislador se deriva que la variación de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o, a falta de acuerdo, acordarlas, ha de ser muy importante o esencial, cuya carga de la prueba sobre su acaecimiento incumbe a quien la alega, conforme al principio general sobre la misma previsto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso de autos se observa que dicha hija pasó a vivir con el padre, como se señala en la Sentencia recurrida, en abril de 2007 y desde dicha fecha vive con él y manifestó su voluntad de seguir viviendo con el padre en la exploración practicada en la instancia, con lo que al no poder considerarse que resulte beneficioso para la misma, en cuyo interés preferente deben adoptarse las medidas que le afecten conforme a lo dispuesto en el artículo 82.2 del Código de Familia, por encima incluso de los legítimos derechos e intereses de sus progenitores, forzarla a convivir con uno de los progenitores en contra de su voluntad, lo que podría, incluso, repercutir negativamente en su integración familiar y en su formación integral y social, procede, al constar acreditado el cambio de circunstancias que justifica la modificación de la medida, la desestimación del recurso de apelación.

GUARDA Y CUSTODIA

El horario laboral del padre y de la madre es muy diferente, pues ésta tiene más posibilidades de cuidar a los hijos que el padre. Este último trabaja desde las 8 horas de la mañana a las 18 ó 19 horas de la tarde, lo que implica que deberá levantarse a las 7 ó 7,30 de la mañana para acudir puntualmente al trabajo, horario que no coincide con el de los menores. En estas condiciones, una guarda y custodia compartida sería inviable pues generaría problemas a los menores.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Agustín Vigo Morancho

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 de 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 fillis*, 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 solo uno de los cónyuges, en cuanto ello no implica la privación o suspensión de la patria potestad. En el presente caso, el apelante pide que se le atribuya la guarda y custodia de los hijos o, subsidiariamente, la guarda y custodia compartida, alegando que no es admisible el fundamento jurídico de la sentencia que entiende que no se puede atribuir la guarda y custodia compartida en base a que el padre no se ha entrevistado con el pediatra de los menores y no haya mantenido ninguna entrevista con el progenitor. Al respecto debe indicarse que en el Codi de Família no existe inconveniente legal en que la guarda y custodia se puede atribuir de forma compartida al amparo de lo dispuesto en los artículos

76.1.a) y b), en relación con el artículo 82 del mismo Texto Legal, como lo ha reiterado esta Sección, ya que es inaplicable en Cataluña la regulación prevista sobre esta materia en el artículo 92 del Código Civil. Ahora bien, la guarda y custodia compartida requiere que exista un completo consenso por parte de ambos progenitores a fin de que su ejercicio no genere problemas, lo cual no sucede en el presente caso, como se verá seguidamente.

En concreto, el padre vive en Terrassa, localidad donde sus dos hijos van a la escuela, sin embargo la madre y los menores viven en Sant Vicent de Castellet. Se observa, en primer lugar, que existe proximidad del padre con los menores durante el curso escolar. Sin embargo, como correctamente se aprecia por la Juzgadora de instancia, el horario laboral del padre y de la madre es muy diferente, pues ésta tiene más posibilidades de cuidar a los hijos que el padre. Este último trabaja desde las 8 horas de la mañana a las 18 ó 19 horas de la tarde, lo que implica que deberá levantarse a las 7 ó 7,30 de la mañana para acudir puntualmente al trabajo, horario que no coincide con el de los menores. Por otro lado, por la tarde lo más pronto que podrá acudir a su casa será alrededor de las 19 horas o más tarde, según el horario de salida. Por el contrario, la madre tiene un horario que comienza a las 9 horas de la mañana y termina a las 13 horas de la tarde, por lo que podrá fácilmente cuidarse de sus hijos tanto cuando éstos se despierten por la mañana como después de las 13 a 13,30 horas de la tarde. En conclusión, se considera que dadas las actuales circunstancias una guarda y custodia compartida sería inviable, ya que generaría problemas a los menores, por lo que debe desestimarse el primer motivo del recurso de apelación.

GUARDA Y CUSTODIA

Durante el período escolar de septiembre a junio el menor residirá los cinco primeros meses del curso escolar con su madre y los cinco restantes con su padre, ya que no existe ningún impedimento de conformidad con el artículo 92.7 del Código Civil por el que no deba acordarse el ejercicio de la guarda y custodia compartida.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Don Torcuato y doña Modesta, mediante la misma representación procesal y con asistencia letrada, interponen recurso de apelación contra la Sentencia dictada en fecha 13 de octubre de 2008 que aprobó el convenio regulador de los efectos del divorcio de los mismos suscrito en fecha 4 de julio de 2007, excepto los pactos tercero y cuarto, según se dice en el Fallo de la misma, «por cuanto la madre reside en Valencia y por tanto no puede cumplirse una custodia compartida sin cambio de colegio», y postulan la aprobación del convenio en su integridad.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso de apelación «por entender que efectivamente obra en la causa certificado de empadronamiento de la Sra. Modesta en la ciudad de Barcelona».

No obstante no constar haberse cumplido con el traslado conferido a las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 777.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de proponer nuevo convenio limitado a los pactos no aprobado, es lo cierto que, al haber sido admitido a trámite el recurso de apelación y dado que se trata de materia atinente a la guarda y custodia y alimentos de un hijo, Lázaro, nacido en fecha 23 de agosto de 1992, en aras a un proceso sin dilaciones indebidas, como ocurriría si se desestimara ahora el recurso por no haberse cumplimentado dicho trámite, y al mostrarse conforme el Ministerio Fiscal en la estimación del recurso de apelación con la consecuencia de, al haber convenido los progenitores un sistema de guarda y custodia compartida en los términos que figuran en el convenio que no parece que pueda resultar perjudicial para la menor, procede estimar el recurso y aprobar también los pactos tercero y cuarto de dicho convenio, cuyo tenor literal es el siguiente: Tercero.—Acerca de la patria potestad y guarda y custodia del hijo menor de edad Lázaro.

La patria potestad de Lázaro será compartida por ambos progenitores quien la ejercerán en beneficio del menor.

De conformidad con el artículo 92.7 del Código Civil, los esposos deciden que la guarda y custodia de Lázaro sea compartida por ambos ejerciéndola de hecho conjuntamente.

Ambos progenitores residirán en el mismo barrio, lo que les permitirá seguir contribuyendo ambos en la formación integral y educación de su hijo que consta (*sic*) ya con la edad de quince años.

Ambos consortes, mantienen una relación fenomenal volcada al cuidado, educación y bienestar de Lázaro.

Sin perjuicio de que ambos consortes decidan en beneficio de su hijo, se establece el siguiente reparto de estancias que estipula siempre de forma subsidiaria:

- Período escolar: durante el período escolar de septiembre a junio Lázaro residirá los cinco primeros meses del curso escolar con su madre y los cinco restantes con su padre, repartiéndose los períodos de vacaciones escolares de la forma más conveniente y equitativa posible y en defecto si existiere alguna discrepancia será el siguiente:
- Semana Santa: corresponderá pasarla con el progenitor que no ejerza la guarda y custodia de hecho en ese momento.
- Verano: será disfrutada en su primera mitad en compañía del progenitor que ejerza la guarda y custodia de hecho desde la finalización del curso escolar hasta el 15 de agosto y desde el 16 hasta la iniciación del nuevo curso con el otro progenitor.
- Navidad: será disfrutada desde el día 24 hasta el 31 de diciembre con el progenitor que ejerza la guarda y custodia de hecho y desde el 1 hasta la finalización del período vacacional con el otro progenitor.

Durante el período en que el menor esté en compañía de un progenitor en el período escolar, el otro progenitor gozará en defecto de acuerdo entre las partes de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el domingo a

las 20 h en que el menor será retornado al domicilio del progenitor que ejerza la guarda y custodia de hecho. Este régimen de visitas de fines de semana no será de aplicación para el período de vacaciones estivales de la menor, sin perjuicio de que el progenitor que no goce de su compañía pueda tener comunicación telefónica con él comprometiéndose ambos consortes a facilitar la misma.

Ambos consortes entienden justo y equitativo el régimen supletorio de visitas el cual solamente regirá en caso de que existiera discrepancia entre ellos.

No existe ningún impedimento de conformidad con el artículo 92.7 del Código Civil por el que no deba acordarse el ejercicio de la guarda y custodia compartida.

GUARDA Y CUSTODIA

Si el padre no se opuso en su escrito de contestación de la demanda a la custodia materna, es improcedente que en la vista del juicio pida la custodia compartida puesto que ello vulnera el principio de contradicción.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

En contra de lo que argumenta el apelante, la Sala considera que la Juez *a quo* ha valorado, de manera objetiva e imparcial, la prueba obrante en autos, y ha orientado su decisión en la tutela preferente del interés de la menor a la hora de resolver sobre las diferentes cuestiones suscitadas en la instancia. En este sentido, conviene señalar: 1.º) que la guarda y custodia de la hija, confiada en este caso a la madre, se ajusta plenamente a lo que ya fue interesado por ambos litigantes en sus escritos de demanda y contestación; resultando improcedente la modificación introducida en el acto de la vista del Juicio por el demandado, alterando sustancialmente su petición

inicial, en el sentido de solicitar en ese momento la guarda y custodia compartida de la menor por quincenas o semanas; lo que fue correctamente rechazado por la Juez *a quo*, puesto que con ello se vulneraba el principio de contradicción, según disciplina el artículo 412.1 de la LEC, y se originaba indefensión a la contraparte, que acudía a ese acto sin conocer la nueva pretensión del demandado y, por tanto, no podía articular su defensa para hacer frente a esta última en los términos que contempla el artículo 92.7 del CC, máxime cuando el padre estaba sometido a un proceso penal por supuesto delito de maltrato familiar, y pesaba sobre él una orden de alejamiento.

RÉGIMEN DE VISITAS

Teniendo la menor cuatro años no se accede por el momento a que viaje sola desde Madrid a Zaragoza, por lo que en los fines de semana el padre deberá recoger y entregar a la menor en Madrid.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Agustín Vigo Morancho

El recurso de apelación, interpuesto por la demandada doña Eulalia, se circunscribe a la problemática de entregar a la menor Francisca, de cuatro años de edad, en la estación del tren de Zaragoza un fin de

semana al mes y durante las vacaciones de verano, solicitando que se elimine la entrega de la menor en la estación del tren de Zaragoza como mínimo el fin de semana de cada mes y que, subsidiariamente,

sólo se mantenga la entrega de la menor en la referida estación durante las vacaciones de verano.

Para clarificar el tema debemos referirnos al régimen de visitas fijada en la referida sentencia, que respecto los fines de semana es el siguiente: «el padre tendrá derecho a disfrutar de la compañía de su hija desde el viernes a la salida del Colegio hasta las 20 horas del domingo, así como un día a convenir entre los progenitores a elección del padre, debiendo comunicar la elección del día a la madre con una antelación de una semana, que se llevará a cabo desde la salida del Colegio hasta las 20 horas o acumular dicho día al fin de semana que le corresponda de ser factible, debiendo recoger y reintegrar el padre a la menor en el domicilio materno a excepción de una vez al mes en que ésta se desplazará a Zaragoza donde será recogida y entregada por el padre». Por su parte, en cuanto a las vacaciones de verano, señala que «el padre tendrá en su compañía a la menor la mitad de las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa en los términos recogidos en la Sentencia de divorcio de 23 de febrero de 2007, debiendo el padre recoger a la menor en los períodos de vacaciones que le corresponden y que sea entregada y recogida luego por la madre en el domicilio paterno para el cumplimiento del período vacacional que a la misma corresponda, y si por un casual coinciden en el lugar de vacaciones, sito en Oviedo, donde al parecer residen los abuelos de la niña, pueda hacerse la entrega y recogida de la menor en dicho domicilio». De este régimen el problema se suscita en cuanto al viaje de la menor de Madrid a Zaragoza, donde la recogería el padre, quien actualmente para estar con su hija se desplaza a Madrid, domicilio de la menor y la madre.

Respecto el derecho de visitas debe indicarse que, en cuanto derivado del derecho de relacionarse los padres con sus hijos, tiene un entronque con el Derecho Natural y con el Derecho Político —artículos 39.1 y 39.3 de la Constitución—, observándose que de la regulación contenida en el artículo 76.1, letra a) del Codi de Família, el Legislador, consciente de la naturaleza de la materia, al tratar de estas facultades personales, ha huido de una minuciosa regulación positiva y toda vez que las resoluciones sobre el *ius visitandi* no producen cosa juzgada (ya que ésta en todo caso sería temporal), siendo clara su provisionalidad (en cuanto pueden modificarse a través de los incidentes de modificación de medidas), el principio de buena fe que debe presidir el derecho de visita y la natural colaboración de ambos progenitores, exigen que el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges, provea sobre ello, atendiendo a la edad del menor, su salud, las razones de escolaridad y todos aquellos factores que se consideren beneficiosos para el menor. En este sentido la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 31 de mayo de

1987, refiriéndose al anterior artículo 161 del Código Civil, que después de la reforma de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, constituye el actual artículo 160 del Código Civil, declaró: «el llamado “derecho de visita” regulado en el artículo 94 del propio Cuerpo Legal, no es un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo equilibrado, y tanto el artículo 91 como el 94, ambos del Código Civil, posibilitan la alteración de las medidas acordadas en torno al mismo, caso de así aconsejarlo las circunstancias e incidentes concurrentes en su desarrollo». Por otro lado, cuando se establece un régimen de visitas gradual o progresivo tal adopción obedece a la finalidad de que el padre y el hijo mantengan una relación paterno-filial normal, ya que el ejercicio de la patria potestad implica que los padres y los hijos se conozcan a fin de que éstos tengan un desarrollo adecuado de su personalidad. Una de las características de estos regímenes de visitas es el conocimiento gradual—de ahí su denominación— del progenitor no custodio con sus hijos, lo cual presupone que se establezcan dos o más períodos de visitas, que van incrementando de menos a más hasta que el contacto sea normal. Ahora bien, tal circunstancia implica obligaciones para ambos progenitores. Por un lado, el progenitor custodio debe velar por que se cumpla el régimen de visitas y no debe impedir su ejercicio, mientras que el progenitor no custodio debe procurar ver al hijo, conocerlo y comunicarse con él de forma frecuente, especialmente durante los períodos del sistema de visitas. Del mismo modo sucede cuando se establece un régimen de visitas de carácter restrictivo, ya que, en todo caso, la extensión del derecho de visitas y sus limitaciones deben responder siempre al principio de salvaguardar el interés del menor, conforme el principio de *favor filii*, que reiteradamente ha recogido la jurisprudencia como principio rector de las medidas que se establezcan en relación a los menores en los casos de separación, nulidad matrimonial o divorcio. En el caso enjuiciado, cuya problemática se ha expuesto en el apartado segundo de este fundamento jurídico, la madre solicita que se elimine del régimen de visitas la medida de entregar a la menor en Zaragoza y que el padre visite a la hija, recogiénola y entregándola en su domicilio en Madrid, así como que, en los períodos vacacionales la recoja y entregue, tal como propuso el Ministerio Fiscal, en Oviedo si la niña está en Oviedo o en Madrid si está en Madrid, a fin de no someter a la menor a viajes inútiles, máxime cuando los abuelos tanto paternos como maternos de la menor residen en Oviedo, donde suele pasar las vacaciones de verano.

Respecto a las peticiones de la apelante, debe indicarse que, como se indica por parte del apelado, actualmente los viajes por ferrocarril entre Madrid y Barcelona han mejorado muchísimo, por lo que la descripción fáctica, en cuanto al desarrollo de los viajes, expuesta por la recurrente no se ajusta a la realidad. Sin embargo, el viaje de una menor de cuatro años desde Madrid a Zaragoza, independientemente de la rapidez del medio de locomoción, no es aconsejable tanto por su edad, como por la fatiga y trastorno que puede implicarle dicha viaje, especialmente en cuanto a sus hábitos horarios. Por otro lado, tampoco es aconsejable que la menor viaje sola aun cuando fuera atendida por personal del tren. Atendiendo a estas razones se considera adecuado suprimir la recogida y entrega de la menor en la estación del tren de Zaragoza, lo cual no impide que cuando la

menor tenga más años pueda adaptarse el actual régimen de visitas de fines de semana y de vacaciones escolares a la nueva situación, sin embargo actualmente este sistema de visitas del padre con la menor no es aconsejable, por lo que en los fines de semana el padre deberá recoger y entregar a la menor en Madrid. No obstante, se faculta a los padres para que durante las vacaciones de verano, si la menor está en Oviedo, la recogida y entrega de la menor pueda realizarse en dicha ciudad, donde suele disfrutar de las vacaciones de verano. En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la Sentencia de 15 de julio de 2008, dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gavà, revocándose parcialmente la misma en el sentido expuesto.

RÉGIMEN DE VISITAS

Teniendo en cuenta la distancia existente entre Oviedo y la ciudad italiana donde reside el padre, se fija una visita de fin de semana al mes que deberá notificar con suficiente antelación el padre a la madre.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Tuero Aller

Atribuida a la madre la guarda y custodia del hijo, de 9 años de edad, la sentencia estableció un régimen de visitas para que pudiera comunicarse con su padre, consistente básicamente en la mitad de las vacaciones de navidad y verano y un fin de semana al mes, desde la salida del colegio hasta las 20 horas del día anterior al del comienzo de las clases. Cuestiona la recurrente que no se especifique cuál sea el fin de semana al mes en el que concretamente se vayan a realizar las visitas, así como que no se fije el domingo como día final; que se permita al padre desplazarse con el niño a Madrid; y que se haya establecido la obligación de uno y otro cónyuge de avisar, con un mes de antelación, respecto al período vacacional elegido, si bien este deber sólo lo discute en cuanto se refiere a ella y no al apelado. Sin razonarlo, alude también en el suplico del escrito de apelación a otra serie de aspectos, como la petición de que se prohíba la salida del territorio nacional del menor sin previa autorización, o precisiones innecesarias, por ya sabidas, como

que las comunicaciones telefónicas no interfieran en las necesidades cotidianas de descanso o en la vida privada de la madre, o, en principio, excesivas, como el que las visitas no entorpezcan las actividades deportivas o extraescolares, o la necesidad de comunicar «cualquier anomalía que pueda suceder al menor». Peticiones que así formuladas pueden provocar, de ser acogidas, más inconvenientes que ventajas, pues sólo la vida diaria, el desarrollo del niño y el buen sentido que se presume en ambos progenitores podrá en cada momento concretar los casos en los que el interés preferente del menor lleve a dar prioridad a actividades que revistan especial importancia, o determinar aquellos sucesos de trascendencia, de los que lógicamente ha de tener conocimiento el otro cónyuge.

No se han acreditado, por otro lado, datos de relevancia que aconsejen negar autorización para la salida de España del menor a fin de que pueda trasladarse a Italia junto a su padre, del que no consta ninguna circunstancia que pueda traducir-

se en perjuicio del hijo o comporte cualquier tipo de riesgo para su adecuado desarrollo. Dado que el fin de semana en que vaya a ejercer el derecho de visitas debe comunicarlo el padre con un mes de antelación y que esas visitas mensuales, dada la distancia entre la residencia del padre y de los hijos, es presumible que no siempre van a realizarse, no considera preciso esta Sala fijar un fin de semana concreto al mes para su ejercicio, si bien, a fin de no interferir en posibles actividades programadas de la madre con sus hijos, podrá ésta disponer, en las ocasiones puntuales que sea preciso, que no tengan lugar tales visitas en un concreto fin de semana, siempre que cumpla con esa obligación de preaviso y éste se efectúe antes de que el padre, a su vez, haya comunicado su intención de desarrollar sus visitas ese concreto fin de semana.

No se observa tampoco inconveniente para que el padre pueda trasladar al niño a Madrid, dadas las buenas comunicaciones existentes y lo esporádico de estas visitas, que apenas van a incidir en el desarrollo de las actividades habituales del menor en el entorno del domicilio materno. El que se fije como término final las 20 horas del día anterior al inicio de las clases, en lugar del domingo, permite incluir los conocidos «puentes» en esas visitas semanales, lo que la propia apelante propone en el suplico del recurso. Y, en fin, resulta un contrasentido solicitar que el padre avise con un mes de antelación respecto a los períodos vacacionales elegidos por él y pretender que esa obligación no recaiga sobre la apelante cuando sea a ella a quien le corresponda elegir, al concurrir en uno y otro caso identidad de razón.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se comprende mal la razón de la ausencia de pernocta, pues no puede constituirse en un obstáculo que el menor, ocasionalmente, tuviera que pernoctar en casa de los abuelos paternos, si el horario del padre le impidiera estar con él esa noche concreta, igual que puede estar con los abuelos maternos por conveniencias horarias de la madre.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Joaquín Bayo Delgado

La sentencia, cuya parte dispositiva ha sido transcrita, es apelada por el demandado en el solo aspecto de la ausencia de pernocta de su hijo durante el régimen de visitas en los fines de semana alternos y vacaciones. La apelada y el Ministerio Fiscal piden la confirmación de la sentencia apelada.

La sentencia apelada parte de un análisis basado en el informe del SATAV para otorgar la guarda del menor, de 5 años, a la madre, básicamente por continuidad de la situación hasta la fecha. No obstante está claro que el padre también podría haber sido una opción válida. Al fijar el régimen de visitas se ha de partir de esa premisa y se comprende mal la razón de la ausencia de pernocta. No sólo no sería grave que el menor, ocasionalmente, tuviera

que pernoctar en casa de los abuelos paternos, si el horario del padre le impidiera estar con él esa noche concreta, igual que puede estar con los abuelos maternos por conveniencias horarias de la madre, sino que tal posibilidad es puramente teórica desde el momento en que el padre ha podido adaptar sus turnos al régimen de visitas con el niño. Añádase la edad de éste y la consecuencia es que la pernocta, tanto en los fines de semana como en vacaciones, es lo natural y obvio para potenciar la relación paterno-filial y, llegado el caso, del niño con su familia paterna. Por ello, visto el artículo 135 del Codi de Família, procede estimar la apelación del padre e introducir la pernocta en las visitas de su hijo según lo interesado.

RÉGIMEN DE VISITAS

La sentencia apelada basa la denegación del día intersemanal en la posible interferencia en las actividades escolares o extraescolares, pero tal argumento debe decaer en vista de la edad del menor, su voluntad de relacionarse frecuentemente con el padre y la propia responsabilidad de éste.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Joaquín Bayo Delgado

La sentencia, cuya parte dispositiva ha sido trascrita, es apelada por el demandante para que se añada un día intersemanal al régimen de relación con sus dos hijos y se establezca la pensión alimenticia para ellos en la cuantía de 416 euros en total.

La demandada pide la confirmación de la sentencia apelada y el Ministerio Fiscal interesa la confirmación del régimen de visitas e impugna la sentencia en cuanto a la pensión, que considera debe fijarse en la cuantía pedida por el padre.

El hijo menor acaba de cumplir los 16 años y el mayor tiene 18, aunque continúa siendo dependiente de sus padres y viviendo con la madre. Ésta, en trabajos de limpieza gana 267 euros al mes, más otros 600 en trabajos domésticos. El padre, carpintero en paro, cobraba en 2008 unos 900 euros por el desempleo y percibió 15.000 euros como indemnización.

En 2006 ganaba unos 1.500 euros por 14 pagas al mes. Paga, como la madre, la mitad de la cuota hipotecaria de la vivienda familiar (188,73 euros al mes) y 336 euros por el alquiler de su propia vivienda. La pensión actualizada fijada en separación era de 218,38 euros al mes por hijo, más gastos extraordinarios en el sentido que luego se analizará.

La sentencia apelada basa la denegación del día intersemanal, que ahora sólo puede concernir al hijo menor de edad, en la posible interferencia en las actividades escolares o extraescolares. Tal consideración debe decaer en vista de la edad del menor, su voluntad de relacionarse frecuentemente con el padre y la propia responsabilidad de éste, de manera que cabe ese día dejándolo al libre acuerdo de padre e hijo, según las circunstancias, con conocimiento de la madre, todo ello según el artículo 135 del Codi de Família (CF).

RÉGIMEN DE VISITAS

Las vacaciones de verano se dividen en seis partes hasta que la niña tenga siete años.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Joaquín Bayo Delgado

La sentencia apelada no motiva la privación de la pernocta en el régimen de relación paterno-filial. Quizá se deba a la edad de la menor, pero nada consta. En cualquier caso, la actual edad de la menor no impone esa limitación, antes al contrario, salvo motivos especiales, que no constan en el caso presente, es bueno que la hija conviva de forma natural con su padre, para potenciar los lazos afectivos y de confianza. Por otra parte, la exclusión de la pernocta incluso en vacaciones obliga a un continuo desplazamiento y cambio que, a la postre, es perjudicial para la niña. La pernocta del viernes al sábado puede in-

cluirse a partir de los siete años de la niña. En lo que concierne a las vacaciones de verano, conviene, precisamente por la edad, y en ejercicio de la función tuitiva de esta Sala, atemperar la duración de sus dos mitades, que supone la estancia de la niña durante más de un mes con cada progenitor sin ver al otro, de manera que el verano debe dividirse en seis partes, hasta que la niña tenga siete años, según se describe en el fallo de esta sentencia, que responde al interés superior de la menor en la determinación del régimen de relación paterno-filial según el artículo 135 del Codi de Família (CF).

La mitad de las vacaciones de verano, que comprende desde las 10:00 horas del primer día hasta las 20:00 del último día; hasta que la niña cumpla los siete años, esas vacaciones se dividen, con ese horario, en seis subperíodos (A—desde el primer día hasta el 1 de julio, B—hasta el 15 de julio, C—hasta 31 de julio, D—hasta 15 de agosto, E—hasta

31 de agosto, F—hasta el último día de vacaciones) y al padre le corresponderán los subperíodos A, C y E los años pares y B, D y F los impares; a partir de los siete años de la niña, habrá dos períodos, partidos a las 20:00 horas del 31 de julio, el primero para el padre los años pares y el segundo los impares.

RÉGIMEN DE VISITAS

Su trabajo (piloto de aviación comercial) normalmente le impide disfrutar de libranza todos los primeros fines de semana de cada mes y por ello debe establecerse un régimen de visitas especial. Los preavisos que contempla la sentencia no están dirigidos a liberar al padre de sus obligaciones ni a dejar a su arbitrio la decisión de si visita o no a su hija, sino a que la madre no quede supeditada a que en cualquier momento el padre pueda decir que ejercita tal derecho.

AP MURCIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Carrillo Vinader

Por lo que respecta a las comunicaciones y estancias con la hija común, señala en su recurso don Ricardo que no puede cumplir el régimen establecido en la sentencia porque su trabajo (piloto de aviación comercial) normalmente le impide disfrutar de libranza todos los primeros fines de semana de cada mes. También indica que para evitar a la menor desplazamientos por carretera, la madre o persona de su confianza la acerque al aeropuerto más cercano y que viaje así hasta el domicilio del padre.

Por su parte, doña Cándida entiende que el régimen establecido en la sentencia deja al arbitrio del padre su cumplimiento, y ello ha originado que se desentienda de tal obligación, por lo que pide que se determine con carácter forzoso el primer fin de semana de cada mes.

Indudablemente el régimen de estancias y comunicaciones entre el progenitor no custodio y los menores no es sólo un derecho de los padres, sino también un deber, pues la formación integral de los hijos exige que de ellos se ocupen directamente ambos progenitores.

En el presente caso la dificultad radica en la distancia (él vive en Nerja y la hija en Murcia) y el especial régimen de trabajo del padre, lo que hace difícil previsiones rígidas, pues no hay constancia de que todos los meses el padre tenga un fin de semana libre. Esa indeterminación en los horarios laborales del padre es achacable a la propia parte, ya que no se han aportado estadillos de las jornadas de trabajo mensuales que el padre dice que se le

anuncian con un mes de antelación, aunque la madre sí ha incorporado a la causa el convenio laboral, donde figura que tiene libres de trabajo hasta 150 días al año.

Ante esa falta de datos, lo que ha hecho el Juzgado de primera instancia es establecer unas fechas concretas para salvaguardar los intereses de la madre, para darle a ella cierta seguridad. Los preavisos que contempla la sentencia no están dirigidos a liberar al padre de sus obligaciones ni a dejar a su arbitrio la decisión de si visita o no a su hija, sino a que la madre no quede supeditada a que en cualquier momento el padre pueda decir que ejercita tal derecho.

En todo caso, ambos progenitores son los que, en interés de su hija común, han de actuar y tratar de llegar a acuerdos para que se puedan llevar a cabo esas estancias de la hija con el padre. Como éste admite que todos los finales de mes conoce su calendario laboral del siguiente, deberá comunicarlo a la madre y entre ambos fijar esa fecha del mes siguiente en la que la hija será visitada por el padre, bien entendido que nunca deberá ser a costa del desplazamiento de la hija en solitario hasta el lugar del domicilio del padre, dada su corta edad.

Es cierto que ello implica una cierta inseguridad, y que hasta ahora ha tenido como consecuencia que el padre comunique en muy pocas ocasiones con la hija, pero con el sistema propuesto, conociendo la madre los días de libranza del

padre, y obligándose a ambos a convenir esa visita mensual, deberán hacer su propuesta al respecto y quedará constancia de a quién es imputable el incumplimiento de tal obligación, y así el Juzgado podrá adoptar, si proceden, las sanciones previstas en el artículo 776.2.ª y 3.ª LEC.

Lo que no es posible es dejar la viabilidad de tales contactos a los inciertos acuerdos entre el padre y terceros para conseguir cambios de turno, pues no hay ninguna garantía del concurso de tales compañeros, a quienes no se puede imponer tal obligación.

RÉGIMEN DE VISITAS

Las enfermedades más o menos prolongadas de los menores no suspenderán el régimen de visitas de los menores con su padre, salvo que se inste lo contrario ante el órgano judicial que ha conocido del proceso, justificando la prescripción médica impositiva del régimen de visitas establecido.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

Tal como ya hemos indicado el régimen de visitas de la sentencia apelada es suficientemente amplio para mantener una adecuada relación entre padre e hijos, al abarcar fines de semana alternos desde el viernes a la salida de colegio hasta la hora de entrada al mismo el lunes.

Además se han concedido todos los lunes, desde la salida del centro escolar hasta las 21 horas.

Se ha regulado también el régimen de visitas en los supuestos de puentes escolares, y en forma amplia las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, con determinación de los pertinentes períodos de estancia con cada uno de sus padres.

Siendo ello así, consideramos que tal régimen de comunicación paterno-filial atiende preferentemente los intereses de los menores, siendo innecesario la ampliación del mismo en el presente momento histórico, más sin perjuicio de que a tenor del desarrollo de las relaciones entre padre e hijos, derivadas

de tal régimen de comunicación, pueda instarse la ampliación del mismo por la vía del proceso de modificación de medidas del divorcio.

Las enfermedades más o menos prolongadas de los menores no suspenderán el régimen de visitas de los menores con su padre, salvo que se inste lo contrario ante el órgano judicial que ha conocido del proceso, justificando la prescripción médica impositiva del régimen de visitas establecido. En el supuesto de internamiento de los menores en centros hospitalarios, tendrá derecho el progenitor no custodio a visitar a sus hijos de acuerdo con el régimen de visitas del centro hospitalario, sin que la madre pueda limitar tal comunicación. Este pronunciamiento de esta sentencia de apelación, tiene causa en la pretensión deducida en la fase expositiva del proceso por el demandado, ahora reproducida en sede de la presente alzada procedimental, ante la incongruencia omisiva en que ha incurrido la sentencia apelada.

RÉGIMEN DE VISITAS

Fijación de un régimen de visitas a favor de la persona que convivió con la abuela materna que puede asimilarse a abuelo del menor.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Nuria Zamora Pérez

Como segundo motivo del recurso se insiste en la falta de legitimación activa *ad causam* de don Obdu-

lio, quien no reúne la condición de familiar biológico del menor.

En primer lugar hemos de dejar claro que aun cuando se estimara la excepción ello no incidiría en el resultado del litigio, pues con dicho litigante accionan también doña Lina y don José, quienes son tíos biológicos del pequeño, y que el derecho de visitas se les reconoce a los tres, fijando un plazo común para todos ellos.

Realizada la matización precedente, también comparte el tribunal las consideraciones de la juzgadora de instancia al encuadrar a dicha persona en el concepto de «allegado» que recoge el artículo 160 del Código Civil. Como queda acreditado en autos, dicho litigante era la pareja estable de la abuela materna, doña Josefa, y como tal figuraban inscritos en el Registro de Parejas de Hecho. Hablamos de una convivencia similar a la matrimonial que se remonta nada menos que al año 1977, siendo dicho litigante quien ejerció *de facto* el papel de padre de doña Patricia (madre del menor), quien se había quedado huérfana siendo muy niña, y por ello ha desempeñado el papel de abuelo del niño, creando unos vínculos afectivos análogos a los que puedan existir entre abuelo y nieto biológico, lo que le legitima para intervenir en el proceso.

Finalmente y en cuanto al fondo se denuncia el carácter excesivo del régimen de visitas que se establece, teniendo en cuenta que lo es a favor de unos tíos y un «asimilado o análogo» abuelo, solicitando su reducción en especial en el período navideño, y además que en ningún caso lo sea con pernocta.

En relación al tema de la pernocta la pretensión del apelante ha de ser desestimada, pues las razones que esgrime para oponerse a ella no quedan debidamente acreditadas. No consta que los demandantes hagan continuas referencias a la abuela y madre biológicas fallecidas, que lleven al menor a rechazar a la actual madre adoptiva. Según el informe psicológico queda acreditado que el menor considera a doña Noelia como su madre, sin perjuicio de ser consciente de que su madre biológica fue otra persona que actualmente está «en el cielo». Tampoco cabe atribuir a esas visitas los episodios de enuresis que ha presentado, por otro lado comprensibles y no tan infrecuentes en niños de corta edad como es el menor, que sólo tiene cinco años, problema que irá superando con el transcurso del tiempo. A ello debemos añadir que según el informe Psicológico emitido por doña Fermína existe entre el menor y la familia materna (de doña Patricia) fuertes lazos afectivos que es conveniente que se mantengan mostrándose favorable a que el régimen de visitas lo sea con pernocta, lo que justifica su mantenimiento.

También procede mantener el régimen de visitas fijado en la sentencia de instancia, con la única salvedad del período relativo a las fiestas navideñas,

que sí que se considera excesivo asistiendo la razón al apelante en el sentido de que de mantenerse implicaría que el menor nunca pase con ellos el día de Navidad. Así pues se puntualiza las visitas en ese período en el sentido de que el menor pasará con la familia de doña Patricia, en defecto de acuerdo un año el día de Noche Buena y Navidad y al año siguiente el de Noche Vieja y Año Nuevo, haciéndose cargo los demandantes de recogerlo del domicilio paterno a las 17 horas del día en que comienza esa visita y devolverlo en el mismo domicilio a las 11 horas del día 26 de diciembre o 2 de enero según corresponda.

No puede el Tribunal entrar a analizar las situaciones hipotéticas que se plantean en el recurso y que de darse deberán ser solventadas en cada momento. No es del todo exacto que el mes en el que el menor permanezca una semana con los demandantes el padre y su actual madre no lo vayan a tener en su compañía, le quedan las otras tres semanas del mes y no olvidemos que dichos progenitores tienen una convivencia diaria con el niño y no limitada al fin de semana como al parecer apuntan. Ahora bien, si puede ser que de mantenerse en ese mes las otras dos visitas, fin de semana con pernocta y viernes por la tarde, se restringiría de forma importante el período que los padres pasan con el menor, durante el tiempo libre de aquéllos, en el que pueden prestarle mayores atenciones y dedicarlo a actividades lúdicas. Por ello, en el período estival el mes en que los demandantes tengan con ellos al menor durante una semana, queda en suspenso el restante período de visitas. En lo relativo a la interferencia del régimen de visitas en la posible programación de sus vacaciones a disfrutar con el menor, los problemas coyunturales que puedan presentarse deberán resolverse, con buena voluntad, en cada momento, no apreciando mayores dificultades caso de plantearse para que la visita prevista para el viernes por la tarde se traslade a otro día u otra semana que permita compaginar los intereses de todas las partes en conflicto, como de hecho ya prevé la propia sentencia de instancia. Visita del viernes que en período no lectivo respetará el mismo horario establecido para el período lectivo.

Régimen de visitas que si bien es más amplio que el que suele fijarse en otros supuestos, encuentra su justificación ante la desaparición de la madre biológica, ya que en otros casos se considera que las visitas a los abuelos o tíos de una determinada rama familiar se potencian y desarrollan en el período en que el padre o madre gozan de ese régimen de visitas, siendo ellos quienes han de facilitar esa relación, circunstancia que no se da en el caso de autos.

VIVIENDA FAMILIAR

La vivienda sita en Almería no tiene el carácter de vivienda familiar y el esposo tampoco manifiesta que vaya a constituir su residencia habitual por lo que al margen de los acuerdos que al respecto puedan alcanzar las partes respecto de su uso no cabe hacer en este procedimiento pronunciamiento alguno.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Y se cuestiona también el uso de la vivienda tal y como se solicita en el recurso.

Sobre ello hay que añadir que el artículo 96 del 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. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, 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 hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. 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».

Y es lo cierto que la vivienda objeto de cuestión no es la que corresponde al domicilio familiar siendo así que el interesado tampoco manifiesta que vaya a constituir su residencia habitual de manera que no alega siquiera su traslado o idea de instalarse en Roquetas de Mar, por lo que al margen de los acuerdos que al respecto puedan alcanzar las partes respecto del uso de la referida vivienda no cabe hacer en este procedimiento pronunciamiento alguno y al margen del destino que se derive respecto de tal inmueble a consecuencia de la liquidación del haber ganancial. Se rechaza así este motivo de apelación.

VIVIENDA FAMILIAR

Se interesó la atribución a la esposa y a los hijos del uso del domicilio conyugal, y para el caso de que se perdiera dicha vivienda porque los padres del actor le impidieran continuar en ella, se le imponga a éste la obligación de costear un alquiler de 900 euros mensuales. No es posible sostener la procedencia de la condena de futuro pronunciada para el caso de que la vivienda familiar se perdiera, debiendo ésta, por tanto, ser dejada sin efecto en la presente alzada.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Pascual Martín Villa

El tercer motivo del recurso hace referencia a la atribución que a la madre y a los hijos se verificó en la sentencia de instancia respecto del uso del domicilio familiar; sin embargo, de lo actuado se desprende que la madre y los menores se han visto obligados a abandonar dicho domicilio familiar en cumplimiento de la sentencia recaída

en un procedimiento de desahucio instado por la abuela paterna de éstos; por lo que este motivo del recurso ha quedado sin contenido, salvo en lo referido al pago subsidiario que por cuantía de 900 euros se estableció en dicha sentencia, precisamente para el supuesto en el que nos encontramos.

Señala el recurrente en este motivo (fol. 1.118) que «el Juzgador fija en su Sentencia un efecto sancionador contra mi mandante en caso de que los propietarios de la vivienda reclamen el uso del mismo ... Sentencia que en modo alguno podrá establecer efectos basados en futuros, y mucho menos condicionados a la forma de actuar de terceros ... y además fijando una suma totalmente partidista, sin justificación alguna...» (*sic*).

El recurrente colige que en el supuesto litigioso no podía la Sra. Juez imponerle esta «carga», que no tuvo en cuenta a la hora de establecer la pensión alimenticia por tratarse de un evento futuro e incierto, por cuanto nuestra legislación inadmite, salvo alguna excepción, la procedencia de las condenas de futuro.

En líneas generales, no le falta razón al recurrente. En el caso enjuiciado, sin embargo, ya en la propia contestación a la demanda de la madre se había puesto de manifiesto este posible futuro evento. Así, de una manera un tanto teratológica, en el apartado b) de su petitoria, se interesó la atribución a la esposa y a los hijos del uso del domicilio conyugal, y para el caso de que se perdiera dicha vivienda porque los padres del actor le impidieran continuar en ella, se le imponga a éste la obligación de costear un alquiler de 900 euros al mes (*sic*). Dicha cantidad de 900 euros respondía al precio del alquiler en la zona, de una vivienda de las mismas características que la que constituía el domicilio familiar.

Nos hemos referido a que por la madre se llevó a cabo una petición un tanto anómala en este apartado relativo a la atribución del uso del domicilio familiar, por cuanto que el importe del alquiler de la vivienda es una de las variables que habrán de tenerse en cuenta a la hora de establecer la pensión de alimentos en favor de los hijos, *ex* artículos 76.2, 259, 264 y 267 del CF.

La doctrina del Tribunal Supremo relativa a las condenas por eventos futuros e inciertos (entre otras, la STS de 20 de diciembre de 2007) señala que: «Esta Sala se ha ocupado de esta cuestión en la Sentencia de 19 de noviembre de 1954, donde se ha declarado que «si bien es cierto que el ejercicio de las acciones de condena, deben referirse a prestaciones que, por hallarse vencidas, sean exigibles, no lo es menos que la Ley como excepciones a dicha regla o principio general admite la acción y condena de futuro, tanto en función preventiva o de aseguramiento, caso del artículo 1121, como cuando, en contemplación del principio de economía procesal y con designio de evitar juicios reiterados, permite la condena sobre plazos no vencidos (artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o cuando fija término para una obligación no vencida (artículo 1128 del Código Civil), o cuando establece

una acción para prevenir el despojo o la perturbación de la posesión, antes de que uno u otra se hayan producido (artículo 1625 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)», y en otras Sentencias, como las de 5 de diciembre de 1974, 17 de febrero y 24 de septiembre de 1984, con una posición favorable a su aceptación, sin embargo las de 10 de diciembre de 1990, 2 de diciembre de 1991 y 18 de marzo de 1992, esta última con matizaciones, se han inclinado por la solución opuesta. Aunque no es de aplicación a este caso, la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 220 dispone que «Cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte». El Tribunal Constitucional, en Sentencia número 194/1993, de 14 de junio, ha razonado que una forma de tutela de condena, como la condena de futuro, no puede ser excluida o negada a *radice*, sólo por el hecho de que por excepción a la regla general conlleva la tutela preventiva de prestaciones todavía no exigibles, y que ciertamente esto no significa, en el otro extremo, la indiscriminada admisibilidad *ex Constitutione* de este tipo de tutela en toda clase de procesos, y considera que al legislador o, en su defecto, a los Jueces y Tribunales, sobre la base de los principios generales del ordenamiento, corresponde perfilar los presupuestos y límites de este tipo de tutela jurisdiccional, que ha de contar por parte de quien impetra la tutela y similarmente a los supuestos de ejercicio de acciones meramente declarativas (SSTC números 71/1991, 210/1992 y 20/1993), con un específico y cualificado interés que le habilite y legitime para solicitar una tutela frente a quien aún no ha incumplido la obligación que le incumbe, pero que, por su conducta actual, es previsible que no la cumpla; y en idéntico sentido se ha manifestado la STC número 163/1998, de 14 de julio; por consiguiente, desde esta perspectiva, cabe sostener la procedencia de la condena de futuro en casos determinados, si bien ha de establecerse con la correspondiente cautela».

Así las cosas, en el caso enjuiciado no es posible sostener la procedencia de la condena de futuro pronunciada por la Sra. Juez en su sentencia, para el caso de que la vivienda familiar se perdiera, debiendo la misma, por tanto, ser dejada sin efecto en la presente alzada.

Como ya se ha dejado expresado, por la Sra. Juez se fijó una pensión de alimentos a cargo del padre en favor de los tres hijos menores de 1.313,51 euros. Para la cuantificación de dicha pensión de alimentos, evidentemente, no se tuvo en cuenta el evento futuro e incierto que se advirtió por la madre en su escrito de contestación a la demanda, relativo al hecho de tener que alquilar una vivien-

da de similares características a la que constituía el domicilio familiar sí en un futuro se viera obligada a abandonarlo. Sin embargo, si fue posible tener en cuenta el importe de 970 euros que el padre debía satisfacer por la vivienda por él arrendada, en la que convivió –una vez dejó el domicilio de sus progenitores– con su hijo Miguel, del que tenía atribuida en aquel entonces la guarda y custodia en virtud del Auto dictado en medidas provisionales.

Es doctrina constante de esta Sala que para la fijación de la contribución alimenticia deberá tenerse en cuenta tanto el principio de proporcionalidad entre los obligados a prestarla (ambos progenitores), entre los que debe distribuirse la obligación «en proporción a sus recursos económicos y posibilidades» con arreglo de lo preceptuado en el artículo 264.1 del Codi de Família, como el principio de proporcionalidad entre las posibilidades del alimentante y las necesidades del alimentista conforme a lo dispuesto en el artículo 267.1 del mismo cuerpo legal, en virtud del cual «la cuantía de los alimentos ha de determinarse en proporción a las necesidades del alimentista y a los medios económicos y posibilidades de la persona o las personas obligadas a la prestación de los mismos».

Por el padre, don Maximino, se ha interesado en este motivo del recurso el que se reduzca la pensión de alimentos establecida a la suma de doscientos cincuenta euros para cada hijo. Resulta acreditado en lo actuado que los ingresos que percibe el padre son superiores a los de madre, sin que el recurrente haya podido justificar esos supuestos mayores ingresos que le atribuye a su ex consorte; también es necesario decir que tampoco han que-

dado demostrados los pretendidos mayores ingresos que esta última le atribuye a él. Las necesidades de los menores han sido acreditadas en la primera instancia, por lo que resulta ponderado mantener el importe de la pensión ya fijado por la Sra. Juez para los tres hijos del matrimonio, y así el padre habrá de satisfacer en concepto de pensión de alimentos por las dos hijas menores del matrimonio, cuya guarda y custodia tiene atribuida la madre, la suma de 875,66 euros, debiendo esta última asimismo en virtud de que la guarda y custodia del menor Miguel ha sido otorgada al otro progenitor, abonar en la c/c que éste designe una pensión de alimentos en favor de su hijo Miguel por importe de 437,83 euros mensuales; cantidades estas establecidas en concepto de pensiones alimenticias que habrán de ser revisables anualmente conforme al IPC.

Ambos progenitores deberán asumir por mitad lo relativo a los gastos extraordinarios de los tres menores, entendiéndose por tales aquellos que resulten imprescindibles, imprevisibles y no periódicos, contraponiéndose a los estrictamente alimenticios, cubiertos por el importe de la pensión, y a los extraescolares, de naturaleza potestativa y de realización consensuada, sin perjuicio de su ulterior recurso, en caso de discrepancia en orden a su conveniencia, ante la autoridad judicial.

Por todo ello, no es posible acoger este motivo del recurso formulado por el progenitor paterno de los menores en orden a una reducción de la pensión de alimentos en favor de los hijos menores, debiendo mantenerse el importe de la pensión que para los tres hijos ya fue establecido en la sentencia de primera instancia.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Esta Audiencia Provincial está fijando, en supuestos de padres próximos a la indigencia, pensiones mensuales a favor del hijo de 250 euros mensuales, que se consideran necesarios para la subsistencia.

AP MURCIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Antonio Jover Coy

Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lorca en el procedimiento de Juicio Verbal sobre guarda y custodia y alimentos de hijo menor extramatrimonial, interponiendo recurso de apelación don Justiniano solicitando que se fije como pensión alimenticia a favor de su hijo Nicanor, nacido el 13 de junio de 2000,

la cantidad de 150 euros mensuales, en lugar de los 300 euros que fijó el Juzgado, y que se exima al Sr. Justiniano de pagar la parte correspondiente de hipoteca hasta que venga a mejor fortuna.

Subsidiariamente interesa la representación del apelante que se revoque solamente el pronun-

ciamiento referente a la pensión de alimentos, fijándola en 150 euros mensuales.

Para ello alega la representación del Sr. Justiniano que no se ha aportado nómina por importe de 1.000 euros y que el apelante convive con sus padres y no es propietario de vehículo alguno.

Sin embargo, reconoce la propia representación del apelante que el Sr. Justiniano trabaja y que su actividad es la de transportista. En efecto, consta en autos que don Justiniano trabaja en la empresa de transportes mecánicos de su padre y que por dos horas de trabajo al día, durante cinco días a la semana (folios 89 y 87) percibe una retribución neta mensual de 220 euros. Luego, si se sujeta al convenio colectivo correspondiente y al horario de trabajo normal de un transportista nacional e internacional de mercancías por carretera (folio 108),

condición que ostenta el Sr. Justiniano, debe considerarse correcta y acertada la mensualidad fijada por el Juzgado, sobre todo si se tiene en cuenta que la empresa realmente es de don Justiniano, porque el titular, don Hilario, ni consta inscrito en el Registro General de Transportistas, ni tiene título de capacitación profesional, a diferencia de su hijo, que tiene título de transportista desde el 1 de noviembre de 1997.

Además, el Sr. Justiniano nació en enero de 1973, por lo que tiene en la actualidad 36 años de edad, y ni está incapacitado, ni está en el paro, por lo que se encuentra preparado para afrontar la pensión alimenticia fijada a favor de su hijo, ya que esta Audiencia Provincial está fijando, en supuestos de padres próximos a la indigencia, pensiones mensuales a favor del hijo de 250 euros mensuales, que se consideran necesarios para la subsistencia.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La pérdida del uso de la vivienda familiar por impago del préstamo hipotecario motiva el aumento de la pensión alimenticia.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La cuestión que se suscita como tema de fondo, objeto de debate habrá de ser resuelta conforme a las previsiones de los artículos 90 y 91 *in fine* del CC, en lo que concierne a la pensión de alimentos, según los cuales para que se produzca una modificación de las medidas adoptadas en precedente pleito matrimonial es preciso que se alteren sustancialmente las circunstancias existentes al momento de su adopción, debiendo afectar dicho cambio al núcleo o esencia misma de la medida, no bastando a tal efecto un mero cambio tangencial o accesorio, debiendo tener carácter definitivo o ser cuando menos de cierta duración, teniendo, además, que obedecer a circunstancias ajenas a la voluntad de quien promueve la modificación, extremos que, sin duda, han de calibrarse ajustadamente a fin de no vulnerar exigencias derivadas del principio de la seguridad jurídica, y que concurren en los hechos objeto de cuestión, que se remontan a la sentencia dictada en anterior pleito matrimonial.

Y es lo cierto que existen cambios esenciales, por cuanto tal y como se acredita en los autos la modificación de la situación respecto de la vivienda objeto de autos tiene sin duda repercusión en las necesidades vitales de la hija común siendo de

destacar que en efecto los documentos y la prueba practicada en las actuaciones evidencia la corrección de lo resuelto en la primera instancia.

En efecto en el acto de la vista oral el ahora recurrente manifiesta entre otras cuestiones que la hipoteca está en unos 1.200 euros y respecto de las necesidades de la hija común refiere que se pagó de guardería unos 300 euros, señalando con relación a sus ingresos que aumentó la retribución a causa de las actualizaciones del IPC y que sus gastos no disminuyeron.

En el mismo acto de la primera instancia y ya en el turno de su interrogatorio la ahora apelada indica que en ese momento se encuentra en paro, que trabaja unos 4 meses al año y que su pareja ganaba unos 1.600 euros al mes.

En cuanto a los ingresos de uno y otro litigante y a las necesidades de la hija común es claro que no se ha experimentado una modificación sustancial en los términos que se exigen legal y jurisprudencialmente siendo así que los datos respecto de unos y otros extremos fueron ya en su día analizados en la Sentencia dictada por este mismo Tribunal el 14 de mayo de 2007 en la que se indicaba en cuanto a

la remuneración del padre que ingresaba del orden de unos 1.340 euros, al tiempo que por causa de sus numerosas cargas se determinaba una reducción en la prestación alimenticia, aludiendo a la obligación de abonar la cuota hipotecaria que pesaba sobre el ahora recurrente.

Ocurre que por causa de aquellos impagos de la obligación prestataria se inicia el juicio ejecutivo contra el ahora recurrente, tal y como se documenta en las actuaciones siendo así que por lo tanto, dicha carga económica que como tal se valoró para la reducción de su contribución a la pensión alimenticia deviene inexistente procediendo en conse-

cuencia reajustar aquella contribución económica a los fines de salvaguardar el interés siempre prioritario de preferente atención, cual es en este caso, los alimentos de la hija común y específicamente la necesidad de cubrir su alojamiento para lo que es determinante incrementar los alimentos en la cuantía realizada en la sentencia apelada que por ello ha de mantenerse rechazando así este motivo de apelación, debiendo significar en todo caso que el incremento de la pensión que ahora se confirma ha de materializarse una vez efectuada la efectiva pérdida del domicilio en su día atribuido a la menor. Se confirma la sentencia apelada y se rechaza este motivo de apelación.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Los gastos de escolarización de las dos hijas comunes deben ser sufragados solamente por el padre. Las hijas hasta que su padre decidió unilateralmente que estudiaran en centros privados, lo hacían en centros públicos. Para la madre se trata de un hecho consumado, y no puede el padre pretender que aquélla le satisfaga ahora el importe de unos gastos que sólo a él le son imputables.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Pascual Martín Villa

Reurre el padre también, como ya hemos anticipado, el que los gastos de escolarización de las dos hijas comunes deban ser sufragados solamente por él. Ello debe ser así, y no le falta razón a la madre cuando afirma que es el padre el que debe de encargarse de sufragar estos gastos de escolarización de las hijas comunes. Se ha de tener en cuenta que las hijas hasta que su padre decidió unilateralmente que estudiaran en centros privados, lo hacían en centros públicos. Sin duda es muy loable esta decisión paterna; pero, para ello, hubiera sido preciso tener en cuenta la aquiescencia del otro progenitor, lo que no ha acontecido en este caso. Para doña Edurne se trata de un hecho consumado, ya que, como ella misma advierte, dada la edad de las hijas, poco podía hacer para impedirlo. Por ello, no puede el padre pretender que la madre le satisfaga ahora el importe

de unos gastos que sólo a él le son imputables. Y, es que lamentablemente, como afirma la Sra. Juez del primer grado, si el padre por la nueva situación que ha acreditado, no pudiera sufragar ahora estos gastos, debería de mutuo acuerdo con la madre buscar alguna solución al respecto, pero, lo que de ninguna manera sería lógico es cargar a la madre con unos gastos con los que no ha estado de acuerdo desde el principio, lo que resulta cabalmente acreditado en lo actuado; sino más, porque en el caso de las dos hijas, ha sido el padre el que hasta el momento ha satisfecho por entero los mismos.

Así las cosas, este segundo motivo del recurso del padre asimismo debe decaer, confirmando en consecuencia este pronunciamiento de la sentencia de instancia.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Los gastos extraordinarios, entendidos rectamente como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles, no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución, que no es el caso.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Joaquín Bayo Delgado

Su otra pretensión, sobre necesidad de acuerdo en los gastos extraordinarios, debe desestimarse, como hace la sentencia apelada, aunque supliendo su falta de análisis de la cuestión.

Efectivamente, los gastos extraordinarios, entendidos rectamente como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc., no incluidos en la Seguridad Social o seguro privado) no requieren

acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución, que no es el caso. Sólo los gastos no necesarios, como los extraescolares (que no son extraordinarios) requieren ese acuerdo, que debe incluir la proporción de pago y que, en caso de desacuerdo, puede ser suplido por decisión judicial.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No cabe duda de que los ingresos del padre se han incrementado notablemente tras la firma del convenio (más del doble), por haber cambiado de trabajo. Sin embargo, no considera esta Sala que la pensión alimenticia deba llegar a la cantidad que pretende la madre, pues no se acreditan gastos ordinarios de entidad importante para justificar esa cantidad.

AP MURCIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Carrillo Vinader

El Sr. Luis Antonio reitera en esta alzada lo que ha venido manteniendo en la primera instancia, esto es, que el cambio de trabajo no le ha supuesto un incremento sustancial de retribuciones, al tener gastos fijos importantes, reconociendo unos ingresos superiores en un 37,72% a los anteriores, por lo que ahora acepta que, tal y como pidió el Ministerio Fiscal, se eleve su contribución a 600 euros al mes. Añade que la hija no tiene derecho a una participación en las ganancias del padre y que sólo si se acreditara un incremento en los gastos de la menor procedería aumentar la pensión, prueba que en este caso no ha existido.

Por su parte la Sra. Cándida impugna en este particular la sentencia de primera instancia porque los ingresos reales del padre son superiores a los contemplados en la sentencia, habiendo acredita-

do que de su trabajo obtiene 96.000 euros al año (no 85.000) y que, además, tiene rentas inmobiliarias, en torno a los 20.000 euros al año, y rentas de capital mobiliario (durante el año 2007 invirtió en acciones 33.000 euros), lo que hace un total de ingresos de 130.000 euros al año. Por otro lado, ella ha acreditado unos gastos de la hija de 2.000 euros al mes, por lo que pide que se eleve la pensión alimenticia a dicha cantidad, pues es la madre la que la cuida en exclusiva, ante los incumplimientos por el padre del régimen de visitas.

Para resolver esta cuestión ha de partirse de que el contenido de los alimentos de los hijos menores de edad no puede limitarse a los estrictamente indispensables para la subsistencia. Los menores tienen derecho a una atención integral por sus padres y sus necesidades deben ser atendidas en

proporción al caudal de sus progenitores (artículo 146) y no sólo de sus necesidades básicas. Se ha de procurar que la crisis de la convivencia de los padres afecte lo menos posible a los hijos menores, totalmente ajenos a aquélla, por lo que, en lo posible, deben mantenerse las atenciones materiales idénticas a las que tenían constante matrimonio. El artículo 154 del Código Civil obliga a los padres a procurar a los menores sometidos a su patria potestad una «formación integral», y para ello ha de tenerse en cuenta, como señala el artículo 1362.1 CC al señalar las cargas de la sociedad de gananciales, que debe atenderse la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión «acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia».

No se trata de un derecho de participación en las ganancias, pero sí a tener un nivel de vida y atenciones de toda clase acorde con el nivel económico de sus padres, de tal manera que no son sólo las necesidades de los hijos las que determinan el

importe de la pensión, sino también los medios de quienes dan los alimentos (artículo 146 CC).

Señalado lo anterior, no cabe duda de que los ingresos del padre se han incrementado notablemente tras la firma del convenio (más del doble), por haber cambiado de trabajo, y así se evidencia no sólo por la certificación de haberes, sino por la titularidad de tres viviendas, el endeudamiento asumido de más de 500.000 euros y la titularidad de acciones, todo lo cual acredita sobradamente esa variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta y el aumento de la pensión que se ha establecido.

Sin embargo, no considera esta Sala que deba llegarse a las cantidades que pretende la Sra. Cándida, pues no se acreditan gastos ordinarios de entidad importante para justificar la cantidad solicitada, coincidiendo con la sentencia de primera instancia en que el importe fijado cubre la totalidad de los alimentos que le corresponden de acuerdo con los criterios antes señalados.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se reduce la cuantía de la pensión alimenticia dado que la madre, quien tiene la custodia, ha comenzado a trabajar percibiendo un salario aproximado de 1.000 euros.

AP ALICANTE, SEC. 9.ª, SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Julio Calvet Botella

Y es objeto de este recurso interpuesto por el demandante, la reducción de la pensión a la cantidad de 150 euros mensuales, ante lo que la demandada no sólo se opone, sino que impugna la sentencia interesando no se modifique la pensión inicialmente fijada como se ha dicho en 600 euros mensuales. Y así la Sentencia recurrida considera que en la actualidad puede afirmarse que han variado las circunstancias y reduce la pensión a cuya nueva cuantía no se conforma el padre, interesando una menor cantidad, lo que mueve a la madre a impugnar también la sentencia y pedir el mantenimiento de la pensión antes impuesta. Pues bien de la valoración de la prueba practicada, en particular de la documental aportada, resulta que la madre ha venido a una mejor situación económica, que la que se tuvo en cuenta cuando antes se fijó la inicial pensión: antes no trabajaba y ahora sí

trabaja, y percibe unos ingresos de entre 856 y 1.080 euros, y sabido es que en su caso ambos progenitores han de contribuir a los alimentos de los hijos, (artículo 144.3.º del Código Civil); y resulta además por otra parte que la situación del demandante y a tenor de las nóminas no ha variado esencialmente. El propio Ministerio Fiscal, en su informe en el acto del juicio, pidió que se fijase la pensión en una cantidad no inferior a 400 euros. Así las cosas, se considera que la Magistrada de instancia ha ponderado adecuadamente la fijación de la pensión alimentaria, de conformidad con los artículos 146 y 147 del Código Civil, por todo lo cual, y haciendo además nuestros los acertados fundamentos de la Juzgadora *a quo*, por remisión procede desestimar el recurso de apelación y la impugnación de la sentencia dictada y confirmar íntegramente la misma.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Es cierto que la pensión de alimentos fue fijada cuando la hija tenía escasos meses de edad y también que no era mucho mayor cuando fue ratificada en el proceso de divorcio, por lo que parece pertinente un cierto incremento, superior a la revalorización ordinaria, para acomodarla a las mayores necesidades presumibles en la situación presente.

AP ALICANTE, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Benigno Flórez Menéndez

Por lo que respecta a la cuantía de la pensión de alimentos hay que convenir con el Juzgado en que no se ha apreciado un incremento significativo de los ingresos del esposo que de por sí justifique una elevación de la pensión y menos en la proporción que la recurrente pretende, pues la pertenencia o interés del esposo en varias sociedades mercantiles resulta prueba completamente insuficiente a estos efectos y los demás extremos que se presentan como signos externos de riqueza tampoco son concluyentes. Ahora bien, sí que es cierto que la pensión de alimentos fue fijada cuando la hija tenía

escasos meses de edad y también que no era mucho mayor cuando fue ratificada en el proceso de divorcio, por lo que parece pertinente un cierto incremento, superior a la revalorización ordinaria, para acomodarla a las mayores necesidades presumibles en la situación presente. Sin embargo, también debe ponderarse a estos efectos que el padre contribuye a la satisfacción de determinados gastos ordinarios de la menor, por lo que, tomando en consideración el importe de la pensión a la fecha de la interposición de la demanda (folios 5 y 47) se considera adecuada la cifra de 350 euros mensuales.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Conversión de la pensión alimenticia pactada en el convenio de separación en pensión compensatoria de divorcio, ya que aquélla tenía como finalidad mantener a los hijos y a la esposa, y el esposo siguió pagando la pensión pese a que los hijos ya gozaban de independencia económica.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Agustín Vigo Morancho

El presente procedimiento es un proceso de divorcio, sin embargo la peculiaridad más destacada del mismo es que la separación en su día no se acordó judicialmente, sino que ambos litigantes acordaron separarse de hecho y a tal efecto suscribieron un convenio que se protocolizó notarialmente en fecha de 23 de febrero de 1982, en el que se contemplaba que ambos cónyuges tuvieron dos hijos Jorge y África, nacidos respectivamente en fechas de 18 de julio de 1965 y 12 de marzo de 1971, acordando su separación en base a lo preceptuado en el Código Canónico y estableciendo varios pactos, de los cuales interesa destacar el Sexto, según el cual «Las partes convienen que el Sr. Eliseo deberá ingresar en la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona,

Agencia Bellver, c/. M. Pelayo, 210, Barcelona, 11, y en la libreta de ahorros, cta. NÚM000, a nombre de doña Raquel, la cantidad mensual de 37.000 pesetas entre los días 5 y 10 de cada mes; esta cantidad será aumentada o disminuida a medida que los ingresos del Sr. Eliseo se vean repercutidos anualmente; además, y en cada uno de los meses de julio y diciembre de cada año, el Sr. Eliseo ingresará en la cuenta antes citada, la cantidad de 12.000 pesetas, total de 24.000 pesetas anuales, correspondientes a las pagas extras».

En dicha cláusula se observa que no se establece el concepto de la pensión, si es alimenticia o compensatoria, aunque sí queda claro que la misma será periódica y se deberá pagar mensualmente. Pues bien,

realmente éste es el tema principalmente discutido en esta litis, si se estableció una pensión alimenticia a favor de los hijos, una pensión alimenticia a favor de la esposa o una pensión compensatoria también a favor de ella. Previamente, debe indicarse que la naturaleza de la pensión alimenticia y de la compensatoria es totalmente diferente, ya que la pensión de alimentos constituida a favor de los hijos es una consecuencia de los deberes inherentes a la patria potestad, mientras que la pensión de alimentos establecida a favor de la esposa deriva del concepto de deuda alimenticia (artículos 259 a 272 del Codi de Familia y artículos 142 a 143 del Código Civil); y, por último, la pensión compensatoria es una modalidad de indemnización a favor del cónyuge perjudicado económicamente como consecuencia de la separación, nulidad o divorcio, en la que deben tenerse en cuenta determinados factores, como son la existencia de un desequilibrio económico evidente, la duración del matrimonio, la dedicación o contribución del cónyuge a la familia, la edad, el ejercicio de una profesión o la posibilidad o dificultad de obtener otra en el futuro y, en definitiva, si a partir de la ruptura matrimonial se aprecia la evidencia de que uno de los cónyuges queda notablemente perjudicado en el aspecto económico, que afecta a su capacidad económica futura.

En el presente caso, se observa que si bien al principio la pensión de 37.000 pesetas establecida en el Convenio tenía como finalidad mantener a los hijos y a la propia demandada, el actor siguió

pagando la pensión hasta el mes de agosto de 2006, pese a que los hijos ya gozaban de independencia económica, de donde se deduce que el actor siguió manteniendo dicha pensión como pensión alimenticia a favor de la esposa, que, conforme lo establecido por el artículo 76.3, letra b) del Codi de Familia, puede satisfacer uno de los cónyuges al otro. Ahora bien, ejercitada la acción de divorcio y estimada la misma, la pensión de alimentos se extingue *ipso iure*, ya que al extinguirse el vínculo matrimonial desaparece la obligación derivada de la deuda alimenticia entre parientes. No obstante, cuando nos encontramos en supuestos en que se fijó una pensión de alimentos a favor de la esposa, ésta se puede convertir en pensión compensatoria a favor de ella una vez se ha instado el divorcio.

En este sentido esta Sección se ha pronunciado reiteradamente sobre la transformación de la pensión de alimentos a favor de un cónyuge en pensión compensatoria cuando concurren los requisitos de ésta, por lo que debemos entender que realmente el actor consintió en mantener dicha pensión de alimentos exclusivamente a favor de la esposa, aunque no se pactara expresamente con posterioridad a la independencia económica de los hijos. Por lo tanto, conviene examinar si concurren los requisitos para la procedencia de la pensión compensatoria, ya que en tal caso convendría mantener la pensión de 37.000 pesetas (actualmente fijada en 200 euros) a favor de la esposa, pero como pensión indemnizatoria del artículo 84 del Codi de Familia.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La separación de hecho no es un obstáculo para la fijación de la pensión compensatoria ya que durante ese período el esposo asumió los gastos familiares e ingresaba su pensión en la cuenta común.

AP ASTURIAS, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio Soto-Jove Fernández

Circunscribe el recurso su objeto al montante de la pensión compensatoria reconocida a favor de la esposa sin límite temporal en cuantía de 1.000 euros mensuales y que ésta pretende elevar a 1.500 euros al mes, siendo indiscutidos los extremos básicos incidentes en la cuestión litigiosa, matrimonio celebrado en 1979 con separación de hecho en 2006, dos hijos del matrimonio ya mayores de edad, teniendo la apelante 53 años de edad habiendo desarrollado trabajos esporádicos (f. 21-22), con estudios de puericultora que durante la unión matrimonial amplió con un título de administrativa,

disponiendo el esposo de unos ingresos mensuales de 3.419,48 euros conjugando su pensión de jubilación como empleado de Hunosa y la más cuantiosa prestación de plan de prejubilación a extinguir en 2016, atendiendo por mitad los litigantes un préstamo hipotecario de 872,27 euros de cuota mensual, habiéndose atribuido a la esposa el uso de la vivienda conyugal y habiendo realizado ésta durante la separación de hecho diversos trabajos de limpiadora y cuidado de ancianos.

A partir de tales premisas fácticas el Tribunal reputa ajustada la determinación cuestionada,

equilibrada al cúmulo de circunstancias, y de modo particular considerando que la esposa permanece en el disfrute de la vivienda conyugal mientras el esposo ha de procurarse la cobertura de esta necesidad, la apelante reconoce haber desempeñado recientemente trabajos (e-mail f. 66 y acto de Juicio) y no obstante la referencia del recurso no constan en autos datos de que sufra afectación funcional, incidiendo la apelante en que durante el período de separación de hecho el esposo asumió los gastos familiares e ingresaba su pensión en la cuenta común, pero tal circunstancia no revela un acuerdo

sobre la pensión compensatoria en los términos inequívocos que exigiría la doctrina de actos propios, y de hecho en el propio correo electrónico que cita el recurso (f. 66) el esposo sugería la mera separación –no el divorcio– y proponía en dicho caso que seguiría atendiendo una enumeración de gastos comunes no cuantificados, desaconsejando la disolución del vínculo matrimonial y no citando la figura de la pensión compensatoria, consideraciones que conllevan la desestimación del recurso de apelación si bien la naturaleza del interés en conflicto aconseja prescindir de imposición de costas del mismo.

PENSIÓN COMPENSATORIA

En defecto de aplicación de la indemnización para la mujer prevista en el derecho marroquí para los casos de divorcio, procede aplicar la ley española y concederle una pensión compensatoria.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

En defecto de aplicación de la indemnización para la mujer, en supuestos de divorcio, denominado MUT'A en el Derecho marroquí, al no observarse el intento de conciliación del artículo 113 de LA MUDAWANA, con la posibilidad de conceder el órgano judicial tal derecho, en atención al artículo citado en relación con el 84 del Código marroquí, procede la aplicación de la ley española, tal como

ha efectuado el Juzgador *a quo*, concediendo una pensión compensatoria a la esposa, en base al artículo 97 del Código Civil, de doscientos euros mensuales, y por plazo de dos años, ante la evidente concurrencia de una situación de desequilibrio económico, pues frente a la falta de ingresos conocidos de la esposa, el demandante obtiene retribución del orden de mil trescientos euros mensuales.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La sentencia es apelada por la demandada, que fue declarada en rebeldía y compareció en la vista, y pretende que le sea fijada una pensión compensatoria, pero al no pedirse por vía reconventional no puede concederse.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Joaquín Bayo Delgado

La sentencia, cuya parte dispositiva ha sido trascrita, es apelada por la demandada, que fue declarada en rebeldía y compareció en la vista, que pretende le sea fijada una pensión compensatoria cuya cuantía no determina. El apelado pide la confirmación de la sentencia apelada.

Tal confirmación se impone no sólo porque la pensión compensatoria debió pedirse por reconventional, al ser una medida sujeta al principio de rogación, sino que además la petición debe incluir

una cuantía determinada. El hecho de que la demandada no fuera interrogada, porque el demandante no solicitó ese interrogatorio, nada cambia, pues tampoco a través del interrogatorio se podía subsanar la falta de petición.

Es relevante añadir que el emplazamiento en su lugar de residencia, Alemania, se hizo correctamente y, por ende, su rebeldía sólo es imputable a la demandada.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La cuantía de la pensión compensatoria no ha de estar dirigida a que consiga una retribución similar a la que pudiera obtener de un trabajo por cuenta ajena, sino a cubrir la diferencia entre lo que puede obtener con su actual capacitación y lo que podría haber obtenido, aparte de que también ha de tenerse en cuenta que el obligado a prestarla no tiene una alta capacidad económica.

AP MURCIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Carrillo Vinader

Sostiene esta apelante que la reducción que hace la sentencia de primera instancia del importe de la pensión compensatoria que ella pedía (700 euros), concediendo sólo 250, ha sido por no valorar correctamente las pruebas practicadas. Así, afirma que la capacidad económica del obligado al pago (ha adquirido recientemente un vehículo de alta gama y un piso de 122 metros útiles) y la total falta de posibilidades de acceder ella al mercado laboral, junto a la carencia de cualquier fuente de ingresos (por su edad, enfermedades y falta de formación derivada de su dedicación pasada a la familia), son datos que han de llevar a elevar la cuantía de la pensión al límite por ella pedido.

Es cierto que no consta que la Sra. Noelia tenga ingresos de tipo alguno, pero ello por sí solo no permite señalar el importe de la pensión compensatoria, pues también se ha de tener en cuenta las posibilidades económicas del obligado a prestarla, y lo que consta es que el mismo tiene unos ingre-

sos mensuales en torno a los 1.500 euros. Por otro lado, la ausencia actual de recursos económicos en la esposa no es el dato que determina su derecho a la pensión compensatoria, sino, como se ha señalado, su menor capacidad para obtenerlos, ante la falta de capacitación derivada de la dedicación a la familia durante la duración del matrimonio. Por ello, la cuantía de la pensión no ha de estar dirigida a que consiga una retribución similar a la que pudiera obtener de un trabajo por cuenta ajena, sino a cubrir la diferencia entre lo que puede obtener con su actual capacitación y lo que podría haber obtenido, aparte de que también ha de tenerse en cuenta que el obligado a prestarla no tiene una alta capacidad económica, por lo que la situación de desequilibrio no es tan elevada como para fijar la cantidad pretendida. La establecida por la sentencia resulta ponderada al conjunto de circunstancias que concurren, por lo que debe desestimarse también este recurso.

CUESTIONES PROCESALES

Se acuerda la práctica de diligencias preliminares para tener conocimiento de la situación económica del marido antes de la interposición de la demanda.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 27 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña 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 acuerde realizar las diligencias judiciales siguientes: remitir oficios de cuyo resultado se dé cuenta a la parte, a la agencia tributaria de la administración del Estado a fin de que informe de las entidades financieras en las que les conste el demandado como titular, propietario, representante o cualquier otro concepto de cualquier tipo de producto en los últimos 3 años, a

dichas entidades financieras que resulten del anterior oficio, y en todo caso a las entidades Caja de Madrid, Citibank, BBVA, ING, BSCH, La Caixa, Bankinter y Banesto a fin de que aporten a este Juzgado, certificado acreditativo del Saldo Medio Anual, en los últimos años de todos los productos o cuentas en los que el demandado conste o haya constado como titular, propietario, representante o cualquier otro concepto y extracto de todos los movimientos en dichos productos o cuentas en los

últimos cuatro años que sean iguales o superiores a 1.000 euros, al registro mercantil central, a fin de que emita certificado acreditativo de los mercantiles en las que conste el demandado o haya constado en los últimos 4 años con algún cargo o nombramiento, a la oficina de averiguación patrimonial con el fin de que remita al Juzgado certificación sobre los bienes del demandado de los que obtenga conocimiento, al INSS, a fin de que aporte vida laboral actualizado del demandado y alega que el auto de archivo se ha dictado de forma prematura ya que no se proveyó ni la totalidad de los pedimentos incluidos en demanda ni el escrito de fecha 29 de febrero de 2008.

Se resuelve en la primera instancia que «Habiendo efectuado las diligencias preliminares solicitadas por la demandante y acordadas por SS.^a procede el archivo de las presentes actuaciones dejando constancia en los libros», lo que al parecer de la Sala no es conforme a derecho y a las circunstancias acreditadas en las actuaciones.

En efecto, establece el artículo 256 de la LEC, que todo juicio podrá prepararse por peticiones o solicitudes que se desglosan en los 7 números que el precepto contiene relativo todo ello a las diligencias y averiguaciones que para la protección de determinados derechos establece la ley.

Y es así que las numerosas diligencias interesadas no fueron cumplidamente observadas en el procedimiento seguido en la primera instancia en tanto en cuanto se aporta exclusivamente el infor-

me de vida laboral de interesado y el resultado de los movimientos bancarios de algunas cuentas de ciertas entidades financieras (Caja Madrid, ING o BBVA) obviando así la averiguación económica respecto del resto de aquellas corporaciones bancarias que en su momento se interesaron siendo así que el nuevo texto legal recoge dentro del capítulo dedicado a las diligencias preliminares aquellas actuaciones judiciales previas a la interposición de la demanda que tiene por finalidad aportar al demandante elementos de conocimiento que le permitan preparar el juicio.

Sin duda es una regulación legal completa por cuanto que el artículo 256 de la LEC, no limita la naturaleza de las acciones que quieran interponerse, siempre que sean referidas al juicio, existiendo justa causa e interés legítimo en quien pretende formular la solicitud de inventario en un procedimiento de liquidación de la sociedad legal de ganancias, todo lo cual determina en este punto el acogimiento de este motivo de apelación y conduce a revocar el auto recurrido disponiendo que se lleven a cabo las referidas diligencias preliminares que solicita la parte recurrente, a excepción del informe de vida laboral del interesado por cuanto ya se ha unido a los autos, siendo irrelevante a estos efectos de la demanda los datos actualizados de su actividad laboral, habida cuenta la fecha de divorcio de las partes, así como las de los bancos que ya se han incorporado a las actuaciones.

CUESTIONES PROCESALES

No puede achacarse ahora a la oficina judicial las malas o deficientes comunicaciones internas entre la esposa y sus profesionales designados; no hay indefensión, la citada Sra. conoce del procedimiento y sus trámites y ha estado en todo momento asistida técnicamente por Letrado y representada procesalmente por Procurador.

AP MADRID, SEC. 24.^a, SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier Correas González

Para la resolución del presente recurso de apelación y con relación a la nulidad de actuaciones, conviene al caso recordar la doctrina jurisprudencial emanada de nuestro más Alto Tribunal (*vid.* SSTs de 11 de octubre de 1990 y 18 de marzo de 1991) que dicen: «la nulidad de los actos procesales constituye la sanción máxima y debe limitarse a los supuestos en que resulten afectados los intereses de las partes; cuando concurre una efectiva indefensión; es decir, no abstracta y desde un punto de vista genérico, sino real y concreto»; o como se

dice en la segunda de las sentencias citadas: «No toda irregularidad procesal genera consecuencia tan importante como la declaración de nulidad de actuaciones, pronunciamiento que debe ser contemplado como remedio último y circunscrito fundamentalmente a las acciones en que se haya producido indefensión, principalísima parte rectora». Pues bien, partiendo de cuanto antecede y del estudio de las actuaciones, lo que aparece reflejado es que la Sra. Cecilia fue emplazada en persona el 16 de diciembre de 2004 (folio 39); compareció en

persona pidiendo Abogado y Procurador del turno de oficio para que asumieran su representación y defensa (folio 45); al folio 128 y siguientes consta sentencia de esta Sala de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 27 de abril de 2007 que anuló actuaciones para señalamiento de nueva vista en la que la citada señora pudiera ser asistida y representada por los profesionales que al efecto se designaran del turno de oficio; y andando el procedimiento se observa que en todo momento dicha Sra. ha estado asistida y representada, que en todo momento ha sabido de la existencia del proceso y de sus trámites y que cuando le convenía a sus intereses

ha pedido al Juzgado lo que deseaba. No puede, pues, achacarse ahora a la oficina judicial las malas o deficientes comunicaciones internas entre la Sra. Cecilia y sus profesionales designados; es decir, lo alegado ahora al folio 226, en el acto de la vista de pedir la suspensión por carecer de prueba documental y por falta de contacto con su defendida. Se insiste, no hay indefensión, la citada Sra. conoce del procedimiento y sus trámites; y, ha estado en todo momento asistida técnicamente por Letrado y representada procesalmente por Procurador. Procede desestimar este motivo y no cabe en absoluto decretar la nulidad de actuaciones pretendida.

CUESTIONES PROCESALES

El Juzgado de Familia no puede inadmitir la petición de medidas previas en base a considerar que no existe urgencia en su adopción.

AP CÓRDOBA, SEC. 2.ª, AUTO DE 9 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio Carnerero Parra

El auto que se recurre inadmite la solicitud de medidas previas a la interposición de una demanda de divorcio, con el argumento de que sólo cabe la posibilidad de este procedimiento en los supuestos en que la situación efectiva del matrimonio exige medidas urgentes e inmediatas, en orden a la protección de la persona y bienes del cónyuge solicitante, o de los hijos del matrimonio.

La parte que solicita estas medidas previas recurre en apelación esta resolución, por entender que existe una infracción e indebida aplicación de los artículos 771 de la LEC y 104 del CC, dado que la urgencia no se configura como requisito procedimental; y en segundo término, alegando una errónea valoración en cuanto a la ausencia de esa urgencia o necesidad.

Tal y como expone la parte recurrente, la redacción dada por el legislador, tanto al artículo 771 de la LEC como al artículo 104 del CC no exige tal acreditación de un estado de necesidad o urgencia como requisito para que se siga este procedimiento. El primero de estos preceptos, ante la presentación del escrito de solicitud, simplemente obliga al juez a citar a las partes a una comparecencia en los diez días siguientes. La única referencia que se hace a la apreciación de un estado de necesidad o urgencia, es para posibilitar al juez la adopción de algún tipo de medida sin necesidad de dar audiencia a la otra parte.

Por lo tanto, con independencia de que exista urgencia o no en la adopción de las medidas, toda

solicitud de medidas previas ha de ser admitida a trámite, con convocatoria a las partes a una comparecencia en la cual podrán alegar y probar lo que estimen pertinente, siendo ése el momento en que el juez podrá valorar si las medidas adoptadas son necesarias o pueden esperar a su determinación en el procedimiento principal de separación, nulidad o divorcio. Así se establece, entre otras resoluciones de la jurisprudencia menor, en el auto de 14 de junio de 2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que establece que por imperativo legal debe citarse a las partes a la comparecencia del apartado 20 del artículo 771 de la LEC, así como al Ministerio Fiscal, y con audiencia de las alegaciones de los concurrentes y con la práctica de los medios de prueba que se considerasen pertinentes, dictar resolución final de las medidas solicitadas, en cuyo momento debía de haberse valorado la necesidad o urgencia de adoptarlas, pero nunca *ab initio*. En igual sentido se pronuncia también la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, mediante auto de 2 de junio de 2008.

Por lo tanto, y sin necesidad de entrar a analizar el segundo motivo del recurso, procede su estimación para que se admita a trámite la solicitud de medidas previas a la demanda de divorcio, con la única salvedad de que, en la posibilidad de que esa otra solicitud de medidas provisionales coetáneas haya sido resuelta judicialmente, procederá se declare su archivo al decaer la finalidad de su establecimiento.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Procede la ejecución de lo pactado y sancionado en su día en convenio regulador aprobado en sentencia sobre la extinción del uso de la vivienda, no siendo obstáculo para ello que la hija no haya cumplido la mayoría de edad, al tratarse de un pacto aprobado judicialmente.

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 16 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Sánchez Franco

En el presente caso de autos debe ser estimado el presente recurso, procede la ejecución de lo pactado y sancionado en su día en convenio regulador aprobado en sentencia de modificación de medidas; no siendo obstáculo para ello que la hija Cristina no haya cumplido la mayoría de edad, al tratarse de un pacto aprobado judicialmente en modificación

de medidas definitivas siendo de aplicación en los artículos 90 y 91 *in fine* del Código Civil en relación con el artículo 96, párrafo 1, *a sensu contrario* de dicho cuerpo legal; que dice textualmente que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quede.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Cambio de custodia provisional a favor del padre al constatare un reiterado incumplimiento de la madre del régimen de visitas.

AP ZARAGOZA, SEC. 2.ª, AUTO DE 30 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arque Bescos

En los presentes autos de Ejecución de Títulos Judiciales recayó Auto del Juzgado de instancia por el que se decretaba en lo sustancial la custodia de la menor a favor del padre. Dicha resolución es objeto de recurso por la representación de la Sra. Aida que en su escrito de interposición (artículo 458 de la LEC) considera que no consta acreditado incumplimiento alguno por parte de la progenitora recurrente, que procede reanudar las entregas a través del Punto de Encuentro Familiar que no consta influencia negativa alguna en la madre para con la hija, que no procede imponer una custodia provisional a favor del padre, careciendo de objetividad el informe del gabinete, debiéndose dar lugar a lo resuelto por el Juzgado que viene a sancionar un síndrome de alienación parental (SAP) que no está reconocido en el campo de la psiquiatría.

Debe tenerse en cuenta que en todo este tipo de cuestiones debe privar el interés del menor tal como proclama el artículo 39 de la Constitución Es-

pañola, LO 1/1996 de protección jurídica del menor, Convención de los derechos del niño, artículos 93, 154 y siguientes del Código Civil. Ley Aragonesa de la protección de la Adolescencia e Infancia así como la Ley Aragonesa de derecho de la persona de 27 de diciembre de 2006. En realidad el Auto del Juzgado no es que de por acreditada la existencia de algún trastorno psicológico en la menor o que castigue la actuación de la progenitora recurrente sino que en base al informe del Gabinete adscrito al Juzgado y las pruebas practicadas considera beneficioso para la menor un cambio provisional en la custodia, criterio también compartido por el Ministerio Fiscal.

No cabe por otro lado introducir dudas ni siquiera en términos de defensa sobre la actuación imparcial y objetiva de los profesionales intervinientes ni menos del propio juzgador de instancia ni del Ministerio Fiscal a los que sólo guía, como a esta Sala, un interés objetivo y profesional de resolver el conflicto procurando en todo momento atender al interés y

beneficio de la menor que es la víctima inocente de la conflictividad de sus progenitores.

El Auto recurrido en su extensa y estudiada fundamentación razona adecuadamente la necesidad de acudir al nuevo sistema impuesto que es provisional y no supone la solución definitiva del conflicto. Estando pendiente de efectuarse una

nueva valoración a la finalización del curso escolar, parece pues adecuado mantenerse la ejecutoria en los términos indicados, sin que sea procedente la exploración de la menor en esta instancia que teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto no aportaría nada nuevo y podría ser un elemento perturbador para la niña en este momento.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A pesar que la reclamación del esposo se ha visto reducida en 332 euros, procede condenar en costas a la esposa dado que la demanda de ejecución ha sido sustancialmente estimada.

AP GRANADA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Requena Paredes

Procede, con estimación del recurso, revocar la sentencia de instancia en el primer punto de discrepancia a la decisión judicial que fue la no imposición de las costas a la parte demandada que fue condenada a abonar 7.195'50 euros frente a la cantidad reclamada de 7.527'57 euros. Esto es, una diferencia de 332,07 euros, al descontar de la cantidad exigida a la demandada, por impago prolongado de los gastos de comunidad que le correspondían por atribución de uso de la vivienda familiar en régimen de Propiedad Horizontal, las cuotas que por aquel importe obedecían a gastos o cuotas considerados extraordinarios.

Asiste la razón al apelante para entender aplicable la teoría del cuasi vencimiento o de estima-

ción sustancial, en palabras de la STS de 15 de junio de 2007 seguido por ininidad de resoluciones del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales muchas de las cuales cita la autora del recurso (SSTS de 19 de junio de 2006 o 12 de febrero, 25 de marzo o 18 de junio de 2008) al que ni siquiera se opone la parte demandada y de clara pertinencia en el caso de autos dado el mínimo porcentaje cuantitativo en que la sentencia no declara del todo exigible una deuda cuya legítima reclamación ha de evitar que el derecho judicialmente reconocido se vea mermado por la necesidad de acudir a los Tribunales para su reconocimiento expreso cuando, como aquí ocurre, poco había que discutir y de hecho, la distinción entre una y otra clase de gastos comunes fue la única cuestión debatida.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Habiéndose pactado por los cónyuges que el establecimiento de la pensión compensatoria quedaba condicionado a que la esposa no fuese despedida de la empresa, producido dicho evento debe cumplirse el pacto, no siendo obstáculo para ello que la esposa no se encuentre inscrita en la actualidad como demandante de empleo.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Álvarez Seijo

Partiendo de los hechos que la sentencia de primera instancia declaró probados, con la salvedad del punto 4, toda vez que no aparece de las actuaciones que doña Olga se encuentre inscrita como demandante de empleo actualmente, ha de tenerse en cuenta, como ya se señaló en la recurrida, que toda vez que

la pretensión ejercitada se refiere a una modificación de medidas acordadas en un procedimiento de crisis conyugal, resulta necesario que haya operado una alteración sustancial de circunstancias, tal y como disponen los artículos 91 y 100 del Código Civil, de ahí que resulte necesario que entre la situación exis-

tente en el momento de la adopción de la medida en cuestión y la obrante cuando la modificación se pretenda haya acontecido una variación trascendente y apreciable o relevante.

En el caso que nos ocupa, ha de tenerse en cuenta lo señalado en la estipulación IV del Convenio Regulador, que libre y conscientemente suscribieron don Cornelio y doña Olga y que fue homologado por Sentencia de 29 de marzo de 2006, y que como sabemos estableció que ambos esposos declaraban la inexistencia de desequilibrio en ese momento, toda vez que doña Olga trabajaba por entonces en la empresa Grúas Pedregal SA cobrando una cantidad mensual aproximada de 1.164 euros, mientras que don Cornelio, que asimismo trabajaba para dicha entidad, cobraba 3.400 euros, con la particularidad de que caso de ser doña Olga despedida de forma improcedente don Cornelio se comprometía a abonarle como pensión compensatoria 1.164 euros mensuales.

Según lo expuesto, quedaba el establecimiento de la pensión compensatoria sometida a la indicada condición, que se cumplió cuando el día 31 de agosto de 2006 la mercantil antes referida procedió a dicho despido, que tanto empleador como empleado calificaron de mutuo acuerdo como improcedente, siendo entonces que dicha pensión quedó constituida.

Las circunstancias que según el actor y hoy recurrente se han alterado son básicamente que doña Olga no ha intentado buscar un empleo, habiendo cobrado unas percepciones del INEM, habiendo procedido recientemente a la compra de un chalé.

Ciertamente esto último es así, mas la adquisición se ha financiado a través de un préstamo con garantía hipotecaria tanto sobre dicha vivienda como sobre la que fue domicilio conyugal y que le fue adjudicada en la liquidación de la sociedad matrimonial.

Por otra parte, doña Olga, prácticamente sin solución de continuidad, tras el despido se inscri-

bió como demandante de empleo durante el plazo de un año, habiendo percibido como subsidio en ese término cerca de 1.000 euros. A partir de dicha anualidad, y extinguido el subsidio, doña Olga causó baja como demandante de empleo.

Lo que acaba de exponerse no puede implicar una situación predicable de alteración relevante de circunstancias. Lo cierto es que don Cornelio firmó el convenio en la forma expresada, y desde luego en el mismo ninguna previsión se contempló respecto a que constituida la pensión doña Olga viniese obligada a buscar otra actividad laboral, y tampoco se hizo alusión alguna a una temporalidad que ahora de forma subsidiaria pretende el recurrente.

Doña Olga en la actualidad tiene 40 años de edad y con ella convive la hija menor del matrimonio, de 16 años de edad, momento de plena adolescencia en la que obviamente requiere la atención y dedicación de su madre. Es cierto por otra parte que la apelada inicialmente como hemos visto y mientras tuvo derecho al subsidio de desempleo se inscribió como demandante de empleo, apareciendo que tras su baja no se ha postulado como solicitante de un puesto de trabajo, circunstancia que por el momento y por sí sola no ha de implicar el presupuesto necesario para el éxito de la pretensión en la presente litis ejercitada, habida cuenta de su falta de cualificación así como la situación actual por la que está pasando el mercado laboral, lo que sin duda conlleva una nada desdeñable dificultad de acceso a un puesto de trabajo, debiendo considerarse que estamos ante un matrimonio cuya convivencia duró diecinueve años, todo lo cual aboca asimismo a la improcedencia de la temporalidad.

Ahora bien, ello no es óbice para que doña Olga no se perpetúe en la desidia respecto a intentar, con independencia de su resultado, la obtención de un puesto laboral, pues en otro caso sí podría dar pie a una reiteración de la pretensión esgrimida en esta litis.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Como quiera que la separación fáctica se produce antes de la sentencia de separación, las letras del tesoro son privativas del esposo debiendo por ello ser excluidas del inventario de la sociedad de gananciales.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Se cuestiona en esta alzada la inclusión en el activo de la sociedad legal de gananciales las letras del

tesoro adquiridas en fecha 8 de abril de 1994 que refiere la sentencia.

En efecto consta en los autos que en fecha 8 de abril de 1995 la entidad Caja Madrid expide el detalle de un activo bancario, consistente en las letras del tesoro por un nominal de 2000.000 pesetas de fecha 8 de abril de 2004.

Es preciso señalar los antecedentes del pleito de separación y en este sentido que el auto de medidas provisionales se dicta en fecha 30 de junio de 1994 incorporándose a los autos comunicación del Abogado don Carlos Almería que participa al ahora recurrente ya en fecha 25 de noviembre de 1993 la puesta en contacto de la esposa con el despacho profesional de aquél para la tramitación de la separación matrimonial.

Tales extremos ha de añadirse a los datos facilitados por la DG de Instituciones Penitenciarias que ponen de manifiesto que la ahora apelada, funcionaria del Cuerpo de Ayudantes de IIPP prestó servicios en el centro de la Palma desde el 9 de septiembre de 1991, siendo destinada posteriormente a Valencia cobrando su salario en Caja Postal.

La separación fáctica de los litigantes se produce ya en fechas anteriores al año 1994 en el que recae el auto de medidas provisionales siendo así que la esposa en su momento ya en el año 1993 acude y solicita asesoramiento profesional para interponer la demanda de separación.

Tales hechos encuentran acomodo legal y jurisprudencial en la doctrina que ya ha recogido este tribunal recientemente en Sentencia de 6 de julio de 2009 que «es reiterada la doctrina y jurisprudencia a propósito de las consecuencias de la separación de hecho entre los cónyuges, en lo que se refiere al carácter privativo de todos aquellos bie-

nes adquiridos con posterioridad a dicha ruptura, por cuanto que es claro que la sociedad de gananciales finaliza por dicha separación de hecho, dado que el fundamento de la sociedad es la convivencia mantenida entre los cónyuges, de modo que la libre ruptura fáctica excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que ya no existe desde el momento de la ausencia de convivencia entre aquéllos de manera que si se produce de modo irreversible la ruptura de la convivencia, los bienes obtenidos por cada uno de los cónyuges con posterioridad a dicha ruptura no deben integrarse en la sociedad ganancial, sin perjuicio del derecho de cualquiera de los citados cónyuges a instar su extinción en los términos previstos en el artículo 1392.3.º del CC así como las facultadas que les asisten para solicitar las medidas oportunas de carácter económico (TS entre otras SS de 13 de junio de 1986, 17 de junio de 1988, 26 de abril de 2004, 4 de diciembre de 2002 y 21 de febrero de 2008).

De esta manera como quiera que la separación fáctica se produce antes de aquella fecha, 8 de abril de 2004, no constando otros datos sobre aquel activo bancario y aun estimando que la separación no tuvo lugar en el año 1991 sino en el año 1993, la Sala no puede sino considerar que las letras del tesoro son privativas del esposo debiendo por ello ser excluidas del inventario de la sociedad de gananciales al no tener carácter común, y sobre las que el interesado señaló en el acto de la vista oral que tenía por finalidad financiar sus cursos de vuelo en los EEUU, razones todas que determinan en este punto el acogimiento de este motivo de apelación y conducen a revocar la sentencia recurrida.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Se apela la sentencia por considerar que las actualizaciones de los créditos que se incluyen en la sentencia no han sido solicitadas por la parte contraria, pero se desestima el recurso pues dicha actualización está prevista en el artículo 1398 del Código Civil, en relación también con lo establecido en el artículo 1358 del Código Civil, por lo que en base a lo dispuesto en estos preceptos no se puede tachar de incongruente la sentencia de instancia.

AP MURCIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Martínez Pérez

Se alega que la sentencia de instancia incurre en incongruencia *extra petita* al concederse a doña Valentina, de las cantidades recogidas en su favor en el pasivo de la liquidación de la sociedad de gananciales, las actualizaciones de dichas cantidades sin haber sido solicitadas por la representación de la

demandada, que la actualización de las cantidades no fue objeto de debate, pues en el acta de formación de inventario no se realizó petición por la demandada.

Que la anterior pretensión debe desestimarse, aceptándose lo declarado en la parte dispositiva de

la sentencia de instancia en cuanto a la actualización de las cantidades al tiempo de la liquidación de las partidas que se incluyen en el pasivo de la sociedad y respecto de las que se reconoce un derecho de crédito a favor de doña Valentina, en tanto que dicha actualización está prevista en el artículo 1398 del Código Civil, en relación también con lo establecido en el artículo 1358 del Código Civil, por lo que en base a lo dispuesto en estos preceptos

no se puede tachar de incongruente la sentencia de instancia.

En atención a lo expuesto procede estimar en parte el recurso de apelación formulado en nombre de don Juan Antonio, sin pronunciamiento expreso en cuanto a las costas devengadas por este recurso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la LEC.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La cantidad de 4.800 euros que se ingresó en la cuenta ganancial tiene carácter privativo en virtud de la donación que hizo a la esposa un tercero, lo que se considera acreditado por lo declarado por éste y por el ingreso en la cuenta.

AP MURCIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Martínez Pérez

Se opone en el recurso a que se incluya en el pasivo de la sociedad de gananciales a favor de la Sra. Valentina los importes de 4.800 euros y de 6.000 euros procedentes de una donación a favor de la misma realizada por don Norberto con ocasión del nacimiento de dos hijos, acaecidos éstos el 30 de marzo de 2003 y el 21 de diciembre de 2004, indicándose que no existe prueba documental alguna que demuestre que se realizaron dichas donaciones ni los referidos importes; se indica que la única aportación de un dinero a la cuenta ganancial por valor de 4.800 euros fue el día 4 de junio de 2003, es decir transcurridos más de tres meses desde el nacimiento del primer hijo; que de la cantidad supuestamente donada por importe de 6.000 euros no se realiza ninguna imposición en la cuenta común meses después del nacimiento del segundo hijo, que se la ha dado veracidad a lo declarado por un testigo de parte sin prueba documental alguna; que dichas aportaciones económicas se deben considerar gananciales por su origen netamente laboral, única relación existente entre el donante y la donataria; que el Sr. Norberto reconoció que el dinero sale, no de una cuenta privativa del donante, sino de una cuenta del negocio; que de haber existido dichas aportaciones serían rendimientos laborales y como tal gananciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1347 del Código Civil; se alude al destino de las cantidades, que se invirtieron íntegramente en la compra de ajuar doméstico de los hijos y por la voluntad de quien supuestamente recibió el dinero, que le atribuyó carácter ganancial al no haber efectuado reserva ni condición alguna.

Se incluyen en el pasivo de la sociedad de gananciales, con derecho de crédito de la Sra. Valen-

tina, las cantidades de 4.800 euros y de 6.000 euros, indicándose que estas cantidades fueron donadas exclusivamente a la Sra. Valentina por parte de don Norberto, aunque el motivo fuera el nacimiento de dos de sus hijos, lo que se estima acreditado por la declaración prestada en el acto de la vista por el donante, y que dichas cantidades se invirtieron en la compra de ajuar doméstico para los hijos, considerándose, por tanto, dichas donaciones privativas, empleadas en gastos de la sociedad de gananciales.

En relación con la anterior pretensión la Sala considera que la cantidad de 4.800 euros se ingresó en la cuenta ganancial NÚM003 en fecha 7 de julio de 2003, tiene carácter privativo en virtud de la donación que se hizo a doña Valentina por parte de don Norberto, lo que se considera acreditado por lo declarado por éste y por el ingreso en la cuenta. Así pues se considera privativa dicha cantidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 1346.2 en relación con el artículo 1353, sin que altere la inicial naturaleza el hecho de que se ingresara en una cuenta en común. Distinta suerte debe correr la otra cantidad por importe de 6.000 euros, que se excluye del pasivo de la sociedad de gananciales, pues a este fin es significativo que no se ingresara en cuenta dicha cantidad ni un importe aproximado, por lo que se considera insuficiente la mera declaración de don Norberto, ello en concordancia con el hecho de que no existen datos para dar por acreditado que dicha cantidad se destinara al pago de gastos de los que debiera responder la sociedad de gananciales, pues no existe documento alguno. Así, pues, procede excluir del pasivo de la sociedad de gananciales la cantidad de 6.000 euros.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

No procede incluir en el pasivo una deuda por el importe de la compra de moneda extranjera efectuada con la esposa con dinero privativo para la realización del viaje de novios. Ese gasto, por otro lado de escasa cuantía (1.606 euros) y de carácter suntuario, fue asumido voluntariamente por la esposa por un acto de mera liberalidad en favor de su esposo, que le deslegitima para su reclamación al ir contra su propio y voluntario actuar.

AP MURCIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Martínez Pérez

Se opone en el recurso a que se incluya en el pasivo de la sociedad de gananciales y a favor de la Sra. Valentina la compra de moneda extranjera por importe de 3.011,33 euros con destino a financiar el viaje de novios, indicándose que dicha cantidad no se gastó en el viaje de novios, refiriéndose la compensación de moneda extranjera en fecha 31 de marzo de 1999; que la cantidad utilizada en el viaje sólo sería por importe de 1605,2 euros, que la Sra. Valentina también se benefició del viaje, por lo que sólo tendría derecho a reclamar la cantidad de 802,6 euros; se indica que el artículo invocado en la sentencia de instancia no es de aplicación; que dicho concepto se considera una liberalidad voluntaria con ocasión del matrimonio y que se solicita una vez transcurridos veinte años desde dicha aportación.

Se indica en la sentencia de instancia que debe incluirse en el pasivo la cantidad de 3.011,33 euros, por compra de moneda extranjera en fecha 1 de septiembre de 1998, con derecho de crédito de la Sra. Valentina, al proceder dicha cantidad de una cuenta privativa de ésta y al haber sido destinada a financiar el viaje de novios del matrimonio, ello en

base a lo dispuesto en el artículo 1346.2 del Código Civil.

Que en efecto está acreditado que en fecha 1 de septiembre de 1998 se realizó un cargo en la cuenta NÚM002 por importe de 501.044 pesetas (3.011,33 euros), perteneciente privativamente dicha cantidad a doña Valentina, figurando en el cargo moneda extranjera, y asimismo está acreditado que en fecha 31 de marzo de 1999 se efectuó un ingreso procedente de moneda extranjera por importe de 233.960 pesetas, en la cuenta común de CAJA-MURCIA NÚM001, dato este que confiere credibilidad a lo sostenido en el recurso de apelación, por lo que no se estima acreditado que se dispusiera de la cantidad de 3.011,33 euros para financiar el viaje de novios, pues en todo caso se puede afirmar que en el viaje se gastó la cantidad de 1.606,2 euros, y así cabe afirmar que este gasto de escasa cuantía y de carácter suntuario fue asumido voluntariamente por doña Valentina por un acto de mera liberalidad en favor de su esposo, que le deslegitima para su reclamación al ir contra su propio y voluntario actuar. Así, pues, procede excluir del pasivo de la sociedad la cantidad de 3.011,33 euros.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Está acreditado que la cantidad de 6.258,73 euros pertenecía privativamente antes de la celebración del matrimonio a la esposa, siendo traspasada dicha cantidad de una cuenta privativa a una ganancial, por lo que resulta evidente que dicho dinero era privativo. El ingreso en la cuenta ganancial no implica que se transmitiera por donación o por otro título la mitad al esposo, no siendo de aplicación la doctrina de los actos propios.

AP MURCIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Martínez Pérez

En el recurso de apelación formulado en nombre de don Juan Antonio se discrepa de que se incluya en el pasivo de la sociedad de gananciales y a favor

de la Sra. Valentina la aportación de 6.258,73 euros, efectuada en una cuenta ganancial procedente de una cuenta privativa de la misma, indicándose que

al inicio de la vida en común cada una de las partes aportó lo que tenía, que la esposa aportó voluntariamente dicha cantidad para sufragar los gastos comunes, entre los que se encontraba también el mobiliario necesario para la vida en común, sin indicar en ningún momento un derecho de reintegro, reserva o condición de ninguna especie, por lo que ha de considerarse que el metálico fue donado al trasladar el dinero de una cuenta privada a una común, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2004, que al solicitarse el reintegro se va en contra de los actos propios; que no se ha tenido en cuenta lo dispuesto en los artículos 1355 y 1323 del Código Civil.

En cuanto a esta partida la sentencia de instancia la incluye en el pasivo de la sociedad, con derecho de crédito en favor de la Sra. Valentina, indicándose que se ingresó en fecha 18 de septiembre de 1998 en la cuenta ganancial de CAJAMURCIA NÚM001, procedente de la cuenta privativa de CAJAMURCIA NÚM002, en que dicha cantidad fue sacada en fecha inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, siendo invertido dicho dinero privativo en gastos comunes, por lo que debe ser incluida en el pasivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 1346 del Código Civil.

Que debe desestimarse la anterior pretensión revocatoria, pues está acreditado que la cantidad de 1.041.365 pesetas (6.258,73 euros) pertenecía privativamente antes de la celebración del matrimonio a doña Valentina, siendo traspasada dicha cantidad de la cuenta de CAJAMURCIA NÚM002 a la cuenta ganancial de la misma entidad NÚM001, por lo que resulta evidente que dicho dinero era privativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1346.1 del Código Civil, no concurriendo el supuesto previsto en el artículo 1355, ni siendo de aplicación lo establecido en los artículos 1.323 y 1341 del Código Civil, pues dicho ingreso en la cuenta ganancial no implica que se transmitiera por donación o por otro título la mitad de la misma al Sr. Juan Antonio, no siendo de aplicación la doctrina de los actos propios, pues el hecho de que se ingresara en la cuenta ganancial no implica necesariamente que la Sra. Valentina renunciara al carácter privativo de dicha cantidad de dinero, ello teniendo en consideración lo establecido en el artículo 1364 del Código Civil en el sentido de que «el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean a cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común».

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El vehículo Audi A-4 debe ser excluido del inventario al acreditarse que pertenece a la madre del esposo, aunque ésta tenga 75 años y sea aquel quien lo utiliza en exclusiva.

AP MURCIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Antonio Jover Coy

Respecto al vehículo Audi A-4, consideró el Juzgado que debía ser excluido del activo del inventario porque pertenecía a la madre del actor, Sr. José Carlos, aunque fuera éste quien conducía el vehículo.

Dicho pronunciamiento debe ser mantenido porque, aunque la representación de la Sra. Emilia entienda que la inscripción de dicho automóvil

en el Registro de la Jefatura Provincial de Tráfico a nombre de doña Clara es una simulación, al tener ésta 75 años de edad, no saber leer y no tener carné de conducir, no deja de ser la Sra. Clara quien figura oficialmente como titular de dicho vehículo; además doña Clara manifestó que el vehículo era suyo, sin que dicha titularidad se vea perturbada por el hecho de que sea don José Carlos la persona que habitualmente utiliza el automóvil ... -PTT.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Se estima pertinente el nombramiento de un Administrador judicial a los fines de asegurar eficazmente la buena marcha del negocio familiar constituido por la farmacia, puesto que se trata de un bien común y las desavenencias entre los cónyuges son claras, no existiendo garantías sobre la gestión y resultado de la administración.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Se insta también que se revoque en el cargo de administrador al demandado y que se nombre a la recurrente o bien a un administrador judicial (cargo que habrá de desempeñar profesional imparcial designada por insaculación).

Respecto de tal cuestión hay que señalar que en su momento y como quiera que no estaba definido el carácter o calificación de la farmacia en cuanto a su consideración ganancial o privativa así como la cautela propia para la adopción de medidas de aseguramiento previas en relación a la incidencia negativa que supone en el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial se denegó la medida de administración distinta de la que ostentaba el demandado.

El artículo 809 de la LEC establece en su último apartado que la sentencia –y por ello ésta es su sede natural– resolverá las cuestiones suscitadas y dispondrá lo necesario y que sea procedente sobre la administración y disposición de bienes comunes. El siguiente precepto establece que se procederá conforme a lo dispuesto en los artículos 785 y siguientes del mismo texto legal.

En el momento actual se ha definido el carácter ganancial de la farmacia discrepando abiertamente la ahora recurrente sobre la gestión, administración y llevanza del negocio común por parte del don Marco Antonio, articulándose por la misma reclamaciones en diferentes procedimientos en orden a la cuestionada gestión, alegaciones todas ellas que quedaron orilladas y al margen de este procedimiento en cuanto que no se referían estrictamente a la formación de inventario, compareciendo no obstante, en el acto de la vista oral como testigo don Emiliano, quien a diferentes preguntas de la Sra. Letrado y en orden a las operaciones llevadas a cabo, que el ahora apelado, le pagó de manera que las gestiones se hicieron con él mismo, dado que a la señora no la conoció ni para firmar el contrato privado, y que los garajes se inscribirían a nombre de su padre; que con la entrega de llaves se hizo la escritura pública, y que iban a ser para su madre y luego para su hermana, pero que con él lo hizo todo, habló, negoció, y que él no conoció a

nadie más, de hecho señala que a todos los efectos él pensó que eran para el demandado, en toda la operación él no conoció a nadie, dado que cualquier duda, devolución pagarés o cualquier otra cosa se dirigía a él y él no tenía ni idea de nadie de su familia y sólo conoció a su hermana el día de la escritura, que fueron 1.900.000 pesetas cada una de las plazas y que en la escritura hubo un préstamo: y su impresión era que él compraba.

Y es así que en lo que a la administración se refiere hubo de dictarse auto por el que se despacha ejecución a instancia de la ahora recurrente, requiriendo al ejecutado a fin de que proceda a rendir cuentas de la administración de la farmacia, aportándose en los testimonios que fueron remitidos a estos autos escritos de quien fue designado perito don Raúl quien ha venido efectuando las pruebas correspondientes a la verificación o auditoría de la rendición de cuentas del negocio de Farmacia común de los litigantes.

En las manifestaciones de 31 de diciembre de 2008 se pone de relieve que el perito no ha podido acceder al local del establecimiento por las reiteradas negativas de su titular pese a las providencias del Juzgado que requería para que permita al perito auditor el acceso al local, poniéndose posteriormente de manifiesto que la Sala dejó sin efecto lo relativo a la designación del cargo de perito auditor e intervención y actuación del mismo.

Sin perjuicio de aquella salvedad se manifiesta que las cuentas anuales de los ejercicios 2006 y 2007 no expresan la imagen fiel del patrimonio y la situación financiera de la farmacia y del resultado de sus operaciones señalando que la memoria de las cuentas presentan errores que impiden la interpretación y comprensión adecuada de las cifras contenidas en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias.

En su momento el Perito designado en la separación don Juan Francisco emitió un informe requerido por el Juzgado quien pidió la práctica de una auditoría, y entre los muchos análisis que se realizan se dictamina en cuanto a la póliza de reconocimiento de deuda que incomprensiblemente

no se reconoce la deuda ni como acreedores a largo plazo ni a corto plazo ni se incorpora dicha deuda en la cuenta del proveedor y los movimientos de pago de los plazos se contabilizan en la cuenta personal del titular teniendo como contrapartida cuentas de tesorería de la farmacia.

Se concluye que no se ha realizado una adecuada administración de las actividades puesto que para la actividad de la farmacia se incorporan gastos no justificados y gastos no deducibles, y estima que existen indicios para creer que la cifra real de ventas no coincide con la cifra de ventas contabilizada y declarada, se confunden los patrimonios personales con los empresariales al utilizarse la farmacia como la financiación propia del titular. Existen pasivos ocultos no reflejados contablemente.

En conclusión hay que señalar que se trata de un bien ya definido como común; las desavenencias son claras y en el desempeño de su función el de-

mandado no satisface las garantías de la otra parte –copropietaria ya se ha determinado del negocio– y las calificaciones que de su gestión realizan los peritos ponen de manifiesto la objeción y discrepancia con la gestión y resultado de la administración.

Por ello estima la Sala la pertinencia del nombramiento de un Administrador judicial a los fines de asegurar eficazmente la buena marcha del negocio familiar, como bien común, sin que proceda el nombramiento de la ahora recurrente por considerar que las desavenencias entre las partes no facilitarían el desenvolvimiento de la actividad empresarial, debiendo procederse en cuanto a toda esta intervención, la designación y demás efectos propios de la medida conforme a lo establecido en la LEC, y debiendo presentar el administrador que en su momento se designe, rendición de cuentas cada 6 meses ante el Juzgado, en cuyo punto procede estimar el recurso que se formula, en parte, y revocar en este punto la sentencia recurrida.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

No se incluye en el pasivo la deuda que pretende el esposo consistente en un sueldo de 25.000 euros mensuales por regentar la farmacia desde el dictado del auto de medidas provisionales puesto que tal petición no tiene encaje posible en ninguna de las partidas previstas en la norma sustantiva.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Suscita ahora la parte apelante una cuestión que se refiere –argumenta– a la deuda contraída por la sociedad contra el Sr. Marco Antonio por la suma de 25.000 euros mensuales actualizadas al momento de la liquidación desde la fecha del dictado de la sentencia en concepto de ingresos de don Marco Antonio por el trabajo realizado por el esposo en el negocio de farmacia y ortopedia desde la fecha del dictado del auto de medidas provisionales dictado por el Juzgado, dictado el 29 de julio de 2004.

Procede tener presente en primer lugar que en la diligencia de formación de inventario que se realiza el 14 de septiembre de 2008 nada se formula ni anticipa respecto de la partida que ahora se pretende.

Recordemos a estos efectos y así lo tiene declarado este Tribunal que el momento procesal para la formulación del activo y pasivo que compone el inventario de la sociedad de gananciales no es otro que la diligencia de formación de inventario reservándose el acto de la vista oral para dilucidar las controversias u oposiciones que se formulen

respecto de aquellas partidas ya señaladas como susceptibles de inclusión, y sin que quepa en tal ulterior fase procesal de la vista oral (y menos aun en el recurso de apelación) añadir o adicionar partidas no inicialmente reseñadas por las partes en la diligencia de formación de inventario, todo ello a riesgo de causar indefensión a la parte contraria.

Pero es que además cuestiones de fondo impiden acoger la pretensión que se formula por cuanto tal partida no tendría acomodo natural en el clausulado del artículo 1397 del CC, por cuanto la deuda que se alega, ni es un bien ganancial existente en el momento de la disolución, ni cabe entenderlo como importe actualizado del valor de bienes enajenados, ni tampoco se trata de cantidades pagadas por la sociedad que fueran a cargo de un cónyuge.

Es decir tal petición no tiene encaje posible en ninguna de las partidas previstas en la norma sustantiva, por lo que tal pretensión no puede abocar sino al rechazo de este motivo de apelación y el que se pretende a través del escrito de oposición a la apelación de la parte contraria.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La comunidad posganancial que surge hasta el momento de la liquidación de gananciales hace suyos y comunes los bienes que se generan.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La siguiente pretensión es consecuencia de la anterior medida en cuanto se pretende que no procede incluir en el activo de la sociedad de gananciales los beneficios obtenidos por el negocio de Farmacia y Ortopedia desde el día del dictado de la sentencia de Divorcio por el Juzgado de Primera Instancia, por ser de carácter privativo.

En consecuencia como quiera que se ha determinado el carácter ganancial de la farmacia en cuestión no puede tener favorable acogida la solicitud que ahora se formula, en cuanto la comunidad posganancial que surge hasta el momento de la liquidación de gananciales hace suyos y comunes los bienes que se generan.

En efecto, si bien el artículo 1396 del Código Civil, al establecer que: «disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su liquidación...», parece dar a entender que a los pocos días de disolverse la sociedad de gananciales ya estará liquidada, es lo cierto que frecuentemente, desde que se produce la disolución, por concurrir alguna de las causas previstas en los artículos 1392 o 1393 del Código Civil, hasta que se practica su liquidación, transcurre a veces un largo período de tiempo. Y durante este período intermedio de tiempo que media entre la disolución de la sociedad de gananciales y

su definitiva liquidación surge una comunidad posmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero cónyuge superviviente y herederos del premuerto, en caso de disolución por muerte, ambos cónyuges, si la causa de disolución fue otra ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia cuyos principios y reglas le son de aplicación, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad posganancial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1997; 875/1993, de 28 de septiembre de 1993; 1173/1992, de 23 de diciembre de 1992; 17 de febrero de 1992; 20 de noviembre de 1991; 8 de octubre de 1990; 21 de noviembre de 1987). Y de esta comunidad posganancial, desde el día en que se formó, en consecuencia, hay que traer al activo la totalidad de los beneficios que genera en dicha comunidad el negocio en cuestión.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La naturaleza ganancial del local objeto de cuestión deriva de la voluntad expresa y manifiesta del interesado en el acto de otorgamiento de la escritura pública que no se ve desvirtuada ni por los actos anteriores, ni coetáneos o posteriores de los interesados, siendo así que con este carácter aparece registrado asimismo el inmueble en la inscripción registral de la finca.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Se cuestiona en primer lugar la inclusión en el activo del local comercial sito en la planta Baja Izquierda del Edificio sito en la calle Vital Aza núm. 59 de Madrid, por ser –se dice– un bien privativo del esposo.

Para una correcta valoración de los hechos objeto de cuestión hay que señalar que los ahora litigantes contraen matrimonio civil el 7 de diciembre de 1983 y religioso el día 30 de diciembre también de 1983. El régimen económico que rige durante

el matrimonio es el de la sociedad legal de gananciales.

El local en cuestión fue objeto de la escritura pública de compraventa el día 19 de diciembre de 1983, –según se documenta al folio 34 de los autos Tomo I– y en aquella comparecencia el ahora recurrente don Marco Antonio interviene ya casado con doña Elisa y otorga ante el fedatario público que compra y adquiere para su sociedad conyugal la finca descrita en el expositivo 1 de la escritura.

Cierto que la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, ha declarado con reiteración que, en interpretación de la normativa sobre prueba, incluso frente a tercero, del documento público, tales documentos hacen prueba del hecho que lo motiva y de la fecha, lo abarcado en la unidad del acto ante el fedatario, pero no a la verdad intrínseca o material de los hechos y negocios jurídicos traídos al documento por referencia de los intervinientes, sobre los cuales el fedatario no ha intervenido ni conocido, por lo que a ellos no alcanza su dación de fe. Que los documentos públicos tienden a demostrar hechos no apreciaciones jurídicas (reservadas a la función judicial). Que el documento público no tiene prevalencia probatoria frente a cualquier otra prueba o pruebas y que por sí solo no basta para enervar una apreciación valorativa conjunta. Y que las declaraciones que puedan hacer los intervinientes en documento público, la verdad intrínseca de las mismas, puede ser desvirtuada por prueba en contrario (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 1997, 20 de febrero de 1998, 19 de mayo de 1987, 10 de octubre de 1988, etc.) Siguiendo la anterior doctrina, en el caso de autos, la cuestión, interpreta este Tribunal, es si tal manifestación voluntaria del compareciente en aquella escritura de compraventa del local sito en la planta Baja Izquierda del Edificio sito en la calle Vital Aza núm. 59 de Madrid manifestando expresamente que compra y adquiere para su sociedad conyugal ha sido desvirtuada por prueba cabal y rigurosa en los términos del artículo 217 de la LEC, practicado en sentido contrario lo que ciertamente no puede concluirse a la vista de las numerosas y abundantes pruebas practicadas en las actuaciones.

En efecto, la prueba documental incorporada al folio 38 de los autos y relativa a la póliza de préstamo mercantil de fecha 5 de diciembre de 1983, es decir dos días antes de contraer matrimonio, cuyos beneficiarios son los ahora litigantes, apareciendo en aquel documento intervenido por agente de cambio y bolsa, la afectación de fondos en efectivo de garantía, como titulares de las cuentas los padres de la ahora apelada, evidencian la voluntad e intención de los contratantes.

En dicha póliza figuran como garantes de la operación don Evaristo y doña Camila y se establece como vencimiento del préstamo el 5 de diciembre de 2004 con el plan de amortización que allí se relaciona, y expresando que el destino de la operación no es otro que el de la instalación de una farmacia.

Tales extremos son además corroborados –si bien con la prudencia valorativa que se deriva del testimonio de esta naturaleza, dado el tiempo transcurrido– por el vendedor de aquel inmueble quien aporta datos sobre la entrega de contundencia de tales datos que por expresa manifestación de las partes evidencian el carácter ganancial de aquel inmueble el documento incorporado al folio 214 de los autos carece de la eficacia probatoria que pretende el recurrente a los fines de determinar el carácter privativo del local.

Establece aquel documento privado las condiciones de la compraventa del local destino a farmacia, de manera que la estipulación 5.ª del mismo reseña que queda supeditada la compraventa con el carácter de condición resolutoria explícita a que el traspaso de la oficina de farmacia que ocupa el local y que con la misma fecha se realiza entre las partes firmantes del contrato no quede rescindido por ninguna causa, especialmente por las contempladas en la cláusula 6.ª del referido traspaso de farmacia.

La estipulación relativa a las obligaciones del comprador en orden al pago del precio disponía que la satisfacción fuera al contado, realizándose simultáneamente al otorgamiento de la escritura pública o bien a elección del comprador podrá quedar aplazado en su totalidad hasta la fecha límite del 16 de diciembre de 1983. Se indicaba allí que la correspondiente escritura se otorgaría en fecha límite del 20 de diciembre de 1983, llevándose a cabo finalmente el 19 de diciembre, es decir una vez ya contraído el matrimonio entre los litigantes.

De esta forma la naturaleza ganancial del local objeto de cuestión deriva de la voluntad expresa y manifiesta del interesado en el acto de otorgamiento de la escritura pública que no se ve desvirtuada ni por los actos anteriores, coetáneos o posteriores de los interesados, siendo así que con este carácter aparece registrado asimismo el inmueble en la inscripción registral de la finca, todo lo cual en este punto determina el rechazo de este motivo de apelación y conduce a confirmar la sentencia recurrida.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Inclusión en el pasivo del «importe abonado por uno solo de los cónyuges como consecuencia de la instalación de la calefacción en la vivienda conyugal», con independencia de que dicha mejora hubiera sido decidida unilateralmente por el esposo.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Contra la Sentencia dictada en fecha 25 de julio de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Vilanova i la Geltrú en el procedimiento verbal sobre formación de inventario registrado con el núm. 723/2007 seguido a instancia de don Aníbal contra doña Carmela, cuyo fallo ha quedado transcrito en el antecedente de hecho primero de esta resolución, interpone recurso de apelación la Sra. Carmela en solicitud de «su posterior elevación ante la AP de Barcelona para su definitivo enjuiciamiento».

No obstante la solicitud dirigida a la Sala que ha quedado transcrita en el precedente Fundamento de Derecho, que se acomoda a la previsión legal contenida en el artículo 458.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la apelante muestra su disconformidad con la Sentencia de instancia por la inclusión en el pasivo del «importe abonado por

uno solo de los cónyuges como consecuencia de la instalación de la calefacción en la vivienda conyugal», y solicita su exclusión por cuanto, según aduce, se trata «de un gasto decidido por el esposo sin voluntad alguna ni consentimiento por parte» de la ahora apelante.

Y en orden a su resolución ha de tenerse en cuenta que se trata de una mejora en la vivienda costeada por uno solo de los copropietarios que, sin duda, quedará en la misma y repercutirá, incrementándolo, en su valor del que, una vez se proceda a su venta, se beneficiará por igual la ahora apelante, como acertadamente se viene a razonar en la resolución recurrida, por lo que, en definitiva, con independencia de que dicha mejora hubiera sido decidida unilateralmente por el ahora apelado, procede la desestimación del recurso de apelación.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

El derecho de uso previsto en el artículo 96 del CC no es evaluable económicamente, no se trata de una partida incluíble en el inventario de la sociedad de gananciales.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

La última petición de la parte apelante debe ser igualmente rechazada, ya que el derecho de uso previsto en el artículo 96 del CC no es evaluable económicamente y en el caso enjuiciado su finalidad era la de protección del interés preferente representado por la hija del matrimonio, tal como se

desprende del Fundamento de Derecho quinto de la sentencia de divorcio de 16 de mayo de 2007, habiendo manifestado reiteradamente esta Sala que no se trata de una partida incluíble en el inventario de la sociedad de gananciales.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La madre biológica debe ser simplemente oída en el expediente de adopción al estimarse que está incurso en causa de privación de la patria potestad. Tenía reiterada la custodia de otros tres hijos cuando nació el menor. Consta igualmente que no aceptaba las condiciones y ayudas de los Servicios Sociales; que convivía con un tercero en condiciones materiales deplorables. Aunque se hubiera producido un cambio de actitud en la actualidad, sin embargo llega demasiado tarde, pues el menor no tienen vínculo afectivo con aquélla.

AP MURCIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Martínez Pérez

En el recurso de apelación formulado en nombre de doña Petra se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra por la que se declare la necesidad del asentimiento de la madre biológica para la adopción del menor. Se alega error en la valoración de la prueba sobre la existencia de la causa legal de privación de la patria potestad, pues, en síntesis, se indica que se ha prescindido de la valoración de todos los elementos de prueba; que hay que analizar las circunstancias que rodearon a la recurrente y que precedieron a la asunción de la tutela por parte de la Administración; se alude al *shock* emocional en que cayó cuando nació su hijo Sergio, como se indica en el informe de fecha 30 de octubre de 2007 realizado por doña Mónica; que esta situación fue constatada en el acto de juicio por doña Noelia, que trató a la recurrente desde noviembre de 2006; que no se puede achacar un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad; que llevó un correcto control del embarazo y que desde que nace el menor hasta que es recogido por los Servicios Sociales transcurrieron once días y que cuando ingresa en el Hogar de la Infancia no presentaba ningún indicador del maltrato; que los Servicios Sociales respecto al menor Octavio se llevan a cabo con motivo de las intervenciones realizadas respecto a sus otros hijos; que la situación ha cambiado y que las condiciones tenidas en cuenta por la Administración han variado radicalmente, en tanto que la recurrente reúne las condiciones necesarias, materiales, psicológicas y afectivas para hacerse cargo del menor; se refiere el informe de evolución realizado por doña Noelia; se indica que la recurrente habita en una vivienda arrendada desde febrero de 2008; que trabaja desde diciembre de 2007 para la empresa Diana Promoción, SA, y también como limpiadora desde marzo de 2008. Se alega error en la valoración de la prueba en cuanto a la necesidad del asentimiento, pues se indica que debe recabarse éste conforme al artículo 177.2.2.º del Código Civil, pues se indica

que no estaba incurso en causa de privación de la patria potestad en el momento en que se decretó el desamparo, indicándose también que se opuso al acogimiento preadoptivo y a la adopción.

La sentencia de instancia declara que doña Petra debe ser simplemente oída en el expediente de adopción al estimar que la referida estaba incurso en causa de privación de la patria potestad, pues se indica que tenía retirada la custodia de otros tres hijos; que la situación de riesgo y desamparo persistía cuando nació Octavio; que no aceptaba las condiciones y ayudas de los Servicios Sociales; que convivía con un tercero en condiciones materiales deplorables; que se constituyó el acogimiento del menor, encontrándose integrado en la unidad familiar; que resultan irrelevantes los motivos por los que presentaba los indicadores de desamparo relacionados en el expediente administrativo y que aunque se hubiera producido un cambio de actitud en la actualidad, sin embargo llega demasiado tarde, pues el menor no tienen vínculo afectivo con la madre.

Que a efectos de resolver la cuestión planteada en esta alzada, relativa a si la recurrente está o no incurso en causa de privación de la patria potestad, es conveniente referir los siguientes particulares: a) que el menor Octavio, nació 16 de julio de 2006, asumiendo la tutela la Administración por el procedimiento de urgencia mediante resolución de fecha 21 de julio de 2006, ratificada por resolución de fecha 2 de agosto de 2006, indicándose en ésta que existían antecedentes de desprotección de tres hijos; que los padres rechazan los recursos ofrecidos por los Servicios Sociales, que no han acudido a las entrevistas ni han colaborado en la intervención para el posible retorno, que en la madre persisten indicadores de desprotección y factores de riesgo. En nota informativa de los Servicios Sociales de fecha 20 de julio de 2006 se alude a las pésimas condiciones de salubridad e higiene y a una edificación muy deteriorada; b) con anterioridad al na-

cimiento del menor Octavio, otros tres hermanos, Aisa, Fátima y Daniel fueron declarados en estado de desamparo, asumiendo la tutela la Administración, habiéndose constituido para estos tres hermanos el acogimiento familiar; c) en fecha 5 de mayo de 2006 se emite informe de valoración del Hogar de la Infancia respecto de los menores Aisa, Fátima y Daniel, en el que se alude a la continuidad de las limitaciones personales y sociales graves, emitiéndose en fecha 4 de octubre de 2006, después de haber nacido Octavio, una anexo de valoración al informe de 5 de mayo de 2006, en el que se reitera la continuidad de las limitaciones personales y sociales, considerándose conveniente suspender el régimen de visitas del menor Octavio y su salida en acogimiento permanente. Con fecha 13 de octubre de 2006 se dicta resolución suspendiendo el régimen de visitas, en el que se refiere que los padres no han contactado con los Servicios Sociales, no han asistido a las visitas y que continúan las limitaciones. Con fecha 9 de mayo de 2007 se dicta auto constituyendo el acogimiento del menor Octavio, emitiéndose informe en fecha 10 de marzo de 2008 del Servicio de Protección de Menores en el que se pone de manifiesto que el acogimiento ha redundado en beneficio del menor y que está integrado con los acogedores, proponiéndose la adopción.

A la vista de los hechos anteriores, acreditados con los documentos aportados, así como por las pruebas practicadas en el acto de juicio, no puede ser acogido el motivo de error en la valoración de las pruebas, en tanto que las alegaciones que se exponen en el recurso no han desvirtuado lo razonado en instancia, pues se puede sostener que la recurrente estaba incurso en causa de privación de la patria potestad en el momento en que la entidad

pública asumió la tutela del menor Octavio, a los pocos días de su nacimiento, por los indicadores de desprotección existentes en cuanto a otros tres hermanos, así como por la situación constatada en la que vivía la recurrente y su compañero sentimental, y además por cuanto está acreditado que las limitaciones personales y sociales para cumplir adecuadamente los deberes inherentes a la patria potestad continuaron con posterioridad a la asunción de la tutela, como se pone de manifiesto en anexo de valoración de octubre de 2006, en la suspensión del régimen de visitas con el menor y en la constitución del acogimiento, siendo irrelevante, a estos efectos, las circunstancias apuntadas en cuanto al cambio operado en la recurrente desde diciembre de 2007, pues está constatado que ha existido un incumplimiento grave de los deberes inherentes en la patria potestad por parte de la recurrente en cuanto a todos los hijos, así como un desentendimiento de la misma con los Servicios Sociales en fechas posteriores a la asunción de la tutela, con continuidad de sus limitaciones para cumplir adecuadamente las obligaciones que conlleva el ejercicio responsable de la patria potestad, que ha abocado a la situación de acogimiento actual, en la que se encuentra el menor, beneficiosa para el interés del mismo.

Procede, pues, desestimar el recurso de apelación, pues la recurrente debe ser simplemente oída en el expediente de adopción al considerarse incurso en causa de privación de la patria potestad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 177.2.º del Código Civil, y de conformidad con el criterio sostenido por el Ministerio Fiscal y la defensa de la Dirección General de Familia y Menor.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Suspensión de las visitas de la menor con la madre biológica, ya que si bien es cierto que aquélla ha mejorado su situación al convivir con otra pareja y tener un piso alquilado con ayudas públicas, no existe ninguna garantía de que esa situación sea estable y, por el contrario, la situación de la menor ha mejorado notablemente, conviviendo con una familia que le ha dado el cariño y la estabilidad que precisaba y que la ha permitido una notable mejoría en todos los aspectos, habiendo interesado un acogimiento familiar preadoptivo.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ignacio Álvarez Sánchez

Se formula el presente recurso de apelación frente a la Sentencia de 16 de abril de 2009 que desestimó la demanda de oposición interpuesta por la aquí

apelante frente a la Resolución de la Consejería de Bienestar Social del Principado de Asturias, de 19 de julio de 2008, la cual acordaba suprimir las visi-

tas de la madre biológica a su hija Yanira y autorizar el acogimiento familiar de la menor previo al judicial preadoptivo.

El recurso se fundamenta en error en la valoración de la prueba y comienza haciendo una exposición, plenamente acordada, sobre el prevalente interés del menor en el ámbito del Derecho de Familia para centrar su discurso en que la situación de la apelada ha cambiado por lo que debe dársele una oportunidad de asumir la guarda y educación de su hija. Lo cierto es, sin embargo, que el historial de la menor revela una situación de carencia de afecto y escasa atención de sus progenitores, los cuales formaban una familia muy desestructurada, residiendo la niña desde muy temprana edad en Centros Públicos con visitas escasas de sus progenitores. Basta con examinar el informe social del equipo de adopción nacional, fecha el 26 de mayo de 2008 para comprobar esas carencias afectivas. Los Servicios Sociales estuvieron apoyando a la familia biológica desde 2004 sin que se observaran en los progenitores cambios positivos, por lo que a

comienzos del año 2006 propusieron la declaración de desamparo, la cual se acordó el 25 de abril de ese año. Un mes antes, el 18 de mayo, un informe policial seguía dando informes negativos de la situación de los progenitores, que no convivían, carecían de ingresos y frecuentaban malas compañías. Es cierto que el estado actual de la madre es mejor, al convivir con otra pareja y tener un piso alquilado con ayudas públicas, pero tampoco existe ninguna garantía de que esa situación sea estable y, por el contrario, la situación de la menor, ha mejorado notablemente, conviviendo con una familia que le ha dado el cariño y la estabilidad que precisaba y que la ha permitido una notable mejoría en todos los aspectos, habiendo interesado un acogimiento familiar preadoptivo. Ya lleva más de dos años en esta situación y en modo alguno es aconsejable que se modifique pues ello en nada beneficiaría la situación personal y emocional de la niña y, por el contrario, podría ser perjudicial para ella, que es el interés digno de protección, tal y como señala el núm. 4 del artículo 172 del Código Civil.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Se confirma la declaración de desamparo habida cuenta que, pese a que se reconoce que el padre está capacitado para atender a la menor, por sus deficiencias psíquicas la madre no puede asumir esta función, siendo ésta la que tendría que quedar al cuidado de la menor mientras que aquél trabaja, lo que supone un riesgo para ella, no buscando el padre soluciones ni reconociendo el problema, no contando tampoco con el apoyo de la familia extensa ante el temor que manifiesta a la reacción de la madre.

AP MURCIA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Carrillo Vinader

Don Ambrosio, padre de la menor Ana, nacida el día 31 de enero de 2007, anuncia su intención de recurrir contra la resolución dictada por la Directora General de Familia y del Menor de la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por la que se declaraba la situación de desamparo de la menor, se asumía la tutela de la misma por la Administración y se acordaba su ingreso en un centro de menores, con régimen de visitas.

Recibido el expediente administrativo, el padre formuló demanda en la que alegaba que no se daba la situación de desamparo apreciada, que él tenía trabajo, recursos económicos y disposición para cuidar adecuadamente de su hija, la que no está en situación de riesgo, contando con apoyos familia-

res, por lo que pidió que se le concediera a él la guarda y custodia de su hija.

Se oponen el Ministerio Fiscal y la Letrada de la Comunidad Autónoma, tras la cual se convoca a las partes a juicio, que se celebra con práctica de pruebas, dictándose después sentencia por la que se desestima la demanda, pues, pese a que se reconoce que el padre está capacitado para atender a la menor, la madre no, por sus deficiencias psíquicas, siendo la que tendría que quedar al cuidado de la menor mientras que aquél trabaja, lo que supone un riesgo para ésta, no buscando el padre soluciones ni reconociendo el problema, no contando tampoco con el apoyo de la familia extensa ante el temor que manifiestan a la reacción de la madre. No impone costas.

Tras el dictado de la sentencia, plantea recurso de apelación contra la misma el Ministerio Fiscal, que alega la insuficiente prueba de la situación de desamparo y la capacitación del padre para cuidar con el apoyo de su familia.

También el padre recurre en apelación, denunciando error en la valoración de las pruebas y la no práctica de todas las solicitadas. Ambos apelantes piden que se deje sin efecto la declaración de desamparo de la menor y que se atribuya al padre la guarda y custodia de la misma.

Se opone a tales peticiones la Administración, que defiende el acierto de la sentencia de primera instancia, por considerar que el interés de la menor es el que se ha de salvaguardar.

El recurso del Ministerio Fiscal reprocha a la sentencia de primera instancia haberse basado en las declaraciones de dos técnicos que han emitido informes pero que no intervinieron durante el período previo a la retirada de la menor, atendiendo a informes no ratificados y no teniendo en cuenta lo que declararon los testigos propuestos por el actor.

Es cierto que los dos técnicos que declararon en el acto del juicio reconocen su intervención posterior y que no fueron ratificados los restantes informes, pero el Ministerio Fiscal no propuso como pruebas esas ratificaciones, aparte de que se trata de informes oficiales, emitidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones, con datos objetivos muchos de ellos, y que ni siquiera han sido cuestionados por el demandante.

En el presente caso no se ha puesto en duda la capacidad del padre para cuidar a su hija, es más, los propios informes que se atacan refieren que es él el que preparaba la comida y atendía la casa y a la hija.

Es cierto que se hace referencia también a su inestabilidad laboral y falta de recursos, y aunque ese dato fuera cierto en un principio (estuvo un tiempo en paro), en la actualidad tiene un trabajo indefinido en un centro deportivo, situación que ya dura dos años, con unos ingresos en torno a los 900 euros al mes.

Pero la razón por la que la sentencia de instancia rechaza dejar sin efecto la situación de desamparo es porque el padre, pese a su aptitud y recursos, permite que la hija esté en una situación de riesgo, al dejarla gran parte del día al cuidado de la madre y abuela materna de la menor.

No cabe duda alguna de que ninguna de ellas está capacitada para tal labor, como ponen de relieve la totalidad de los profesionales que han intervenido, incluso de los que han declarado que han mantenido numerosas entrevistas con la misma, donde evidencian su pasividad, ausencia

y desentendimiento de las cuestiones que se le plantean. El propio actor lo viene refiriendo, pues ni siquiera pide que se le atribuya a la misma la guarda y custodia, sino que la interesa en exclusiva para él, pretensión que no es propia de este procedimiento, en el que se privaría a la madre, sin darle oportunidad de defensa, de la guarda y custodia de su hija.

La situación vivida por la menor cuando ha estado al cuidado de su madre ha sido de riesgo, como evidencia el informe del Centro de Salud (folios 48-50), con datos objetivos sobre incumplimiento de citas médicas, necesidad de visitas a domicilio para control de la menor (hasta siete a lo largo de 2007) y requerimientos varios para que atendiera debidamente a la menor, muchos de ellos no atendidos.

Pero es que la situación familiar es manifiestamente conflictiva, como evidencia la referencia del propio padre a una orden de alejamiento que se le ha impuesto o la existencia de hasta tres procedimientos penales, el Procedimiento Abreviado 5695/07 ante El Juzgado de Instrucción número Seis de Murcia (folio 131), el Juicio Rápido 70/07 ante El Juzgado de Violencia de Género (folio 130) y las Diligencias Urgentes 133/07 ante el Juzgado de Violencia de Género núm. 2 de Murcia (folio 199).

Si a ello se une el dato puesto de relieve por el propio hijo del actor (el que ya tiene 18 años) de que su disposición a ayudar él y sus primas a su padre en el cuidado de la menor se condiciona a que no les repercuta la actuación de la madre, pone en evidencia la precaución de las resoluciones administrativas y la propia sentencia de no acceder a que se repita la situación de riesgo padecida por la menor al haberla dejado su padre al cuidado de la madre y abuela cuando en ciertos períodos de tiempo aquél abandonó la convivencia con las mismas.

Como señala la sentencia de primera instancia no estamos ante una medida definitiva, sino que, partiendo de la capacidad del padre para cuidar de la hija, lo que se le requiere es que ofrezca garantías de que mientras él trabaja (durante la tarde y parte de la noche), la niña no va a estar en situación de riesgo, garantizando la existencia de personas responsables que se hagan cargo de la menor, sin que se acepte como tales ni a la madre ni a la abuela materna.

Por lo tanto, en ese sentido se mantiene la resolución apelada, y el padre ha de encauzar sus esfuerzos para buscar una solución a tal problema, solución que redundará en interés de su propia hija, aceptando los controles y apoyos que la Administración le fije en tal sentido.

UNIONES DE HECHO

Las pretensiones alimenticias que afectan a los hijos mayores de edad dependientes económicamente y que conviven bajo el mismo techo de uno de sus progenitores, quedan fuera del procedimiento especial de familia debiendo acudir el hijo al juicio verbal de alimentos.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 27 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

Se resuelve en la primera instancia no admitir a trámite la demanda interpuesta por don Álvaro Ignacio García Gómez en nombre y representación de doña Leonor en reclamación de alimentos del hijo común, mayor de edad, Antonio lo que la Sala estima conforme a derecho en aplicación estricta de lo establecido en la vigente normativa procesal.

En efecto, se formula demanda de medidas paterno-filiales sobre hijo extramatrimonial nacido el 14 de mayo de 1990, suplicando en el escrito rector e instando se acuerde la obligación que tiene don José Manuel de darle alimentos a su hijo en forma de pensión dándose traslado al Ministerio Fiscal para que informe sobre posible falta de competencia que se evacua en el sentido de considerar que el Juzgado carece de ella, en cuanto informa que no se trata de ninguna de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del CC, como exige el Real Decreto 1322/1981, de 31 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia correspondiendo –concluye así– la competencia a los Juzgados de Primera Instancia.

En dicho sentido resuelve por lo tanto, la juzgadora *a quo*, criterio que el Tribunal estima ha de confirmarse según lo dispuesto en los artículos 748, 769, 770, y concordantes de la LEC, así como el citado Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, por el que se crean en las capitales que se mencionan los Juzgados de Primera Instancia para conocer de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del libro I del Código Civil, así como aquellas cuestiones, que en materia de Derecho de Familia, les sean atribuidas por las Leyes.

Es claro que la aplicación de la norma procesal determina la corrección de lo resuelto en la primera instancia en cuanto establece el artículo 748.4.ª de la LEC en lo que se refiere al ámbito de aplicación del presente título refiriéndose a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonial y menores que «las disposiciones del presente título serán aplicables a los siguientes procesos», relacionando entre ellos «los que versen exclusivamente

sobre guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores».

En concordancia con lo expuesto el artículo 769 del mismo texto legal al regular la competencia en los procesos matrimoniales y de menores, en el apartado de aquel precepto que «En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor».

Y en cuanto al procedimiento a aplicar el artículo siguiente en su apartado 6 dispone que en los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio.

El legislador, da el trato que se acaba de reseñar a la unión *more uxorio* y ha empleado el adverbio «exclusivamente» y la conjunción «o» que tiene una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de los artículos 748.4 y 770.6.

En base a ello hay que entender en la interpretación de estos preceptos que el procedimiento especial de familia –juicio verbal especial– sólo puede aplicarse cuando la pretensión se limite a la guarda y custodia de hijo menor de edad o a la reclamación alimenticia, no pudiendo ya iniciarse este camino procesal si a cualquiera de estas dos pretensiones se acumula alguna otra.

Cierto es y así ya lo ha entendido este Tribunal que la interpretación amplia que se da a este pre-

cepto integra todos los efectos que con relación a los hijos menores de edad, deben regularse necesariamente —y como cuestión de interés público— al producirse el cese de la convivencia de manera que es necesario entender que los conceptos custodia, visitas y alimentos integran el concepto general de potestad en su descripción en el artículo 154 del CC, en cuanto integra «el deber de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación».

Partiendo de la vinculación entre tales deberes ha de admitirse su tramitación conjunta por el procedimiento especial.

Igual trato cabe dispensar al uso de la vivienda y todo ello entre otras razones, si traspolamos a la materia procesal la definición de alimentos del CC, concretamente en base a la definición de los alimentos del artículo 142 del CC.

Por lo tanto tras la nueva regulación de la LEC, y a la vista de su tenor literal puede afirmarse que las pretensiones que afectan a los hijos mayores de edad que fueran dependientes económicamente y convi-

vieran bajo el mismo techo de uno de sus progenitores, quedan fuera del procedimiento especial de familia debiendo acudir al juicio verbal de alimentos (artículo 250.8 de la LEC) ostentando legitimación activa propia y debiendo demandar, en su caso, a los dos progenitores legitimados pasivamente.

Por lo tanto la Sala confirma en este punto lo acordado por la Juzgadora de Primera Instancia si bien a los efectos de tutelar de forma efectiva los derechos del litigante debió remitir, en su momento, las actuaciones al Decanato de los Juzgados de Madrid, Oficina de Registro, a los fines de repartir el procedimiento al Juzgado competente para el conocimiento de los hechos evitando así la adversidad procesal del interesado de averiguar la identidad del Juzgado competente para la tramitación de su demanda, por todo lo cual con desestimación del recurso planteado procede confirmar el auto recurrido si bien matizando el mismo en el sentido de disponer que deberán remitirse las actuaciones al Decanato de los Juzgados de Madrid a los fines de su reparto al Juzgado competente para el conocimiento de la demanda.

UNIONES DE HECHO

Nos encontramos ante una pareja de hecho, por lo que puede aplicarse analógicamente lo dispuesto en el artículo 83.2 del Codi de Família, tanto respecto los hijos mayores de edad, como especialmente a los menores de edad.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don 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.* Sentencia 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».

ges». 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 cónyuges 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, aunque nos encontremos ante una pareja de hecho, puede aplicarse por análogicamente lo dispuesto en el artículo 83.2 del Codi de Família, tanto respecto los hijos mayores de edad, como especialmente a los menores de edad. En el presente caso, nos en-

contramos con que la menor sólo tiene tres años de edad, cumplidos el día 1 de enero de este año, por lo que el uso del domicilio familiar debe concederse a la actora, ya que debe protegerse el interés más necesitado de protección, que es el de la menor Noelia. Ahora bien, en cuanto a la limitación temporal, se considera que no debe fijarse la misma, pues el uso se concede a la madre en cuanto a ella se le encomienda el ejercicio de la guarda y custodia, por lo que, mientras ejerza dichas funciones, aunque sus ingresos sean superiores a los del apelante, debe mantenerse el uso del domicilio familiar a favor de la actora. En conclusión, debe desestimarse el tercer motivo del recurso de apelación y, por ende, debe estimarse parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado don Porfirio contra la Sentencia 11 de julio de 2008, dictada por la Iltre. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cerdanyola del Vallès, revocándose parcialmente la misma en el sentido expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos.

CUESTIONES PENALES

El acusado fue ejecutoriamente condenado como autor de un delito de amenazas, tras ser notificada la sentencia quebrantó la prohibición de acercamiento mandando a la ex esposa mensajes de texto desde el teléfono móvil, por lo que se le condena como autor penalmente responsable de un delito continuado de amenazas con quebrantamiento de condena a la pena de un año de prisión. La defensa refiere que la transcripción de los mensajes por la Fe Pública Judicial acredita sólo la literalidad de éstos, pero no su origen o procedencia, pasando a señalar la posibilidad de creación, alteración o manipulación de mensajes. Ciertamente resulta que el listado de llamadas y mensajes emitidos desde el número de teléfono del denunciado, según la documentación remitida por la operadora telefónica, no refleja los mensajes recibidos en el número de teléfono de la denunciante, pero se llega a la convicción de la realidad de los hechos por el resto de las pruebas practicadas.

AP MURCIA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan del Olmo Gálvez

El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cartagena dictó sentencia en fecha 12 de mayo de 2009, estableciendo como probados los siguientes hechos:

«A la vista de lo actuado, se declara probado que el acusado Abelardo, mayor de edad, ha mantenido una relación de afectividad, en la actualidad cesada, con Raquel, y fue ejecutoriamente condenado por Sentencia de conformidad de fecha 19 de diciembre de 2008 dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Cartagena en sus diligencias urgentes núm. 405/2008 a las penas de seis meses de prisión, pena que le fue suspendida

por un período de tres años en la misma fecha, dos años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y tres años y dos meses de prohibición de comunicación y aproximación a menos de 300 metros de Raquel como autor de un delito de amenazas.

El acusado tras ser notificado de dicha sentencia y del auto de suspensión dentro del horario normal de oficina del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, a las 15,04 horas del mismo día 19 de diciembre de 2008 quebrantó dicha prohibición mandando a Raquel desde su teléfono móvil con núm. NÚM000

un mensaje de texto en el que le decía: “Ija puta t mato lbate cuidao moro con cojone ay fuera. Soi moro con ciones puta tktktk”. A las 21,30 horas envió otro mensaje comunicándole: “te voi amata puta, siempre estoi cerca dti eh”.

El día 20 de diciembre de 2008 y desde el mismo teléfono envió tres mensajes de texto a las 12,38, 14,03 y 19,25 horas, en los que le decía respectivamente: “Ija puta oi nsalga k t mato t vigilo”, “E vito atu sobrina lbate cuidao o tu” y “eta mu ententa. Puta te voi ada n tiro alao d.t casa”, así como otros 13 mensajes de contenido similar respecto de ella y su familia.

El día 21 de diciembre de 2008, sobre las 20,48 horas, y desde el mismo número le mandó otro mensaje diciendo: “K guarra ija puta eta bie piesa k siempre etoi cerca d ti”.

Los días 22 y 23 de diciembre de 2008 le envió sendos mensajes diciéndole respectivamente: “Tvoi amata atoi dti puta” y “vebte cuidao ija puta te vigila”.

Desde el 22 de enero hasta el 30 de enero de 2009 el acusado envió un mensaje diario, salvo el día 25, a su ex pareja, diciéndole respectivamente: “Ke puta te boi a mata guarra. To xt culpa yva cuidao”, “Ke guarra t vie, j aja n va ectra, yo puta pa ti vi. Muetta Cudao”, “Ke guarra t voi a mata puta. Ke eta foya eh te va a mata”, “Ke guarra nsale sola eh t vams amata puta. Lyvate cuidao”, “ere una ija puta, te voi a mata guarra marrana” y “Ke puta eta vijila. Te voi a mata guarra erea mala. Yte va a mata. Ytne dinero yo moro vie”.

El día 1 de febrero de 2009 le manifestó en otro mensaje: “Ke puta t vams a mata te vijila guarra. T mueta yo moro”.

El último mensaje enviado por el acusado fue a las 22,32 horas del día 3 de febrero de 2009 en el que decía: “puta t vams a mata guarra. E vijila xt cas era una puta siempre etoi cerca dti”, siendo detenido a las 11,45 horas del día 4 de febrero de 2009, momento en que Raquel no recibió más mensajes desde ese teléfono.»

Consecuencia de ello, la expresada resolución pronunció el siguiente FALLO:

«Que debo condenar y condeno a Abelardo como autor penalmente responsable de un delito continuado de amenazas con quebrantamiento de condena, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de un año de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, tres años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y abono de las costas procesales.

Asimismo se acuerda imponer al acusado la prohibición de comunicación por cualquier medio

y de aproximación a menos de 300 metros de Raquel, por un tiempo que exceda en cinco años la pena privativa de libertad impuesta.»

Contra la anterior sentencia se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación procesal de Abelardo, fundamentándolo en síntesis en error en la valoración de la prueba practicada, e infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Al no considerar la documental remitida por Telefónica Móviles, en la que se aprecia que no hubo ni llamadas ni mensajes emitidos desde el teléfono de su defendido en el período enjuiciado. La transcripción de los mensajes por la Fe Pública Judicial acredita sólo la literalidad de los mismos, pero no su origen o procedencia. Posibilidad de creación, alteración o manipulación de mensajes (tal y como intentó acreditar la Defensa con su propio teléfono móvil, a fin de justificar la facilidad para simular un mensaje de texto). Incorrección al reprochar la sentencia que la Defensa no haya interesado prueba pericial dirigida a justificar los extremos de su interés, cuando es a la Acusación a la que incumbe acreditar los datos incriminatorios. Incorrecta valoración de la Sentencia de conformidad dictada el 19 de diciembre de 2008 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Cartagena que condenaba a su defendido por amenazas a través de mensajes telefónicos. Ausencia de incredibilidad en el testimonio de la víctima, dados los antecedentes obrantes en la causa relativos a anteriores denuncias de la misma y mensajes y conversaciones de ésta que constan en la causa (falta de justificación de sus manifestaciones referidas a una llamada realizada por su defendido supuestamente el 1 de enero de 2009, y que viera a éste cerca de su domicilio en Cartagena, cuando éste se encontraba en Marruecos).

La parte apelante, disconforme con el pronunciamiento judicial de la sentencia de instancia, interesa su revocación en esta alzada, al considerar que la Juzgadora de instancia ha incurrido en error en la valoración de la prueba practicada, y, consecuentemente, ha infringido en su sentencia el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

A tal fin justifica sus alegatos señalando que la sentencia no ha considerado la documental remitida por Telefónica Móviles, en la que se aprecia que no hubo ni llamadas ni mensajes emitidos desde el teléfono de su defendido en el período enjuiciado.

Indica que la transcripción de los mensajes por la Fe Pública Judicial acredita sólo la literalidad de los mismos, pero no su origen o procedencia. Señalando la posibilidad de creación, alteración o manipulación de mensajes (tal y como intentó acreditar la Defensa con su propio teléfono móvil, a fin de justificar la facilidad para simular un mensaje de texto).

Refiere la incorrección al reprochar la sentencia que la Defensa no haya interesado prueba pericial dirigida a justificar los extremos de su interés, cuando es a la Acusación a la que incumbe acreditar los datos incriminatorios.

Señala la incorrecta valoración de la Sentencia de conformidad dictada el 19 de diciembre de 2008 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Cartagena que condenaba a su defendido por amenazas a través de mensajes telefónicos, y que respondió a una situación en la que su defendido se vio inmerso, pero que no se ajustaba a la realidad de lo acontecido.

Afirma la incredibilidad del testimonio de la víctima, dados los antecedentes obrantes en la causa relativos a anteriores denuncias de la misma y mensajes y conversaciones de ésta que constan en la causa, así como a la falta de justificación de sus manifestaciones referidas a una llamada realizada por su defendido supuestamente el 1 de enero de 2009, y que viera a éste cerca de su domicilio en Cartagena, cuando éste se encontraba en Marruecos.

La prueba practicada en este supuesto es personal, lo que implica un cierto grado de subjetividad de quien la emite, ya sea acusado, ya denunciante, ya testigo; pero también documental (tal y como después se referirá).

El Juzgador de instancia de una forma razonada (expuesta en la sentencia) y razonable (atendiendo a máximas de experiencia y de análisis racional), pondera la consistencia, credibilidad, fiabilidad y verosimilitud de la prueba personal practicada, además de su grado de suficiencia en los términos que luego se recogerán, llegando a la conclusión expuesta en la resolución dictada. Y lo hace atendiendo a la inmediación y oralidad que le concede su posición enjuiciadora, que no puede ser sustituida por la Sala en su labor de revisión.

En tal sentido la motivación de la sentencia es suficiente en orden a la expresión de las razones jurídicas que llevan al Juez *a quo* a condenar, tal y como se recoge en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero de la sentencia de una forma extensa y pormenorizada.

El análisis del Tribunal *ad quem* puede profundizar sobre la racionalidad de la valoración probatoria efectuada por el Juez *a quo*, considerando los extremos relevantes en que se asienta, e infringiendo su razonabilidad y adecuación a los medios de prueba practicados (coherencia), en definitiva, ponderando su acierto o desacierto en la manera de discurrir y en las conclusiones alcanzadas.

El Juzgador de instancia, en términos de racionalidad y razonabilidad, tal y como refleja en las págs. 4 a 8 de la sentencia recurrida, ha analizado

los testimonios vertidos a su presencia (atendiendo a los principios que rigen la vista oral, entre ellos el de inmediación, contradicción, defensa y oralidad), otorgándoles la credibilidad y valor que se plasma en esa fundamentación. Todo ello en una rigurosa valoración de los testimonios vertidos, tal y como se aprecia de la mera lectura de esa fundamentación jurídica, ponderando las versiones existentes, el valor de las declaraciones en apoyo de una y otra, analizando la credibilidad de las manifestaciones vertidas y de quién proceden éstas (y los datos documentales existentes en las actuaciones).

En consecuencia, el Juzgador de instancia, en contacto directo con las fuentes de prueba (inmediación), y percibiendo la totalidad de lo manifestado y expresado por acusado, denunciante y testigos, ha alcanzado una conclusión razonable, racional y adecuadamente argumentada.

El Juzgador de alzada, cuando se haya dictado una sentencia que haya fundado su valoración esencial en la credibilidad de las manifestaciones personales vertidas en el juicio oral, debe atender a la doctrina jurisprudencial y constitucional que afirma que debe ser respetada la valoración que de los testimonios prestados en el juicio oral celebrado en primera instancia efectúe el Juzgador de instancia, salvaguardando las garantías de inmediación, oralidad y contradicción de que goza plenamente el órgano jurisdiccional enjuiciador de instancia. En definitiva, no es admisible la revisión de la valoración de la prueba personal (declaración acusado, víctima, testigo y/o pericial) efectuada por el órgano *a quo*, analizando la credibilidad de las valoraciones efectuadas en el juicio oral, y/o la veracidad de los testimonios del acusado y de los testigos, atendiendo exclusivamente a lo que consta en las actuaciones y en el acta del juicio oral (incluso aunque ésta atienda a una grabación audio-visual). Obviamente, salvo que se aprecie un razonamiento o valoración irracional, absurda o carente de apoyo en la prueba practicada.

Consecuentemente con lo expuesto, la versión valorativa que la parte recurrente intenta introducir con su recurso, que por otra parte no ha sido ajena a la actividad enjuiciadora del Juzgador de instancia (que plenamente la ha tenido en cuenta), pero con la peculiaridad de atender la ponderación judicial a un análisis de racionalidad y razonabilidad de cuantos extremos ha considerado relevantes, y enmarcado todo ello en su posición imparcial y objetiva, no puede ser asumida en esta alzada, en los términos en que se ha formulado.

La valoración judicial de instancia es una ponderación de testimonios personales, con proyección en su credibilidad, y que se ha realizado en

términos que no se aprecian irracionales, absurdos o inconsistentes.

La precisa, completa, extensa y rigurosa fundamentación empleada por el Juzgador de instancia permite apreciar que no sólo ha atendido a las exigencias legales y jurisprudenciales, sino que ha ponderado el contenido de la información ante él expuesta por el acusado y la denunciante, junto con el resto de prueba personal y documental aportada.

En cuanto al resto de alegatos del recurrente, procede recordar y reafirmar que corresponde a la acusación acreditar los extremos incriminatorios en que funda su atribución penal, a fin de desvirtuar la presunción de inocencia de quien se vea acusado, no incumbiendo a la Defensa probar la inocencia de quien se ve acusado. Ello no obsta para que cualquier pretensión probatoria que la Defensa considere de su interés, a fin de debilitar la posición acusatoria o de acreditar algún extremo que considere a su favor, sea introducida en términos de eficacia y adecuación al objeto pretendido.

En consecuencia, la censura que vierte el recurrente sobre una pretendida corrección de la Juzgadora de instancia, en orden a que la Defensa no haya interesado prueba pericial dirigida a justificar los extremos de su interés, no es admisible, por cuanto la afirmación de la sentencia se encuadra en la perspectiva de que cualquier parte que intente introducir consideraciones de índole probatorio, no sólo a ella incumbe su justificación, sino que, además, debe hacerse de forma válida.

El efecto es obvio, si la acusación no acredita su pretensión con prueba suficiente, de cargo, válida, legítima y eficaz, la presunción de inocencia resulta incólume; como al igual, si la Defensa intenta acreditar un dato con prueba insuficiente o inadecuada en atención al objeto pretendido, su objetivo resulta ineficaz.

El reproche formulado cabe encuadrarlo en el ineficaz intento realizado por la Defensa, de pretender con su teléfono móvil, una diligencia que carecía del mínimo rigor técnico (para ello procede la pericial, que es lo reprochado por la Juzgadora de instancia, por cuanto dicho tipo de prueba no se interesó por la Defensa), amén de no ajustarse a lo que debería constituir una mínima exigencia de adecuación, por cuanto, como bien se expuso por la Juzgadora en la vista oral al rechazar lo pretendido por la Defensa (aunque con una cierto error verbal al señalar a la denunciante como «acusada»), de hacerse lo interesado por el Letrado Defensor, al menos debía de realizarse con el teléfono de la denunciante, siempre que fuera el mismo que tuviera en su poder en el período de comisión de los

hechos enjuiciados (y sobre ello luego se señalará lo sucedido en el desarrollo de la vista oral).

En cuanto al resto de alegaciones, todas ellas van referidas a la incorrecta valoración probatoria de la Juez *a quo*, cuando es precisamente la sentencia recurrida expresiva de una valoración exhaustiva, amplia y complementaria de todo el caudal probatorio aportado. En todo caso, la Juzgadora de instancia no ha obviado la documentación remitida por la empresa de servicios telefónicos (Telefónica Móviles), pero del análisis global de los medios de prueba no considera que de ello quepa debilitar las pruebas incriminatorias.

En cuanto a la afirmación, reiterada en su recurso, pero ya vertida en el juicio oral por el acusado, de que la Sentencia dictada el 19 de diciembre de 2008 respondía a una «presión» del Letrado de Oficio, a fin de alcanzar una conformidad, la sentencia de instancia realiza una ponderación que la Sala no aprecia irrazonable o absurda, siendo la tesis exculpatoria en tal sentido únicamente mantenida por el acusado, que, por otra parte, nada de ello señaló en la declaración ante el Juzgado de Violencia de Género de Cartagena.

La Juzgadora de instancia ponderó que la inicial denuncia se presentó el 19 de diciembre de 2008 a las 16 horas 40 minutos, en Comisaría, en la que Raquel (con teléfono móvil NÚM001) refiere que a las 13 horas 45 minutos acababa de salir del Palacio de Justicia de Cartagena donde había tenido lugar el juicio en el que resultó condenado el acusado Abelardo en Sentencia núm. 163/2008 (en esa sentencia se recogía que el teléfono móvil NÚM000 es titularidad del acusado Abelardo), y que ha recibido a las 15 horas 04 minutos 34 segundos de ese mismo día, 19 de diciembre de 2008, un mensaje de texto procedente del teléfono NÚM000, con el siguiente tenor: «¡Ja puta t mato llbate cuidao moro en cojne ay fuera.soi moro en cjone puta tktktk».

La Sentencia núm. 163/2008 de 19 de diciembre de 2008 recogía como hechos probados lo sucedido el 17 de diciembre de 2008, en que a las 16 horas 43 minutos de ese día, tras haber salido el acusado en libertad por otro procedimiento penal que se tramitaba, envió un mensaje amenazador desde el teléfono NÚM000 a la denunciante.

De lo anteriormente expuesto se aprecia así un idéntico comportamiento amenazador utilizando la misma vía de transmisión, semejante amenaza, e idéntico número de teléfono móvil: hechos del 17 de diciembre de 2008 y los hechos ahora enjuiciados.

Con relación al primer mensaje amenazador que motiva la denuncia el 19 de diciembre de 2008, éste se emite desde el número del acusado (NÚM000), se efectúa encontrándose el acusado

sin ningún género de duda en España (según la documentación aportada por la propia Defensa no se habría marchado su defendido de España hasta las 23 horas 59 minutos del día 19 de diciembre de 2008), y tiene contenido amenazador.

En la declaración de la denunciante ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Cartagena el 23 de diciembre de 2008, se recogen una serie de mensajes telefónicos desde el 19 de diciembre de 2008 a las 21 horas 30 minutos, hasta ese mismo día 23 de diciembre de 2008, a las 10 horas 17 minutos (mientras estaba en la sala de espera de las víctimas del Juzgado).

Lo anterior también permite apreciar que el mensaje del día 19 de diciembre de 2008 a las 21 horas 30 minutos se habría realizado en las siguientes circunstancias: se realiza desde el número del acusado (NÚM000), se efectúa encontrándose el acusado sin ningún género de duda en España (según la documentación no se habría marchado de España hasta las 23 horas 59 minutos del día 19 de diciembre de 2008), y tiene contenido amenazador.

Esos dos mensajes, por sí, justificarían la continuidad delictiva acogida por la sentencia de instancia, tal y como queda perfectamente reflejado en el relato de hechos probados de la sentencia.

El acusado Abelardo es detenido el 4 de febrero de 2009 a las 11 horas 54 minutos (y a partir de la detención ya no se han vuelto a recibir por la denunciante ningún mensaje amenazador procedente de ese número de teléfono, el NÚM000), lo que también constituye un factor indiciario complementario.

Sin perjuicio de todo lo anterior, consta una diligencia de transcripción de mensajes el 5 de febrero de 2009 procedentes del teléfono NÚM000 y recibidos en el teléfono de la denunciante: folios 73 y 74 (bajo la fe pública judicial).

Es precisamente en el desarrollo del juicio oral, ante las preguntas de la propia Defensa, y con apoyo documental aportado por esa misma Defensa (declaración del 17 de diciembre de 2008 en las Diligencias Previas 597/2008 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Cartagena), que el acusado señaló que tras ser puesto en libertad a principios de octubre de 2008 por otra denuncia de Raquel, encendió el móvil y se encontró con las frases que en ese momento le leyó el Sr. Letrado que constaban en la referida declaración. El acusado precisó que esas conversaciones/mensajes los recibió en su teléfono a principios de octubre, cuando estaba operativo (lo que afirma a indicación de su Defensa), y añade que ese móvil con ese contenido (conversaciones/mensajes) se encuentra en

el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Cartagena.

De lo anterior se colige que ese móvil y/o número de teléfono, se encontraba a disposición del acusado el 17 de diciembre de 2008, por cuanto lo que consta en la declaración de esa fecha es que: «En este momento por S.S.^a se indica a la Sra. Secretaria que traiga el teléfono que tiene el hermano de él para comprobar los mensajes remitidos a él por la denunciante y aparece:...» (el contenido de la conversación y del mensaje al que previamente se ha referido el acusado y su Defensa).

El propio acusado en la vista oral indicó que ese móvil con esos mensajes y esas conversaciones están con el Juez (Juzgado de Violencia sobre la Mujer).

Fácilmente se infiere que de ser el móvil y tarjeta del teléfono los que tenía el acusado, los mismos se encontraban a su disposición después del 1 de diciembre de 2008 (única fecha en la que consta que el acusado vuelve de Marruecos desde que se marchó el 28 de octubre de 2008), lo que desde sus manifestaciones tratando de negar el control y conocimiento que tenía de la tarjeta SIM desde el 27 de octubre de 2008, fecha en la que según sus manifestaciones perdió su control al marcharse a Marruecos.

Si no tenía el control de ese teléfono móvil/tarjeta telefónica desde el 27 de octubre de 2008, lo tenía alguien de su familia o entorno.

De no ser el teléfono móvil y/o tarjeta telefónica del acusado la que se presenta ante El Juzgado de Violencia el 17 de diciembre de 2008, y fuera otro teléfono móvil/tarjeta, cabe deducir que el acusado, o alguien de su entorno, disponía de conocimientos suficientes para trasladar una información del teléfono móvil y tarjeta del acusado a otro teléfono móvil y/o tarjeta SIM (que sería el presentado el día 17 de diciembre de 2008 al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Cartagena y utilizado como soporte para escuchar/ver las conversaciones/mensajes).

Todo ello sin perjuicio de no aclararse si la memoria utilizada para albergar la información escuchada/vista era la del teléfono móvil del acusado y/o la de la tarjeta SIM correspondiente al número NÚM000.

De ser el teléfono móvil del acusado, pero no su tarjeta (la aportada el 17 de diciembre de 2008 al referido Juzgado), tal conclusión no se debilita, y, en todo caso, el control y disposición sobre la tarjeta por parte del acusado era evidente (bien directa y personalmente, bien a través de alguien de su entorno).

En todo caso, es llamativo que de no ser el teléfono móvil y/o tarjeta del acusado el aportado el 17 de diciembre de 2008, éste se haya preocupado de transferir esa información de las conversaciones/mensajes recibidos a otro soporte (sea teléfono móvil, sea tarjeta SIM).

Se aprecia de ello que el acusado tenía un «conocimiento» amplio del funcionamiento de la telefonía móvil, y una utilización de dicho tipo de tecnología para generar unos soportes documentales que después puedan ser efectivamente utilizados (como fue el caso). Ese conocimiento se proyecta, además, en el propio interrogatorio del acusado por parte de su Defensa, al preguntarle ésta sobre que fue el propio acusado quien le indicó que solicitase la información documental sobre llamadas y mensajes emitidos desde el número NÚM000 para aportarla a la causa (el Sr. Letrado pregunta: «¿es cierto que usted sí que pidió a este Letrado, a mí, que pidiera un detalle de las llamadas y mensajes que usted hizo desde el 1 de diciembre hasta el 19 de febrero?», y el acusado contestó: «sí»). Extremo, por otra parte, del que ya se hacía mención por el acusado en su declaración ante El Juzgado de Violencia sobre la Mujer el 5 de febrero de 2009, señalando, a preguntas de su Defensa: «que él llamó antes de ayer a Movistar y le dijeron que desde el 27 de octubre no había movimientos en la tarjeta, que llamó para darle datos a su Letrado, llamó antes de ayer».

La Defensa, por otra parte, ha intentado restar credibilidad a los mensajes recibidos al constar en uno de los documentos aportados para el juicio oral una diligencia de transcripción telefónica fechada el 12 de diciembre de 2008 en el marco de las Diligencias Previas 720/2008 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, al recogerse literalmente: «Para (sin nombre) + NÚM000», indicando que no se identificaba el concepto que la Secretario Judicial recoge como «sin nombre». Tal alegación carece de eficacia, desde el momento que se aprecia que aparece en esa diligencia, respecto de todos los mensajes en la misma reseñados, el número del teléfono móvil del acusado (el NÚM000). Que no aparezca el nombre no limita ni debilita la plena identificación del número de tarjeta SIM desde la que se envía el mensaje, como reiteradamente aparece en dicha diligencia.

La Defensa refiere que la transcripción de los mensajes por la Fe Pública Judicial acreditada sólo la literalidad de los mismos, pero no su origen o procedencia, pasando a señalar la posibilidad de creación, alteración o manipulación de mensajes (tal y como intentó acreditar la Defensa con su propio teléfono móvil, a fin de justificar la facilidad para simular un mensaje de texto, al inicio de la vista oral).

En el desarrollo de la vista oral la Defensa tuvo a su disposición el teléfono móvil de la denunciante (quien reiteradamente lo ofreció para realizar cualquier tipo de comprobación, teniéndolo en las manos mientras prestaba declaración, y señalando que era ése el teléfono que en su momento tenía, y que no lo ha cambiado); y la denunciante se ofreció a que el mismo fuera revisado y se hicieran las pruebas pertinentes.

La Defensa, lejos de tratar de justificar que con el teléfono de la denunciante cabía crear un mensaje, o modificar o alterar un mensaje recibido (haciendo creer que se había recibido de otro teléfono distinto al que realmente lo había remitido), no solicitó esa diligencia (que fue en su momento la que la Juzgadora de instancia ofreció al inicio de la vista oral, al rechazar la diligencia en ese momento interesada por la Defensa, que era realizar esa simulación, alteración o manipulación de un mensaje con su teléfono móvil particular –lo que fue debidamente rechazado por la Juzgadora, dado que no constaba que el teléfono móvil de la Defensa fuera el tipo de teléfono móvil de la denunciante, en cuanto a marca y modelo–).

Es especialmente significativo (lo que evidentemente pudo robustecer el grado de credibilidad otorgado por la Juzgadora de instancia a la denunciante), que la denunciante, en su declaración, fue contestando en todo momento las preguntas que se le formularon por Acusaciones y Defensa reforzando sus manifestaciones con expresas indicaciones gestuales al teléfono que llevaba en esos momentos en las manos, señalando que lo que estaba afirmando (incluido la recepción de un mensaje relativo a que el pasaporte, en cuanto a los sellos que presenta de entrada y de salida ha sufrido una falsificación, siendo un Abogado de Marruecos quien intervino para ello), era cierto, y que al acusado le había visto en Cartagena, incluso que había recibido mensajes desde el número de teléfono del acusado referidos a lo que estaba haciendo ella en ese momento en la calle (correspondiéndose con la realidad), por lo que era obligado que el acusado estuviera cerca y la pudiera ver.

Cierto resulta que el listado de llamadas y mensajes emitidos desde el número NÚM000, según la documentación remitida por la operadora telefónica, no refleja los mensajes recibidos en el número de teléfono de la denunciante, pero ese dato, por sí (sin aditamento de pericial alguna –en los términos señalados por la Juzgadora en la sentencia–), no lo considera de entidad suficiente la Juez *a quo* para generar una duda racional, ante la contundencia de los medios de prueba incriminatorios aportados al enjuiciamiento.

La Sala, considerando los extremos recogidos en la sentencia de instancia, así como los expre-

sados en esta propia sentencia, relativos al «conocimiento» que el acusado ha demostrado de la telefonía móvil, y las circunstancias en que se han desarrollado los hechos enjuiciados, y los anteriores de los que trae causa y que vienen a constituir una proyección, considera razonable y racional

la conclusión alcanzada por la Juzgadora de instancia en su sentencia, existiendo prueba plural, suficiente, válida, legítima, eficaz y con entidad bastante para desvirtuar la presunción de inocencia, por lo que procede confirmar la sentencia recurrida.

CUESTIONES PENALES

Se absuelve al acusado del delito de amenazas que según la denunciante profirió verbalmente en la puerta de su domicilio donde no dejó de gritar durante toda la noche y la amenazó con matarla a ella y a toda su familia. La Policía Nacional no advirtió ninguna queja de los vecinos en demanda de que el denunciado guardara silencio. Tampoco compareció al acto del juicio la hija de la denunciante de 14 años de edad que, conforme relata la denuncia, había presenciado los hechos.

AP MURCIA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Jover Carrión

En el primer motivo del recurso invoca la recurrente error en la apreciación de la prueba al no haber advertido la sentencia las amenazas de que fue objeto por el acusado, proferidas verbalmente el día de los hechos, 12 de diciembre de 2008, frente a la puerta del domicilio de la denunciante donde no dejó de gritar durante toda la noche y la amenazó con matarla a ella y a toda su familia, generando intranquilidad y desasosiego en la misma.

La versión de la recurrente está en contradicción no sólo con el testimonio del denunciado, sino con la declaración de la Policía Nacional 97725 que acudió al lugar de los hechos tras ser requerida la presencia policial por la propia denunciante, advirtiendo el mismo que Bernardino no hizo ademán de huida y se hallaba tranquilo, al contrario que la denunciante que se encontraba muy nerviosa. Además, no advirtió, ninguna queja de los vecinos en demanda de que el denunciado guardara silencio, ya que los hechos ocurrieron sobre las 12 de la noche, en diciembre. Tampoco compareció al acto del juicio la hija de la denunciante de 14 años de edad que, conforme relata la denuncia había presenciado los hechos. En el plenario se transcriben determinados mensajes telefónicos remitidos por la denunciante al denunciado, Bernardino en los que le minusvalora e insiste en su voluntad de no volverlo a ver, advirtiéndole que si no atendía a su requerimiento «ella tomaría cartas en el asunto», posiblemente ésta sea la razón de la denuncia. Sin embargo, los alegatos que pretenden sustentar

la supuesta amenaza en la negativa del acusado a aceptar la ruptura o el desequilibrio emocional que todo ello le puede haber producido, no constituyen argumentos sobre los que sustentar la imputación de un ilícito penal, que exige cumplida prueba de las supuestas amenazas, inexistente en este caso, razón por la que ningún reproche culpabilístico cabría atribuir al acusado, como autor de un delito del artículo 171.4.º y 5.º del Código Penal, careciendo de toda base la recurrente para entender enervada la presunción de inocencia, en los términos expresados en el recurso.

La sentencia recurrida se ha basado certeramente en la libre apreciación de la prueba del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para establecer la convicción de la Juzgadora, valorando el material probatorio aportado a la causa y practicado en el acto del juicio, analizando la sentencia las declaraciones del acusado, de la denunciante, de los agentes policiales que acudieron al lugar de los hechos, así como los cuatro mensajes remitidos al denunciado. En suma, la sentencia absolutoria se sustenta en un conjunto de razonamientos, obtenidos conforme a derecho, de los que no cabe enervar el principio de presunción de inocencia, y deducir la necesidad de aplicar el artículo 171.4.º y 5.º del Código Penal, y la autoría del acusado del delito de amenazas que se le imputa, desprendiéndose de los alegatos del recurso la carencia de eficacia para desvirtuar los razonamientos de la sentencia.

CUESTIONES PENALES

A los efectos de la determinación de la responsabilidad civil dispone el artículo 227.3 del CP que «la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas», con lo que es inoperante en estos casos la prescripción del artículo 1966 del CC.

AP MURCIA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Jover Carrión

A los efectos de la determinación de la responsabilidad civil dispone el artículo 227.3 del Código Penal que «la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas», con lo que parece sugerirse la inoperancia en estos casos de la prescripción, imponiéndose el rechazo de la aplicación del artículo 1966 del Código Civil expresamente referido a la prescripción de acciones para exigir el cumplimiento de la obligación de pago de pensiones alimenticias, supuesto no contemplado en esta causa, tampoco puede ser aplicado el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000), referido a la prescripción de acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones declaradas en sentencia. Sin embargo, en este caso no sería posible otorgar un tratamiento individualizado a la acción civil, ya que la misma no

se ha ejercitado separadamente de la penal sino que deriva de esta última y comprende la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por el delito o falta, en los términos previstos en las leyes, conforme al artículo 109 del Código Penal, remitiéndonos en este caso al artículo 227.3.º del mismo Código, sin olvidar que nos hallamos ante un delito permanente, razones que obligan a desestimar el cuarto motivo del recurso. Igual efecto desestimatorio debe surtir el quinto motivo, planteado con carácter subsidiario, que radica en la limitación de las cuotas impagadas correspondientes a los cinco años anteriores a la fecha de la denuncia por afectar indudablemente a la reparación del daño procedente del delito de impago de pensiones, que es de los llamados permanentes, y a la obligación establecida en el artículo 227.3 del Código Penal.

CUESTIONES PENALES

Se condena al compañero sentimental por un delito de asesinato y otro de descubrimiento de secretos por matar a su pareja e interceptar sus comunicaciones accediendo sin permiso a su móvil y correo electrónico para constatar supuestas infidelidades.

AP MADRID, SEC. 27.ª, SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María Tardón Olmos

Hechos probados: «Probado, y así se declara que, el acusado, Carlos Miguel, mayor de edad en tanto que nacido el día 16 de noviembre de 1969, en Colombia, con NIE núm. NÚM000, sin antecedentes penales y en situación regular en España, contando con permiso de residencia y de trabajo, convivia desde unos dos años atrás con su pareja sentimental, Eva María, también mayor de edad, nacida el día 2 de agosto de 1966 en Perú, y con DNI núm.

NÚM001, y los dos hijos menores de ésta, en el domicilio sito en la calle DIRECCIÓN000, NÚM002, DIRECCIÓN000, de Madrid. Durante un período de varios meses anteriores al día 13 de febrero de 2006, y con el propósito de conocer las llamadas y comunicaciones íntimas de Eva María, Carlos Miguel accedió, sin contar con su consentimiento, al correo electrónico de ella; utilizando su clave de acceso al ordenador, examinó sus mensajes y lla-

madas de su teléfono móvil, e instaló un aparato grabador en el teléfono fijo, mediante el que tenía conocimiento de todas las conversaciones privadas que su pareja tenía a través del mismo, accediendo así a su vida íntima y personal.

Entre las 12,30 y las 3,30 horas de la madrugada del día 13 de febrero de 2006, tras ver una película en la televisión, el acusado se dirigió al dormitorio donde se encontraba Eva María durmiendo y, tras despertarla, comenzó a discutir con ella, por causa del deseo que le había manifestado de poner fin a sus relaciones, en el transcurso de la cual, y aprovechando que se encontraba sentada en la cama, de espaldas a él, el acusado, de forma sorpresiva, se abalanzó sobre ella, y, con el ánimo de causarle la muerte, rodeó su cuello con una cinta elástica de doble cordón, de los utilizados para sujetarse el pelo, apretándolo fuertemente, sin que la víctima, por lo sorpresivo de la actuación de él, y que la presión de la cinta la estaba efectuando por detrás de ella, pudiera llegar a defenderse del ataque, produciéndole la asfixia por el mecanismo de estrangulación a lazo, lo que le provocó la muerte por anoxia encefálica con compromiso vascular y parada cardiorrespiratoria.

Tras estos hechos, el acusado tapó el cuerpo de Eva María con la manta-edredón de la cama, hasta el cuello, y llamó por teléfono al móvil de Vicenta, pareja de Leovigildo, hermano de Eva María, que vivían en el mismo inmueble, unas plantas más arriba, y le dijo que había ocurrido una desgracia con Eva María, personándose, a continuación, sobre las 5,20 horas, en las dependencias de la Comisaría de Policía de Retiro, comunicando a la Policía que había acabado con la vida de su pareja, siendo detenido en el mismo momento, al constatarse desde las dependencias policiales con los funcionarios del Grupo de Homicidios de la Brigada Provincial de Policía Judicial, que ya habían iniciado las investigaciones en el domicilio, la realidad de sus afirmaciones, acordándose, por Auto de 15 de febrero de 2006, su prisión provisional, situación en la que permanece desde dicha fecha, al haberse prorrogado la misma por Auto de esta Sala de 23 de enero de 2008, hasta el día 13 de febrero de 2010.

La víctima tenía en el momento del fallecimiento dos hijos menores de su anterior matrimonio, Nicolás y Milagros, nacidos el día 27 de noviembre de 1996, y el día 16 de septiembre de 1998, respectivamente, que se encontraban durmiendo en su habitación cuando sucedieron los hechos así como sus padres, Antón y Amparo, que vivían en Colmenar Viejo (Madrid), con quienes mantenía una relación estrecha y constante, encargándose con habitualidad del cuidado de los niños mientras su hija trabajaba.

Carlos Miguel ha sido diagnosticado de trastorno antisocial de la personalidad, que no afecta a su capacidad de entendimiento ni a su voluntad de controlar sus propios actos».

FALLO: «Que debemos condenar y condenamos a Carlos Miguel, como autor responsable de los siguientes delitos:

a) De un delito de descubrimiento de secretos, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco, con efectos agravatorios, a la pena de tres años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y veinte meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros, y con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y

b) De un delito de asesinato ya definido, con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco, con efectos agravatorios, y la circunstancia atenuante de confesar su infracción a las autoridades, a la pena de diecisiete años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, imponiéndole, igualmente, las prohibiciones de que se aproxime a una distancia no inferior a 1.000 metros a los dos hijos de la víctima, Nicolás y Milagros, y de que se comunique con ellos por cualquier medio, por tiempo de veintidós años.

Le condenamos, igualmente al pago de las costas de este procedimiento, con inclusión de las costas de las acusaciones particulares, y a que indemnice a cada uno de los dos hijos mencionados en la suma de ciento sesenta y tres mil euros a cada uno de ellos, y al padre y a la madre de Eva María, don Antón, y doña Amparo, en la suma de quince mil euros, a cada uno de ellos, devengando tales cantidades un interés anual igual al del legal del dinero, incrementado en dos puntos, desde la fecha de la presente resolución hasta la de su total cumplimiento.

De dicha indemnización deberá detrarse, en su caso, el importe de la suma total de la ayuda satisfecha a los expresados perjudicados por el Estado, en aplicación de la Ley 35/1995, previa la acreditación de su pago.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, será de abono al condenado la totalidad del tiempo que ha permanecido privado de libertad cautelarmente por esta causa.

Se decreta el comiso definitivo de la cinta y efectos de vestir intervenidos en la presente causa, a los que se dará el destino legalmente previsto».

La doctrina del Tribunal Supremo, entre otras la STS de 20 de junio de 2003 establece que el ar-

título 197.1, contempla el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal –que es el bien jurídico protegido–, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española –derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen–, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado, artículo 497.

Los elementos objetivos del artículo 197.1, se integra en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades: a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna.

Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, «el que», dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo «sus» referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta «sus telecomunicaciones».

Respecto al *iter criminis*, es una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse.

Por ello, la conducta típica del artículo 197.1, se consuma con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada.

El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición «para».

Por lo demás, como establece la STS de 23 de octubre de 2000, para la comisión del delito del artículo 197 del CP es necesario no sólo el dolo

genérico de saber lo que se hace y la voluntad de hacerlo, sino también el dolo específico requerido por esta figura delictiva, caracterizado por el ánimo tendencial de invadir la esfera de privacidad e intimidad, significando que, si bien el tipo penal aplicado se ubica en el capítulo I del Título X del Libro Segundo del Código Penal, bajo la rúbrica de «Del descubrimiento y revelación de secretos», lo cierto es que el artículo 197.1, tutela dos distintos bienes que son objeto de la protección jurídico penal: la salvaguarda de los secretos propiamente dichos y, aparte, la intimidad de las personas, viniendo a representar este tipo penal una especie de desarrollo sancionador a las conductas que vulneren el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones consagrado en el artículo 18 de la CE como parte integrante del derecho a la intimidad personal del individuo.

Debemos traer aquí, igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 237/2007 (Sala de lo Penal, Sec. 1.ª), de 21 de marzo, que considera, a los efectos de la comisión del delito examinamos, como relevante «la conducta del recurrente consistente en apoderarse del contenido de las conversaciones y comunicaciones privadas de su esposa, una vez que había comprobado que era ella quien utilizaba el citado ordenador para comunicarse con terceros. La cuestión no permite albergar duda alguna una vez que el recurrente conoció el contenido del primero de los correos, pues desde ese momento pudo tener, y sin duda tuvo, la seguridad de que se trataba de comunicaciones íntimas de su esposa, que afectaban al ámbito de su intimidad más estricta, a las que no podría pretender tener acceso legítimamente aun cuando se realizaran desde su ordenador personal, a pesar de lo cual continuó apoderándose de las dichas comunicaciones. Es esta segunda fase de la conducta la que la sentencia ha considerado delictiva en cuanto comprendida en las previsiones del artículo 197.1 del Código Penal, pues la acción del acusado recurrente, una vez que conoció la naturaleza del contenido de las comunicaciones interceptadas e identificó a los comunicantes, se orientó con claridad al apoderamiento de datos relativos a la intimidad estricta de otra persona que constituían secretos de ésta en cuanto no resultaban accesibles a terceros de forma indiscriminada».

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 694/2003 (Sala de lo Penal), de 20 de junio, reiterando una consolidada jurisprudencia, destaca que «La llamada “dimensión familiar” de la intimidad no autoriza en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que, a toda persona otorga el artículo 18 de la CE, tanto

en el ámbito individual como en el familiar de su existencia».

Se trata de derechos básicos del ser humano que proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio, y que explícita y específicamente establece el secreto de las comunicaciones telefónicas como una de las manifestaciones más relevantes de la intimidad personal que se ampara constitucionalmente en el apartado primero del artículo 18 de la Constitución con vocación de universalidad y sin otras excepciones que las expresamente contempladas en el precepto.

Esta realidad consagrada en el artículo 18 de la CE tiene su correspondiente reflejo en el artículo 197 del CP donde el sujeto activo del tipo es, como se ha dicho, «el que» realice alguna de las acciones típicas, es decir, cualquiera persona, sin distinción y sin excepción; y donde el sujeto pasivo es «otro», quienquiera que sea este otro, sin exclusión alguna, siendo singularmente significativo que en el Código Penal vigente haya desaparecido incluso la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia que figuraba como excepción en el artículo 497 del CP de 1973, todo lo cual evidencia, al entender de esta Sala, que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa absolutoria o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal que, como sucede en el supuesto actual, no sólo afectaría al marido de la acusada, sino también a los interlocutores de ésta que habrían visto también quebrantada su intimidad, sus secretos y su derecho a la privacidad de sus comunicaciones telefónicas, captadas, interceptadas, grabadas y conservadas por el acusado.

En el supuesto que aquí se enjuicia, el acusado reconoce que examinó el teléfono móvil de su pareja, para saber las llamadas que tenía, que examinó su correo electrónico, y que grabó conversaciones telefónicas mantenidas por ella con el teléfono fijo de la casa, al que había conectado un dispositivo grabador, para, según refiere, intentar descubrir y constatar las supuestas infidelidades de Eva María. En el acto del juicio oral, y desdiciéndose de lo manifestado por él en sus declaraciones sumariales (comparece a tal efecto hasta en cuatro ocasiones), refiere que cuenta con el consentimiento tácito de ella, y que es una práctica habitual en la pareja, desde su inicio. Una renuncia tácita que no podría acogerse, en ningún caso, por cuanto la autoriza-

ción para una intromisión semejante en un derecho fundamental tan básico para el libre desarrollo de la personalidad, como es el del secreto de las comunicaciones, no puede sobreentenderse, ni presumirse, debiendo ser clara y expresa, lo que ni siquiera ha llegado a invocar. Más bien, sin embargo, resulta que a lo largo de su declaración y respondiendo a las distintas preguntas que sobre el tema le fueron formuladas, se desdice rotundamente, puesto que, a renglón seguido, relata el enfado de ella cuando advertía que le había examinado sus conversaciones y su correspondencia, haciendo referencia, incluso, a una discusión que se origina porque, por la noche, ella se despierta y le descubre examinando su teléfono móvil, llegando a señalar que ello demostraba que ella tenía algo que ocultar.

Pero es que, además, esta pretendida «autorización tácita» de Eva María para una invasión semejante de su intimidad, resulta desmentida por él mismo en sus declaraciones ante el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer núm. 2 de Madrid, no sólo en las primeras efectuadas, el día 15 de febrero de 2006, dos días después de los hechos, sino en la segunda ocasión en que es llamado a declarar, el día 1 de marzo de 2006. El primer día, respondiendo a las preguntas del Ministerio Fiscal, y en presencia de su Letrada, afirmó haber examinado el ordenador y el móvil de su pareja, sin su consentimiento, y, en la segunda, aunque señaló que había un consentimiento implícito, como prueba de confianza, de ella, vuelve a reiterar, nuevamente a preguntas del Ministerio Fiscal, «que los últimos mensajes los vio sin consentimiento de ella» (folio 228). También en la carta manuscrita del acusado que la defensa incorpora a la causa con fecha 8 de mayo de 2006, (folios 401 a 426) en la que el acusado efectúa un relato bien extenso de cómo discurren, según su particular visión, las relaciones entre él y Eva María, señalando de forma bien clara e inequívoca el modo en que accedía al examen de las llamadas del teléfono móvil de ella, a los correos electrónicos, y hasta a las búsquedas que ella efectuaba en Internet cuando navegaba en Internet, y que es, además, la primera ocasión en que se tiene conocimiento por el contenido de las manifestaciones que efectúa en la misma, (f. 424) de que había conectado una grabadora al teléfono de la casa y que la utilizaba para escuchar sus declaraciones. Que todo ello lo hacía con la intención de averiguar las personas con las que se relacionaba, lo que hablaba con ellas, y comprobar sus sospechas sobre la infidelidad de ella con otros hombres. Y que tales averiguaciones y búsquedas enojaban sobremanera a Eva María, intentando, incluso, golpearle en alguna ocasión.

Y el testigo Emiliano, al que el acusado llama para decirle que sus relaciones con la hermana de su pareja van muy mal y que él cree que le es infiel,

declara que él le confiesa que está revisando sus llamadas y su correspondencia, y que lo está haciendo sin el consentimiento de ella, pero no refiriéndole nunca nada respecto de las grabaciones de las conversaciones mantenidas por ella con el teléfono fijo. El testigo afirma, además, que no le importó que le recriminara esta acción, ni que le dijera que le parecía el colmo que se escucharan así las conversaciones y se vieran los mensajes privados de nadie, aunque fuera la pareja.

Y, finalmente, los hermanos y la cuñada de Eva María señalan que cuando ella les cuenta, pocos días antes de suceder los hechos, que va a romper sus relaciones con el acusado, les refiere, entre otras cosas, que se ha dado cuenta de que él le revisa sus llamadas, para controlarla, y que le había hecho saber a él su enfado por ello, así como que ella no debía saber que le estaba grabando las conversaciones telefónicas, porque esto nunca se lo comentó, ni siquiera cuando hablaron del tema.

En consecuencia, ha quedado suficientemente acreditada la comisión del expresado delito, por el que, si bien ella, como perjudicada directa por dichos hechos no pudo formular denuncia, –por más que la defensa manifieste que pudiendo hacerlo en vida nunca procedió en tal forma– dado que, como ya hemos señalado ni siquiera llegó a conocer, antes de su muerte, ni la actuación sistemática y continuada de averiguación y descubrimiento de sus conversaciones telefónicas, y correspondencia electrónica, ni los actos desplegados a tal efecto,

en su integridad, no habiendo aflorado, aún, a la luz, la actividad de grabación y escucha por parte del acusado de sus comunicaciones telefónicas en el aparato fijo del domicilio, extremo del que tanto el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, como las partes de la causa sólo tienen conocimiento por el contenido de la carta manuscrita del acusado, y las declaraciones que, sobre tal extremo, efectúa en el órgano judicial el día 26 de julio de 2007, puesto que en ninguna de las dos declaraciones anteriores, también referidas, había hecho mención a esta actuación. Asimismo, según revelan las declaraciones de los testigos, conoció que el acusado le revisaba sus llamadas con el teléfono móvil, y le leía sus comunicaciones electrónicas poco antes de los hechos, siendo una de las razones que refería como obstáculo que le impedía seguir con sus relaciones con él, con lo que, obviamente, no pudo formular denuncia contra el acusado antes de que, como luego diremos, él le diera muerte, pero no resulta vulnerado el requisito de procedibilidad que establece el artículo 201.1 del Código Penal, puesto que una vez que, tras las referidas investigaciones sumariales, se advierte su posible comisión, sí han ejercido la acción penal por este delito, no sólo la acusación pública, esto es el Ministerio Fiscal, y la popular ejercitada por la Abogacía del Estado, sino también las dos acusaciones particulares ejercitadas por sus familiares más directos, sus padres, y sus hijos menores, representados, a su vez, por su padre en esta causa.

SUCESIONES

Se desestima la demanda en la que se pedía la nulidad del testamento ya que la pericial en que basaba la incapacidad del testador sólo analizaba el historial clínico sin realizar un previo examen personal del presunto incapaz.

AP GRANADA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Jiménez Burkhardt

Ya adelantaba la representación de la actora en su demandada el conocimiento que tenía de la doctrina sentada por el TS sobre la presunción, de naturaleza *iuris tantum*, de la capacidad de las personas a la hora de otorgar testamento, cuya incapacidad engendra, respecto de quien la alegue, la prueba cumplida de su existencia, prueba que ha de ser contundente; así como que la aseveración notarial sobre la capacidad de testador adquiere una especial relevancia de certidumbre; siendo la cuestión referente al estado mental del testador una cues-

tion de hecho cuya apreciación corresponde a la Sala de instancia.

Estas premisas han de ser tenidas muy en cuenta a la hora de formular una demanda de nulidad testamentaria por incapacidad del testador, de modo que las pruebas de que se dispongan sean lo suficientemente consistentes para tener una razonable posibilidad de éxito. Y la única prueba que de modo concluyente afirma la incapacidad del testador, a la hora de otorgar el testamento que se im-

pugna, la proporciona la pericial que se acompaña a la demanda, ratificada en juicio, que con buen criterio ha sido rechazada por la Sra. Juez de Instancia, ya que se basa sólo en los documentos (historial clínico) del testador, que también se acompañan a la demanda, cuya valoración se hace sin un previo examen personal del presunto incapaz y por un especialista que no lo es precisamente del ramo de la psiquiatría, resultando altamente improbable que se pueda afirmar con rotundidad una completa incapacidad del testador el día del otorgamiento del testamento con unos antecedentes clínicos que, tenidos en cuenta también por otros dos doctores, que depusieron en juicio como testigos de la actora, siembran en ellos la duda de ese estado de incapacidad; duda que es la nota predominante en la declaración, tanto del Sr. Basilio (médico de familia que reconoció en diversas ocasiones al pa-

ciente), como del Dr. Enrique (médico del servicio de cuidados paliativos del Hospital Clínico de esta ciudad), llegando a afirmar el primero, que si bien cuando falleció la esposa del Sr. Serafín, al visitar a éste en su domicilio lo encontró «algo caído», lo justificó por el reciente fallecimiento, pero afirmando que, en base a la patología del paciente, afectado de un cáncer de piel en fase terminal, sí lo encontraba capacitado, e insistiendo el letrado de la actora sobre un pronunciamiento claro sobre el pretendido estado de incapacidad, manifestó no poder opinar sin ver previamente al paciente; siendo coincidente con ese estado de duda la declaración don Enrique, como no podía ser de otro modo.

Y en base a esa orfandad probatoria, cuya carga incumbía a la actora, resulta obligado confirmar la sentencia apelada, con la consiguiente desestimación del recurso de apelación.

OTRAS CUESTIONES

Es necesaria autorización judicial, en virtud del artículo 763 de la LEC, para el ingreso no voluntario de personas mayores que por razón de un proceso degenerativo no pueden prestar válidamente su consentimiento y son ingresadas en un centro asistencial o residencia.

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 22 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Rosario Hernández Hernández

Reurre el Ministerio Fiscal el Auto de fecha 25 de marzo de 2009, por el que se inadmite a trámite la solicitud de autorización de ratificación del internamiento de doña Paula en el centro Residencia para mayores Sanyres La Cañada, por la vía del artículo 763 de la LEC, ordenando el archivo del expediente.

Entiende la Juez *a quo* excluida de las previsiones del artículo 763 de la LEC la presente situación, al afectar a persona que no presenta otros deterioros psíquicos o enfermedades físicas que no sean las asociadas a una avanzada edad, lo que aconseja una función asistencial prolongada e indefinida en el tiempo, cuando la motivación del artículo citado no es otra que el internamiento de enfermo mental, con carácter limitado en el tiempo, dentro de una fase crítica acordada por razones de urgencia para evitar un daño a sí mismo

o a terceros, por lo que entiende que en su caso lo procedente, sería la declaración judicial de incapacidad, con asociada solicitud de permanencia en centro de mayores para subvenir a sus necesidades, y en aras a la protección del incapaz.

Esta Sala no comparte el criterio de la Juez de primer grado. La cuestión relativa a si es o no necesaria autorización judicial en virtud del artículo 763 de la LEC, para el ingreso no voluntario de personas mayores que por razón de un proceso degenerativo no pueden prestar válidamente su consentimiento, y son ingresadas en un centro asistencial, residencia, ha sido resuelta por diversas Audiencias Provinciales, decantándose en la actualidad a favor de la aplicación del artículo mencionado, así, además de las resoluciones que menciona el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso de apelación, ha de citarse el Auto de esta

misma Sección, de fecha 15 de noviembre de 2007, recaído en el rollo núm. 1095/2007, en el que expresamos:

«Según el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, requiere autorización judicial el internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, no existiendo, por lo tanto en la misma nada que restrinja los internamientos en centros psiquiátricos o clínica de salud mental, ni que excluya a las residencias geriátricas.

Además, los centros asistenciales no prestan exclusivamente una finalidad asistencial a la persona, porque también en las residencias se prestan servicios médicos y se aplican terapias paliativas o de mantenimiento; y tal finalidad posibilita el internamiento en beneficio de la persona mayor de edad y en grave deterioro de sus facultades cognitivas.

Por lo tanto, resulta que tratándose de una persona anciana con deterioro cognitivo o demencia senil, y que por ello no hace posible recabar su consentimiento, no hay la razón alguna para oponerse a que ingrese en un centro asistencial cerrado, por lo que no cabe negar la autorización judicial y en definitiva el control judicial.

Es por todo ello que debe ser admitida la pretensión del Ministerio Fiscal.»

En el supuesto de autos, doña Paula, de 90 años de edad a esta fecha, al momento de ser valorada médicamente, a 19 de febrero de 2009, tras el ingreso en el centro de referencia, presentaba desorientación en las 3 esferas psíquicas, resultando diagnosticada de deterioro cognitivo moderado y minusvalismo, e informándose dependencia total, viéndose por tanto en principio afectada por un trastorno psiquiátrico, de donde es factible que no pueda por sí misma decidir su ingreso en repetido centro.

Se considera así procedente la iniciación del expediente para, en su caso, ratificar el internamiento no voluntario, toda vez que de hecho, la acogida de persona de tercera edad con etiología senil o cualquier alteración psíquica que determine su posible incapacidad, en una residencia de la que no se le permite salir, equivale a una verdadera detención, a los efectos del artículo 5.1.e) del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, esta equiparación viene ya reconocida por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 4 de junio de 1990.

Es la base de aplicación del precepto mencionado, 763 de la LEC, que la persona a internar no pueda decidir por sí misma por razón de su déficit psíquico, que le impide prestar válidamente su

consentimiento, tanto para decidir el internamiento como la ulterior permanencia en el centro donde tenga lugar. Por ello, se hace necesario suplirlo con la correspondiente autorización judicial, así como intervención para el control y seguimiento del mismo, ello siempre en aras al beneficio, protección e interés de la persona discapaz.

Como expresa el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso, en base a ese interés, tanto de las instituciones, como de la propia sociedad en otorgar la máxima protección a personas de la tercera edad, se proclaman normas autonómicas que, entre otras prescripciones, imponen la autorización judicial para el internamiento en residencias, de manera que no es suficiente el acuerdo con el familiar o el tutor.

Por lo demás, esta medida es compatible con el procedimiento de incapacidad, aun no identificándose internamiento involuntario con incapacidad, de manera que es factible el internamiento de persona que no esté incurso en causa de incapacidad, tanto si se ha declarado judicialmente la incapacidad, como si es simplemente presunta, para el ingreso involuntario que nos ocupa es precisa la autorización judicial, siendo indiferente que el trastorno psíquico, si es que se constata, derive de una enfermedad psiquiátrica propiamente dicha, o bien degenerativa, como es el caso de la demencia senil, el alzheimer, o incluso un trastorno físico que interfiera sensiblemente las facultades psíquicas.

Ésta es la razón de que el artículo 763 de la LEC, no restrinja los centros en los que puede llevarse a cabo el internamiento, a los psiquiátricos en exclusiva, por cuanto lo verdaderamente significativo es que se priva al sujeto de su libertad deambulatoria, siendo imprescindible que venga prescrito por razón del trastorno psíquico.

Las atenciones precisas a personas de la tercera edad en las condiciones de la demandada, no se circunscriben a lo estrictamente asistencial, sino que se hacen extensivas a la atención médica, sanitaria y curativa, se trata de una asistencia integral que incluye todo lo necesario para el cuidado de la persona en sus básicas vitales, así como su rehabilitación.

Por lo expuesto, con estimación del recurso, ha de ser revocado el auto apelado, para que se proceda en la instancia a la admisión de la solicitud a trámite oyéndose a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal, a cualquier persona cuya comparecencia resulte conveniente o sea solicitada por la afectada por la medida, y, sin perjuicio de la práctica de cualquier otra prueba relevante al caso, se examine a la persona de cuyo internamiento se trata por la propia Juez de origen, debiéndose oír

el dictamen del facultativo que se designe, decidiéndose ulteriormente lo que proceda en orden al

internamiento, ello de conformidad con las previsiones del artículo 763 de la LEC.

OTRAS CUESTIONES

A efectos de fijación de la compensación económica prevista en el artículo 41 del CF, hay que tener en cuenta que el grupo empresarial procede de época anterior al matrimonio, por lo que sólo puede tomarse como referencia el valor del incremento habido durante la convivencia.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don Joaquín Bayo Delgado

Debe examinarse ahora la compensación económica prevista en el artículo 41 del CF, antes que la pensión compensatoria, en virtud de lo dispuesto por los artículos 41.3 y 84.2.d) CF, para tener en cuenta lo decidido sobre la compensación al analizar la pensión.

La sentencia apelada la fija en 400.000 euros y la beneficiaria acepta ese pronunciamiento, aunque en su demanda su pretensión era muy superior (2.000.000 euros). Sólo cabe, por tanto, en esta apelación, según el artículo 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), su mantenimiento o disminución, incluso hasta la extinción.

De los datos reseñados anteriormente es claro que existe una diferencia patrimonial entre ambos litigantes, pues dejando al margen lo que poseen en común al 50%, el demandado tiene un 50% del total más en la casa de Creixell (es decir, 371.636,31 euros) y además hay que examinar el valor de las empresas del demandado.

Ese valor sólo debe computarse en parte, a saber, en cuanto al incremento durante la convivencia, porque el grupo empresarial procede de época anterior al matrimonio. De los autos resulta que el demandado ha gestionado sus negocios de forma activa y fructífera y ha incrementado su valor durante esos años de matrimonio. No tenemos prueba del valor de las empresas al momento de contraer el matrimonio pero sí al momento del cese, cuando ha obtenido por ellas 7.366.313 euros. Si partimos de los 400.000 euros fijados como compensación, representan un 5,43% de ese valor. Es obvio que el incremento durante la convivencia ha sido muy superior a ese porcenta-

je. Una muy prudente estimación de incremento del 10,86% supondría el reparto por mitad de tal aumento, pero la realidad sitúa la compensación concedida por debajo de esa mitad del incremento, que cabe estimar superior al 10,86%. Todo ello, además, deja al margen del cómputo la actual empresa Mirainiciativas, SL, y la diferencia en la propiedad de la casa de Creixell.

La propia jurisprudencia que cita el apelante-demandado establece que los incrementos de valor generados activamente durante la convivencia son computables. Concretamente la STSJC de 7 de junio de 2007 sienta el criterio de que «pudieran computarse a los fines de dicho precepto, junto a los bienes adquiridos mediante la inversión de rentas generadas durante la convivencia matrimonial o la unión estable de pareja, especialmente las procedentes del trabajo o de la actividad mercantil o industrial, el aumento y la conservación del valor experimentados por los bienes privativos de los convivientes en razón a las inversiones realizadas con las antedichas rentas o merced a la actuación directa de los propios convivientes».

En suma, la compensación en la cuantía fijada en la sentencia apelada debe ser ratificada, pues hay desequilibrio y se da la dedicación a la familia durante buena parte de la convivencia de forma plena, salvo un período inicial con escasa retribución y compatibilizando el trabajo con el cuidado de la familia. La ausencia de compensación comportaría un enriquecimiento injusto, en tanto el esposo pudo hacer progresar sus empresas contando con la dedicación de la esposa a la familia.

OTRAS CUESTIONES

Nulidad de la compraventa realizada entre un tío y un sobrino, por falta de causa no considerándose que estemos en presencia de una donación. La acción fue ejercida por una hija cuya filiación paterna fue declarada después del fallecimiento del progenitor.

AP GRANADA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 2009

Ponente: Ilmo. Sr. don José Requena Paredes

La actora formuló demanda interesando la declaración de nulidad absoluta de la escritura de compraventa, de 6 de octubre de 2003, por la que su padre, que por entonces contaba 89 años de edad, en representación de su compañera, de igual edad, ambos propietarios privativos por mitad y pro indiviso, transmitían de la finca registral núm. NÚM000 vivienda-apartamento de 60 m² sita en Marbella, al sobrino del primero –tío de la actora– y para su sociedad de gananciales la nuda propiedad de la citada finca por precio, que se decía en la escritura recibido con anterioridad, de 36.060,70 euros.

El mismo vendedor, fallecido en estado de soltero el 3 de julio de 2004, y que no reconoció oficialmente a la actora como hija suya, y cuya filiación se declaró, con allanamiento de los demandados-compradores, por Sentencia firme de 18 de marzo de 2005 dictada en juicio ordinario núm. 890/04, había instituido heredero universal a ese sobrino por testamento abierto otorgado el 2 de octubre de 2006, en el que manifestaba carecer de herederos forzosos, añadiendo «no obstante si apareciera cualquier persona que acredite su derecho a la legítima le dejo su cuota legitimaria a fin de evitar posibles pretericiones».

Declarada la filiación extramatrimonial de la actora y su condición de heredera forzosa con derecho a la sucesión de su padre, ésta y el heredero instituido otorgaron, como culminación a las operaciones sucesorias junto con los legatarios, escritura de división, aceptación y adjudicación de herencia.

La demanda basa la nulidad de pleno derecho de la compraventa en la inexistencia de causa real y lícita (precio) y en la ausencia de los demás requisitos (artículo 1261 del CC) relativos a un consentimiento válido y eficaz que encubre una donación fraudulenta sin más fin que perjudicar y ocultar los derechos sucesorios de la actora con reducción de su legítima en lo que califica como el bien más valioso de la herencia a la que está llamada a suceder, pese a la intencionada preterición. Califica de vil el precio consignado sin prueba alguna de su pago y, subsidiariamente a la petición de nulidad absoluta de la compraventa, que califica de simulada, postu-

la la nulidad de la donación encubierta y, alternativamente, de no prosperar ni una ni otra nulidad radical y entenderse eficaz la donación realizada a su sobrino, único heredero testamentario, solicita que la misma sea computada y reducida en lo que resulte inoficiosa.

La sentencia de instancia desestimó la demanda por entender que el precio pactado de compraventa no puede considerarse ridículo ni abiertamente desproporcionado con el real; disculpa la falta de prueba concluyente sobre la realidad de su pago aludiendo a la posibilidad del pago en metálico que sostenían los demandados-compradores y la dificultad de su rastro a la propia confusión patrimonial surgida tras quedar autorizado a disponer, el sobrino, de las cuentas de su causante antes de su muerte y, finalmente, en atención al hecho de que fuera razonable el haber pactado un precio de venta más ventajoso en reconocimiento y gratitud a la atención y cuidados prestados, tanto al causante (don Feliciano) como a la compañera de éste, y también vendedora, doña Benita, a la que los demandados-compradores acogieron en su vivienda, a esta última desde septiembre de 2002 hasta julio de 2004 –fecha del fallecimiento de don Feliciano– quien, tras recibir atención hospitalaria en septiembre y octubre de 2002 estuvo ingresado hasta mayo de 2003 en una residencia geriátrica, de la que, por ser su voluntad, pasó luego a convivir, con su compañera, en la vivienda de los compradores-demandados, hasta su fallecimiento.

La sentencia recurrida, a mayor abundamiento, excluye la nulidad de la compraventa al considerar que la demandante aceptó su validez y eficacia pues, conociendo su existencia, admitió que no entrara a computarse, a diferencia del resto de los bienes relictos, en el cuaderno particional, en cuya protocolización pública, y al tiempo de la adjudicación, la actora manifestó expresamente, junto al resto de los partícipes, «quedar pagados y satisfechos en la herencia de don Feliciano y que no tienen que reclamarse nada por ningún concepto».

Contra el rechazo de la demanda, se alza la actora en apelación a través de un sólido recurso articulado en tres motivos principales que rebaten,

con éxito, la realidad de la compraventa y la efectividad del pago del precio, que es presupuesto de la existencia de la causa y, por tanto, de la validez del contrato (motivo 2.º), para concluir en su nulidad por inexistencia del contrato simulado (motivo 3.º), y en la legitimación para, anulada esa compraventa encubierta, interesar la adición a la herencia de la finca transmitida que no fue incluida en su día por aparecer registralmente fuera del patrimonio del causante, y precisada de la acción deducida cuyo ejercicio no cabe cercenar ni por efectos de una renuncia, que no puede abarcar ni afectar a más bienes que los incluidos en la partición, ni por unos inexistentes actos propios que puedan convalidar lo que, por ser nulo e inexistente, carece de toda validez.

Asiste la razón a la apelante en todos estos planteamientos que conforman su recurso. En efecto, si, como señala, entre otras, la STS de 5 de mayo de 2008, «la Doctrina legal vino distinguiendo –por todas, Sentencia de 22 de marzo de 2001– entre la simulación absoluta –caracterizada por un inexistente propósito negocial por faltar la causa–, y relativa –en los casos en que el aparente o simulado encubre otro real o disimulado–, y también en varias sentencias, por todas, STS de 2 de noviembre de 1999, se ha señalado que la nulidad de una compraventa por simulación relativa de la causa, no priva *per se* de eficacia a la donación encubierta, en cuanto la auténtica voluntad negocial, disimulada bajo la apariencia de una compraventa sin precio, encuentra su causa verdadera y lícita en la liberalidad del donante, la doctrina actual, plasmada en Sentencia del Pleno de esta Sala Primera de fecha 11 de enero de 2007, es contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación, cuando, como es el caso de autos, de inmuebles se trata». Así, partiendo de lo declarado en la Sentencia de 3 de marzo de 1932, la referida sentencia del Pleno, dictada por mayoría, declaró con vocación unificadora y valor jurisprudencial que «Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubierta. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El artículo 633 del CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de

la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos. La doctrina expuesta supone que, incluso de admitirse que hubo ánimo de liberalidad y que la donación se perfeccionó con la aceptación del donatario, la donación sería inexistente por carecer de un requisito esencia cual es la forma *ad solemnitatem* que impone el artículo 633 del CC, sin posibilidad alguna de tildar de incongruente la sentencia en la medida que como recuerda la de 24 de abril de 1997, con cita de otras, «el precepto procesal 359 no impide a los Tribunales decidir *ex officio*, como base a un fallo desestimatorio, la ineficacia o inexistencia de los negocios radicalmente nulos, en los supuestos en los que sus cláusulas puedan amparar hechos delictivos o ser manifiesta y notoriamente ilegales, contrarias a la moral, al orden público, ilícitas o constitutivas de débito y hacen que los Tribunales constaten la ineficacia más radical de determinada relación obligatoria».

Esta Doctrina del Pleno de la Sala Primera, que ha sido seguida por las SSTS de 22 de febrero, 17 de abril, 14 de mayo y 20 de junio de 2007, y por las de 28 de febrero, 18 de marzo, 28 de abril, 5 y 27 de mayo o 17 de octubre de 2008, resulta plenamente aplicable al caso de autos y los argumentos acogidos por la sentencia para descartar el ánimo defraudatorio y dar validez a la compraventa en litigio ceden por las abundantes pruebas de signo indiciario que afloran a las actuaciones y que, de manera unívoca y directa, llevan a la Sala en el juicio de inferencia al designio fraudulento que movió a vendedores y compradores a donar la vivienda, bajo la apariencia de realizar una compraventa, para perjudicar la legítima de la actora extrayéndola del caudal relicto del causante, de manera que, si algún dato ha podido empañar esa convicción en el juzgador de instancia, ello obedece, dentro de la reconocida dificultad que encierra, en este juicio de valoración, la prueba directa y plena de la simulación de los contratos, el empeño (y el caso de autos no es una excepción) que ponen los contratantes en hacer desaparecer los vestigios de la simulación y por aparentar y defender a conveniencia de sus intereses, que el contrato es cierto, real y efectivo (por todas, SSTS de 19 de junio y 17 de abril de 2007), pero sin que la apariencia negocial que proclama la escritura pública garantice la veracidad de las declaraciones (STS de 2 de marzo de 2007) que, como aquí ocurre, han sido enervadas ante la demostración de que la escritura en controversia ocultaba una ficción (STS de 28 de febrero de 1998) mediante la discordancia entre la voluntad declarada y la realmente querida que es la que logró destapar la

actora como resultado de su demanda y de la prueba practicada que, valorada de manera distinta a la que, desde la lógica y la sana crítica, aprecia la Sala llevan al acogimiento del recurso ante la pluralidad y consistencia de los indicios traídos a las actuaciones que son, además, todos lo que habitualmente concurren en este tipo de contratos simulados con fin de engaño desde el mutuo acuerdo de los otorgantes y que en su conjunto permiten apreciar sin dificultad la anomalía negocial (STS de 19 de junio de 2006 y 28 de febrero de 2008). Así: 1) la propia venta de la nuda propiedad con reserva de usufructo es propia de las donaciones y característica de compraventas simuladas; 2) la desproporción entre el precio señalado, 36.000 euros, y el que fue fijado pericialmente por experto, 170.000 euros; 3) la relación de parentesco entre los otorgantes; 4) la proximidad de la muerte por parte del vendedor; 5) en relación a ello, la inmediatez entre los actos de última voluntad: testamento fechado de 2 de octubre de 2006, otorgado en su localidad de nacimiento, instituyendo al sobrino como heredero universal; 6) el hecho de que cuatro días después, y en otra ciudad, residencia del heredero instituido, el mismo testador «vende» a éste la nuda propiedad de la vivienda litigiosa; 7) la finalidad perseguida equiparable al objetivo logrado de excluir este bien de la sucesión a la que podría aspirar su hija extramatrimonial y con filiación no declarada pero en clara posesión de estado como revela el inmediato allanamiento del heredero testamentario al reivindicar aquélla su condición de heredera forzosa para la que el testador ya había concretado el alcance de sus derechos legítimos; 8) la voluntad del comprador de ocultar la venta retrasando la inscripción en el registro hasta apenas 10 días antes de su fallecimiento, cuando éste parecía ya seguro; 9) por supuesto, la falta de toda prueba sobre la realidad del pago, justificado en la sentencia en atención a un poco convincente transcurso del plazo y confusión patrimonial, y 10) las razones de gratitud y remuneración, pasadas y futuras, tanto propias como para con su compañera sentimental, que llevaron al causante a hacerle cesión, *mortis causa*, de la mayor parte de su patrimonio instituyéndole sucesor universal.

Datos, presunciones e indicios entrelazados por un designio único en el que la compraventa ha de considerarse inexistente y de todo punto ineficaz y sin causa determinante de la nulidad postulada en la demanda, y ahora en el recurso que acogemos en respuesta a los motivos segundo y tercero que se dejaban expuestos, sin mérito para dar validez a la donación encubierta, aunque pudiera ser remuneratoria pues, como decíamos al inicio de esta resolución, la nueva Doctrina legal excluye esta convalidación, incluso respecto a donaciones de

esta naturaleza, sin olvidar que ya quedó el heredero codemandado remunerado con su designación testamentaria como tal, y más singularmente, a la vista de que el acto de liberalidad encubierto lesiona claramente los derechos de la heredera forzosa demandante.

En el primer sentido, se pronunciaba la ya citada Sentencia del Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en sentencia de 11 de enero de 2007, al analizar la cuestión de si es válida la donación remuneratoria con causa válida y lícita, pero oculta bajo una escritura pública de venta totalmente simulada y resaltando tanto los supuestos en que el Tribunal Supremo ya negó validez a contratos semejantes, entre las más recientes en SSTs de 1 de octubre de 2001, 6 de abril de 2000 o 16 de julio de 2004, como las que se pronunciaron en sentido propicio a la validez de la donación disimulada con cita en las más recientes, de las ahí reseñadas, de la STS de 30 de septiembre de 1995 o 2 de noviembre de 1999, e incluso las que desde posiciones intermedias acuden a criterios circunstanciales del caso concreto (SSTs de 18 de marzo de 2002 y 7 de octubre de 2004) la nueva doctrina sentada por esa sentencia del Pleno se decanta conforme a los argumentos que se dejaron expuestos en el fundamento tercero de esta resolución, añadiendo que la tesis de la nulidad absoluta y plena ineficacia de la donación disimulada bajo la apariencia de una compraventa, «no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El artículo 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico.

La no aplicación de la forma sustancial a la donación remuneratoria no puede basarse en su tratamiento legal por la normativa de los contratos en la que impera el principio de la libertad de forma. El artículo 622 sólo ordena que las remuneratorias se sometan a las normas de la donación en lo que “excedan del valor del gravamen impuesto”, es decir, aquella normativa de los contratos regirá hasta la concurrencia del gravamen. El precepto es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que por definición (artículo 619) no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles. Ciertamente que la doctrina científica ha discutido sobre el alcance de las incomprensibles palabras del legislador respecto a las remuneratorias, pero las diferentes posiciones que se propugnan no pasan de consideraciones doctrinales en modo alguno unánimes. En el terreno de

la aplicación del derecho, no es posible la conjugación de los artículos 619 y 622, en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria con una donación modal. Es en ésta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria.

Finalmente, hay que decir que el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad).»

En la misma línea y en términos más rotundos se expresa la STS de 20 de junio de 2007, que parece escrita para el caso de autos, al indicar que, «el problema de las acciones de los legitimarios frente a los actos de su causante que lesionan o defraudan los derechos que se les reconocen legalmente ha sido resuelto de forma relativamente unánime por esta Sala, sobre todo a partir de sentencias antiguas, como las de 12 de noviembre de 1920, 19 de mayo de 1932 y, sobre todo, la de 12 de abril de 1944. No sin discusión, la jurisprudencia ha reconocido legitimación al hijo, cuya legítima ha sido defraudada por actos simulados de su causante, para reclamar la nulidad de estos actos de disposición efectuados en perjuicio de su legítima.

Esta Sala ha sentado la doctrina según la cual cuando el causante quiere favorecer a alguien con una donación en perjuicio de sus legitimarios, encubriendo bajo la apariencia de un contrato oneroso o disimulado una donación, ésta no puede tener eficacia por fundarse en una causa ilícita conforme establece el artículo 1275 del CC. Ejemplo de ello se encuentra en la Sentencia de 28 de febrero de 1953 que afirma que «el contrato de compraventa careció de existencia real y no significó más que una estratagema usada por el comprador o por ambos contratantes para eludir los derechos legitimarios que pudieron corresponder a la madre de la causante en la finca vendida, por lo que tampoco como donación en su caso podría tener eficacia, por fundarse en una causa ilícita conforme al artículo 1275 del CC, por lo cual tal contrato titulado de compraventa resulta ineficaz para reivindicar el dominio de la finca vendida» (ver asimismo Sentencias de 11 de diciembre de 1957 y 20 de octubre de 1961). Esta doctrina se ha reiterado y así la Senten-

cia de 20 de diciembre de 1985 dice que «reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala, de la que es muestra la Sentencia de 20 de octubre de 1961, y las citadas por la misma, ha establecido la doctrina de que cuando la escritura de compraventa se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos, procede declarar también inexistente el contrato de donación por ser ilícita su causa». Esta doctrina se confirma en las Sentencias de 30 de junio de 1995, 4 de mayo de 1998, 2 de abril de 2001, 23 de octubre de 2002 y 29 de julio de 2005.

Deben distinguirse, además, las donaciones que lesionan la legítima que pueden ser declaradas inoficiosas y aquellas que pueden ser declaradas nulas por tener causa ilícita. Las donaciones encubiertas o disimuladas con la intención de defraudar a los legitimarios pueden ser declaradas nulas por infringir el artículo 1275 del CC si tienen causa ilícita, cosa distinta de aquellas que lesionen la legítima, que se registrarán por lo dispuesto en los artículos 636 y 654 del CC.

Así ocurre en el caso de autos y la nulidad radical, no sólo de la venta simulada sino de la donación encubierta, arrastra la tercera posibilidad que, alternativamente, brindaba la demanda y debe estarse al primer pedimento con anulación de la transmisión documentada en la escritura de 6 de octubre de 2003 y la consiguiente cancelación registral, sin mérito para verse frenada la acción por las alegaciones de renuncia y actos propios que la sentencia, más que como *ratio decidendi*, apuntaba en refuerzo de su tesis absolutoria al declarar la validez y efectividad de la venta, pues aun siendo argumentos *obiter dicta* también éstos fueron atacados con éxito en el primer motivo del recurso y no pueden considerarse renunciados derechos legitimarios cuyo alcance y realidad se han ocultado de manera que aunque pudiera sospechar la actora que la venta de la vivienda de Marbella pudiera ser fraudulenta, la inscripción a favor de los demandados-compradores impidió, por la mera resistencia del comprador-coheredero su inclusión en el cuaderno particional donde, exclusivamente, las numerosas operaciones, inventarios y avalúos de las partidas que en el mismo se incluyen puedan alcanzar el compromiso de aceptar el resultado de la adjudicación y de no reclamación.

PATRIA POTESTAD

Privación de la patria potestad al padre al haber sido condenado por un delito de maltrato grave contra la madre.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2009

Magistrado-Juez Ilmo. Sr. don Francisco Serrano Castro

A la vista del resultado de la prueba practicada y que consta unida a las actuaciones, se ha de concluir que, en el presente caso enjuiciado, se aprecia la concurrencia de razones fundadas para acordar la privación de la patria potestad del padre demandado sobre su hijo Sergio que cuenta en la actualidad con 5 años de edad. A tenor de lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil se considera que efectivamente ha existido y sigue subsistiendo un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, que, además en interés del propio hijo menor, determina la conveniencia de la medida de privación solicitada.

La concurrencia de esos requisitos se pone de manifiesto a través de los siguientes indicadores de riesgo a la integridad psicológica del menor, por un lado, y de abandono, negligencia, incumplimiento radical de los deberes (artículo 154 del CC) que configuran, en beneficio de los hijos, las funciones inherentes al ejercicio mínimamente responsable de la patria potestad.

En primer lugar, se ha de resaltar que el hecho de encontrarse un progenitor cumpliendo pena privativa de libertad, no entrafña, ni mucho menos, circunstancia que aconseje la privación de patria potestad. En todo caso, podría condicionar el ejercicio de custodia o el cumplimiento de un régimen de relación, contacto y visitas mientras se prolonga la situación de prisión. No obstante, ese planteamiento decae ante excepcionales hechos delictivos que puedan tener una directa incidencia en el debido, adecuado y exigible cumplimiento y ejercicio de las obligaciones paterno-filiales.

Esa incidencia es notoria cuando el progenitor en el presente caso el padre, ha sido condenado por un delito de maltrato grave contra la madre.

Un acto execrable que, efectivamente, puede ser considerado como resultado de una actitud de discriminación, desigualdad y relación de poder. Una actitud que impone dominio, que crea desigualdad, implica sumisión, que ejerce control y miedo sobre la víctima de ese maltrato de corte machista, y de la que también pueden haber participado los propios hijos, testigos y víctimas directos, a su vez, de ese tormento padecido por su madre. Situación que, evidentemente, habría que valorar y enjuiciar en cada caso concreto, desde una perspectiva no de género, sino de estricta y vinculante búsqueda del interés del menor.

Es ese examen y debido análisis el que conduce a extraer la conclusión de que procede privar de la patria potestad al maltratador, como sucede en el caso enjuiciado, un niño ha tenido que padecer la muerte de su madre, a quien su padre le sesgó la vida en su presencia. Afortunadamente el niño que era muy pequeño, puede que no recuerde ese hecho traumático, pues cuando se produjo el homicidio en diciembre de 2005 apenas contaba con un año y cuatro meses de edad, mas se ha de tener en cuenta que desde entonces ha quedado al cuidado de su abuela materna, quien le han procurado toda la atención y tutelado afectiva y materialmente. Desde entonces el padre, pese a estar en prisión, nunca se ha preocupado de su hijo, sin que en relación a la abuela se le pueda reprochar su oposición y animadversión a compartir funciones y decisiones que afectan al ejercicio de la patria potestad con quien mató a su hija a sangre fría de un disparo en la cabeza. En tal sentido, esa titularidad y ejercicio de patria potestad se reputa manifiestamente contrario al interés del menor, a fin de no tener ninguna dependencia de autoridad paterna

con un padre condenado a 20 años de prisión por matar a su madre.

El análisis de las anteriores circunstancias y antecedentes hubiera sido suficiente para alcanzar una conclusión contundente en aras a garantizar el interés del menor, mas con buen criterio y a fin de despejar cualquier duda acerca de que lo que se procura hacer primar es ese interés, la representación legal de la abuela demandante se ha preocupado de aportar prueba pericial que acredita la conveniencia de la medida propuesta en la demanda:

– Por su parte el Dr. ... expresa su convicción (ratificada en el acto de la vista) de que «un contacto o un hipotético ejercicio de paternidad con ... por parte de quien le privó del derecho a vivir con su madre, a la que precisamente maltrató, que le ha maltratado a él de modo irreparable, es contrario poliédricamente a un bien supremo del menor: “su integridad física y su salud mental”». Indudablemente se comparte el razonamiento de que el hecho de matar a un progenitor, atenta contra la personalidad e integridad psicológica del hijo que ha sufrido tan irreparable pérdida.

– Ese criterio, además, es confirmado por parte del Equipo Psicosocial, cuyo psicólogo concluye que los rasgos psicológicos del padre le inhabilitan para el ejercicio del rol parental, añadiendo que cualquier tipo de contacto del menor tanto con su padre como núcleo paterno podría incidir muy negativamente en su desarrollo madurativo. Dicha valoración del interés del menor se complementa por la trabajadora social adscrita al Equipo Psicosocial que informa del nivel de integración que el niño tiene en su actual entorno familiar, estando la abuela altamente implicada en la evolución educativa del pequeño.

En el mismo sentido se ha pronunciado el informe emitido por la UTS-Alcosa que ha valorado muy positivamente la actitud e idoneidad de la familia materna.

En definitiva se ha enjuiciado y valorado el interés del menor en relación al caso concreto: Se ha analizado la gravedad del maltrato, del acto de violencia sobre la mujer ejercido por el padre condenado, consecuencia última y trágica de una execrable actitud machista y la incidencia de ese comportamiento en el propio hijo menor. Todo ello hace concluir que resulta absolutamente conveniente la medida de privación de patria potestad solicitada, tras un enjuiciamiento específico sin incurrir en automatismo a la hora de acordar esa medida, pues ante la absoluta indefinición generalizadora de lo que se ha de considerar maltrato, quién (hombre) ha de ser considerado maltratador y quién (mujer) ha de ser tenida como víctima de maltrato, se hace imprescindible que los Tribunales, en su ejercicio de independencia judicial y velando por el interés de los menores, valoren y motiven en cada caso concreto dicho interés. Porque lo contrario supondría predeterminar las decisiones de los Tribunales de Justicia, una predeterminación y prejuicio que podría incluso resultar contraproducente y lesivo a los derechos de los niños, derechos reconocidos en nuestra Constitución y en Convenios Internacionales, comenzando por la propia Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

El padre privado de la patria potestad, no obstante, habrá de seguir contribuyendo a los alimentos de su hijo, habiendo mostrado conformidad en abonarle a la abuela materna una pensión por importe de 150 euros mensuales, cantidad que coincide con la reclamada por la demandante.

RÉGIMEN DE VISITAS

Acreditado que el padre ha superado los graves problemas de drogadicción y habiendo evolucionado satisfactoriamente durante estos dos últimos años los reducidos contactos entre padre e hija en el punto de encuentro, se está en el caso de ampliar de forma gradual el régimen de visitas, ya que la madre pretende perpetuar un régimen de visitas muy restrictivo ignorando la positiva evolución de las relaciones paterno-filiales.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2009

Ilmo. Sr. Magistrado-Juez don Francisco Serrano Castro

En el presente caso se puede afirmar con rotundidad, ni el propio demandante discute tal extremo, que en el pasado se dieron esos condicionantes de

elevado factor de riesgo, que hicieron aconsejable que el régimen de visitas con el padre se limitara y supervisara. Por un lado, se ha de descartar

que la ceguera de la niña, por sí misma, constituya un factor determinante en esa medida de garantía, pues hay muchos menores invidentes que mantienen unas magníficas y saludables relaciones con sus progenitores, pero también se ha de tener en cuenta que esa importante limitación sensorial, incrementaba el peligro de cara al ejercicio de la responsabilidad parental por parte de un padre que sufría de graves problemas de drogadicción.

Sin embargo, tras tres años de desarrollo de visitas intervenidas, de duración reducida en el punto de encuentro familiar, lo cierto es que la situación ha variado drásticamente, pudiendo decirse que esa alteración ha sido notablemente positiva. Es más, sinceramente, en atención a las circunstancias que fueron tenidas en cuenta cuando se dictó la Sentencia de fecha 13 de noviembre de 2006 (autos de modificación de medidas 599/05), era difícil prever que la situación personal del padre y la evolución de la relación paterno-filial experimentarían una progresión tan positiva. Ya en dicha Sentencia se advertía que el mínimo y reducido restablecimiento de la relación y régimen de contacto del Sr. ... con su hija ..., suspendido por Auto de 12 de enero de 2005 en base a demérito y razones de negligencia directamente imputables al propio padre (quien entonces sufrió una importante recaída en su consumo de droga), se acordaba en interés de la niña, con el fin de darle una última oportunidad de ver cumplido su derecho a tener un padre, destacando el aperebimiento que se hacía a éste, de que iba a ser la última ocasión para demostrarle a su hija que efectivamente quería ser su padre.

Afortunadamente esa advertencia tuvo calado en el sentido de responsabilidad del Sr. ..., puesto que:

1) En todos estos años ha cumplido escrupulosamente con su obligación de venir desde Alicante para estar con su hija dos veces al mes y durante una hora y media en punto de encuentro familiar de Sevilla, compensándole esa breve comunicación, el tener que realizar un desplazamiento, ida y vuelta, de más de 1.000 Km en cada visita. Los únicos incumplimientos se han justificado en razones de enfermedad, precisamente comunicadas a los responsables de punto de encuentro familiar de Sevilla. En otras ocasiones ha sido alguna enfermedad de la niña la que ha impedido el contacto. De hecho en junio de 2009, de las 26 visitas programadas se habían cumplido las 23.

2) Desde punto de encuentro familiar se ha informado con objetividad e imparcialidad, de la positiva evolución que ha experimentado la relación paterno-filial que se desarrolla en un contexto dinámico y lúdico, a la vez que en un diálogo y comunicación fluida. Desde el equipo técnico de punto de encuentro familiar se ha emitido la reco-

mendación de revisar el expediente con el objetivo de que la relación paterno-filial no permanezca en un estado de estancamiento.

3) Queda constancia de que el Sr. ... se ha rehabilitado y superado de su adicción a las drogas. Inició con esa finalidad el tratamiento en un Centro de la Fundación Proyecto Hombre, en agosto de 2006. Una vez superados todos los objetivos del Programa de tratamiento, con fecha 28 de agosto de 2007 obtuvo el alta terapéutica. El día 1 de octubre de 2009, don ... acudió a su cita programada, efectuándosele unas analíticas que dieron resultado negativo (así consta en el informe emitido por la Directora de Proyecto Hombre de la provincia de Alicante de fecha 1 de octubre de 2009).

4) Consta el progreso y la mejora sociolaboral del Sr. ..., pues actualmente trabaja en Alicante cobrando un sueldo de aproximadamente 900 euros. Se ha casado y ha tenido otro hijo, que cuenta con casi dos años de edad. ..., por tanto, tiene un hermano al que ni siquiera conoce. Su actual esposa, en el acto de la vista, ratificó su recuperación de la drogodependencia, asegurando que con relación a su hijo don ... tiene un comportamiento modélico y responsable.

5) Únicamente podría ser imputables al padre ciertos retrasos en el pago de la pensión alimenticia, extremo reconocido por el Sr. ... en el acto de la vista, lo cual, no obstante, aun cuando pueda resultarle exigible, no le puede ser censurable ante sus escasos ingresos, sus nuevas cargas familiares y el elevado gasto que le comporta el desplazamiento a Sevilla para ver a su hija dos veces al mes.

Tal como se ha destacado y detallado, se ha puesto en evidencia que, afortunadamente, el Sr. ... ha aprovechado la oportunidad que se le brindó en la Sentencia de 13 de noviembre de 2006. Ello no puede sino redundar en beneficio de su hija, a quien, como entonces se apuntaba, ese esfuerzo, mejora y evolución positiva que ha experimentado su padre, le puede ofrecer la posibilidad de recuperar un referente parental que se estima primordial para su adecuado desarrollo, sin contar además del beneficio añadido de poder conocer y relacionarse con un hermano al que, como se ha dicho, no conoce.

Ya en el año 2006 se ponía de manifiesto que la medida de restablecer el régimen de comunicación de la hija con el padre de forma supervisada y restringida, se acordaba como medida de garantía para la niña y de confianza para la madre, a quien, ante el lógico temor de que su hija pudiera quedar expuesta bajo el irresponsable y negligente cuidado de un padre drogadicto, o en proceso de rehabilitación, había que ofrecer tranquilidad y seguridad de cara a que esa preocupación quedara mitigada a

través de la intervención profesional de punto de encuentro familiar de Sevilla.

Sin embargo, si entonces se le garantizaba confianza a través de dicho recurso social, hoy en día se considera que han desaparecido las razones de riesgo que generaron la adopción de las justificables cautelas.

Mas, pese a ello, desde punto de encuentro familiar de Sevilla y ante el posicionamiento adoptado por la madre en este procedimiento, se ha reflejado que la actitud de recelo de la madre, pese a los datos objetivos expuestos, no ha desaparecido. Desde el Programa de punto de encuentro familiar se ha informado: «Se considera necesario que doña ... tenga presente cuál es el objetivo de permanecer en este Servicio, de tal modo que no visualice tal situación como un mero cumplimiento judicial, sino como una herramienta para facilitar la relación paterno-filial». «Se considera imprescindible que la menor ... cuente con la aprobación y el apoyo por parte de su contexto familiar materno para relacionarse positivamente con su padre, siendo necesario que la madre mantenga una adecuada predisposición respecto al régimen de visitas».

Pese a dicha recomendación, en el transcurso del proceso ha quedado patente que esa predisposición brilla por su ausencia. Doña ... pretende perpetuar la actual situación pese a que ya son más de dos años los que lleva cumpliéndose el régimen de visitas intervenido en punto de encuentro familiar. Ahora el Juzgado no puede amparar su ilógico e injustificado temor y desconfianza. Máxime cuando su hija ahora tiene ya 10 años y ha mantenido una relación esporádica pero saludable y positiva con su padre.

En su momento el distanciamiento entre padre e hija, la ausencia de relación paterno-filial, resultaba claramente imputable a la actitud y situación de toxicomanía que padecía el padre. Esa interferencia parental, una vez detectado y diagnosticado su origen, dio lugar a que por parte del Juzgado se aplicara el tratamiento adecuado en interés de la menor, lo que supuso en un primer momento suspender todo contacto y relación y después restablecerlo de forma limitada, restringida y supervisada. Mas ahora una vez superados esos problemas, en la actualidad se aprecia que esa interferencia podría proceder de la actitud negativa y obstruccionista de la madre a facilitar la relación paterno-filial, en una clara intención de impedir que se restablezca una normalizada comunicación y contacto entre padre e hija, sin perjuicio de la objetiva dificultad que comporta la distancia geográfica entre el domicilio donde reside ... con su madre y el domicilio del padre. La interferencia parental, por consiguiente, en este momento, puede predicarse de una clara

estrategia de manipulación y alienación de la madre en contra del padre, pretendiendo que éste se aburra y desista de venir a ver a su hija durante tan sólo tres horas al mes, sin tener la posibilidad de disfrutar de un más amplio contacto que abarcaría al resto de familia paterna que reside en Sevilla. Si el Juzgado fue contundente y eficaz a la hora de corregir la anterior situación, se advierte que también lo sería en el caso de evitar que se consolide y mantenga la actual situación de limitación injustificada de la relación paterno-filial.

En definitiva, procede estimar la demanda que formula el padre demandante quien propone un régimen escalonado y progresivo de ampliación de visitas, un régimen al que ha mostrado plena conformidad el Ministerio Fiscal, en su función de velar por el interés superior del menor. El Sr. ..., en todo caso, habrá de mantener su actual abstinencia al consumo de droga, acudiendo puntualmente a los controles que fije la Fundación Proyecto Hombre. Se había de poner en conocimiento de punto de encuentro familiar la nueva situación haciéndoles saber a sus técnicos que habrán de precisar y detallar lo máximo posible, las circunstancias y el estado en que la niña regresa de estar con su padre y si su actitud pudiera resultar contradictoria con la que pueda demostrar en presencia de la madre.

En la parte dispositiva se fija el siguiente régimen de visitas:

1.º Durante un primer mes, el padre podrá estar en compañía de su hija desde las 10:00 horas de la mañana hasta las 20:00 horas de la tarde en sábados alternos.

2.º Un segundo mes, el padre podrá estar con su hija el sábado y domingo de los fines de semana alternos desde las 10:00 horas de la mañana hasta las 20:00 horas de la tarde.

En estos dos meses la recogida por el padre y la entrega de la menor será en punto de encuentro familiar, a fin de que los Equipos Técnicos puedan controlar la evolución de la medida, y emitir los informes que en su caso se consideren pertinentes.

3.º A partir del tercer mes, se establecerá de manera permanente a favor del padre el siguiente régimen de visitas (en atención a la distancia existente entre el domicilio de la menor y el de su progenitor).

A) Un fin de semana al mes desde las 19:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo. El padre designará con al menos un mes de antelación el fin de semana del mes en el que piensa hacer uso del régimen de visitas. Si en el mes existe un puente festivo, el régimen de visitas se ampliará desde las 19:00 horas de la tarde de inicio al puente hasta las 20:00 horas del día en que finalice el mismo.

Los años impares decidirá el padre el fin de semana o puente del mes en que piensa hacer uso del régimen de visitas y los pares la madre. A tal fin deberán comunicárselo el uno al otro con al menos un mes de antelación mediante correo electrónico o SMS. Para el caso de no poderse acreditar la comunicación de la elección se fija el tercer fin de semana de cada mes.

B) Períodos vacaciones

1) Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos períodos, comprendidos el primero desde las 17:00 horas del Viernes de Dolores a las 18:00 horas del Miércoles Santo, y el segundo desde este día y hora hasta las 20:30 horas del Domingo de Resurrección.

2) Durante las vacaciones de Navidad, un primer período desde las 17:00 horas del 22 de diciembre a las 20:30 horas del día 31 de ese mismo mes,

y el segundo desde este día y hora hasta las 20:30 horas del 7 de enero.

3) Durante las vacaciones de verano, el primer período será el mes de julio completo y el segundo el mes de agosto completo.

Los períodos referidos serán elegidos por los progenitores, correspondiéndole la elección al padre en los años impares y a la madre en los pares.

La entrega y recogida de la menor se efectuará en punto de encuentro familiar de Sevilla, pudiendo ser recogida la menor por el padre, o en su defecto, por un familiar directo de éste (padre o hermano). Una vez que transcurran 6 meses, y tras la celebración de nueva vista con las partes para supervisar el cumplimiento de desarrollo del régimen de visitas, se valorará la consecuencia de proseguir con la intervención acordada o suspender definitivamente la derivación.

Revista de Derecho de

familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

VIVIENDA FAMILIAR

Negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir la cesión de usufructo sobre la mitad indivisa de la vivienda familiar que pertenece en propiedad a ambos ex cónyuges.

RESOLUCIÓN DE 31 DE JULIO DE 2009

En el presente recurso son hechos relevantes los siguientes:

a) Mediante Sentencia dictada el 24 de mayo de 1994 en procedimiento de separación conyugal, se aprobó determinado convenio regulador en el que se había acordado la liquidación de la sociedad de gananciales con el siguiente pacto, entre otros: «Respecto de la vivienda ..., se la adjudican ambos cónyuges por mitad e iguales partes y proindiviso, cediendo don ... [esposo] a doña [esposa] el usufructo vitalicio de su mitad proindivisa, y quedándose el esposo únicamente con la nuda propiedad de dicha participación. Para el supuesto que doña [esposa], en uso de las facultades que le confiere el usufructo, arrendase la vivienda a terceras personas, ésta viene obligada a dar a su esposo el 50% de las rentas obtenidas».

El 13 de septiembre de 1994 se inscribió la mitad indivisa de dicha vivienda, en pleno dominio, a favor de la esposa y con fecha 8 de abril de 1996, la otra mitad en pleno dominio a favor del esposo. Éste –según escritura autorizada el 5 de febrero de 1996– cedió mediante dación en pago de deuda la nuda propiedad de la mitad indivisa de dicha finca a una sociedad mercantil que fue absorbida por otra sociedad.

Mediante escritura autorizada el 26 de agosto de 2008, la sociedad absorbente vendió al ahora recurrente la referida mitad indivisa en nuda propiedad que se había inscrito a nombre de dicha sociedad.

b) El 20 de octubre de 2008 se presentó en el Registro de la Propiedad otro testimonio judicial –expedido el 15 de julio de 2008– de la referida sentencia de separación conyugal y del convenio aprobado, para que se procediera a la inscripción de la cesión del usufructo vitalicio de su mitad indivisa que el esposo realizó en favor de su esposa, según el referido convenio.

c) El Registrador de la Propiedad suspendió la inscripción solicitada, porque, a su juicio, la cesión del usufructo vitalicio a la esposa junto con el arrendamiento de la finca y el pago del 50% de las

rentas al marido, produce confusión sobre la extensión del derecho objeto de inscripción, en contra de la exigencia de su perfecta determinación. Entendió además que hay una compleja transmisión adicional a la liquidación de la sociedad conyugal, que debe plasmarse en escritura pública, con expresión de su causa onerosa o gratuita, necesaria en todo negocio traslativo, toda vez que el objeto de la liquidación ganancial es exclusivamente la división por mitad entre los cónyuges del remanente resultante, sin que el convenio regulador de la separación pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen un significado propio.

d) El recurrente alega, en esencia, que puede inscribirse la cesión, sin necesidad de inscribir los demás pactos contenidos en el convenio regulador aprobado judicialmente. Añade que nada se opone a que en dicha liquidación –aprobada judicialmente– los cónyuges acuerden adjudicar primero dicho bien a ambos, por mitad e iguales partes y pro indiviso, reservándose uno de ellos la nuda propiedad y cediendo el usufructo vitalicio de su mitad indivisa a su esposa.

Es cierto que la aprobación judicial del convenio regulador de la separación no convierte en inscribibles pactos que, por la forma en que se establecen, carecen de trascendencia real (*cf.* artículo 98 de la Ley Hipotecaria y, por todas, la Resolución de esta Dirección General de 11 de septiembre de 2003), por lo que bien pueden inscribirse las adjudicaciones que se realicen mediante la liquidación de la sociedad de gananciales sin necesidad de que accedan a los asientos del Registro determinados compromisos, de carácter obligacional, relativos al mero uso de la vivienda o a las consecuencias económicas de actos de disposición que sobre el bien o derecho adjudicado realice el cónyuge adjudicatario. En todo caso, es también cierto que, como expresa el Registrador en su calificación, la inscripción de dichas adjudicaciones tiene como presupuesto la necesaria determinación de la naturaleza y extensión del derecho objeto de inscripción, por exigencias del principio de especialidad

(*cf.* artículos 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51, reglas 5 y 6, del Reglamento Hipotecario).

Lo que ocurre es que, en el presente supuesto, el título ahora calificado fue ya objeto del correspondiente asiento registral, del que resulta que se inscribió una mitad indivisa de la vivienda, en pleno dominio, en favor de la esposa y la otra mitad, también en pleno dominio, en favor del esposo. Por ello, al estar tales asientos bajo la salvaguardia de los Tribunales y producir todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos que establece la Ley (artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria), no podrá accederse a la pretensión del recurrente sin observarse el procedimiento legalmente establecido para la rectificación

de tales asientos (*cf.* artículo 40 de la Ley Hipotecaria). En este sentido, si se estimara que en su día se cometió un error en la redacción del asiento, dicho error debería calificarse conforme al artículo 216 de la Ley Hipotecaria como error de concepto, para cuya rectificación el artículo 217 de la Ley Hipotecaria exige el acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador, o una providencia judicial que lo ordene, requisitos que no aparecen cumplidos en este caso (especialmente el consentimiento del esposo, como titular registral actual del derecho de usufructo de que se trata).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, en los términos que anteceden.

VIVIENDA FAMILIAR

No se inscribe la sentencia que aprueba el convenio regulador de la separación al no deducirse con claridad si se está o no atribuyendo el uso de la vivienda familiar. La cláusula indica que «las hijas del matrimonio tendrán su domicilio familiar en una vivienda privativa del padre mientras no sean independientes patrimonialmente».

RESOLUCIÓN DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2009

El único problema que plantea el presente recurso es el de si, estableciendo un convenio regulador que las hijas del matrimonio tendrán su domicilio familiar en una vivienda privativa del padre mientras no sean independientes patrimonialmente, se está atribuyendo el uso de la vivienda familiar, y, por tanto, tal atribución debe inscribirse en el Registro.2. Como ha dicho anteriormente este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones citadas en el «Vistos»), el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como son la duración del mismo —que puede ser variable—, así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. Como ocurre frecuentemente con los derechos de tipo familiar, una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusi-

vamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho.3. En el presente supuesto se plantea la duda de si lo que se está constituyendo es el derecho de uso de la vivienda familiar tipificado legalmente, o una simple declaración de intenciones o una obligación sin repercusión frente a terceros. No es determinante para decidir una cosa u otra la afirmación que hace el Registrador de que existe una condición resolutoria (el matrimonio del cónyuge o su vida marital) que no está precisada, pues el derecho de que se trata puede ser de contenido variable y ser revisado judicialmente. Sin embargo, la duda en cuanto a los efectos que de tal «derecho» se derivarán, así como el hecho de no atribuirse al cónyuge, que es el verdadero titular del derecho de uso configurado por el Código Civil, inclinan a concluir que no se constituye un derecho al uso de la vivienda como el legalmente tipificado e inscribible en el Registro.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto.

SUCESIONES

Validez y eficacia del Certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad obtenido por el Notario por vía telemática aunque en éste no se consignen, debido a las características de la aplicación, la firma y sello del organismo emisor.

RESOLUCIÓN DE 17 DE JULIO DE 2009

Se realiza una partición hereditaria por los albaceas contadores-partidores nombrados por el causante, a la que concurren los hijos pero no su cónyuge. En dicha participación hereditaria se realizan, en lo que aquí interesa, adjudicaciones en los bienes relictos distintas a las ordenadas por el testador.

El Registrador deniega la inscripción en cuanto un bien que debería haber sido adjudicado, según el título sucesorio, en usufructo al cónyuge, –junto a otros bienes, en pago de legado del tercio de libre disposición además de sus derechos legitimarios– y en nuda propiedad a una hija, se adjudica en la escritura calificada, en pleno dominio a la hija, alegando inoficiosidad de la adjudicación derivada de la valoración de los bienes relictos y de los créditos y deudas inventariados.

El tema se centra, pues, en las facultades que posee el contador-partidor en orden a la adjudicación de los bienes relictos. Estas facultades se concretan, como indica su denominación, a partir y adjudicar, conforme al título superior de la sucesión que es el testamento, del que traen causa sus facultades.

Además, el Reglamento Hipotecario permite la inscripción de la partición así realizada cuando no resulte del título particional exlimitación de sus facultades. Y ello aunque no conste la aceptación de los interesados en la sucesión, lo que debe entenderse sin perjuicio, claro está, de las acciones que posteriormente puedan ser interpuestas.

Por ello, salvo cuando la ley quiere atribuirle una función especial, como ocurre en la delegación de la facultad de mejorar; en la entrega de legados que consistan en una cosa específica y determinada, o en la distribución de la herencia entre determinados colectivos sin existir legitimarios (artículo 747 del Código Civil), las facultades del partidor, que pueden ser instrumentales a la sucesión –por ejemplo, en orden a la constitución de propiedades horizontales o servidumbres, pero no en el ejercicio de la acción de división cuando el

causante tiene una cuota indivisa con un tercero–, no pueden traspasar las barreras de lo estrictamente particional.

Como ya estableció la Resolución de 20 de septiembre de 2003, las facultades del contador-partidor no han de rebasar la esfera interna de velar por el cumplimiento del testamento, entregar legados –si estuviera especialmente facultado– y partir el caudal relicto entre los interesados.

En el presente caso se estima inoficioso el legado tras la formación de activo y pasivo, operación que supone la integración del caudal de los créditos de que, a juicio del albacea, es titular el difunto frente al legatario o los son los legitimarios frente a la masa hereditaria, mas es indudable que dicha formación de inventario, ha de contar con el consentimiento del cónyuge, ya no sólo porque su régimen legal sea el de gananciales sino porque se realiza declaración de inoficiosidad sin contar con los interesados en la misma con el resultado de adjudicaciones diversas a las ordenadas. No es indiferente, además, el tiempo transcurrido desde que se celebró el matrimonio pues puede que existan bienes o cargas de esta naturaleza y especialmente créditos y deudas entre los distintos patrimonios privativos y gananciales originados por su anterior convivencia no matrimonial que deban ser consignados.

Por tanto, no corresponde al contador decidir acerca de la inoficiosidad sin concurrencia de los interesados, entre los que sin duda se encuentra el cónyuge viudo y en orden a la homogeneidad de los bienes, como dijera la Resolución de 16 de septiembre de 2008, debe partirse de la naturaleza de los mismos, siendo posible la adjudicación de los indivisibles, por el procedimiento de compensar a los demás interesados, supuesto muy distinto del que analiza la presente resolución.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, en los términos que anteceden.

Revista de Derecho de

familia

SECCIÓN PRÁCTICA

Cambio de custodia sustentado únicamente en el deseo del hijo

Con cierta frecuencia nos encontramos con demandas de modificación de medidas instadas por el progenitor no custodio en las que se solicita el cambio de custodia constituyendo la base de estas demandas el irrefrenable deseo del hijo de dejar de convivir con el progenitor que hasta ahora venía haciéndolo y trasladarse al domicilio del otro.

¿Cómo debe abordarse esta cuestión? En este tipo de peticiones de cambio de custodia debe partirse de la edad del menor, si se considera que tiene suficiente juicio, debe ser oído por el tribunal a fin de conocer de primera mano los motivos que le impulsan al cambio de custodia. Desde otro punto de vista deberá analizarse la situación del progenitor no custodio, ya que es presupuesto imprescindible del cambio que éste reúna los requisitos necesarios para ostentar la custodia. Con base en todos los anteriores elementos de prueba, el tribunal deberá decidir si el cambio es beneficioso o no para el menor.

1. La edad del menor

Lo primero que habrá de tenerse en cuenta en estos casos es la edad del menor, ya que cada etapa evolutiva dentro de la minoría de edad tiene sus peculiaridades; pese a ello, los estadios o lapsos durante los que discurre la minoría de edad, no están perfectamente delimitados en nuestro ordenamiento jurídico. Sin duda, el menor es titular de derechos y obligaciones y, como señala la STC de 29 de mayo de 2000, los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales;

sin embargo, uno de los mayores problemas técnicos con los que el menor se encuentra, reside en la extrema dificultad que supone graduar su capacidad para realizar actos por sí mismo. Hoy en día, con la realidad cambiante de los tiempos que nos ha tocado vivir, los menores, a partir de los trece o catorce años —y, en algunos casos, antes—, gozan cada vez más de una mayor autonomía en los actos que realizan y las leyes de protección jurídica del menor apuestan decididamente por promover esta autonomía en la decisión de los actos que les afecten.

Los tribunales suelen tener muy presente que, cuanto más se acerca el hijo a la mayoría de edad, más difícil es imponerle una convivencia no deseada, y por tanto suelen ser sensibles a estas peticiones de cambio cuando el menor tiene más de dieciséis años. Un ejemplo de esta dirección jurisprudencial es la Sentencia de la Sec. 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba de 8 de enero de 2008 en la que se razonaba lo siguiente: «La hija mayor cuenta ya con diecisiete años y por esta razón absurdo sería, estando próxima la mayoría de edad, adoptar una decisión en contra del deseo expresado de convivir con su padre, máxime cuando esa decisión se apoya en datos concretos que ponen de relieve la atención del padre sobre ella, como son la preocupación de éste por su formación académica, asistiendo a las tutorías o llevándola al colegio, y por que tenga una alimentación regular, en contra de la crítica que expresó en tal sentido contra su madre». No obstante, pueden existir resoluciones, como la Sentencia de la Audiencia

Provincial de Málaga, Sec. 6.^a, de 13 de febrero de 2009 que acordó el cambio de custodia de un menor de 11 años, el cual según indicaba la sentencia tenía «capacidad intelectual y volutiva más que suficiente, y en la exploración judicial que le fue practicada, manifestó de forma clara y contundente su voluntad inequívoca de vivir en compañía de su padre, con el que, afirma, se siente más tranquilo y menos asustado».

2. Derecho del menor a ser oído

Como normativa a tener en cuenta en esta materia, cuyos principios serán plasmados *a posteriori* en las legislaciones de los diferentes Estados, nos encontramos con la Convención de Derechos del Niño de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre 1990, que en su artículo 12 establece: «Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez». Asimismo, la Convención de Estrasburgo de 1996 prevé en su artículo 6 la necesidad para la autoridad judicial, cuando el menor disponga de una formación suficiente, antes de adoptar cualquier decisión en el procedimiento que le interese, de consultarle directamente o por mediación de otras personas u organismo, permitiéndole expresar su opinión y teniéndola debidamente en cuenta. También el derecho del menor a ser oído es un derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Como anticipábamos, todos estos principios han sido recogidos en la ley estatal de protección jurídica del menor (LO 1/1996, de 15 de enero), que establece un derecho general del menor a ser oído.

Evidentemente, que el menor deba ser oído no significa que sea su voluntad la que deba de imponerse —delegando en él la toma

de decisiones—, sobre todo en un ámbito como es en el que nos encontramos —la crisis matrimonial de sus progenitores—, donde confluyen tantos factores; pero sí que aquella habrá de ser considerada y, al menos, siempre conocida.

3. Análisis del motivo esgrimido por el menor para preferir la convivencia con el otro progenitor

¿Qué impulsa al menor a preferir la custodia del otro progenitor? Las razones pueden ser múltiples, y pueden ir desde una mala relación con el progenitor custodio o con su nueva pareja, hasta situaciones de abandono emocional o rigidez en el sistema educativo. En muchos casos el cambio de custodia no responde a un ejercicio inadecuado o equivocado de las funciones tuitivas por parte del progenitor custodio, ya que el derecho del menor a ser oído no se funda en ningún incumplimiento sino que constituye un derecho del menor con arreglo a su capacidad de decisión.

Hay que reconocer que, sobre todo en la etapa de la adolescencia, puede existir un continuo enfrentamiento entre el progenitor custodio y el hijo que supera los límites ordinarios de la convivencia, ya que éste tiene la desagradable obligación de poner el freno a las ansias de libertad y autosuficiencia que muestran los hijos en esta fase de su vida, y que posiblemente contrarreste con el ánimo comprensivo del progenitor no custodio que sólo ve al menor en los fines de semana y vacaciones. Un cambio de custodia en estas condiciones sólo serviría para invertir los papeles de los progenitores y, posiblemente, todo retornaría a la misma situación de rechazo del hijo frente al progenitor que coarta su libertad.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 7 de julio de 2008 se indicaba que «la circunstancia desencadenante de la petición del cambio de medi-

das, ha sido que el niño se presentó en casa del padre afirmando que la madre le había echado de casa ..., lo cual, aunque fuera cierto, exigía que el padre, en vez de seguir fielmente, lo que le expone su hijo, hubiera comprobado la verdad del comportamiento materno y haber desplegado su autoridad paterna para que el hijo normalizase sus relaciones con la madre, pues de lo contrario se propiciaba una rotura de la relación del hijo con la madre, con la desaparición de la figura de ésta, cuando debió evitarse con esfuerzo para restaurarla si es que se había deteriorado, dado la singular importancia que tiene para el hijo que continúe con las atenciones maternas, que de desaparecer, por un simple capricho, enfado o mal entendimiento, el menoscabo en la educación afectiva-emocional del menor sería de lamentar con el transcurso del tiempo».

4. Deseo y capacidad del progenitor no custodio para asumir la custodia

Para que se produzca el cambio de custodia no basta con el deseo del hijo, sino que también será necesario que las circunstancias que rodean al progenitor no custodio sean idóneas y adecuadas para cubrir las necesidades del menor. Si cuando se atribuyó la custodia se indicó que ambos progenitores se encontraban en un plano de igualdad para asumirla, parece que si se mantienen las mismas circunstancias, pocos obstáculos encontrará la decisión sobre el cambio de la custodia. Sin embargo, si en la anterior resolución se puso de manifiesto algún tipo de impedimento para su atribución, habrá que acreditar en el procedimiento actual que aquel inconveniente ha desaparecido.

5. Valoración por el tribunal que el cambio de custodia es beneficioso para el menor

Este requisito es básico, ya que por mucho que el menor quiera trasladarse a convivir permanentemente con el progenitor no cus-

todio y que éste muestre plena disposición para ello e incluso que sus circunstancias permitan dicho cambio, si el tribunal no considera que el cambio va en beneficio del hijo, la petición será desestimada.

En el caso analizado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 12.^a, de 7 de julio de 2009 existían tres menores, dos chicas de dieciséis y diez años, y un chico de quince, siendo este último quien quería dejar de convivir con la madre custodia y marcharse con el padre. La sentencia reconoció que no bastaba con el deseo del menor, pues «en principio, esta opinión del menor no tendría por qué ser más que un dato relevante a tener en cuenta. Miguel es un niño de quince años. Por maduro que parezca, no tiene todavía formado un criterio bastante para distinguir o para comprender una situación como la que le ha tocado vivir —la crisis matrimonial de sus padres—, una separación dura y muy conflictiva, en la que los menores en muchas ocasiones han sido, protagonistas; sin embargo, lo que a este Tribunal le ha llevado, como después veremos, a tomar una decisión tan difícil, ha sido, entre otras razones, las manifestaciones de su hermana María. Así, María ha relatado que «con Miquel ahora se ve más, y siempre se han querido mucho, aunque discutían lo normal entre hermanos. Ella quiere que Miguel viva donde prefiera. Van a seguir relacionándose y queriéndose igual. María es un año mayor que Miguel, y de la exploración llevada a cabo en la alzada no se deduce que esta adolescente haya optado —como se ha asegurado en el escrito presentado por el padre en julio de 2008— por cambiar su actual domicilio —en el que convive con su madre y sus hermanos— por el domicilio paterno». Pero finalmente accedió al cambio de custodia con el siguiente argumento: «Es lógico que ambos hermanos hayan hablado en muchas ocasiones de esta cuestión. También es lógico pensar que María habrá intentado persuadir a Miguel para que se quede con ella, con su hermana pequeña y con

su madre; al parecer, no lo ha conseguido. Es decir, María ha renunciado a vivir con su hermano porque respeta lo que éste ha decidido, que no es otra cosa que volver a convivir con su padre, como lo había hecho con ocasión del Auto dictado en Medidas Provisionales. Por ello, habida cuenta de la firmeza de la voluntad de Miguel en convivir con su padre, mantenida durante tanto tiempo, unido ello a las consideraciones y conclusiones llevadas a cabo por los médicos forenses, absolutamente vigentes en el momento actual, por cuanto el menor, pese a haber convivido durante el último año con su madre y sus hermanas no ha cejado en su decisión inicial, nos vemos en la tesitura de –en interés del menor– tener que estimar este motivo del recurso del padre, en el sentido de que le sea atribuida a él la guarda y custodia de su hijo menor, Miguel».

En cambio en la Sentencia de la Sec. 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de junio de 2008, no se accedió al cambio de custodia que se pedía para que la custodia pasase a la madre cuando según el convenio regulador del divorcio se atribuyó al padre. En el informe que se practicó en el procedimiento «se valora en forma positiva la actuación del padre hacia sus hijos, si bien indica la conveniencia de reducir la rigidez respecto a determinadas temáticas para así fomentar la autorresponsabilidad de los menores. Se indica en el informe que el posicionamiento de la madre es inadecuado y contraproducente para el bienestar de sus hijos, al no entender la repercusión de sus actuaciones en cuanto a los mismos». La desestimación de la demanda de cambio de custodia se basó en los siguientes argumentos: «La madre se mueve dentro de su propia realidad sin que la misma sea adecuada a las necesidades de sus hijos. La voluntad de la

hija Tania, de 13 años de edad, de convivir con la madre, es valorada en el informe psicológico como una necesidad de presencia y de actuación de la figura materna, que no siempre ha sabido desarrollar el papel que le correspondía. La figura materna es idealizada por Tania en el momento actual, como redentora de todos los males. Se informa de la falta de madurez y de fundamentación del posicionamiento de Tania, respondiendo a una idealización de la madre, además de obtener con el cambio de la guarda y custodia una relación madre-hija sin límites, sin normas, sin deberes, frente a la rigidez de la conducta paterna. En tal informe se valora negativamente el cambio de guarda y custodia en favor de la madre, e incluso la ampliación del régimen de visitas que rige en la actualidad, pues los posicionamientos de la madre son contraproducentes para los menores. En cuanto al otro hijo del matrimonio, Jonathan, de la exploración judicial y del informe del Equipo de Asesoramiento Técnico, se deduce la falta de criterio, a sus 10 años de edad, para desear el cambio de la guarda y custodia. Finalmente es de indicar que la psicóloga Sr. María José, en el informe que obra documentado en las actuaciones, señala que al desarrollo de las sesiones llevadas a cabo con los menores, ha permitido una estabilización de los mismos, que se ha visto alterada por los conflictos judiciales y la nueva voluntad de Tania de convivir con su madre. En la exploración de los menores, llevada a cabo en la pieza de medidas, se deduce que la voluntad de Tania de residir con su madre, era fruto de un capricho de la adolescencia que comenzaba a vivir, según expresa el órgano judicial de la primera instancia, que la practicó, respondiendo a una idealización de la madre, sin un posicionamiento maduro y fundamentado».

Casos prácticos

I CUESTIONES PROCESALES

Se ha presentado una solicitud de medidas provisionales previas, y el Juzgado la ha inadmitido por medio de un auto en el que se hace constar que no existe urgencia en el caso para la adopción de las medidas. ¿Es procesalmente correcta esta decisión?

Entendemos que no, ya que la redacción dada por el legislador tanto al artículo 771 de la LEC como al artículo 104 del CC no exige tal acreditación de un estado de necesidad o urgencia como requisito para la admisión a trámite de la petición. El primero de estos preceptos, ante la presentación del escrito de solicitud, simplemente obliga al juez a citar a las partes a una comparecencia en los diez días siguientes. La única referencia que se hace a la apreciación de un estado de necesidad o urgencia es para posibilitar al juez la adopción de algún tipo de medida sin necesidad de dar audiencia a la otra parte.

Por lo tanto, con independencia de que exista urgencia o no en la adopción de las medidas, toda solicitud de medidas previas ha de ser admitida a trámite, con convocatoria a las partes a una comparecencia en la cual podrán alegar y probar lo que estimen pertinente, siendo ése el momento en que el juez podrá valorar si las medidas adoptadas son necesarias o pueden esperar a su determinación en el procedimiento principal de separación, nulidad o divorcio.

2 GUARDA Y CUSTODIA

En atención al sistema educativo permisivo de la madre, el padre presentó una demanda de modificación de medidas solicitando el cambio de custodia. Si el menor cuenta con catorce años y la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia ha atribuido la custodia al padre, la manifestación del hijo de que quiere continuar conviviendo con la madre ¿es causa para que se estime el recurso de apelación y se mantenga la custodia materna?

Aunque cuando los hijos están próximos a alcanzar la mayoría de edad su opinión adquiere mayor peso en el momento de decidir tanto la atribución de la custodia como el régimen de visitas, cuando el menor tiene catorce años nos encontramos en el límite entre el hijo menor y ese joven que muestra con cierta coherencia sus preferencias de convivencia. Como en el caso que se analiza, el cambio de custodia ha sido adoptado por la decisión del tribunal de optar por una educación menos permisiva y con ciertas limitaciones en los hábitos cotidianos del menor, su opinión no puede considerarse como decisiva, pues no puede confundirse el deseo del hijo con lo que resulta mejor y más conveniente para él.

3 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Con ocasión de realizarse el viaje de novios, la esposa compró moneda extranjera (1.600 euros) con cargo a su cuenta privativa. En la liquidación de la sociedad de gananciales pretende incluir en el pasivo de la sociedad un crédito a su favor por dicho importe. ¿Puede accederse a esta petición?

La jurisprudencia ha considerado que este gasto de carácter suntuario fue asumido voluntariamente por la esposa por un acto de mera liberalidad en favor de su esposo, que la deslegitima para su reclamación al ir contra su propio y voluntario actuar.

4 CUESTIONES PROCESALES

El Juzgado de Primera Instancia fijó una pensión alimenticia consistente en el 15% de los ingresos del padre, y tras interponer el correspondiente recurso de apelación, la Audiencia Provincial ha dictado una sentencia fijando una pensión de 280 euros. ¿Se ha vulnerado el principio de la *reformatio in peius*?

El principio de *reformatio in peius* significa la prohibición de dictar contra el apelante, siendo único, un pronunciamiento que le sea más perjudicial que el contenido en la sentencia apelada, por ello resultan ineludibles la certeza y seguridad de que de la comparación entre los respectivos fallos de las sentencias se desprenda de manera inequívoca una situación agravada en la condena primeramente impuesta. Para que se entienda vulnerado este principio procesal será necesario que el padre acredite que el 15% de sus ingresos es inferior a los 280 euros de pensión alimen-

ticia fijada en la sentencia de la Audiencia Provincial, por lo que en abstracto no puede presumirse aquella vulneración.

5 PENSIÓN ALIMENTICIA

En el convenio regulador de la separación no se fijó pensión compensatoria a favor de la esposa. ¿Es causa de aumento de la pensión alimenticia de los hijos que la madre haya comenzado a trabajar por cuenta propia tras la separación?

No cabe duda que la obligación alimenticia de los padres frente a los hijos es atribuible a ambos. Sin embargo, en el caso que se plantea hay que tener en cuenta que la circunstancia de no fijar pensión compensatoria en el convenio regulador hacía presumir que la ex esposa percibía algún tipo de ingresos. Por tanto, en este caso, resulta intrascendente que ésta haya comenzado a trabajar, pues no se ha acreditado que el ex esposo haya reducido sus ingresos.

6 CUESTIONES PROCESALES

Los profesionales que representaban y asistían a la ex esposa habían renunciado en varias ocasiones a lo largo del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales. Tras la última renuncia, se dictó una providencia teniendo por comunicado el cese pero manteniendo la fecha de la comparecencia, a la que incluso asistió personalmente la propia demandada, celebrándose aquélla teniéndola por incomparecida al no asistir con abogado y procurador. ¿Existe causa para declarar la nulidad de actuaciones?

En ningún momento. Teniendo conocimiento la parte demandada de la solicitud de renuncia de los profesionales que la asistían y representaban con tiempo suficiente para designar unos nuevos, la alegada indefensión de la demandada sólo a ella le es imputable y, por tanto, la continuación del procedimiento teniéndola por incomparecida es plenamente ajustada a derecho.

7 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En la sentencia que pone fin a la liquidación de la sociedad de gananciales se incluyen las actualizaciones de aquellas partidas del pasivo que conforman los créditos de la esposa frente a la sociedad. El ex esposo recurre la sentencia al entender que existe una incongruencia *extra petita* pues dicha actualización no se solicitó por su ex esposa en su escrito de formación de inventario ni de liquidación. ¿Puede estimarse esta pretensión?

No. La actualización de los créditos está prevista en el artículo 1398 del Código Civil, en relación también con lo establecido en el artículo 1358 del Código Civil, por lo que en base a lo dispuesto en estos preceptos no se puede tachar de incongruente la sentencia.

8 PENSIÓN COMPENSATORIA

En el procedimiento de divorcio solicita la ex esposa el aumento de la pensión compensatoria alegando que con posterioridad a dictarse la sentencia de separación ha tenido conocimiento de que su esposo heredó una importante cantidad de dinero antes de firmar el convenio regulador y que esta circunstancia le fue

ocultada. ¿Puede prosperar la pretensión de la ex esposa?

Entendemos que no, puesto que a pesar de que se acredite que la ex esposa no tenía conocimiento de este dato, el incremento patrimonial del ex esposo por vía de herencia producido escasos meses antes de la separación matrimonial no puede tener incidencia en la fijación de la pensión compensatoria.

9 PENSIÓN ALIMENTICIA

¿La reducción de ingresos del padre de 1.200 a 1.000 euros sería motivo para solicitar una disminución de la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos?

La jurisprudencia no viene considerando una modificación sustancial de circunstancias esta reducción de sueldo. Además, para tener cierta eficacia sería necesaria que se consolidase en el tiempo, es decir, que esta reducción debería prolongarse durante algunos años, dado que la oscilación que por cuestiones puntuales pueda sufrir el sueldo del padre en un determinado momento no implica que el próximo año se mantenga en la misma cuantía.

10 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Antes de contraerse el matrimonio, la esposa era titular de una cuenta bancaria en la que existía un saldo de 12.386 euros. Después del matrimonio ambos cónyuges abrieron una cuenta común y se hizo un traspaso de aquella cantidad a la cuenta privativa. Tras la crisis de pareja y la consiguiente disolución de la sociedad de gananciales, la esposa pretende que

se incluya en el pasivo un crédito a su favor por el importe actualizado de aquella cantidad, pero el esposo se opone a ello alegando la aplicación de la teoría de los actos propios. ¿Procede o no la inclusión de la partida de pasivo?

Indudablemente, acreditado que el dinero era privativo, debe aplicarse lo establecido en el artículo 1346.1 del CC, no concurriendo el supuesto previsto en el artículo 1355 del CC, ni siendo de aplicación lo establecido en los artículos 1323 y 1341 del mismo cuerpo legal, pues dicho ingreso en la cuenta ganancial no implica que se transmitiera por donación o por otro título la mitad del saldo al otro cotitular, no siendo de aplicación la doctrina de los actos propios, pues el hecho de que se ingresara en la cuenta ganancial no implica necesariamente que la esposa renunciara al carácter privativo de dicha cantidad de dinero. Por tanto habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1364 del CC en el sentido de que «el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean a cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común».

II EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Si la sentencia sólo fija una pensión alimenticia sin hacer la más mínima referencia a la fecha desde la que procede su abono ¿puede solicitarse en una demanda de ejecución que los efectos de la sentencia se retrotraigan a la fecha de presentación de la demanda, posibilitando con ello la reclamación de las pensiones alimenticias desde aquella fecha?

El criterio jurisprudencial que se está imponiendo es partidario de no conceder efectos retroactivos automáticos a la pensión alimenticia salvo que en la sentencia se acuerde

expresamente esta circunstancia puesto que el título de ejecución (la sentencia) no puede complementarse mediante un auto dictado en el proceso de ejecución.

I2 PENSIÓN ALIMENTICIA

En la sentencia de separación se fijó una pensión alimenticia a favor de la hija de 400 euros, habiéndose trasladado ésta a realizar estudios de hostelería a una escuela sita en otra ciudad distinta a la de su residencia. Por vía de reclamación de gastos extraordinarios, la madre reclama al padre los gastos de residencia y de material. ¿Puede atenderse esta reclamación?

Al considerarse que estos gastos tienen carácter periódico debe descartarse su reclamación como gastos extraordinarios pues están incluidos dentro de las partidas de educación y formación de la pensión alimenticia ordinaria. No obstante, si la pensión fijada en su día resulta insuficiente para atender los gastos que genera la estancia de la hija en otra ciudad y los gastos de material, lo procedente será instar una demanda de modificación de medidas solicitando el aumento de la pensión alimenticia.

I3 RÉGIMEN DE VISITAS

Dadas las tensiones existentes entre ambos progenitores, el juzgado acordó que el punto de encuentro sería el lugar de recogida y entrega del menor para el cumplimiento del régimen de visitas. Como ambos progenitores no tienen su residencia en la ciudad donde se ubica aquél ¿puede solicitarse la sustitución del punto de encuentro por que se encargue

a un familiar designado de común acuerdo por las partes la recogida y entrega?

Resulta lo más razonable dado que la recogida y entrega en el punto de encuentro obligaría innecesariamente al menor y a los dos progenitores a tener que trasladarse desde su lugar de residencia a la capital, siendo más razonable que se designe de común acuerdo a un familiar o persona de confianza que se encargue de la recogida y entrega evitando de esta forma el contacto entre los progenitores.

14 CUESTIONES PROCESALES

La esposa fue declarada en rebeldía y tras la notificación de la sentencia interpuso recurso de apelación solicitando la fijación de una pensión compensatoria. ¿Puede atenderse esta petición?

No, la pensión compensatoria sólo puede solicitarse con la demanda principal o mediante demanda reconvenzional.

15 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Habiéndose otorgado la custodia de los tres hijos a la madre, en un momento determinado uno de los hijos decide marcharse a convivir con el padre. Pasado un tiempo la madre insta una demanda de ejecución reclamando el impago de la pensión alimenticia de los otros dos hijos. ¿Puede el padre oponerse a la ejecución alegando compensación de deudas al haber asumido en solitario los alimentos del hijo que se trasladó a convivir con él?

No. Por un lado, no puede olvidarse que el marco procedimental en el que nos encon-

tramos es un proceso judicial de ejecución de un título judicial en el que se impone una concreta obligación alimenticia de carácter pecuniario exclusivamente a cargo del padre sin contraprestación de la misma índole a cargo de la madre. Por otro, no resultan compensables las pensiones alimenticias debidas a cada uno de los hijos, pues éstos son distintos sujetos acreedores cada uno de ellos de su respectiva pensión alimenticia, sin perjuicio de que el progenitor custodio esté legitimado para su reclamación. Y por último porque no existe una concreción, determinación y fijación como deuda líquida, vencida y exigible de la hipotética deuda que pudiera haber surgido en la madre a favor del padre en el período indicado.

16 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En el convenio regulador de la separación los cónyuges incluyeron la liquidación de la sociedad de gananciales haciendo constar en el activo una partida consistente en el importe de las cantidades que pueda recibir el esposo derivadas de una futura prejubilación en proporción a los años de convivencia. Pasados siete años desde la separación el esposo se acoge a una jubilación anticipada y percibe de la empresa la cantidad de 184.385 euros. La ex esposa presenta demanda de ejecución reclamando la cantidad de 72.636 euros, oponiéndose el ex esposo a la ejecución alegando el carácter privativo de la indemnización, tesis que es acogida por el Juzgado. ¿Es correcto este pronunciamiento?

Desde un punto de vista meramente teórico no cabe duda que el criterio jurisprudencial dominante es que las indemnizaciones que perciben los trabajadores una vez disuelta la

sociedad de gananciales tienen enteramente carácter privativo. Ahora bien, en el presente caso no puede ignorarse que los cónyuges dieron a esta indemnización parcialmente carácter ganancial en el convenio regulador de la liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que habiéndolo sido aprobado judicialmente, el convenio incluido en la sentencia debe ejecutarse en sus propios términos. Por tanto, entendemos que la oposición del ex esposo debería haber sido desestimada y seguir adelante con la ejecución.

17 CUESTIONES PENALES

¿Puede establecerse una pensión compensatoria en el auto de la orden de protección del artículo 544 de la LECrim?

Entendemos que no, pues dado su contenido, desde el punto de vista civil está limitado a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

18 UNIONES DE HECHO

La madre interpone una demanda para la regulación de las relaciones paterno-filiales solicitando la regulación de la custodia, régimen de visitas y fijación de una pensión alimenticia a favor del hijo. Igualmente solicita que se acuerde por el Juzgado que los préstamos (hipoteca y otros préstamos personales solicitados conjuntamente por ambos convivientes) se abonen al 50%. ¿Puede atenderse a esta última petición?

No. Habida cuenta que nos encontramos ante un procedimiento de regulación de medidas paterno-filiales, y las cuestiones relativas al patrimonio de los integrantes de la pareja de hecho debe dilucidarse en otro procedimiento distinto.

19 PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Habiéndose declarado el desamparo de una menor, el padre se opone a dicha resolución administrativa e interesa que se deje sin efecto dado que la causa que motivó el desamparo es únicamente achacable a la madre que tiene problemas psíquicos. ¿Puede atenderse esta causa de oposición?

Todo depende de si el padre convive o no con la madre de la menor, dado que si existe convivencia entre ellos seguirá persistiendo la situación de riesgo para aquélla. Si los padres no conviven juntos, en principio, acreditando el padre que no existe ningún obstáculo para el ejercicio de la patria potestad y que la madre no tendrá libre acceso a su vivienda, deberá dejarse sin efecto la declaración de desamparo.

20 CUESTIONES PENALES

Habiéndose fijado un régimen de visitas en el que la recogida y entrega debe efectuarse en el punto de encuentro, con unos días de antelación a uno de los viernes fijados para que el menor lo pasase con su padre, la madre comunicó al citado centro que no asistiría por coincidir el día con una actividad extraescolar del hijo. ¿Tiene esta conducta algún tipo de sanción penal?

Muchas Audiencias Provinciales están inculcando esta forma de actuar de la madre en la falta prevista en el artículo 618.2 del Código Penal, según el cual «El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días».

21 PENSIÓN ALIMENTICIA

Por motivo de un cambio de trabajo, el sueldo del padre se ha incrementado de forma importante y la madre ha presentado una demanda de modificación de medidas solicitando que se aumente la cuantía de la pensión alimenticia de la hija de forma importante. ¿Qué criterios debe regir la fijación de la nueva pensión?

Es obvio que el importante aumento de los ingresos del padre se considera como un cambio sustancial de circunstancias. Ahora bien, no se trata de que la hija participe de forma proporcional de las ganancias del padre, sino de establecer una cantidad que tenga en cuenta tanto la capacidad económica del padre como las necesidades de la hija en función del estatus social de los padres. Precisamente por ello, lo determinante será cuantificar las necesidades ordinarias de la hija, y si no se acreditan gastos ordinarios de entidad importante, la cuantía de la pensión se incrementará pero no de forma desorbitada. Por ejemplo, la jurisprudencia considera que teniendo la hija cubiertas las necesidades de alojamiento y de colegio, una pensión de 2.000 euros mensuales, por mucho que el padre perciba anualmente más de 100.000

euros, es realmente excesiva, siendo más lógica una pensión de 900 euros.

22 CUESTIONES PENALES

Ante el impago de las pensiones fijadas en la sentencia de separación, la ex esposa interpuso una denuncia penal que, tras la oportuna tramitación, finalizó con una sentencia condenando al esposo por un delito de abandono de familia en la que además se fijaba la responsabilidad civil determinándose la cuantía que debía el condenado abonar a su ex esposa. Como en la denuncia se hacía constar que el ex esposo llevaba seis años sin abonar la pensión, éste apeló la sentencia solicitando que si finalmente resultaba condenado la responsabilidad civil sólo podría concretarse en las pensiones de los últimos cinco años ya que el resto estaban prescritas. ¿Puede prosperar esta tesis?

Aunque realmente se trata de un caso dudoso muchos tribunales se inclinan por no aplicar la prescripción en los procedimientos penales, y para ello se basan en que a los efectos de la determinación de la responsabilidad civil dispone el artículo 227.3 del Código Penal que «la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas», con lo que parece sugerirse la inoperancia en estos casos de la prescripción prevista en el artículo 1966 del Código Civil. Tampoco puede ser aplicado el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referido a la prescripción de acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones declaradas en sentencia. Además no sería posible otorgar un tratamiento individualizado a la acción civil, ya que ésta no se ha ejercitado separadamente de la penal sino que deriva de esta última y comprende la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por el delito

o falta, en los términos previstos en las leyes, conforme al artículo 109 del Código Penal, remitiéndonos en este caso al artículo 227.3.º del mismo Código, sin olvidar que nos hallamos ante un delito permanente.

23 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En la sentencia de separación se acordó que el esposo hiciese frente al pago de las cuotas del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar propiedad en pro indiviso de ambos cónyuges que se encontraban casados en régimen de separación de bienes. Finalizado el pago total del inmueble, ¿puede el esposo interponer una demanda de reclamación de cantidad contra la esposa reclamando la mitad de lo abonado?

En efecto, deberá ejercitar la acción prevista en el artículo 1158 del CC («El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad»). No existe ningún obstáculo porque el pago se haya realizado en cumplimiento de una sentencia judicial puesto que ésta únicamente estableció una obligación de anticipo para afrontar las necesidades inmediatas de la familia en un momento dado en que había falta de liquidez, sin embargo esos pagos deben entenderse a cuenta de la liquidación final. Si el dominio del inmueble está dividido en partes iguales, esa liquidación debe hacerse de modo que la cantidad definitivamente pagada por cada uno sea la misma, pues de otro modo resultaría que el esposo habría abonado una cantidad superior al porcentaje de titularidad que le corresponde sobre la vivienda.

Revista de Derecho de

familia

TRIBUNA ABIERTA

FAMILIA, EDUCACIÓN Y FUTURO

FERNANDO SANTOS URBANEJA

FISCAL DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA. COORDINADOR DEL FORO ANDALUZ DEL BIENESTAR MENTAL

Sumario

INTRODUCCIÓN

I. ¿CÓMO ES NUESTRA SOCIEDAD?

- I.1. Son predominantemente urbanas**
- I.2. Muy eficientes en la creación de riqueza material**
- I.3. Incorporación al mundo laboral de los miembros adultos de la familia**
- I.4. Sociedades democráticas, permisivas y tolerantes**
- I.5. Pluralidad de modelos de convivencia**
- I.6. Sociedades intelectualmente pobres**
- I.7. Se vive de espaldas a Dios**

II. ¿CÓMO SON LAS PERSONAS QUE VIVEN EN ESTAS SOCIEDADES?

- II.1. Presentan una clara tendencia al individualismo**
- II.2. Desde el punto de vista ideológico se impone el relativismo**

III. CONSECUENCIAS

- III.1. Obtención de grandes cotas de libertad, autonomía y realización personal**
- III.2. Gran fragilidad**

IV. EL PAPEL DE LA FAMILIA

V. LAS RECETAS DE LOS SABIOS

V.1. Primera: Educar en la realidad

A) Adicciones a sustancias.

A) EL HACHÍS. B) EL ALCOHOL. C) LOS TRANQUILIZANTES.

B) Adicciones a conductas.

A) AL TRABAJO. B) A INTERNET.

C) Las patologías inventadas.

V.2. Segunda: Hay que controlar los miedos

V.3. Tercera: Vivir es también renunciar

A) Hay cosas que no nos gustan que se pueden y se deben cambiar. B) Hay cosas que no nos gustan que hay que aceptar y respetar.

V.4. Cuarta: Vivir también es aplazar

V.5. Quinta: Educar en valores

V.6. Sexta: Educar en la autonomía, el autocontrol y la responsabilidad

A) La autonomía. B) El autocontrol. C) Responsabilidad.

V.7. Séptima: Un poco de humildad

V.8. Octava: Un poco de austeridad – el valor de las cosas pequeñas

V.9. Novena: Compartir

V.10. Décima: Tener modelos de grandeza

VI. HACE FALTA UN CAMBIO DE RUMBO HACIA LA RE-EDUCACIÓN Y REHUMANIZACIÓN

VII. LA AUTORIDAD DE LOS PADRES

VIII. LA AUTORIDAD DE LOS MAESTROS

IX. QUÉ SIGNIFICA SER BUENO

X. EN QUÉ CONSISTE LA FELICIDAD

INTRODUCCIÓN

Siempre que se me pide que hable de un tema, tiendo a hablar de lo mismo; Más pronto que tarde hablo de la vida, de la que les correspondió afrontar a los que nos precedieron y de la que nos ha tocado a nosotros vivir.

Cuando se examina la Historia se tiene la impresión de que, en todo tiempo y lugar, los hombres y mujeres han sentido que les tocó vivir la época más amarga, atormentada o aberrante.

Es verdad que los problemas presentes parecen los más graves pero seguramente no lo son.

En mi caso, parafraseando a mi paisano Jorge MANRIQUE (esta vez para desmentirle), tengo la impresión de que «cualquiera tiempo pasado (no) fue mejor».

Quizás sea por mi temperamento optimista, pero, al tiempo que advierto graves problemas en nuestra sociedad actual, percibo grandes logros y oportunidades. En definitiva, que veo «luces y sombras» y atisbo un camino, si bien de realización muy incierta, para que las luces puedan ganar terreno a las sombras.

El tema que tengo que desarrollar, «Familia, Educación y Futuro», se presta muy bien a este debate sobre la vida, pues en una familia nacemos y nos hacemos hasta alcanzar el grado de madurez preciso para afrontar la vida con autonomía.

Resulta muy procedente por ello hacer un análisis sobre su salud, sus retos, sus miedos, sus esperanzas; sobre su función en la educación de los futuros protagonistas de la sociedad.

Antes de entrar en los detalles es bueno que tomemos un poco de perspectiva y nos preguntemos:

- ¿Cómo es nuestra sociedad?
- ¿Cómo son las personas que la forman?

I. ¿CÓMO ES NUESTRA SOCIEDAD?

Las sociedades occidentales, a la que la nuestra pertenece, se encuentran instaladas en lo que se ha dado en denominar «posmodernidad» y caminan apresuradamente hacia la «ultra-modernidad» en un constante proceso de aceleración «histórica» que bien puede tacharse también de aceleración «histérica».

Los rasgos más llamativos de estas sociedades son los siguientes:

I.1. Son predominantemente urbanas

Hace unos meses nos anunciaron que ya más de la mitad de la población mundial vive en ciudades.

La vida en los grandes núcleos de población es exigente y compleja, hasta el punto de que una persona que acuda desde el medio rural se encontrará al principio sobrepasada y, en buena parte, incapacitada para desenvolverse en ellos.

Hace un par de años viví en Córdoba una experiencia que me hizo pensar.

Para ir a trabajar tengo que cruzar una amplia avenida. Existe un semáforo que mantenía generosamente en verde el tiempo para el paso para los peatones, de modo que todos cruzábamos con comodidad y nos sobraba tiempo.

Un día empezamos a notar que al final del recorrido nos sorprendía el rojo y comenzamos a animar el paso. Al poco tiempo sólo podíamos pasar a la semi-carrera. Una persona mayor a la que conozco, me comentó que se había buscado una ruta alternativa, más larga pero más segura, pues le resultaba imposible llegar a la otra orilla en el tiempo previsto. Sólo los atletas conseguían llegar en tiempo.

Pasados unos meses nos devolvieron algunos segundos «al verde» y ahora cruzamos algo más aliviados aunque la comodidad inicial la damos definitivamente por perdida.

Mi reflexión era caer en la cuenta de lo fácil que resulta alterar el ritmo de una ciudad y provocar tensión e incluso ansiedad en algunas personas. Basta con quitar unos segundos al verde de los semáforos.

Pues eso es lo que ha pasado en nuestras sociedades occidentales: que le han quitado muchos segundos al verde y cada vez andamos más alocados y estresados. Muchos estaríamos dispuestos a recobrarlos.

Por lo demás, el avisado lector habrá caído en la cuenta de que el tiempo que nos quitaron a los peatones se lo dieron a los coches.

I.2. Muy eficientes en la creación de riqueza material

Estas sociedades han alcanzado un gran desarrollo tecnológico y económico. Las cifras macroeconómicas que nos ofrecen son apabullantes pero al propio tiempo se detecta en ellas un «pavorosa debilidad espiritual».

Por otro lado, aun en lo material, son gigantes con pies de barro pues cualquier acontecimiento puede provocar un ciclo adverso con vertiginosas caídas en cadena de esos índices económicos que parecían tan robustos el mes pasado.

I.3. Incorporación al mundo laboral de los miembros adultos de la familia

En España no tanto de los hijos como de los padres.

Hemos vivido especialmente lo que se ha dado en llamar «la revolución de las mujeres».

La mujer, tradicionalmente relegada al ámbito de lo privado, ha dado el salto y participa activamente en la vida pública, económica, social y cultural.

Se trata de una revolución justa, si bien no obligada, pues la mujer, lo mismo que el hombre, puede optar por permanecer en el ámbito privado por dar primacía a otras tareas según su particular sistema de valores.

No obstante, hoy no hay ningún partido político que apoye este modelo. Ser ama o amo de casa es una opción que no cuenta en la actualidad con ningún respaldo institucional. Nadie se acuerda de las amas de casa cuando se prometen ayudas o incentivos ¡con lo que han contribuido al desarrollo de nuestra sociedad!

La incorporación de la mujer al mundo laboral es el fenómeno que más ha repercutido en nuestra organización social. Durante lustros, dada la escasa adherencia de los varones a las tareas domésticas, la mujer ha venido compatibilizando el trabajo dentro y fuera del hogar, lo que en ocasiones le ha puesto al borde de la extenuación física y psíquica a lo que, frecuentemente, se añade un sentimiento de culpabilidad por no llegar a todo, por considerar que no consiguen atender bien ni la casa, ni el trabajo, ni la familia.

Al propio tiempo, resulta rarísimo atisbar este sentimiento entre los mucho más ociosos varones.

Esta situación ha dado lugar recientemente a una copiosa legislación para hacer compatible la vida laboral y familiar que por su extensión no puede ser objeto de análisis en este trabajo y cuya manifestación más visible es la Ley de las Dependencias.

I.4. Sociedades democráticas, permisivas y tolerantes

Estos calificativos son valiosos pero siempre que no se incurra en excesos.

Lo que más me preocupa es el alarmante incremento de la «amoralidad», fenómeno que se detecta en personas maduras pero que se presenta particularmente alarmante en jóvenes y adolescentes.

I.5. Pluralidad de modelos de convivencia

Junto a la familia tradicional han ido apareciendo otros modelos de modo que ya no se habla de «familia» sino de «familias».

En general, el sistema que se organizaba sobre los vínculos de sangre va dando paulatinamente cabida a los vínculos afectivos. Es lo que denomino el «salto de lo biológico a lo biográfico».

Hoy es una realidad no infrecuente que compartan vivienda y convivencia varias personas separadas o divorciadas. En otros casos el padre o la madre vive con hijos biológicos y otros acogidos. Por otro lado, están los casos de uniones de personas del mismo sexo.

I.6. Sociedades intelectualmente pobres

Al menos en el sentido de ausencia de líderes intelectuales o espirituales de gran proyección, capaces de aglutinar a toda la sociedad.

Los cristianos tenemos en el magisterio de la Iglesia una referencia y los Papas ejercen una notable influencia en la actitud y pensamiento de muchas personas pero tenemos que reconocer que amplias capas sociales quedan fuera de su radio de acción.

En lo demás impera el relativismo y escasean los intelectuales de formación sólida. Éstos apenas aparecen en los medios, sobre todo en las televisiones, las cuales, en mayor o menor medida (sálvese quien pueda), se encuentran colonizadas por «opinadores» de perfil más bien bajo.

I.7. Se vive de espaldas a Dios

La obra de Javier SÁDABA, *De Dios a la nada*, expresa bien este sentimiento.

Si se hubiese sustituido a Dios por una buena ética la cosa no estaría tan mal pero esto no ha ocurrido y la fe tradicional se ha ido diluyendo en nada, dando lugar a amplias zonas de «amoralidad» en las que «el interés propio» actúa como único principio rector.

II. ¿CÓMO SON LAS PERSONAS QUE VIVEN EN ESTAS SOCIEDADES?

II.1. Presentan una clara tendencia al individualismo

Cada vez más las personas afrontan su vida como un proyecto individual.

Se trata de personas centradas en el «yo», con esperanzas centradas en uno mismo, poco proclives a participar en proyectos colectivos. Al propio tiempo se produce una acentuada pérdida del sentimiento de «pertenencia» o éste se articula en torno a fenómenos de carácter lúdico o de evasión (club deportivo, grupo musical, etcétera).

II.2. Desde el punto de vista ideológico se impone el relativismo

Se imponen las convicciones suaves o la ausencia de convicciones (nihilismo).

Del denominado «pensamiento débil» se ha ido pasando al «no pensamiento».

El «no pensamiento» es un típico producto de la «posmodernidad»: Mucha tecnología y nada de profundidades.

El no pensamiento, en lo ideológico, siempre está a temperatura ambiente; caliente cuando hace calor y frío cuando hace frío. Como carece de perspectiva histórica se diría que estrena el mundo cada día. En general viven en el «limbo» y viven muy bien pues como no perciben los riesgos ni las consecuencias de muchos fenómenos se puede decir que ni sufren ni padecen.

Es terreno abonado para que florezca eso que se ha dado en llamar el «bonismo» (todo el mundo es bueno). Ello entronca con la teoría de ROUSSEAU de que todas las personas son buenas por naturaleza, cuyo contrapunto se encuentra en HOBBS para quien «el hombre es un lobo para el hombre».

Creo que ni una cosa ni otra.

Pienso que cada persona, cuando nace, lleva consigo el germen del bien y del mal, incluso puedo aceptar sin dificultad que algunas llegan mejoradas en alguno de estos componentes. Después, en función de la educación, la biografía y las elecciones que se vayan tomando en las distintas encrucijadas que la vida ofrece, se van alcanzando metas más o menos elevadas en el terreno de la bondad o de la maldad.

En nuestros días el mal ha conseguido camuflarse hasta hacerse invisible, pero que nadie se engañe, el mal existe. Puede ser que se presente «bajo piel de cordero». En cualquier caso, *«por los frutos lo conoceréis»*.

III. CONSECUENCIAS

III.1. Obtención de grandes cotas de libertad, autonomía y realización personal

Esto es bueno y una obligación para los gobernantes.

Nuestra Constitución de 1978 es muy clara al respecto cuando en el artículo 9.2 proclama que

«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover

los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

Por otro lado, el artículo 10.1 de nuestra Carta Magna coloca «el libre desarrollo de la personalidad» junto a la dignidad y el respeto a la ley, como fundamento del orden político y de la paz social.

Estos preceptos no han sido letra muerta. Los distintos gobiernos han propiciado políticas muy claras para su consecución y desarrollo. En buena medida se puede decir que en estos preceptos explican buena parte de los cambios que nuestra sociedad ha experimentado en las últimas décadas.

III.2. Gran fragilidad

Como contrapunto muchas personas han perdido apoyos de tipo intelectual, social o familiar, lo cual con mucha frecuencia las hace «vulnerables».

Dice un proverbio oriental que

«Nadie puede pretender que durante todos los días de su vida brille el sol.»

Es sabido que más pronto o más tarde sobreviene la frustración, el dolor, el miedo y que, sobre todo en la última etapa de la vida, cuando ya no se camina vigorosamente por el centro de la calzada, es el arcén el lugar que la sociedad y también la naturaleza de las cosas te tienen reservado.

Aquellas personas que, por alcanzar otras metas, han prescindido de relaciones personales sólidas, de amigos, de convicciones salvadoras, se encuentran a menudo a la deriva.

Afloran, así, ingentes problemas de soledad, de dependencia y de tristeza.

En el mes de agosto del año 2003 una severa ola de calor afectó a Europa.

En Francia se calcula que como consecuencia de ella murieron alrededor de 15.000 ancianos.

Que nadie se engañe, no los mató el calor. Los mató la «soledad».

Los cuadros de deshidratación que sufrieron hubiesen tenido fácil solución si alguien hubiese dado la voz de alarma pero ¡estaban solos!

Este hecho golpeó la conciencia de los franceses.

En España murieron tres ancianos. La ola de calor fue menos intensa y el tejido socio-familiar está mejor preservado.

En los momentos de soledad, ni los idiomas, ni los másteres, ni las glorias profesionales pasadas sirven de mucho.

La depresión se anuncia como la gran pandemia del siglo XXI y hace ya décadas que el mundo «se droga en las farmacias».

Las cifras de consumo de ansiolíticos y psicofármacos son aterradoras.

Volveré varias veces sobre este argumento. Los reductores clásicos de ansiedad han sido la familia, los amigos y las ideas. En la medida en que van desapareciendo lo único que queda en tiempo de adversidad es el camino de la farmacia.

La reflexión nos ha conducido a territorio de la amargura por eso quiero corregir el rumbo y retomar la idea inicial. Nuestra sociedad no es la peor de las posibles. Cuando la comparamos con otras ya pasadas o con otras presentes, incluso geográficamente no muy alejadas, nos sobreviene un sentimiento de alivio.

No, no todo es malo. Tenemos muchas cosas buenas:

Las posibilidades de formación de nuestros jóvenes que, las aprovechen o no, llegan a amplias capas sociales como nunca había ocurrido en nuestra historia.

La atención sanitaria universal y gratuita, verdaderamente envidiable.

Las prestaciones sociales, la promoción y protección de personas vulnerables, etcétera.

Es una pena que este desarrollo material no haya venido acompañado de un desarrollo espiritual semejante.

Esto no es una sorpresa.

A nivel colectivo, a nivel de sociedad (cosa distinta es a nivel individual) nunca en la historia se ha conseguido hacer caminar juntos el progreso material y espiritual.

Las sociedades cuando progresan tienden al hedonismo y pierden poco a poco el músculo que impulsó su creación.

A nivel social, puede afirmarse que «desarrollo material» y «desarrollo espiritual» son magnitudes inversamente proporcionales.

Así, en nuestra sociedad, a la par que un desarrollo material sin precedentes en las últimas décadas, se ha producido una acusada pérdida de valores éticos y morales. Es lo que denomino «*cambio climático espiritual*» tan preocupante, si no más, que el cambio climático «a secas».

Llevamos muchos años realizando vertidos muy nocivos en el terreno de las ideas. Este veneno se ha instalado en el sistema y urge su regeneración.

Luis RACIONERO al comienzo de su obra, *El Progreso decadente*, expresa con mucha claridad este sentimiento cuando señala:

«El hombre del siglo XXI es un ser hastiado.

La divergencia entre contundencia material y desorientación mental lanza al hombre moderno en busca de un alma que concuerde lo físico y lo psíquico.

Por ahora no la ha encontrado.»

TOYNBEE llegó a explicar el declive de hasta veintiún civilizaciones por esta causa.

Al final, tendremos que convenir en que «el progreso material lleva consigo el germen de su propia aniquilación».

Estas reflexiones me llevaron en el año 1995 a impulsar la creación del «Foro Andaluz del Bienestar Mental».

Se trataba de reaccionar frente a las apabullantes cifras macroeconómicas que nos ofrecían (mejoras en el producto interior bruto, competitividad, balance exterior, etcétera), formulando la pregunta/reproche ¿a qué precio?

En aquellos días era ya evidente que en la misma proporción que crecían los beneficios se llenaban las consultas de psicólogos y psiquiatras y se disparaba el consumo de fármacos.

En el Foro mantenemos que lo que toda persona busca es ser feliz o, al menos, tener la oportunidad de serlo y que la felicidad no debe estar lejos de una buena media entre bienestar material y bienestar espiritual.

Pero no han ido por aquí los tiros y puede decirse que «vivimos en una sociedad enferma» y no porque los hombres y mujeres que la componen padezcan diabetes o asma, sino enferma en el sentido etimológico de *in firmus*, esto es, el que carece de firmeza, de convicciones, de ideas que lo guíen y lo sostengan en tiempo de dificultad.

Llegados a este punto es preciso hacer una constatación, tan evidente, que se torna «invisible».

«Las personas se diferencian de los animales en que saben que se van a morir.»

Y lo saben desde edad muy temprana, lo mismo que captan las injusticias, las deslealtades.

Las personas contemplan los desastres, el sufrimiento de los inocentes, el encubrimiento de los malvados, etcétera.

Frente a esta realidad «es vital encontrar un sentido a la vida», de otro modo la angustia, el hastío puede llevarnos a la desesperación y a la locura.

Es aquí donde las ideas (la religión, la filosofía, la ética) juegan un papel fundamental a la hora de proporcionarnos «firmeza» y «sentido a nuestra vida».

De otro modo estaremos condenados:

Bien a llevar una vida atolondrada buscando la anestesia que nos impida pensar.

Al igual que los habitantes de aquella isla (de la mitología griega) que comían flor de loto para olvidar (lotófagos), en la actualidad muchos ciudadanos buscan en el consumo de productos o servicios (viajes, deportes, ocio, etcétera) para evadir las grandes preguntas que atenazan al hombre.

Bien a caer en la desesperación o la locura.

Erich FROMM en su obra, *La patología de la normalidad*, dice:

«Leyendo un manual de psicopatología y estudiando las neurosis y las psicosis, veremos que éstas son las soluciones individuales que algunos han dado al problema de la existencia.

Con mucha frecuencia, padecen neurosis y psicosis los que son más exigentes quizá que la mayoría en su búsqueda de sentido.»

Para Erich FROMM las «religiones» son «soluciones» porque dotan a la persona de una base y orientación convincentes.

Por eso hoy que se ha derivado al sistema de salud mental la tristeza, el malestar, la angustia, en un proceso que se ha dado en llamar de «psiquiatrización de la vida cotidiana,» no son tanto los psiquiatras y los fármacos, como «la filosofía curativa» las verdaderas referencias sanadoras. No resulta extraña, en este contexto, la actual demanda de filosofía griega, de filosofía estoica, pues sus enseñanzas eran, como lo son hoy, «curativas».

Lou MARINOFF acertó plenamente con el título de su libro «*Más Platón y menos Prozac*»

En las religiones, en las filosofías seculares, puede el hombre y la mujer de hoy encontrar la paz. Desde el comienzo o tras una afanosa búsqueda.

No me resisto a transcribir unos versos de Pilar PAZ que expresan esta idea:

**Tú enriqueciste el mundo de repente
y anudaste los pájaros dispersos
archivaste las luces y los versos
y ordenaste las dudas por mi frente.**

**De golpe has hecho el mundo suficiente
exacta la palabra, exacto el terso
quieto lunar por el azul disperso
lleno el aljibe, el agua permanente.**

Resumiendo lo hasta aquí dicho, al contemplar nuestra sociedad actual quedamos con el agrídulce sabor de constatar un logro y una pérdida. Hemos alcanzado grandes cotas de progreso material pero, al propio tiempo, nos hemos deshumanizado, hemos perdido serenidad, ingenuidad, raíces, etcétera.

Sin duda hemos pagado un precio muy alto.

Toca ahora analizar el papel que puede jugar la familia en este orden de cosas.

IV. EL PAPEL DE LA FAMILIA

Hoy casi nadie discute que la familia es un bien.

Siempre recuerdo una vieja y sabia bendición africana:

«¡Ojalá tengas familia, ojalá tengas amigos, ojalá tengas un pueblo!»

La familia es el ámbito donde la intimidad alcanza sus tonos más intensos, donde se forja el carácter y el temperamento, donde se establecen los vínculos de afectividad más vigorosos.

Quiero ahora reivindicar a la familia en una de sus facetas principales, «La Educación de los Hijos». Nos jugamos en ello el futuro.

¿Para qué hay que educar?

Creo que hay que educar para la vida. El colegio será en esto un complemento, además de proporcionar la necesaria formación académica.

Existe una «Sabiduría de la Vida» presente en todos los sabios, los antiguos y los modernos, religiosos y no religiosos. En definitiva, una casa común, un lugar de encuentro.

Me gusta confesar que soy cristiano y más que «creyente» me considero «sintiente», pues creer por creer, creo que por Madrid pasa el río Manzanares, lo cual no me conmueve como sí lo hace «sentir la mano de Dios en tantas cosas».

Dicen que «no hay caminos maravillosos, sino caminantes maravillados».

Yo he tenido la inmensa suerte ser caminante «maravillado» al percibir cotidianamente el rastro de lo trascendente en muchas actitudes y acontecimientos vitales.

No obstante y aunque haré alguna cita o referencia a textos de nuestra fe cristiana, el discurso que propongo y que denomino «*las recetas de los sabios*», tiene carácter y validez universal, aplicables a toda persona en todo lugar y tiempo.

La verdad es que hoy muchos ateos e intelectuales de izquierdas no creyentes manifiestan su aprecio por la religión (HABERMAS, BORIS CYRULNIK, etcétera).

Por otro lado, me causó cierta gracia en el año 1996 asistir al nacimiento del movimiento conocido como «*Psicología Positiva*», impulsado por SELIGMAN.

Manifestaba este autor cierta aversión hacia lo religioso al tiempo que proponía a sus seguidores una suerte de consignas y actitudes con denominaciones tales como «manejo de la ira», «control de la ambición», «control de la proyección del yo», etcétera, que al fin y al cabo venían a coincidir con las tradicionales virtudes cristianas (Prudencia, Justicia, Fortaleza, Templanza, etcétera).

Parece que ha venido a descubrirse el carácter preventivo/curativo de las virtudes que todas las religiones predicán.

En la vuelta a las religiones tiene mucho que ver el reciente gran fracaso de los positivistas, de los racionalistas o biologicistas puros.

Me explico:

Cuando se supo que podía descifrar la composición y estructura del genoma humano y realizar la cartografía del cerebro, se desató entre algunos científicos una euforia desbordante al pensar que a partir de ese momento todos los problemas estarían resueltos, pues todo se podría controlar y resolver.

Se terminó de descifrar el ADN, se hizo la cartografía del cerebro y los problemas subsisten porque no todo es razón ni biología en el hombre.

Los más optimistas dicen que lo genético puede tener una influencia entre el 25% y el 50%. El resto es otra cosa.

Por otro lado, los que trabajaron en realizar la cartografía del cerebro quizá no llegaron a entender la diferencia entre «cerebro» y «mente», la misma que hay entre «piano» y «música». Sabemos qué nota musical ofrece cada tecla del piano y la distancia que existe entre cada una de ellas. Lo que no está tan claro es por qué unas personas tocan «nocturnos» y otras «polonesas».

Entre unas cosas y otras la soberbia positivista se ha venido abajo, lo cual ha permitido florecer movimientos equilibrados como el de la «Medicina Psicosomática» que da tanta importancia a los fármacos como a los grupos de autoayuda.

Suelen referir sus seguidores que «*la mejor medicina es la palabra*» lo cual entronca con lo mejor de nuestra tradición humanista en Medicina.

Decía Gregorio MARAÑÓN:

«Los médicos obramos con medios inciertos, pero hasta donde no llega la ciencia puede llegar el amor.»

Hace años algunos se reirían de esto pero hoy creo que no.

No hay nada menos científico que el amor, sí; pero el amor es más fuerte que todas las filosofías.

Creo que es hora de que Fe y Razón caminen juntas sin complejos y que no se vuelvan a repetir errores del pasado.

Jürgen HABERMAS ha hecho unas llamativas manifestaciones en este punto:

«En un diálogo con tradiciones religiosas experimentadas y ricas, manteniendo una actitud receptiva, la Ilustración puede percatarse de su propia estrechez de miras.

Una razón limitada como la nuestra –y no conocemos ninguna otra– debería ser consciente de sus límites. Pero, si intentara encontrar su propio fundamento en el otro –en la fe– la razón se dejaría de lado a sí misma.

Creo que las grandes religiones del mundo, que nacieron al mismo tiempo que la filosofía griega, pertenecen, igual que ésta, a la genealogía de la razón. Y la razón moderna o posmetafísica, no acabará de comprenderse a sí misma hasta que no entienda su relación con la religión como un aspecto de la mente que, no obstante, le es ajeno o queda fuera de ella.»

Dicho queda.

V. LAS RECETAS DE LOS SABIOS

V.1. Primera: Educar en la realidad

«La realidad siempre se venga de quien no cuenta con ella.»

No toda la realidad es hermosa. Existe el dolor, la contrariedad, el sufrimiento, la frustración, etcétera. Esto no es una enfermedad, esto es la vida misma.

Sobre el valor del sufrimiento existe una honda tradición cristiana que conocemos bien.

Desde el ámbito de la Ética recibimos también aportaciones:

Tzvetan TODOROV nos habla del «Jardín imperfecto» y reprocha a la izquierda el haber obviado una parte de la realidad.

Transcribo a continuación el fragmento de una entrevista realizada tras una conferencia:

«Pregunta: En su conferencia habló de conceptos «tabú» para la izquierda y patrimonio de los populistas como «autoridad», «seguridad», «patria», «institución familiar», etcétera.

Respuesta: Es que no podemos tapar los ojos a la realidad, ni dejar que los populistas hagan un uso pernicioso de estos temas.

La izquierda debe confrontar directamente los problemas que los populistas explotan demagógicamente a su favor.

La izquierda no se debe tomar sus deseos por realidades.

La inseguridad existe. Hay que analizar por qué, de dónde viene.

La familia ha sufrido una erosión que perjudica a la autoridad de los padres...»

Por su parte, Boris CYRULNIK, llamado el Psiquiatra de la Esperanza porque sobrevivió a un campo de concentración nazi, dice cosas como las que siguen:

«La infelicidad y la desgracia son la condición humana misma.

Nos desarrollamos en función de la superación de los miedos y de los sufrimientos.

La felicidad no consiste en escapar de ellos, sino en afrontarlos y superarlos.»

«Uno tiene que sufrir para ser feliz.

La felicidad no es lo contrario del dolor. Sin dolor nuestras vidas serían vacías, irrelevantes.»

Es un error huir de la realidad que no nos gusta pero es cosa frecuente. Voy a repasar varias clases de «huidas».

A) Adicciones a sustancias

A) EL HACHÍS

Se habla de drogas «blandas» y drogas «duras» pero esto es una ingenuidad.

Si nos referimos al «hachís», que ha sido una de las sustancias con la que ha habido más complacencia, sólo recientemente se ha empezado a divulgar lo que ya hace años que se sabía, que es «un factor desencadenante de la esquizofrenia».

El día 14 de abril de 2007 el Diario *La Vanguardia* colocaba en primera plana y con gran espacio tipográfico la siguiente afirmación:

«EL CONSUMO DE CANNABIS DISPARA LA ESQUIZOFRENIA ENTRE LOS JÓVENES»

Cuando existen antecedentes familiares de esquizofrenia, máxime si aparecen en ambas ramas, el consumo de hachís proporciona muchas papeletas para la rifa de la locura.

En más de una ocasión he visto cómo toxicómanos rehabilitados de su toxicomanía y con buen pronóstico de reinserción han desarrollado esquizofrenia.

Debe tenerse esto presente cuando, con notable irresponsabilidad, se habla de los efectos inocuos del cannabis.

Creo también que ya nadie apela hoy a las drogas como generadoras de «cualificados estados de conciencia» pues, más que «cualificados», se trataría de estados «alterados» de conciencia.

El que quiera tener una rica experiencia en esto que pruebe con el Yoga y persevere en el camino de la meditación, y podrá asomarse entonces a estados superiores de conciencia como lo hicieron, por otra vía, nuestros místicos SANTA TERESA DE JESÚS y SAN JUAN DE LA CRUZ.

Por lo demás el consumo adictivo de cualquier droga (cocaína, pastillas, etcétera) lejos de resolver los problemas, los multiplica.

B) EL ALCOHOL

Dejando de lado el consumo civilizado del vino y otras bebidas alcohólicas, su abuso presenta efectos demoledores a corto, medio y largo plazo.

Mi experiencia en el Juzgado de Guardia me dice que en un apreciable porcentaje de los detenidos existe una biografía con presencia de alcohol.

Particular preocupación me produce la manera degradada y degradante de consumo de alcohol por nuestros jóvenes en la vía pública, en lo que se conoce como el fenómeno del «botellón».

Causa tristeza añadida el saber que se ha convertido en «costumbre universitaria». Hace unos meses visité Salamanca, por el día ví los monumentos, por la noche me encontré con el «botellón» y se me cayó el alma a los pies.

Ya existen estudios que afirman que el consumo abusivo de alcohol está mermando la capacidad intelectual de nuestros jóvenes.

C) LOS TRANQUILIZANTES

Ya me he referido a ellos anteriormente.

Lo peor de todo es que suelen crear dependencia. A cada dificultad ¡ingestión de tranquilizante!

Hace unas semanas me sorprendió el titular de una noticia: «Usan pastillas para olvidar malos recuerdos». Me interesé en el asunto y la cosa no es para tanto. Lo que produce el medicamento (Propranolol) no es el bloqueo del mal recuerdo, sino las reacciones emocionales adversas asociadas a hechos traumáticos (agresiones, atentados, etcétera) siempre que se administre en las horas inmediatamente siguientes al hecho.

Mucho me temo que su uso, quizá indicado en casos graves de Trastorno de Estrés Post-traumático, se generalice y utilice en caso de episodios menores, sustituyendo al natural duelo que es preciso realizar ante sucesos o acontecimientos adversos.

Yo recomendaría un paseo o un buen libro y, mucho mejor, una tertulia con los amigos.

En ningún caso resulta fácil la rehabilitación de adicciones a sustancias pero es casi imposible cuando concurre alguno/s de los siguientes factores:

- Déficits de inteligencia.
- Inmadurez.
- Inmoralidad.

Resulta que estas tres frecuentes causas de consumo, dificultan hasta el extremo las iniciativas y posibilidades de recuperación.

B) Adicciones a conductas

A) AL TRABAJO

Es una de las más frecuentes, incluso puede dar «buena imagen» de constancia y abnegación. Pero a veces se convierte en refugio y parapeto con el que se evita afrontar otros problemas de carácter familiar o incluso personal que, de ese modo, crecen y crecen hasta que estallan.

B) A INTERNET

Especialmente preocupante es el fenómeno conocido como «*Second Live*» (segunda vida), esto es, la posibilidad de construir un «*alter ego*», un personaje virtual en un medio (ciudad) virtual.

Todo lo que uno desearía ser, hacer o tener en la vida real lo puede conseguir en la vida inventada.

No está mal como ejercicio de evasión pero ocurrió que se tendió un puente entre lo «virtual» y lo «real», de modo que algunos productos o servicios se vendían y compraban realmente, dando con ello lugar a un floreciente mercado con ganadores y perdedores.

Por lo demás, algunos jóvenes y no tan jóvenes han cambiado la televisión, primero por los videojuegos y después por el «*Messenger*» o la navegación por Internet, llegando a pasar varias horas al día a estos menesteres.

La comunicación y encuentros por Internet pertenecen a lo que podríamos denominar «sociabilidad posmoderna» por sus «pros» y sus «contras».

C) Las patologías inventadas

Una curiosa forma de huir de la realidad es apuntarse a una enfermedad inventada.

Se suele empezar hablando del «síndrome de...» y al poco tiempo lo padecen ya unos dos millones de personas. Acto seguido aparece la oferta de tratamientos psicológicos y farmacológicos y con un poco de suerte es admitida y recibida por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Una vez adscrita la persona a una de estas enfermedades, podrá esgrimirla como coartada frente a situaciones que no quiera afrontar y también para recibir las prestaciones socio-sanitarias previstas.

V.2. Segunda: Hay que controlar los miedos

HOBBS decía: «El día que yo nací, mi madre parió dos gemelos: yo y mis miedos».

KIERKEGARD, por su parte, consideraba al miedo «una enfermedad mortal».

La primera víctima del miedo es la libertad.

Nadie está libre del miedo, todos lo hemos sentido. La clave está en saber controlarlo.

Boris CYRULNICK afirma que «es necesario que el niño conozca el miedo para poder superarlo».

Creo que en esta tarea tenemos una gran responsabilidad los padres. Somos los primeros llamados a controlar el miedo y sobre todo a no exagerarlo. Los niños se sienten tranquilos si ven que los padres no pierden el control y se ven gravemente perturbados cuando detectan el pánico.

Es esencial no transmitir esta sensación y no actuar siempre como «avisa peligros» porque hay que reconocer que, hasta cierto punto, «vivir es arriesgarse» y es bueno educar en la valentía.

En este punto los creyentes tenemos una gran ventaja sobre los no creyentes: «la confianza en Dios».

Este sentimiento de cobijo, de protección («Sólo en ti se aquieta mi alma») amortigua enormemente el miedo.

Ya lo decía SANTA TERESA:

«Nada te turbe
nada te espante
Dios no se muda
todo se pasa
el que a Dios tiene
nada le falta.»

V.3. Tercera: Vivir es también renunciar

A mi generación nos educaron en el «vivir es renunciar». Pocos años después la máxima era y sigue siendo «no renuncies a nada».

Como casi siempre, lo más probable es que en el medio se encuentre la virtud.

- Hay cosas que no se pueden tener.
- Hay cosas que no se pueden hacer.
- Hay cosas que hay que respetar.

Suelo comentar que, hace unos años, al volver del trabajo ví como delante de mí a unos veinte metros, caminaba un joven fornido que llevaba una camiseta blanca en cuya espalda destacaba en negro la siguiente leyenda:

«HAZ LO QUE TE PIDA EL CUERPO»

Este libro no tenía más páginas.

Esto no es así, hay que renunciar a lo malo y a muchas cosas buenas.

Julián MARÍAS, en su libro *«La Felicidad Humana»* pone de manifiesto cómo es imposible, en la vida terrena, llevar a cabo todos los proyectos y realizar todas las cosas buenas que deseamos.

No comparto la idea de que «hay que probar de todo» ni que «todo es bueno con moderación». Esto no es así, el asesinato con moderación no es bueno.

No obstante, esta afirmación «vivir es renunciar» necesita una explicación añadida pues puede prestarse a una interpretación contraria a lo que quiero decir.

Me explico: Si se educara a la gente en el acatamiento ciego de las decisiones de otros, o en la aceptación acrítica de cualquier acontecimiento tendríamos una sociedad inmovilista, anestesiada, en la que un pequeño grupo dominaría sobre una silenciosa masa.

Lo que yo pienso es lo siguiente:

Hay que partir de la realidad (primera receta) y separar la parte que nos gusta de la que no nos gusta.

Una vez que tenemos delimitada la parte que no nos gusta, distinguir entre:

- a) Las cosas que no nos gustan y se pueden y se deben cambiar.
- b) Las cosas que no nos gustan que tenemos que aceptar y respetar.

A) Hay cosas que no nos gustan que se pueden y se deben cambiar

Las injusticias, la pobreza, la ignorancia, etcétera.

La juventud es la época de los grandes ideales, de la utopía, de los grandes esfuerzos, porque la juventud es vigorosa.

Hay cosas que o se hacen en esta época o no se hacen, por eso es tan triste ver cómo algunos jóvenes desperdician esa etapa de la vida.

Frente a esta realidad debe alzarse un sentimiento de sana rebeldía.

B) Hay cosas que no nos gustan que hay que aceptar y respetar

Los dolores y limitaciones naturales (muerte, enfermedades).

La libertad de los otros que no compartimos.

La libertad de los otros que nos hace daño o nos decepciona.

Los derechos de los demás.

El respeto a la ley.

Me parece muy certera la oración que dice:

«Concédeme Dios mío serenidad para aceptar lo que cambiar no puedo, valor para cambiar lo que cambiar pueda y sabiduría para discernir la diferencia.»

V.4. Cuarta: Vivir también es aplazar

El aplazamiento es menos que la renuncia. Se trata de caer en la cuenta de que hay cosas que ahora no se pueden hacer, tener o no proceden pero se podrán hacer, tener o procederán en el futuro más o menos inmediato.

Nuestros jóvenes quieren tener las cosas que desean o les apetecen para «ya mismo» y reaccionan con frustración e incluso con agresividad a la negación o al aplazamiento.

En estos días se está multiplicando el número de padres que pide auxilio porque no puede controlar a sus hijos adolescentes y la convivencia resulta imposible. Es común que sean examinados por un Psicólogo o un Psiquiatra y reciba el diagnóstico «Trastorno límite de la personalidad», «Trastorno de control de impulsos», etcétera, lo malo es que apenas existe posibilidad de tratar con algún éxito estos cuadros.

Sería muy importante que los jóvenes se involucrasen en la consecución de sus deseos o ilusiones a través del diseño y ejecución de un proyecto personal.

Como decía KANT:

«Lo importante no es ser feliz, sino ser causante de la propia felicidad.»

Éste es camino de madurez y autonomía, lo otro conduce a la cada vez más exigente dependencia llegando a extremos que la hacen insostenible.

V.5. Quinta: Educar en valores

Tras décadas en que nadie hablaba de ello, en los últimos años su utilización es constante por pedagogos, padres, políticos, etcétera.

La capa de la amoralidad es tan extensa que todo el mundo ha dado la voz de alarma.

No es sólo las cosas que hacen algunos de nuestros jóvenes, sino lo que piensan de lo que hacen.

En el Juzgado de Guardia con alguna frecuencia llevan detenidos a jóvenes que han cometido robos violentos, daños, lesiones y se quedan perplejos cuando se les comunica que se va a abrir un proceso. ¿Por dar un tirón a una vieja? –dijo uno.

En la educación en valores nos jugamos muchas cosas en el plano social, pero sobretodo en el individual. Nos jugamos el sentimiento de bienestar o malestar de las personas.

El sentimiento de «bienestar» o «malestar» surge del resultado de una evaluación.

Mis deseos // Mi realidad

Los deseos tienen que ver con lo que se piensa de la vida y los valores que la rigen.

Si una persona piensa que puede hacer todo lo que le apetece y que ni la ley ni los derechos de los demás importan nada, generará continuos estados de malestar cuando estas circunstancias impidan que su realidad se acomode a sus deseos.

En cambio si la persona piensa que la ley y respeto a los demás sí importan, estará proclive a formular sus deseos, proyectos u objetivos de acuerdo a estas premisas. Algunas renunciadas no le van a provocar entonces sentimientos de «malestar».

En definitiva, el sistema de valores incide directamente en el resultado de la evaluación deseos/realidad.

Creo que EPÍCTETO acertó plenamente cuando afirmó:

«No hacen daño las cosas, sino lo que se piensa de las cosas.»

Lo que para unos es «pena» para otros es «gozo».

Como ya he dicho varias veces, hoy el tratamiento de muchos problemas (trastornos mentales, trastornos de conducta, adicciones, etcétera) se abordan a través de medidas socio-sanitarias. El índice de fracaso será muy alto si no se abordan desde la perspectiva de los valores, de lo que piensa la persona de la vida.

V.6. Sexta: Educar en la autonomía, el autocontrol y la responsabilidad

A) La autonomía

Supone hacer las cosas por uno mismo, llevar las riendas, tomar las decisiones, procurarse los recursos.

La autonomía es lo natural llegada una cierta edad, de ahí que los Códigos Civiles anuden la emancipación al hecho de alcanzar la mayoría de edad.

Dice la Constitución en el artículo 12:

«Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.»

Consecuente con lo anterior el artículo 314.1 del Código Civil dispone que:

«La emancipación tiene lugar:

1.º Por la mayor edad.»

Y el artículo 322 del Código Civil:

«El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.»

Muchos padres se sonreirán al leer estos preceptos tan irreales en nuestra sociedad actual.

Es verdad que en el mundo anglosajón la llegada de los dieciocho años es comúnmente sentida como el banderazo de salida a una vida independiente. Existe una presión familiar y social que insta al abandono del hogar.

En los países latinos la situación es bien distinta, rige el «paternalismo familiar». Los padres no quieren que los hijos se vayan tan pronto de casa y como les dan todo tipo de facilidades y comodidades los hijos tampoco se quieren ir.

El Estado ha intervenido en este contexto con el denominado «cheque-emancipación», esto es, la ayuda al pago del alquiler de los jóvenes. Ya veremos cómo resulta.

La autonomía es todo lo contrario de *«A ver quién me soluciona a mí esto»*.

Lo he oído muchas veces. No pocas en la Fiscalía.

Es frecuente que padres acudan a consultarme qué hacer con un hijo, generalmente por problemas de comportamiento casi siempre asociado al consumo de drogas.

Me gusta hablar con el joven a solas. En el mejor de los casos la idea que transmiten es que «alguien debe hacer algo por ellos» y cuando les planteas ¿y tú que piensas hacer? se quedan un poco perplejos, como diciendo ¿yo tengo que hacer algo?

Siempre digo (no lo he hecho) que a la entrada de mi despacho voy a poner dos carteles.

Uno diría: «Si hay prisa no es aquí».

El otro: *«Busca la solución en tu interior»*.

De tanto decir que las drogas, la violencia, la inmadurez, son problemas sociales, se nos olvida que antes de eso y principalmente, son problemas «individuales», y que la locomotora que impulse el proceso debe ser el individuo afectado y los demás le acompañaremos en ese propósito pero si convertimos a quien debe ser locomotora en un vagón que espera ser remolcado por otros, cerraremos el camino a la autonomía y la independencia del individuo.

Cuando los que tratan problemas de adicciones o trastornos ponen en la resocialización el objetivo último, creo que se quedan cortos.

Hoy tenemos a muchas de estas personas atendidas y «resocializadas» pues acuden a tomar los fármacos o la metadona, participan en actividades, se alimenta su autoestima y no dan ningún problema de orden público pero carecen de autonomía, simplemente «se dejan llevar». Tengo grabadas las palabras de un joven toxicómano con un incipiente historial delictivo que me dijo «Y ahora no se dónde me quieren llevar mis padres».

El objetivo de rehabilitación debe pasar por la consecución de la autonomía y para ello el esfuerzo principal corresponde al afectado no a todos los demás y no habrá esfuerzo que no parta de una convicción personal basada en valores («busca la solución en tu interior»).

Esto no es suficiente pues después hay que llevar a cabo lo decidido y perseverar en ello. Esto es terreno de la voluntad. Quien la ha adquirido cuando puede adquirirse (infancia-adolescencia) tendrá una oportunidad. Quien no la ha adquirido será dependiente toda su vida.

Todos sabemos cómo han proliferado en los últimos años las consultas de psicólogos y los miles de visitas que reciben.

De cuando en cuando me dicen que algunos de sus pacientes/clientes les agotan pues no dan un paso sin consultarles. Han creado lazos de dependencia tan fuertes que no se pueden soltar.

B) El autocontrol

El autocontrol se logra a base de disciplina y hasta el momento nadie ha inventado una fórmula alternativa.

Es una pena que «las izquierdas» hayan retirado la disciplina de su ideario. Mucho tiene que ver en ello la subliminal relación con el «fascismo».

La disciplina ni es de izquierdas ni es de derechas, ni es carca ni es progresista, simplemente es necesaria.

Ya he señalado cómo pensadores de izquierda como Svetan TODOROV reprochan a sus correligionarios el haber abandonado estos conceptos que han pasado a ser gestionados exclusivamente por la derecha.

Esto es un disparate.

No podemos seguir dependiendo de las etiquetas.

Como a alguien un día se le ocurra decir que respirar no es progresista, nos tendremos que morir todos asfixiados.

El viejo adagio latino *Vincit qui vincitur* (vence quien se vence) encierra una gran verdad.

La disciplina va generando el músculo necesario para responder ante situaciones difíciles.

Con este propósito Martín GRANIZO, en su *Decálogo de la Serenidad*, incluye la siguiente propuesta:

«Todos los días haré algo que no quiero hacer.»

La disciplina forja la voluntad y la voluntad, en mi opinión, es premisa de la libertad.

No es poco drama que nuestra sociedad no haya definido el concepto de libertad. Frente a la pregunta ¿qué es la libertad? caben varias respuestas que coexisten sin consenso.

Simplificando mucho:

Para unos, libertad es poder hacer. Soy libre si no existen barreras (legales, económicas, sociales, etcétera) que me impidan hacer una cosa.

Para otros (entre los que me incluyo), libertad es «poder hacer» y «poder no hacer», en definitiva, poder elegir dentro de los márgenes que imponen el respeto a la ley y a los derechos de las demás personas.

Para la primera opción, el cocainómano que consume será libre porque el autoconsumo privado es legal y cuenta con dinero para pagarlo.

Para la segunda opción, el cocainómano sólo será libre si además de poder consumir, puede dejar de hacerlo. Si está atrapado porque su voluntad está anulada, no.

C) Responsabilidad

Hay quien ha dicho que junto a la Estatua a la Libertad debería ponerse la Estatua a la Responsabilidad.

Yo suelo decir que en relación con los menores se ha escrito medio libro: el que recoge los derechos. Falta la otra mitad dedicada a los deberes.

La verdad es que si se examinan los textos que afectan a los menores algún «debercillo» sí que se establece pero, de hecho, ni se enseña ni se exige.

Si además en la familia no se establecen obligaciones para los menores se comprende con facilidad que una porción de ellos padezcan lo que se ha dado en llamar el SIDRA (Síndrome de Deficiencia de Responsabilidad Adquirida).

Santiago CALATAYUD, Juez de Menores de Granada a quien afortunadamente se ha prestado atención por los medios de comunicación, habla continuamente de este desfase Derechos/Deberes en relación con nuestros jóvenes y es preciso reconocer que él se encuentra en una posición muy privilegiada para valorar este fenómeno.

Es esencial por tanto establecer y exigir, en su caso, el cumplimiento de los deberes.

José Antonio MARINA, en su obra *Anatomía del Miedo*, hablando del cumplimiento del deber dice:

«El deber es un mecanismo psicológico necesario para organizar el comportamiento libre.»

«El deber estructura nuestra personalidad y pone nuestras energías dispersas al servicio de un plan.»

MARINA habla frecuentemente de la necesidad de tener un proyecto de vida, un proyecto de dignidad y añade:

«Quien no acepte ese proyecto no está obligado a nada, pero debe saber lo que esa negativa supone: la vuelta a la selva, a la lucha feroz por la supervivencia, a la soledad, a la violencia ejercida por el más fuerte, al horror.»

Cuando abordo este tema siempre me acuerdo de lo que decía SANTA TERESA DE JESÚS:

«Los días de las personas no pueden pasar sin aspiraciones que exijan esfuerzo.»

El cumplimiento del deber, en el marco de la ejecución de un proyecto, es como la ruta trazada por el escalador en su intento de conquistar la cumbre. El llegar a ella da sentido a cada clavija que se pone. En cada una de ellas engancha su anclaje el montañero y se sostiene mientras coloca la siguiente.

Al principio puede costar mucho pero con el tiempo se adquiere hábito y cuesta menos o simplemente no cuesta pues se convierte en una manera de ser.

«Pocas cosas hay mejores que un buen hábito.»

Cuando vivimos o nos desenvolvemos en grupo (familia, actividad laboral, etcétera) cada uno debe responder de su parcela, cada palo debe aguantar su vela.

En el seno de las familias se detecta la tendencia a no imponer a los jóvenes responsabilidades o que éstas sean muy suaves (horario, estudios, tareas del hogar, gestiones, etcétera).

Al final la balanza se inclina manifiestamente del lado de los padres o de uno de ellos.

Una encuesta reveló que la mayor parte de los padres manifestaron preferir hijos ignorantes, antes que estresados.

V.7. Séptima: Un poco de humildad

Hoy se habla mucho de autoestima y no cabe duda de que ésta es necesaria pero todo con medida. Hay épocas y momentos en que aparece el fracaso, la frustración y nos damos cuenta de nuestra fragilidad. Es tiempo de aprender. Siempre se ha dicho que el fracaso puede ser muy fecundo para quien sabe aprovechar sus enseñanzas.

En cualquier vida hay «noches oscuras» y tiempos de desventura, generalmente alternados con otros luminosos y de plenitud.

Las religiones han puesto mucho hincapié en ofrecer significados a estas «horas bajas». Se ha dicho que al que todo le va bien no le hace falta Dios.

Para los cristianos (y no cristianos) resultan conmovedoras Las Bienaventuranzas. No es que Dios se complazca en la pobreza, en el dolor o en la frustración de los hombres. Lo que sí es seguro es que estas circunstancias mueven su ternura y piedad por ellos.

He visto enloquecer a algunas personas de «soberbia», buena parte de ellas en el curso de procedimientos de crisis matrimonial (separaciones, divorcios, etcétera). La no aceptación del fracaso y el odio a quien se señala como su causante coloca a la persona al inicio de un camino que, si se aventura en él, la volverá «enajenada, es decir, «vendida» a un fin destructivo cuya primera víctima es su protagonista.

La otra puerta es la de la humildad, la de la aceptación de lo que no puede cambiar.

Nuestros jóvenes deben saber esto y que la humildad no es algo propio de sacristía o sermón. Es algo necesario para sobrevivir, el que quiera que lo llame (recordemos a nuestros amigos de la Psicología Positiva) «Control de la proyección personal», «manejo de la ira» o cosa semejante.

V.8. Octava: Un poco de austeridad – el valor de las cosas pequeñas

Notará el lector que desde la receta anterior transito ya claramente por terrenos propios de la ética individual.

Hoy se puede hablar de apretarse el cinturón en términos económicos ante una situación actual o previsible de escasez. Esto se acepta.

Ahora, cuando se habla de austeridad como opción personal permanente, también en tiempos de abundancia hay quien se parte de risa, empezando por mi joven hijo que dice no entender por qué privarse de algo cuando «te lo puedes permitir».

Es tiempo de explicar cosas:

A mis hijos les recuerdo a menudo la anécdota de Don Miguel DE UNAMUNO a quien dicen se oyó decir en Navidad frente a un atiborrado escaparate de Salamanca:

«¡Cuántas cosas que no necesito!»

Esta frase se ha convertido en un «clásico» en nuestra familia y ante cualquier propuesta u ofrecimiento de consumo surge inmediatamente la consabida frase «¡Cuanto/as (viajes, discos, motos, camisas, etcétera) que no necesito».

Como contrapunto está el disfrute y valoración de las cosas que tenemos, algunas aparentemente pequeñas, aparentemente porque la dimensión verdadera se la daremos nosotros.

V.9. Novena: Compartir

Dije al comienzo que el individualismo es el rasgo más evidente de la «posmodernidad». Ahora digo que el diluirnos en otros, el fundirnos con otros, nos puede salvar.

Son famosos los grupos de «autoayuda» en el tratamiento de las adicciones y enfermedades o trastornos (del alma).

Gramaticalmente el término dice lo contrario de lo que quiere decir, pues lo que ocurre en realidad es que «los otros me ayudan a mí» y «yo ayudo a los otros».

Pero si el compartir puede curar, antes que nada ayuda a no enfermar.

En este sentido fue célebre la que se llamó «Experiencia de Roseto». José L. TIZÓN en un trabajo titulado «Salud Mental: Ciudades y Urbanismo», cuenta que Roseto es un pueblo que se encuentra en Estados Unidos, en concreto en las montañas de Pocono, en el Estado de Pensilvania.

Hacia 1880 este territorio fue poblado por unos emigrantes que procedían de la Italia meridional.

Durante las décadas siguientes siguieron viviendo tal y como lo hacían en su tierra de procedencia.

En torno a 1950 un grupo de epidemiólogos e investigadores sociales descubrieron que en Pocono y sus alrededores, las enfermedades cardiovasculares eran significativamente menos frecuentes y graves que en el resto de USA y, en general, que el mundo industrializado.

Durante las décadas siguientes el fenómeno fue objeto de un persistente estudio.

Se trasladaron a la zona un abultado grupo de científicos e investigadores que no salían de su asombro, pues comprobaron enseguida que estas buenas gentes no estaban menos expuestas a factores de riesgo que en otros lugares, al contrario; Según costumbre de su Italia natal, consumían con generosidad pizzas, lasañas, salchichas y albóndigas ricas en grasas en las copiosas comidas familiares, sobre todo los sábados y domingos, regadas abundantemente con vinos añejos y no faltaba a los postres algún cigarro y alguna copita de licor.

La perplejidad de los resultados obtenidos llevó a los primeros investigadores a pensar que el asunto debería ser objeto de investigación por sociólogos y psicólogos. Éstos descubrieron que los habitantes de Pocono poseían una rica y equilibrada cultura campesina en la que, más allá de la alimentación, caracterizada por la sencillez y la naturalidad, existían unas buenas «relaciones de vecindad». Roseto era en buena medida una comunidad cerrada y autosuficiente donde en la mayoría de las casas convivían varias generaciones que se protegían recíprocamente de la enfermedad, el paro, la marginación, etcétera.

La criminalidad era muy baja y no había apenas demanda de servicios sociales. Todos se conocían, saludaban y hablaban sin prisa por la calle.

Los fines de semana se juntaban en coros, bandas, bailes y meriendas.

También advirtieron los investigadores que, aunque había vecinos más y menos pudientes, la exhibición de riquezas era excepcional. Todos vestían más o menos las mismas ropas y vivían en casas similares.

Pero en los años setenta la vida en Roseto comenzó a cambiar. Señala TIZÓN que:

«Los jóvenes habían crecido y se habían ido integrando en el estilo de vida americano.

Las familias se dispersaron cuando los hijos se marcharon. La prosperidad económica del país era notable y las gentes de Roseto comenzaron a construir casas más y más grandes y más y más lujosas.

Comenzaron a aparecer las diferencias en la edificación entre unas y otras zonas del pueblo, en los clubes, en las fiestas del fin de semana.

Hacia 1985 la tasa de trastornos cardiovasculares agudos era ya similar a la de las ciudades cercanas y, sin embargo, se consumía menos tabaco que veinte años antes y los hábitos alimentarios eran más saludables.

¿Qué es lo que producía esa aparente paradoja?»

Para Stewart WOLF, que pasó casi cincuenta años estudiando Roseto, lo único que había cambiado era «el grado de cohesión social». Roseto se había convertido en un pueblo grande como los demás. Había menos meriendas, menos clubes para hablar, menos afiliados a coros y bandas de música.

Al mismo tiempo creció el número de desempleados y apareció una larga lista de espera de demandantes de servicios sociales.

Desde el punto de vista de la salud se sacaron algunas conclusiones:

- Las desigualdades sociales son uno de los más graves factores de riesgo para numerosas enfermedades.
- La igualdad económica es importante para la salud.
- El secreto de la salud cardiovascular tiene mucho que ver con la calidad de vida familiar y social.

Y se llegó a una consideración o conclusión final:

«La medicina de la solidaridad puede ser la medicina más barata y potente de la sanidad y la farmacopea contemporáneas.»

Ya lo había dicho en el siglo XIII un judío de mi pueblo, Carrión de los Condes, el Rabí Rabí Don Sem TOB, en uno de sus proverbios:

«No hay mejor riqueza
que la buena hermandad

**pues calma la pobreza
como la soledad.»**

Por eso es tan importante la familia, los amigos, la participación en proyectos y actividades sociales donde poder hablar, compartir, desahogarse.

Para nuestros jóvenes hijos sus amigos son tremendamente importantes. Es crucial que el grupo sea homogéneo y tenga claro los terrenos que no se deben pisar. Siempre existe uno o varios líderes que marcan la pauta. Nos jugamos mucho en esto pero todo no se puede elegir. Un buen grupo de amigos para nuestros hijos es percibido por los padres como una bendición del cielo.

V.10. Décima: Tener modelos de grandeza

Hoy nuestros jóvenes tienen muchos modelos en el plano deportivo o artístico, fomentados de modo extraordinario por los medios de comunicación.

Por el contrario, ni para jóvenes ni para adultos se percibe la existencia ni promoción de modelos de grandeza en lo intelectual o en lo espiritual.

Se habla sin reparo de proyectos de «excelencia urbanística» pero no se oye hablar de «excelencia espiritual o intelectual».

Como contrapunto asistimos un día sí y otro también a la creación y exaltación en la Televisión de verdaderos «modelos de bajeza» que han provocado el rechazo de las autoridades y buena parte del entramado social pero que no acaban de desaparecer.

Fue llamativa y digna de todo elogio la postura del Defensor del Pueblo, don Enrique MÚGICA, cuando el día 22 de septiembre de 2004, con motivo de la presentación en el Congreso de los Diputados del Informe de la Institución correspondiente al año 2003 alertó sobre el **estado de degradación insoportable al que había llegado la programación televisiva**, nutrida en buena parte de contenidos zafios y violentos en cualquier franja horaria y mostró su preocupación por los efectos que tales productos pudieran tener en la educación de los niños.

Reclamó, por ello, una reflexión y un cambio de actitud al tiempo que proponía un plan para eliminar la «telebasura» del horario infantil.

Cabe señalar que el Gobierno reaccionó pronto al aldabonazo del Defensor del Pueblo.

El día 24 de septiembre, por boca de la Vicepresidenta Primera doña María Teresa FERNÁNDEZ DE LA VEGA, se anunció el compromiso del Gobierno de tratar de impedir la emisión de la denominada «telebasura» en la franja horaria infantil.

Por otra parte, el propio Presidente del Gobierno hizo un llamamiento al conjunto de las televisiones para que vigilaran sus contenidos y reiteró el empeño del Ejecutivo en propiciar una reforma de los medios públicos de comunicación.

Este estado de cosas propició la firma, el día 9 de diciembre de 2004 en el Palacio de la Moncloa, de un Pacto o Código entre el Gobierno y los máximos responsables de TVE, Antena 3, Tele 5 y Sogecable (Canal+) para erradicar la telebasura del horario infantil (de seis de la mañana a diez de la noche).

Al cabo de un año, el balance de resultados no fue muy alentador.

Según un estudio de la Agrupación de Telespectadores y Radioyentes (ATR) y el Centro Universitario Villanueva, de la Universidad Complutense de Madrid, en el mes de noviembre de 2005, TVE-1 con 169 faltas y Antena 3 con 155, fueron las televisiones que incurrieron en más incumplimientos del Código de Autorregulación sobre contenidos, en horario infantil.

Por el contrario, se destacaba que TVE-2 es la cadena que había cumplido más fielmente el **Código de Autorregulación**.

Cuando se habla de modelos recuerdo siempre la advertencia de Baltasar GRACIÁN:

«¡Cuidado, que aunque los vicios se presenten ennoblecidos

Desde luego no pertenecen a la nobleza!»

KANT, viendo alguna que otra situación que le ofendía, solía decir:

«¡Hombre, no olvides tu grandeza!»

Muchos hemos visto la película «Las cenizas de Ángela» o han leído la novela en que se basa.

En la película resulta conmovedora una escena en la que el niño protagonista de la historia es objeto de burlas por los zapatos que lleva. En realidad una especie de muñón de gomas que su degradado padre había cosido torpemente.

El anciano maestro se percata de la situación, acude en su auxilio y le hace un regalo impagable. No le oculta su estado bien pobre en lo exterior, cómico y degradante, pero le dice:

«Hijo, a pesar de todo recuerda siempre que tu mente es un Palacio, ¡Cuidala!»

Bien sabía el maestro lo que debía ser objeto de veneración.

VI. HACE FALTA UN CAMBIO DE RUMBO HACIA LA RE-EDUCACIÓN Y REHUMANIZACIÓN

Ha habido años, incluso décadas de dejación.

En torno al año 1995 empezaron a sonar las alarmas.

Por entonces empezamos a ver en los pasillos de la Fiscalía a padres maltratados por los hijos. Entre éstos abundaban los padres «adoptivos» que mantenían con el hijo-maltratador una acusada diferencia de edad.

Yo no sabía muy bien entonces qué explicación tenía aquel fenómeno. Un día coincidí con un Psiquiatra amigo de ideas muy progresistas y le pregunté:

«¿Os están llegando a consulta estos casos?»

Me contestó afirmativamente.

«¿Desde cuándo?:

Desde hace poco», me respondió.

Y avancé una conclusión. «Esto debe ser influencia de la Televisión».

La respuesta que me dio me dejó helado viniendo de quien venía; la recuerdo perfectamente:

«Esto pasa por haber quitado la autoridad a los padres y a los maestros.»

Sin más comentarios.

Bastantes años más tarde, un acontecimiento sacudió la conciencia de la sociedad. Me refiero al caso de Rosario ENDRINAL, la indigente que fue quemada por unos jóvenes en el interior de un cajero automático y cuyas imágenes grabadas por la cámara del banco pudimos ver todos con inenarrable horror.

¿Por qué este hecho causó tanta alarma? ¿Por qué causó tanto estupor?

Por una razón muy sencilla. Los chicos no procedían de familias marginales, eran «niños bien», procedentes de familias «normales».

Para muchas personas, con seguridad, para los gobernantes supuso la constatación irrefutable de que

«Un monstruo había crecido entre nosotros.»

Me consta que para los gobernantes este acontecimiento supuso un antes y un después. No pasó ni una semana cuando en todos los periódicos y en boca de los responsables políticos comenzó a escucharse la consigna

«Hay que educar en valores.»

Sí, hay que educar en valores y algunas cosas más.

Retomo, para examinar con alguna profundidad, la afirmación de mi amigo el psiquiatra referida a la menoscabada autoridad de los padres y de los maestros.

VII. LA AUTORIDAD DE LOS PADRES

Como en tantas cosas, se han producido movimientos pendulares.

Las personas que cuentan ahora con sesenta o más años de edad recuerdan que la autoridad de sus padres era absoluta.

Basada en la vieja «patria potestad» romana, la palabra del padre de familia era ley incontestable en el ámbito privado.

Después vino cierta relajación, no mucho después lo del padre-amigo y finalmente, la entrega incondicional de la plaza.

Era frecuente oír a algunos padres exclamar:

«Me he pasado la mitad de mi vida obedeciendo a mis padres y ahora en la otra mitad tengo que obedecer a mis hijos. ¡Cuándo mando yo!»

Hay que reconocer que la autoridad de los padres se ha reducido más allá de lo razonable.

Desde el punto de vista jurídico ello se ha producido a través de sucesivas reformas que han dejado su posición jurídica completamente devaluada.

En el año 1996

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, viene a quebrar un principio tradicional en materia de capacidad de las personas, consistente en convenir que la llegada a la mayoría de edad es la que determina la atribución de capacidad para ejercer los derechos que se tienen. Antes de esta edad deciden los padres o tutores.

Esta Ley otorga capacidad a los menores en relación con el ejercicio de determinados derechos fundamentales (honor, intimidad, propia imagen, libertad ideológica, participación, asociación, reunión y libertad de expresión) en atención a su **«grado de discernimiento»**, extremo este cuya apreciación se deja a un tercero (fotógrafo, periodista, médico, etcétera), sin perjuicio de que, en caso de conflicto, la cuestión pueda ser resuelta por el Juez.

Así esta Ley otorga a los menores con suficiente discernimiento, la capacidad para decidir por sí mismos en estos ámbitos, y tal facultad es un escudo contra las eventuales intromisiones de los padres que tendrán que respetar estas decisiones.

No digo que la Ley no tenga sentido pero entraña dos graves peligros:

- a) Indeterminación del concepto «suficiente discernimiento».
- b) Posibilidad de abusos.

En cualquier caso lo que produce es la sensación de robustecimiento de los menores frente a los padres.

Hay que añadir una cosa más.

En 1991 se modificó el artículo 93 del Código Civil que regula la atribución de alimentos a los hijos en caso de crisis matrimoniales (nulidad, separación o divorcio).

Hasta esta fecha la obligación legal de prestar alimentos desaparecía al llegar los hijos a la mayoría de edad.

La Ley 11/1990, de 15 de octubre, añadió al artículo 93 un segundo párrafo que dice:

«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 siguientes de este Código.»

Todo el mundo entenderá que aunque el precepto se refiera a los supuestos de crisis matrimoniales, de rechazo lo que produce, en todos los casos, es el derecho de los hijos mayores de edad que carecieren de ingresos y vivieran con los padres, a ser mantenidos por éstos. Y la ley no marca un límite temporal máximo.

Resumiendo: que los hijos desde los 12, 13 o 14 años pueden decidir por sí mismos en contra de sus padres pero éstos deben seguir manteniéndolos hasta los 24, 25 o 26 o hasta que tengan a bien cortar las amarras económicas, algo para lo que no suelen tener mucha prisa.

En el año 2003

Al rebufo de la conmoción creada por los lamentables casos de violencia de género, se promulgó legislación penal relativa a la «violencia familiar».

Los Fiscales sabemos bien que esta legislación era necesaria y que existía y existe una cifra sorda de violencia doméstica que rara vez llegaba a los Juzgados. Me refiero especialmente al maltrato a las personas ancianas en el ámbito familiar.

En relación al binomio Padres-Hijos los casos de malos tratos graves no son muy numerosos. Existe una franja ambigua y delicada que podemos identificar con la bofetada en medio de una discusión.

No cabe duda que, si existe habitualidad, el tratamiento penal está plenamente justificado pero, con relativa frecuencia son conducidos detenidos a Comisaría y posteriormente al Juzgado de Guardia, padres que han propinado una primera bofetada a un hijo o hija y que éstos han denunciado a la mayor rapidez en la Comisaría más próxima.

He visto a padres conducidos esposados al Juzgado de Guardia, desmoronados frente a semejante reacción legal.

En la mayor parte de estos casos, pasadas unas horas y el enojo, viene la reconciliación, lo cual no significa que el procedimiento penal no siga su curso.

La pregunta es, cuando vuelvan a casa *¿qué tipo de relación se establecerá entre el hijo denunciante y el padre procesado?*

Existe una conciencia generalizada sobre la necesidad de encauzar este tipo de conflictos a través de la mediación. Existen ya algunas experiencias piloto y probablemente, a medio plazo, se produzca regulación legal al respecto.

En el año 2007

Precisamente cuando más se hacía sentir la necesidad de restaurar la autoridad de los padres, se produjo, hasta ahora, última reforma legal en la materia.

Se trata de la modificación del artículo 154 del Código Civil dedicado a las facultades de corrección de los padres:

El texto precedente decía:

«La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad.»

«Los padres, en el ejercicio de su potestad podrán recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a sus hijos.»

La redacción actual, dada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre:

Suprime el párrafo:

«Podrán también corregir razonable y moderadamente a sus hijos.»

Y la redacción queda como sigue:

«La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica.»

De este cambio se pueden extraer algunas conclusiones:

a) El «derecho/deber de corrección», al menos nominalmente, desaparece del Código Civil, y queda diluido, si no desaparecido, entre las facultades genéricas de la patria potestad que habrán de ser ejercitadas de acuerdo con la personalidad del hijo y respetando siempre su integridad física y psicológica.

b) Desde el punto de vista de la prueba de los hechos denunciados, los ataques a la integridad física son fácilmente constatables pero no así los relativos a la integridad psicológica.

Cuando un hijo denuncia a sus padres por malos tratos psicológicos en buena medida queda a merced del denunciante pues ¿cómo se demuestra que un hecho psíquico no existe? ¿cómo poder demostrar que no es una invención o una exageración?

Las pruebas periciales de carácter psicológico detectan bien los casos claros pero no los de tono menor. Además, detectado el daño, queda por determinar sus causas, generalmente plurales, algunas remotas.

Salvo los casos evidentes y graves, parece que el proceso penal no es el mejor marco para el análisis. Lamentablemente, como ya he señalado, algunos jóvenes acuden a esta vía para neutralizar a sus padres o a alguno de ellos.

En el fondo, lo que queda es el fortalecimiento de los hijos frente a sus padres.

La reforma es especialmente inoportuna en un momento en que se reclama todo lo contrario.

Los padres tenemos que recibir el apoyo del Estado en la labor educativa, con medidas que la favorezcan. En primer lugar, no devaluando tanto nuestra posición respecto de los menores y, en segundo lugar, dictando y haciendo cumplir las prohibiciones que les afectan, como las relativas a la venta y consumo de alcohol, horario de cierre de establecimientos, etcétera.

VIII. LA AUTORIDAD DE LOS MAESTROS

Los maestros y profesores han sufrido como nadie el fenómeno de la pérdida de autoridad. Se explica así que el índice de padecimientos por depresión alcance en este colectivo cifras abrumadoras.

Hace un tiempo una profesora me hizo esta batería de preguntas y respuestas:

¿A quién teme la Administración Educativa?

A los padres.

¿A quién temen los padres?

A los hijos.

¿A quién temen los maestros?

A la Administración Educativa.

A los padres.

A los hijos.

Yo añado una pregunta y respuesta más:

¿A quién temen los hijos?

A nadie.

Lo diré una vez más:

Urge devolver la autoridad a los padres y a los maestros.

Urge educar en valores.

Decía ORTEGA Y GASSET que la principal misión de la política es la educación. Yo así lo creo e incluso he oído a nuestro actual Presidente del Gobierno manifestarse en este sentido.

Es una pena de la iniciativa de la asignatura de «Educación para la ciudadanía» se haya planteado en términos torpes y haya recibido una severa oposición.

Creo que se podría haber hecho una asignatura sobre valores éticos de la convivencia, respetuosa con todos, aceptable para todas las sensibilidades, pero no ha ocurrido así. Esto es una catástrofe, dada la enorme necesidad que nuestra infancia y juventud tiene de ser educada.

Bajan ahora las aguas muy revueltas, quizás a medio plazo pueda alcanzarse un mínimo consenso.

En cualquier caso es preciso reconocer que la educación es fundamentalmente «tarea de los padres», labor esta que no se puede «subcontratar» en abuelos, niñeras, guarderías, escuela, etcétera que, a lo sumo, podrán complementar la labor de aquéllos.

Para ir concluyendo este puñado de reflexiones:

¿Qué puedo decir a los padres?

Pues lo que me digo a mí mismo.

Lo primero, aplicarme la primera de las recetas de los sabios «Partir de la realidad». Y ¿cuál es la realidad de la que hay que partir?:

Lo diré ahora poéticamente con palabras prestadas de Jalil GIBRÁN en *El Profeta*:

«Vuestros hijos no son vuestros hijos.
Son los hijos y las hijas del anhelo de la vida,
ansiosa por perpetuarse.

Por medio de vosotros se conciben más no de vosotros.
Y, aunque estén a vuestro lado, no os pertenecen...»

Traducido al lenguaje coloquial, los hijos son de los padres pero sobre todo «son de los tiempos» y además, tienen un destino independiente del nuestro, destino que no nos pertenece.

Entonces, ¿no podemos o no debemos hacer nada?

Claro que sí: Ahí van mis últimos consejos:

1.º No encerrarlos ni aislarlos. Han de vivir la vida que les ha tocado.

Hasta cierto punto, daré una vez más la razón a BALTASAR GRACIÁN cuando dice:

«¡Mejor loco con todos que cuerdo a solas!»

No debemos caer en el error de construir «invernaderos» donde nuestros hijos se críen a salvo de todas las influencias, porque más tarde o más temprano tendrán que convivir en medio de ellas y han de estar preparados.

2.º Hay que prepararles para el camino. No hay que ocultarles los riesgos y dificultades.

Es una quimera pensar que no van a tener problemas ni dificultades. De todo habrá y sería bueno que supieran superarlos.

Es deber de los padres prevenir de los riesgos y también enseñarles a dominar los miedos.

3.º Debemos enseñarles las sabias recetas que pueden salvar su vida.

Ello requiere de muchas horas, de muchas conversaciones.

Si no hay tiempo para ello, en las comidas, en las sobremesas, en el sofá, etcétera, serán la televisión, los juegos, Internet, los amigos, etcétera, quienes ocuparán el lugar de los padres y los hijos «harán su vida» sin que sepamos nada de lo que hacen ni de lo que piensan.

Cuando yo empecé a estudiar Derecho **la familia era**, como mínimo:

«Comunidad de vida y amor.»

Antes de acabar los estudios, para que existiese familia era ya sólo exigible la:

«Comunidad de vida.»

La última **definición de familia** me ha dejado perplejo:

«¡Grupo de personas que comparte un frigorífico!»

Tengo que reconocer que la definición es bastante certera y expresiva de la realidad de muchas familias en las que no existe comunicación, lo cual provoca que los problemas que se generan no se atajen y crezcan hasta explotar. Generalmente entonces tienen mal remedio.

No sé si se puede bajar ya más el nivel de requisitos para considerar que existe familia. Teóricamente existe un escalón inferior constituido por aquel «grupo de personas que ni siquiera comparten un frigorífico». Lo digo porque no hace mucho intervine en un juicio por lesiones en el que todo empezó porque uno de los hijos rompió el candado del frigorífico que había puesto el padre.

La educación de los hijos se logra con la atención continuada, con las conversaciones frecuentes, y así se les transmite la formación necesaria, que es la mejor de las herencias que se les puede dejar.

Comete un grave error quien ponga todo su empeño en trabajar para procurarles recursos materiales (esa aspiración tan española de dejarles un pisito) y descuide su formación.

Ya lo decía Don Miguel DE CERVANTES:

«Bien es que los hijos hereden, pero mejor es que aprendan cuanto bueno sea de los padres y mejor que se perfeccionen.»

La familia es escuela de bondades.»

Respecto de los hijos los padres han de mantener permanentemente una doble actitud:

AMOR Y LÍMITES

Y tan necesario es lo uno como lo otro.

Los padres deben en ocasiones decir «no».

Como afirma Santiago CALATAYUD, no se trata de un «no» autoritario, sino de un educativo y amoroso «no».

Es un hecho comprobado que, aunque se rebelen contra ellos, los jóvenes necesitan e incluso reclaman la imposición por los padres de algún tipo de límites.

Me contó un Abogado una experiencia en el Juzgado de Menores que le impresionó.

En la sala de espera se encontraban dos jóvenes. Uno de ellos, habitual del Juzgado, se encontraba muy tranquilo, mientras que el otro estaba visiblemente nervioso y afectado.

El primero le dijo: No te preocupes, no pasa nada; Ahora el Juez te larga una charla y te manda para casa.

Respondió el joven temeroso; A mí no me preocupa el Juez, lo que temo es la guantada que me va a dar mi padre cuando llegue a casa.

Entonces le cambió la cara a su interlocutor y dijo: ¡Tienes suerte, a ti por lo menos te pegan!

La mayor parte de los jóvenes perciben con claridad detrás de las limitaciones, la protección de unos padres a quienes les importa mucho su vida. De otro modo se sienten abandonados y, a menudo, perdidos.

4.º Predicar con el ejemplo

Esto es crucial.

Si los padres no hacen lo que dicen o incluso hacen lo contrario de lo que manifiestan, perderán toda credibilidad frente a sus hijos, que son muy sensibles a estas actitudes.

Nuestros hijos van a recordar siempre lo que los padres hacíamos y si era coherente con lo que manifestábamos pensar o creer.

En cualquier caso difícilmente podremos mandar o imponer algo que nosotros, pudiéndolo hacer, no hagamos.

Un caso frecuente es el de los padres que recomiendan a los hijos la asistencia a oficios y celebraciones religiosas a las que ellos no acuden. Difícilmente encontrarán argumentos para convencerlos y sería un grave error acudir a la imposición o a la amenaza.

En la Biblia, en el Libro de los Reyes (19-2) se encuentra un pasaje aleccionador:

«El Señor dijo a Elías:

Sal y quédate de pie en la montaña ante la presencia del Señor.

Y el Señor pasó.

**Sopló un viento fuerte e impetuoso que descuajaba los montes y quebraba las peñas
Pero el Señor no estaba en el viento.**

**Después del viento, un terremoto.
Pero el Señor no estaba en el terremoto.**

**Tras el terremoto, un fuego.
Pero el Señor no estaba en el fuego**

**Y al fuego siguió un ligero susurro de aire.
Elías al oírlo se cubrió el rostro con su capa y salió fuera, porque en el susurro de aire
estaba el Señor.»**

Que nuestro ejemplo diario sea la brisa suave que penetre y cale en el corazón de nuestros hijos.

5.º Decirles que no se avergüencen de ser buenos

Al final de sus días Carlos DE FOUCOULD escribió un Diario.

En sus últimas páginas dice:

«Si alguien se acercase a mí y me preguntase ¿qué es lo más importante en la vida?, yo no dudaría ni un instante en responder: LO MÁS IMPORTANTE EN LA VIDA ES SER BUENO.»

Por su parte, José Antonio MARINA resume buena parte de sus enseñanzas en lo siguiente:

«El logro máximo de la inteligencia es la ética y su realización práctica es la bondad.»

No cabe duda que la bondad es camino de felicidad.

Pero ¿qué es ser bueno?, ¿en qué consiste la felicidad?

IX. QUÉ SIGNIFICA SER BUENO

Ser bueno es, ayudar, comprender, curar, dar ánimos, dar vida, ser valiente, no hacer daño a nadie pero también «evitar que te lo hagan». Para ello hay que acudir a menudo a «santa astucia», una santa que, no sé muy bien por qué, tiene mala prensa pero que resulta de gran utilidad para no ponerse innecesariamente a tiro de algunos francotiradores que disparan con las balas de la envidia, la mezquindad o incluso del odio.

Ser bueno no es ser tonto.

Ser bueno es compatible con la utilización de todos los medios legítimos de defensa.

Por otro lado, pienso que una cualidad esencial, inherente a la bondad, es la compasión, para los demás y también para uno mismo.

Como dice San Pablo, «Toda esta gracia la llevamos en vasijas de barro».

Entiendo que éstas son reflexiones de madurez que difícilmente serán captadas por nuestros hijos adolescentes; que nos hacen saber «que no se puede ser bueno, que te pisan» «que hay que hacerse respetar».

Quizá con el tiempo comprenderán que la bondad, la coherencia y el sereno mantenimiento de las convicciones, genera un enorme respeto.

Recuerdo la película «En el nombre del padre», basada en el caso de «Los cuatro de Guilford».

Gerry Conlon es un joven norirlandés bastante atolondrado que se encuentra casualmente en Guilford cuando el IRA ejecuta un sangriento atentado y es injustamente detenido y encarcelado junto a otros parientes, incluido su padre.

El joven Gerry manifiesta un acentuado desprecio por su padre porque, a pesar de todo, se mantiene íntegro en su conducta y convicciones.

A lo largo de los años pasados en prisión va desapareciendo la hostilidad del hijo al padre. Lo emocionante es la reacción de los presos cuando fallece.

X. EN QUÉ CONSISTE LA FELICIDAD

Como el tema da para mucho lo resumiré en una frase:

«La felicidad consiste en darle un sí a la vida.»

A pesar de los aspectos tristes, amargos o dolorosos de la vida, pensar que no consiguen enterrar lo que tiene de luminosa y gratificante.

La felicidad consiste en mirar con esperanza al futuro pensando que es un camino transitable.

Voy a concluir con un símil, con una metáfora.

Los padres, desde que nuestros hijos son pequeños, tenemos que ir preparándoles «la mochila», como cuando se van a un campamento o albergue.

Tendremos que poner:

Una brújula para que sepan siempre dónde está el norte.

Unos mapas, donde estén señalados los caminos buenos y los malos.

Una linterna, para cuando se vaya la luz.

Un chubasquero, para la lluvia.

Un botiquín, para las heridas.

Y sobre todo...

¡UN LUGAR AL QUE VOLVER!

Si han perdido el norte.

Si la linterna ya no alumbra.

Si las heridas les abrasan.

UN LUGAR DONDE RECONSTRUIRSE Y RECOBRAR LA PAZ

Todo esto lo da la familia.

La familia en la que creo.

La familia de la que procedo.

La familia que me gustaría que formasen mis hijos.

Creo que hay una percepción clara de que algunas cosas tienen que cambiar en nuestra sociedad para afrontar con más esperanza el futuro.

Hay quien ha dicho que:

El siglo XIX fue el siglo de la LIBERTAD.

El siglo XX ha sido el siglo de LA IGUALDAD.

El siglo XXI debería ser el siglo de LA FRATERNIDAD.

¡Ojalá sea así!, pero he comenzado diciendo que si algo caracteriza a la posmodernidad es el «individualismo».

No sé si vamos a conseguir cambiar el rumbo de esta sociedad, pero sí que tenemos la ineludible obligación de intentarlo, máxime los que nos confesamos cristianos, pues, de otro modo podremos recibir el tremendo reproche formulado por Paul CLAUDEL:

«Vosotros los que véis

¿Qué habéis hecho con la luz?»

Si tenemos un proyecto de bondad y dignidad por el que trabajamos todos los días.

Si lo transmitimos a nuestros hijos, estaremos poniendo condiciones de felicidad en nuestro presente y en nuestro futuro.

REALIDAD DEL PRETENDIDO SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (SAP): RESPALDO JUDICIAL Y TÉCNICO

JUAN BERNALTE

ABOGADO

Días atrás y respecto de esta evidencia –SAP– hemos tenido el «privilegio» de ser lamentables espectadores de la falta de prudencia y analfabetismo de políticos y deslices de juristas que posiblemente hayan empeñado o gravado las «puñetas» de sus togas.

Por razones que escapan a cualquier mente lúcida y progresista, «macacos y macaquiños» (que diría un buen amigo gallego) se han movilizado para defender sus sillas intentando ignorar, enfangar y/u ocultar deliberadamente una realidad social y científica como es la alienación o injerencia parental. Una realidad que podría existir y no haber sido objeto de estudio o debate, pero... que tampoco es el caso.

El SAP o como se le quiera llamar, supone o se concreta en una dolosa interferencia e injerencia por parte de un progenitor en la relación de su/s hijos/as con el otro progenitor, normalmente en momentos de inestabilidad o crisis familiar, a través de una constante denigración, vejación o desprecio hacia aquél/la. Esta realidad, PAS (según su terminología en inglés, *Parental Alienation Syndrome*), también conocido como Síndrome «*d'alienazione genitoriale*» o «*Mobbing* familiar» supone «... Un disturbo che insorge quasi esclusivamente nel contesto delle controversie per la custodia dei figli. In questo disturbo, un genitore –alienatore– attiva un programma di denigrazione contro l'altro genitore –genitore alienato– ...»

Así, como anunciábamos, días atrás, mientras el Ministerio de Igualdad auspiciaba la presentación en su sede de Madrid del libro *El pretendido Síndrome de Alienación Parental*, que según sus autoras «perpetúa el maltrato y la violencia machista» y es utilizado en casos de divorcio «sólo por el afán de ganar», Paloma Marín, Magistrada jefa del OVM del CGPJ arremetía contra la libertad e independencia de los jueces de este país aleccionándoles de lo que pueden o no valorar en sus resoluciones.

Por lo que se refiere al primer suceso, más allá de reconocer que cualquier discriminación (se la califique como se la califique, incluso de... «positiva») es ya una vulneración del principio de igualdad; Resulta retrógrado que una institución social pública participe conscientemente de una burda maniobra sexista o, alternativamente, se deje manipular en pro de un beneficio electoral dentro del sector interesado.

Recientemente leía un artículo en una publicación italiana que destacaba: «... Recenti studi e ricerche, come quelli dell' **Osservatorio Permanente Interassociativo sulla Famiglia e Minori** dell'Istituto degli Studi Giuridici Superiori o come quello dell' **Osservatorio della Federazione Nazionale per la Bigenitorialità** hanno evidenziato come questo particolare tipo di mobbing stia diventando sempre più frequente nelle relazioni coniugali contraddistinte da una intensa conflittualità...» Pero ello, al margen de su consignación, no es sólo objeto de análisis en Italia. En nuestro país existe un palmario sereno y científico interés de prestigiosos profesionales (hombres y mujeres) de diferentes disciplinas por conseguir el reconocimiento, regulación y estudio de esa realidad que tanta influencia tiene en los procesos judiciales de derecho de familia: Así, no sólo el Dr. José M. AGUILAR CUENCA, doctor en Psicología, psicólogo clínico y forense, especializado en la evaluación y tratamiento de las patologías que se analizan en el ámbito de los tribunales, quien participa en más de un centenar de proyectos de investigación, entre los que se incluyen estudios para distintas Administraciones y Universidades del Estado, autor de *SAP: Síndrome de alienación parental* Almuzara, 2004. ISBN 84-96416-04-6 y «El uso de los hijos en los procesos de separación: el síndrome de alienación parental», *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, ISSN 1139-5168, núm. 29, 2005, pp. 71-82, es uno de entre muchos adalides de la lucha, también la Dra. Francisca FARIÑAS RIVERA de la Universidad de Santiago de Compostela, autora de diversos trabajos como «Repercusiones del proceso de separación y divorcio: Recomendaciones programáticas para la intervención con menores y progenitores desde el ámbito escolar y la administración de justicia» o «Implicaciones psicológicas del proceso de separación y divorcio. Psicología Jurídica de la Familia. Intervención en casos de Separación y Divorcio (2002)»; a Dolores SEJO MARTÍNEZ; Ramón ARCE FERNÁNDEZ; Mercedes NOVO PÉREZ; Asunción TEJEDOR (Coordinadora de la Sección Jdca. del Colegio de Psicólogos del Principado de Asturias), autora de *El síndrome de alienación parental*, Editorial EOS, 2006. ISBN 84-9727-209-9; José Ignacio BOLAÑOS CARTUJO en su «Estudio descriptivo del Síndrome de Alienación Parental en procesos de Separación y Divorcio. Diseño y aplicación de un programa piloto de Mediación Familiar»; no olvidemos a Pablo SÁNCHEZ BARRANCO VALLEJO, Reyes VALLEJO ORELLANA, Fernando SÁNCHEZ BARRANCO, autores de «Separación o divorcio: Trastornos psicológicos en los padres y los hijos», *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, ISSN 0211-5735, vol. 24, núm. 92, 2004, pp. 91-112; o Francisco Javier PÉREZ PAREJA, Carmen BORRÁS SANSALONI, en *Intervención psicológica en un caso de alienación parental, Terapia psicológica con niños y adolescentes: estudio de casos clínicos*, coord. por José Pedro ESPADA SÁNCHEZ, Francisco Javier MÉNDEZ CARRILLO, Mireia ORGILÉS AMORÓS, 2006, ISBN 84-368-2014-2, pp. 435-464; sin olvidar a M. CARTIÉ, Ramón CASANY MORA, R. DOMÍNGUEZ, M. GAMERO, C. GARCÍA, autores de *Análisis descriptivo de las características asociadas al síndrome de alienación parental (SAP)*, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, ISSN 1576-9941, vol. 5, núm. 1-3, 2005, pp. 5-30; o a Iván SÁNCHEZ IGLESIAS, «Infancia y Adolescencia ante la separación de los padres: Efecto mediador de los Puntos de Encuentro Familiares», *Revista de Estudios de Juventud*, ISSN 0211-4364, núm. 73, 2006, pp. 93-107; a Laura ALASCIO CARRASCO, Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra BCN, el SAP; a Pilar GÓMEZ MAGAN, «Síndrome de Alienación Parental (SAP)» en la *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, ISSN 1139-5168, núm. 38, 2008, pp. 63-80; incluso a María José BLANCO BAREA, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, ISSN 1137-2435, núm. 90, 2005, pp. 44-55, etc.

Todo este colectivo y todo este debate pone de manifiesto que el SAP o como quiera llamársele, imputable a cualquiera de los progenitores (no exclusivamente femenino como ciertos grupos feministas pretenden) e incluso de familiares próximos (*v.gr.*, abuelos/as) está ahí y es una realidad.

Como ponen de manifiesto, el Dr. Adolfo JARNE ESPARCIA y Mila ARCH, psicóloga, en su trabajo, *DSM, salud mental y síndrome de alineación parental*, publicado en Papeles del Psicólogo, 2009, vol. 30(1), pp. 86-91 (*sic*) «... Nuestra propuesta sería la de considerar la presencia de un síndrome que va más allá de lo estrictamente clínico y judicial y que reúne estas características, se le dé el nombre que se le dé, no necesariamente Síndrome de Alienación Parental. Ello sería coherente también con la propuesta de Kupfer, First y Regier (2004), quienes en su escrito sobre la agenda de investigación para el desarrollo del DSM-V planteaban la posibilidad de que se incluyera al mismo nivel de los trastornos de personalidad un grupo de “trastornos de la relación” que acogerían situaciones donde el núcleo de la patología sería la dinámica relacional con relación evidente con las consecuencias psicopatológicas para las personas atrapadas en dicha relación. ... como ejemplo, ... el caso del “maltrato conyugal continuado...”»

Por lo que se refiere al segundo extremo, resulta inquietante que en la mayoría de Audiencias en las que ha habido posibilidad de discutirse, los órganos judiciales han tratado, debatido y reconocido ese síndrome, patología o circunstancia, como elemento –en bastantes ocasiones– a considerar para determinar los efectos o medidas de la separación y/o el divorcio. Entre otras muchas, en Barcelona (frecuentemente pionera de la actualización judicial), la sentencia de la que fue ponente el Excmo. Sr. Enrique ANGLADA FORS, AP de Barcelona, Secc. 18.^a, Sentencia de 17 de abril de 2008, núm. 272/2008, rec. 837/2007. «... Sin querer la Sala pronunciarse sobre si el denominado Síndrome de Alienación Parental (SAP) existe o no desde un prisma estrictamente científico, prefiere sólo entrar a examinar las pericias realizadas, que a juicio del Tribunal demuestran, que la relación afectiva del progenitor con la menor fue perjudicada conscientemente por parte de la madre con una actitud condescendiente que trataba además de promover un cambio en los roles familiares permitiendo a la niña tomar decisiones que no le corresponden por su edad, creando confusión en su situación psicoafectiva y relacional». Por su parte, don J. Pascual ORTUÑO MUÑOZ, AP de Barcelona, Secc. 12.^a, Sentencia de 25 de enero de 2007, núm. 63/2007, señalaba «... Efectivamente, es un derecho fundamental del niño mantener relaciones estrechas de afecto con sus dos progenitores, y las conductas de uno de ellos tendentes a dificultar o impedir tales relaciones, que pueden derivar en una verdadera y real enfermedad mental, el síndrome de alienación parental (SAP), deben ser objeto de especial atención por los tribunales, apartando radicalmente al niño del padre o madre que lo mantiene secuestrado psicológicamente, para facilitar la recuperación de su salud mental, como ha puesto de manifiesto la psiquiatría especializada. En el caso de autos, sí que ha quedado acreditada una conducta impropia de la madre, titular provisional de la custodia de la menor, que no ha facilitado la comunicación pacífica de la menor con el padre y ha utilizado impropriamente la legislación represora de la violencia de género con esta finalidad, obteniendo fraudulentamente una orden de alejamiento impuesta al demandante y posteriormente dejada sin efecto...» y la de la Secc. 18.^a AP de Barcelona, Sentencia de 18 e mayo de 2006, núm. 375/2006, suscrita por doña M. Dolores VIÑAS MAESTRE, «... En dicho informe se afirma asimismo que la hija mayor Ariadna cumple las once manifestaciones o síntomas que constituyen el síndrome de alienación parental y valoran como conveniente el tratamiento psicoterapéutico de las relaciones familiares a cargo de un psiquiatra al que ha acudido la hija mayor a instancias de la madre. En el segundo informe aportado, emitido el mes de diciembre de 2005, se pone de relieve la necesidad de que la madre desarrolle estrategias para transmitir a las hijas el apoyo que necesitan para elaborar la relación con su padre y se insiste en la necesidad de un seguimiento psicoterapéutico. Finalmente, atendiendo a la situación de riesgo en la que se encuentran las niñas, se aconseja incluso un cambio de custodia si la madre no cambia de actitud...»

Pero –obviamente– no son las únicas. Así, en Sentencia de fecha 20 de febrero de 2008, núm. 106/2008, don Francisco Javier MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, de la Secc. 1.^a de la AP de Pontevedra, suscribía «... los informes y declaraciones de los profesionales que han intervenido y tenido conocimiento de la problemática que ahora nos ocupa, van en la misma dirección, a favor de establecer la guarda y custodia ordinaria en favor del padre, evitando la influencia negativa que la madre inculca a la niña sobre la figura paterna...» Por su parte, la Sentencia de 17 de octubre de 2005 de la Secc. 1 de la AP de Orense, Sentencia de 17 de octubre de 2005, suscrita por doña A. Irene DOMÍNGUEZ-VIGUERA FERNÁNDEZ, que reza «... Segundo.– 1.^a La juzgadora de instancia ... concluyó, tras la valoración psicológica de todos los componentes del núcleo familiar, que el menor padecía un “síndrome de alienación parental” generado durante la larga disputa mantenida en relación a su custodia, y motivado por el proceso de descalificación de uno de los progenitores en relación al otro proyectada sobre el menor, y llevada a cabo “a través de la difamación reiterada, que desembocó en un rechazo y animadversión del menor hacia el progenitor difamado y hacia las demás personas del núcleo familiar que se asocian con él”. Tercero.–En estas circunstancias, se estima más adecuado y acorde al interés del menor, incrementar el régimen de comunicación y convivencia entre el menor y su padre, aunque manteniendo la actual situación de guarda y custodia, en tanto que la madre se presenta como una persona capaz y equilibrada para desempeñar tal función tuitiva según informe del perito siquiatra. Régimen que no cabe alterar por el solo deseo manifestado del menor, sin apoyo en un motivo serio y razonable. Ello, atendiendo a las siguientes razones: primera, porque otorgar la custodia al padre sería tanto como convertir al menor en árbitro de tal situación y delegar en él responsabilidades que no le corresponden en razón de su edad y en su claro perjuicio. Segundo, porque aun cuando no se estimase concluyente el informe del Dr. Alfonso en cuanto a que el menor padece el llamado “síndrome de alienación parental”, motivado por una negativa influencia del padre (nada se concluye en tal sentido en el informe emitido por la Unidad de Salud Mental Infanto-Juvenil) sí se deriva de la prueba practicada una tendencia perniciosa del padre a involucrar al menor en las decisiones relativas a su guarda y custodia, ..., hecho revelador que supone implicar al menor de un modo inapropiado, y en su perjuicio, en las diferencias de los padres surgidas en el proceso de separación...».

Muestra asimismo de esa realidad que postulamos es la Sentencia de don Antonio ALCALÁ NAVARRO, de la Secc. 6.^a de la AP de Málaga de 5 de octubre de 2007, núm. 518/2007, reseñaba en el texto de su resolución «... lo cierto es que la separación de los progenitores ha influido de modo muy negativo en la relación de los hijos con ellos, sobre todo por la influencia acaparadora del padre sobre ellos, que exclusiviza la relación con los mismos, descalificando a la madre, lo que ha provocado que de hecho el hijo mayor no reconozca más referente de autoridad que la de su padre, no acatando directrices de su madre, despreciándola, lo que hace inevitable que se respete la voluntad del hijo mayor, Juan Francisco, de 11 años de edad, de vivir con su padre, aunque se separe a los hermanos, y así lo aconseja el informe de la especialista cuyo dictamen se produjo en esta segunda instancia, lo que permitirá, no obstante, que continúe el contacto entre los hermanos, que asisten al mismo colegio, estableciéndose el régimen de visitas que la propia sentencia apelada señala, de modo que no exista intercambio de hijos en esos períodos entre los progenitores, sino que los hermanos estén siempre juntos los fines de semana y períodos de vacaciones, alternándose padre y madre en la custodia conjunta de ambos hijos, con la advertencia a ambos litigantes de que deberán colaborar en la integración de los hijos con uno y otro de sus progenitores, del modo indicado en el informe de la psicóloga de apoyo a la Administración de Justicia, pues pueden incurrir, sobre todo el padre, en el síndrome de alienación parental,

que podría tener un efecto muy negativo en la continuación de la guarda y custodia que se le concede del hijo mayor...» o la de don José A. CABALLERO GEA, de la Secc. 2.^a de la AP de Córdoba, que en su resolución de 10 de septiembre de 2007, núm. 201/2007, refería «... Las limitaciones establecidas al régimen de visitas son correctas, dado la psicosocial practicada. Los menores no se han de quedar a solas con su progenitor, a fin de evitar que por el mismo se hagan manifestaciones verbales a sus hijos, que puedan dañarles psicológicamente, o provocar un síndrome de alienación parental. No procede reducir la pensión de alimentos a favor de los hijos, toda vez que es adecuada y proporcional a ingresos y necesidades...» y la de la Secc. 1.^a de la AP de Soria, en Sentencia de 29 de mayo de 2007, núm. 93/2007, suscrita por don Rafael M. CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE, donde se reseña: «... La Sala considera que frente a la atribución de la custodia del menor a favor del padre por el órgano *a quo*, y atendiendo a las circunstancias que rodean al caso, y debiendo prevalecer el interés del menor, no existe causa que justifique el cambio de custodia solicitado, aun pudiendo apreciar que se vea afectado por el síndrome de alineación parental...». Nuevamente, en el ámbito de la AP de Madrid, la Secc. 23.^a, en Sentencia de fecha 15 de febrero de 2007, núm. 225/2007, suscrita por don Fco. Javier CORREAS GONZÁLEZ se hace referencia al SAP, «... el régimen de visitas de la hija con el demandado se llevará a cabo cuando ambos lo acuerden, manteniendo la Sala la custodia del hijo menor a favor de la madre, puesto que a juicio de la Sala fue acertado el criterio de la Juzgadora de Instancia, a la vista del síndrome de alienación parental que venía sufriendo el menor a manos de su padre...». En el mismo sentido, la Secc. 4.^a de la AP de Asturias, Sentencia de 11 de diciembre de 2006, núm. 434/2006, de la que fue ponente don Francisco TUERO ALLER, consignaba: «... la Sala estima parcialmente el interpuesto por la actora contra la sentencia de instancia, que declara el divorcio de los litigantes y sus efectos, confirmando la atribución de la guarda y custodia de los menores con carácter temporal al Centro Público de la Administración hasta su mejoría y posteriormente a la madre, justificando la Sala dicha medida en el síndrome de enajenación parental sufrido por los menores, por la manipulación e influencia negativa del padre hacia la madre, que ha determinado un comportamiento en éstos inusualmente violento para su edad...»

El SAP, que califican de «pretendido», es asimismo estudiado y por ende reconocido, aunque descartada puntualmente su trascendencia, que no su existencia, en la Sentencia de la AP Asturias, Secc. 1.^a, de 19 de julio de 2007, núm. 309/2007, rec. 138/2007, de la que fue ponente don Javier ANTÓN GUIJARRO en el FD 2, redacta «... Por lo que respecta primeramente al régimen de custodia de los hijos menores la cuestión no presenta dudas, pues aun cuando es cierto que en el informe de la perito Sra. Susana se advierte de que los hijos Rodrigo y Manuel sufren las consecuencias de la conflictividad entre sus padres y presentan una situación que recuerda la mayoría de las características de programación mental (síndrome de alienación parental), no lo es menos que la propia perito en el acto de la vista se ocupó de precisar que el progresivo aumento de las visitas con el padre revela por sí mismo que las posibles manipulaciones que hayan podido existir para influenciar a los menores de modo negativo hacia aquél deben necesariamente haberse atenuado..., la perito de designación judicial Sra. Bárbara, expresamente señala que no se aprecia en la exploración indicadores que alerten de la presencia de “síndrome de alineación parental”...». En Sevilla, don José M. FRAGOSO BRAVO, de la Secc. 8.^a de su AP en Sentencia de 24 de noviembre de 2006, rollo 467/2006, decía: «... considerando que en el caso de autos la menor está sufriendo de un síndrome de alienación parental inducido por la hoy recurrente...» Dentro de esta tendencia, no falta la Secc. 1.^a de la AP de Murcia, don Álvaro CASTAÑO PENALVA, en su Sentencia de 16 de octubre de 2006, núm. 367/2006, nos expone «... La AP estima el recurso de apelación interpuesto, concediendo a los demandantes, abuelos de la menor hija

de la demandada los derechos de visita solicitados. Recuerda la Sala que no puede impedirse sin justa causa las relaciones personales de los hijos con los abuelos constatándose en el caso de autos que las circunstancias alegadas por la demandada para negar el derecho de visita de los abuelos son claramente insuficientes y si bien el menor ha rechazado las visitas, se evidencia la existencia de un síndrome de alienación parental fomentado por la madre para indisponer al menor en contra de su padre, siendo dicha situación intolerable para el juzgado...». Y no podemos olvidar un análisis serio en la Sentencia de 23 de marzo de 2006 de la Secc. 1.ª de la AP de Segovia, suscrito por el Magistrado don Andrés PALOMO DEL ARCO en el que se puede leer «Tercero. El nudo gordiano de la cuestión, como puede fácilmente deducirse de lo indicado en los puntos anteriores, es la manipulación que, por la Sra. Soledad y de forma voluntaria (o no), se está haciendo de sus hijas Patricia y Pilar, habiendo llegado a un manifiesto, a la par de preocupante, caso del denominado SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL. Las menores rechazan no sólo la relación con su padre y restante familia paterna (tíos y primos) con los que convivieron durante años, sino incluso con la rama materna, bisabuela doña Sara, abuela doña Luisa, tía abuela Antonieta y tíos Isabel y Juan Ignacio, residentes en Segovia capital y en el municipio de El Espinar. Las gravísimas consecuencias de esta situación, como ya se ha pedido con anterioridad (sin resultado hasta la fecha), deben ser abordadas y corregidas con la mayor rapidez por los problemas que en el futuro, en el desarrollo de las menores, puede acarrear. (...) nos advierte Gardner, a quien debemos la inicial formulación del Síndrome de Alienación Parental hace veinte años, que debe atenderse especialmente a evitar un diagnóstico erróneo, en el caso de que el rechazo sea debido a negligencia parental; de singular significación en el caso de autos, dados los antecedentes conductuales y psicopatológicos del recurrente, y el contenido de las conversaciones con sus hijas trascritas en el procedimiento; pues como informa la parte apelada que “un padre someta a sus hijas a situaciones de pánico, que amenace abiertamente con matar a la que es su madre, o incluso matarlas a ellas mismas, con pegarlas, etc., etc., evidentemente, no puede ser considerado como elemento integrante de un desarrollo emocional equilibrado”; ni precisa de interferencias de tercera persona, para entender y explicar el rechazo de las niñas...».

Asimismo, aun cuando sea un somero apunte, no olvidemos la Sentencia de la Secc. 6.ª de la AP de Asturias, de 30 de octubre de 2006, núm. 399/2006, suscrita por doña M. Elena RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, yendo la Sala incluso en contra del criterio que establecía el informe psicológico realizado a instancias del Juzgador de Instancia, que consideraba oportuno el cambio de custodia a favor del recurrente, refiere que si bien es cierto que a la madre custodia le está costando más asumir y superar la crisis matrimonial, pero también que en ningún momento ha impedido la relación de los hijos con su padre en los términos pactados en el Convenio Regulador, aunque es necesario un cambio de actitud en la citada, cesando en la presión emocional y el control de la relación que mantiene su hijo Agustín con su padre durante las visitas, con todo y con ello la actual situación no exige en este momento la drástica medida del cambio de custodia...», o también la de la AP de Lleida, Secc. 1.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2006, núm. 40/2006, rec. 112/2005, de la que fue ponente doña Lucía JIMÉNEZ MÁRQUEZ, «... De lo actuado, concretamente de la exploración del menor, se desprende su claro deseo de convivir con el padre, negándose a mantener contacto con la madre, sin que del informe elaborado por los profesionales del EATAV se desprenda la existencia del alegado síndrome de alienación parental del menor, debido a la actitud del padre...», o también, la Sentencia de la Secc. 3.ª de la AP de León, de 12 de enero de 2007, núm 13/2007, rec. 307/2006, de la que fue ponente don Luis A. MALLO MALLO, en las que ne-

gando que pueda existir –en el tema que examinan– un SAP, dejan claro que este síndrome existe y qué evidencias tiene ya que de otro modo ¿cómo podrían descartar su existencia?

Por último, más allá de las sentencias dictadas por las audiencias provinciales en segunda instancia, no podemos olvidar las innumerables sentencias dictada por los Juzgados de instancia (civiles y mixtos), los de violencia sobre la mujer y los especiales de familia que son los que lidian diariamente con estos problemas. Y entre ellos a meros efectos ilustrativos y enunciativos, pues en modo alguno son limitativos, la Sentencia 62/2008, de 15 de septiembre, del Juzgado VM núm. 2 de Barcelona (autos 101/2006) de doña Francisca VERDEJO TORRALBA, «... utilización maliciosa de la denuncia y del procedimiento penal ... sin apoyo fáctico, pero claramente con una intención dirigida a impedir al actor ver a su hijo...»; la Sentencia del Juzgado de Familia núm. 7 de Sevilla, de 9 de enero de 2007, núm. 4/2007, autos 453/2006, dictada por don Francisco SERRANO CASTRO, «... se constata que realmente el niño no muestra un rechazo manifiesto hacia su padre, y en todo caso el rechazo que representa sólo obedece al conflicto de lealtad al que se haya sometido, un conflicto en el que Alejandro ha optado por el progenitor con el que siente una mayor vinculación, fomentando ese aparente distanciamiento la propia madre en una estrategia de alienación parental que se hubiera culminado con el refrendo judicial de su intención de consagrar la orfandad de su hijo...» o la del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4, Llíria, Sentencia de 27 de noviembre de 2006, núm. autos 646/2006, suscrita por doña Sandra GIL VICENTE «... el tribunal argumenta que debe accederse al cambio de guarda y custodia del menor a favor del padre, al sufrir aquél un síndrome de alienación parental provocado por la madre, debiendo atribuirse a dicho padre y su hijo el uso de la vivienda familiar y debiendo contribuir la madre a los alimentos de su hijo en proporción a sus ingresos...» o la Sentencia de 4 de junio de 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4, Manresa, núm. autos 567/2006, por doña M. Eloina GONZÁLEZ ORVIZ, «... el Juzgado se pronuncia sobre el régimen de guarda y custodia de la menor a favor del padre en la medida que ha resultado acreditado que la niña padece cuando menos una fobia severa hacia el padre –síndrome de alienación parental...» y la de don Joaquín M. ANDRÉS JOVEN, del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Palma de Mallorca, Sentencia de 29 de mayo de 2007, que señalaba: «... Se estima la demanda de modificación de medidas y se retira temporalmente la guarda y custodia de la menor a la madre a la par que se le prohíben las visitas y todo contacto, incluido el telefónico, hasta nuevo informe pericial a realizar en cuatro meses. Considera el Magistrado que la situación actual excede un mero conflicto de lealtades, pues la niña ha asumido casi en su totalidad las tesis maternas sobre su padre y la familia paterna como consecuencia de la prolongada manipulación de la que ha sido objeto por aquélla, consciente o inconscientemente. Así las cosas, en este momento la menor presenta una relación patológica en la forma de relacionarse con su familia que debe ser corregida, y ello con independencia de que la situación de la menor pueda ser calificada como de un Síndrome de Alienación Parental severo o moderado-severo y con independencia asimismo de que las conductas manipulativas de la madre respondan a la ejecución de un plan preconcebido o a un exceso de protección a su hija hasta extremos patológicos...».

En conclusión, la injerencia o la interferencia parental, también denominada «*Mobbing familiar*», es una evidencia y una realidad a nivel social y jurídico, ajena a su catalogación técnica. Si por ella entendemos que esta práctica, inserta en el interior de la dinámica relacional conyugal o de pareja, es la responsable del intento de deslegitimizar o anular, como referente, a uno de los progenitores, llevada a cabo –en la mayoría de los supuestos– por el otro progenitor, con intención de excluirle del ámbito emocional y decisorio de los meno-

res, las disquisiciones sobre su encuadre no pueden ser óbice para reconocer su existencia, evidente en multitud de crisis familiares donde se debaten y enfrentan intereses personales y, a menudo, con sustrato económico (alimentos, pensiones, vivienda, etc.) aunque no siempre.

Resulta imposible sostener que esa actividad (la injerencia o interferencia parental) no existe y que la «lucha de poder» que en la mayoría de supuestos arrastra, no tenga influencia en el desarrollo y crecimiento de los menores. Toda la tinta vertida en foros médicos y/o psicológicos obedece a esa realidad pues, qué duda cabe que, lo contrario resultaría ridículo.

Como sostienen Adolfo JARNE ESPARCIA y Mila ARCH MARÍN (*op. cit.*) y en transcripción libre, enfermedad mental y salud mental no es lo mismo, ni tampoco son las dos caras de una misma moneda; tampoco lo uno es lo contrario de lo otro. Todo tipo de enfermedad conlleva malestar a algún nivel, pero tampoco es suficiente la ausencia de enfermedad mental para desarrollar salud mental. La OMS estableció el principio de que la salud no es la simple ausencia de enfermedad, sino un estado de bienestar físico, social y psicológico, por lo que se puede no estar enfermo y/o padecer ninguna enfermedad mental pero las condiciones físicas, sociales o psicológicas de la persona no ser las propias de una situación de salud mental; a modo de ejemplo, una mujer crónicamente maltratada en el ámbito doméstico puede no padecer ningún trastorno mental, tampoco se le puede considerar una enferma mental, pero generalmente no tiene una buena salud mental pues su realidad social, familiar y a menudo física está marcada por el sufrimiento. ¿Resulta acaso prescindible el sufrimiento del menor?

Toda afrenta interesada a la armonía infantil en pos o no de lucro propio, que conlleve un ataque al *favor filii* o al interés del menor (sujeto de la mayor protección judicial) por parte de cualquier miembro de la unidad familiar debe ser erradicada y combatida por los órganos judiciales. El rosario de resoluciones judiciales que –considerándolo concurrente o no, estableciendo su existencia o no– entran en el análisis de las necesidades del menor y el posible sesgo que de ellas lleva a cabo su entorno familiar pone de relieve que la injerencia existe, más allá de su «calificación» o encuadramiento.

Revista de Derecho de

familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON LA EXIGENCIA DE INFORME FAVORABLE DEL MINISTERIO FISCAL PARA ACORDAR LA CUSTODIA COMPARTIDA

La Sec. 2.^a de la Audiencia Provincial de Navarra, en su Auto de fecha 20 de enero de 2010 ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad respecto a la exigencia establecida en el artículo 92 del CC en cuanto que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal para que pueda acordarse la custodia compartida cuando es solicitada únicamente por uno de los progenitores.

Por su profundidad en la materia a continuación insertamos los razonamientos jurídicos de esta resolución:

Primero.—Cumplimiento de los requerimientos procedimentales y juicio de relevancia constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad que planteamos (artículo 35.2 de la LOTC).

Hemos definido en la introducción de la presente resolución, los concretos elementos de consideración «Constitucional», por los cuales, entendemos, que la exigencia de «informe favorable», del Ministerio Fiscal, establecida en el núm. 8 del artículo 92 del C. Civil, en la redacción conferida, a tal precepto por la Ley 15/2005, de 8 de julio, para el supuesto, que como se ve por lo expuesto en el antecedente de hecho primero de la presente resolución, es el del caso que nos ocupa, en el cual, por el Sr. Enrique, padre de los pequeños Amaya y Samuel, se solicita la guarda y custodia compartida, pero ni la «Juzgadora *a quo*», ni este Tribunal de apelación, pueden decidir sobre la misma, pues en ambas instancias «no existe un informe favorable del Ministerio Fiscal». Entendiendo este Tribunal de apelación, que la expresada exigencia de «informe conforme del Ministerio Público», infringe, la regulación constitucional de los derechos «superprotegidos», a la igualdad, –artículo 14 de la Constitución–, la prohibición de injerencias injustificadas de la autoridad pública, exenta de control jurisdiccional en la vida privada y familiar, –artículo 18–, y a la tutela judicial efectiva, con arreglo al artículo 24 de nuestra norma fundamental. También vulnera, el sistema de protección, de los intereses superiores de los niños, en base al artículo 39 de la Constitución. Y desde una perspectiva que pudiéramos calificar de «orgánica-constitucional», la limitación al ejercicio de nuestra facultad decisoria, compromete, la plenitud del ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional, que nos reconoce el ya citado artículo 117.3 de la Constitución.

Por la representación procesal, del Sr. Enrique, se solicitó, durante el trámite de juicio en la instancia, la atribución de la guarda y custodia compartida, sobre los pequeños Amaya y Samuel.

En la sentencia de instancia, concreta y específicamente, se desestima la implementación de este sistema de realización práctica de la responsabilidad parental, pues según se argumenta, tal y como hemos dicho en el primer antecedente de hecho de esta resolución, no concurre uno de los requisitos fijados en el artículo 92.8 del C. Civil, –insistimos en la redacción conferida por la Ley 15/2005–, cual es la existencia de informe favorable del Ministerio Fiscal. Destacándose, en la sentencia de instancia, que «resulta formalmente de imposible aplicación», la «custodia compartida», «a la vista del informe del Ministerio

Fiscal». Para establecerse un sistema de «custodia exclusiva a favor de la madre y un régimen de visitas a favor del padre».

Bien es cierto, que el régimen de visita, establecido, para ser desempeñado por el Sr. Enrique, en el extremo 2 del fallo de la sentencia de instancia, es de «perceptible amplitud», que como argumentamos en el primer razonamiento jurídico de nuestro Auto de 6 de octubre de 2008, por el cual, recibíamos el presente rollo de apelación civil: «... se aproxima en extremo a un sistema de “custodia compartida”. Pero como se ve, en la sentencia de instancia, no se establece concreta y específicamente un sistema de «guarda y custodia compartida».

El Sr. Enrique, entre sus peticiones ante este Tribunal de apelación, solicita, el establecimiento de un «sistema propio», de guarda y custodia compartida. Decidimos la práctica, de la prueba pericial psicológica, para determinar, la adecuación a las concretas circunstancias del caso de la «idoneidad del sistema de custodia compartida, desde la perspectiva de su adecuación al superior interés de los hijos, de las personas aquí litigantes». Y el resultado de tal dictamen pericial, sometido, a plena contradicción en la vista que celebramos el 30 de septiembre pasado, determina, que resultaría idóneo, para los hijos, desde el punto de vista psicológico, el establecimiento de un régimen de custodia compartida, proponiéndose por la Sra. psicóloga, «dos sistemas», para la implementación práctica, de este régimen de guarda y custodia compartida.

Ello determina, a los efectos de explicación de cumplimiento de las exigencias procedimentales y explicitación, de las razones que amparan a nuestro parecer, el «juicio de relevancia constitucional», de la cuestión de inconstitucionalidad que planteamos, las siguientes consideraciones:

A) El sistema de realización práctica, de las funciones de guarda y custodia, inherentes a la responsabilidad parental, fijadas en la sentencia de instancia, a pesar de la extraordinaria amplitud del «régimen de visita», establecido con relación al Sr. Enrique –progenitor no custodio, pues la guarda y custodia se atribuye en la Sentencia de instancia a la madre de los pequeños Amaya y Samuel–, no es el propio de un sistema de «guarda y custodia compartida». Sin que podamos aceptar, a estos efectos de valoración sobre la procedibilidad de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la argumentación que se contiene en el fundamento de derecho segundo de la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de (familia), de Pamplona, de fecha 18 de abril de 2008, en el sentido de que «con independencia de la denominación que se le dé, lo que se trata de determinar es el reparto de tiempo de los menores con sus progenitores...».

El padre de los pequeños Sr. Enrique, solicitó en la instancia y ahora reitera su petición, ante este Tribunal de apelación, avalada desde la perspectiva del criterio técnico psicológico, en el informe pericial de la psicóloga Sra. Juana Viezma, que se le atribuya, la guarda y custodia compartida, sobre sus hijos Amaya y Samuel, por constituir, el expresado sistema de realización práctica de la responsabilidad parental. el régimen más adecuado para proteger el interés superior de sus hijos. Y el mismo, según se reconoce en la Sentencia de instancia, no puede serle atribuido, porque no existe informe favorable del Ministerio Fiscal.

B) También a este Tribunal de apelación, la inexistencia del requerido inevitablemente, «informe favorable», del Ministerio Fiscal, nos impide en este concreto caso, valorar, para fundamentar una hipotética decisión, favorable al establecimiento de un sistema de guarda y custodia compartida, si «... sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés supe-

rior del menor», –inciso final del artículo 92.8 del C. Civil–. De modo, que de esta forma se nos «hurta», es decir se nos impide el ejercicio efectivo de la exclusividad de nuestra potestad jurisdiccional, en orden a considerar, como titulares exclusivos y excluyentes del poder judicial en nuestro estado social y democrático de derecho, los muy diversos condicionantes, que configuran el «interés superior del menor». Pues, el Ministerio Fiscal, no es titular del Poder Judicial y por ello no puede ejercer la potestad jurisdiccional, cuyo ejercicio exclusivo, según ya se ha dicho, nos confía a los juzgados y tribunales determinados por las Leyes, en el núm. 3 del artículo 117 de nuestra Constitución.

Hemos entendido que debemos centrar nuestra atención en el fortalecimiento de la posición del menor, no como objeto de tutela, sino como sujeto de derechos que hace preciso reconocerle un ámbito decisonal propio, cuando sus condiciones de madurez así lo permitan. Precisamente, en los casos como el presente, en el que sus intereses se ponen en conflicto con los de sus padres, aflora el interés superior del menor como criterio de valoración de los intereses en conflicto. Hasta el punto, que se configura como fundamento último de toda normativa, tanto interna como internacional, y ha devenido principio rector de cualquier decisión relativa a los hijos. De modo, que el principal, pero ciertamente, no el único criterio a seguir, en la asignación de la guarda, tras la crisis matrimonial, es el de afirmación de la prevalencia del interés superior del menor, que no se puede disociar de un modelo de «coparentalidad», que reconoce la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos padres. que sienta las bases en la prevalencia del expresado interés superior del menor.

Para lograr los expresados objetivos, se han instaurado fórmulas, como la guarda y custodia compartida, sin olvidar claro está que el logro de la equidad es un objetivo secundario al servicio del interés superior del niño. Precisamente, este criterio, es el que permite elegir una modalidad adecuada de custodia. De modo que no se pueden desconocer las facultades reconocidas, también con relevancia constitucional a los padres, en aras a posibilitar la realización práctica de este régimen de «coparentalidad», cuando viven separados, cual es el caso de los progenitores de los niños Amaya y Samuel.

Pero, en este concreto caso, no podemos, realizar la valoración, acerca del superior interés de los pequeños Amaia y Samuel, ni actualizar las expectativas legítimas de su padre a la implementación efectiva de este régimen de «coparentalidad», porque para realizar una valoración efectiva del mismo, a los efectos de decidir sobre la guarda y custodia compartida solicitada por su expresado padre, encontramos un impedimento insoslayable, desde la ineludible vigencia del principio de legalidad, –una vez más citaremos el artículo 9.3 de nuestra norma fundamental–, que requiere, para realizar esta valoración del «informe favorable», sobre la custodia compartida, del Ministerio Fiscal, que de este modo, sin estar constitucionalmente legitimado, a estos efectos, dada la exclusividad de atribución del ejercicio de la potestad jurisdiccional a los jueces y tribunales que integramos el Poder Judicial, se erige, en exclusivo intérprete y en su caso valedor de este superior interés de los niños. Porque la actual regulación legal, le atribuye una función de veto, condicionante de la independencia y de la exclusividad del ejercicio del Poder Judicial, confiado a los jueces y tribunales que insistimos integramos el Poder Judicial; ya que esa función impeditiva que se le reconoce legislativamente al Ministerio Público, no puede ser objeto de revisión jurisdiccional.

Examinaremos las alegaciones, realizadas por el Ministerio Fiscal y las partes, en el trámite que habilitamos a estos efectos en nuestra providencia antes transcrita de 21 de octubre de 2009.

Entiende el Ministerio Fiscal, –en una actitud procesal contradictoria con la que mantuvo en el trámite habilitado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en el Rollo civil 291/2006, que condujo, al planteamiento por la expresada Sección del Tribunal Provincial, de la cuestión de inconstitucionalidad, relativa al artículo 92.8 del Código Civil en la redacción conferida por la Ley 15/2005, mediante su Auto de 13 de septiembre de 2006; hallándose en trámite ante el Tribunal Constitucional, la expresada cuestión de inconstitucionalidad– falta de uniformidad en la actuación del Ministerio Público, que constatamos, porque según se expone en el antecedente de hecho cuarto de dicho Auto, el Ministerio Fiscal, presentó escrito con fecha 25 de julio de 2006, compartiendo con la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, la oportunidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, al darse los supuestos del «juicio de relevancia», del artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por cuanto, «el fallo judicial depende de la norma cuestionada, en aparente colisión con los preceptos constitucionales invocados por esta Sala», (en concreto la Sala consideraba, vulnerados, el artículo 117; 24; 14 y 39 de la Constitución Española).

Pues bien, en nuestro caso, en su informe de 27 de octubre pasado, entiende el Ministerio Fiscal, que la exigencia de informe favorable, que se contiene en el artículo 92.8 del Código Civil, no supone ninguna limitación al ejercicio de la potestad jurisdiccional, ya que es semejante a los supuestos en que en juicio penal no se ejercitan las acciones penales por el Ministerio Fiscal y por tanto conforme al principio acusatorio el Tribunal no puede entrar a conocer de la causa por lo que deberá en todo caso dictar una sentencia absolutoria.

No podemos aceptar, tales consideraciones jurídicas, expuestas por el Ministerio público. Como se expresa en el fundamento de derecho doce, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1994, de 3 de marzo, al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la LO 4/1988, de 25 de mayo, que introducía en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la prórroga de la detención y de la excarcelación de sospechosos o condenados por terrorismo: «... lo determinante es la garantía judicial de supervisión y decisión». Y se convendrá, que en este caso, para nada podemos actualizar la expresada garantía, porque en sus dos informes, emitidos en la tramitación del presente proceso, el Ministerio Fiscal, ha ejercido, su «función de veto», que nos impide, determinar, la idoneidad en las concretas circunstancias del caso, de la aplicación efectiva del sistema de custodia compartida, solicitada, por el Sr. Enrique, respecto de sus hijos, Amaya y Samuel.

En efecto, en el informe emitido en la instancia, por el Ministerio Fiscal con fecha 12 de marzo de 2008, se expresó que «respecto de la patria potestad consideramos que la misma debe ser compartida por ambos padres; asimismo entendemos que en interés de los menores, Amaya y Samuel, se atribuya la guarda y custodia de los menores a favor de la madre, y ello por considerar que el establecimiento de una guarda y custodia compartida ser, –*sic*–, articula ciertamente compleja, ante la difícil comunicación que presentan ambos progenitores, y todo ello, sin perjuicio de que se considere pertinente un régimen de visitas amplio a favor del padre, como posteriormente se señalará».

Ya hemos indicado, que en la sentencia de instancia, se considera «formalmente de imposible aplicación», la guarda y custodia compartida: «... a la vista del informe del Ministerio Fiscal».

Después de la práctica de la prueba pericial psicológica, y la emisión del informe pericial, en la Vista que celebramos el pasado 30 de septiembre, y concretamente en dicho acto procesal, la Ilma. Sra. Fiscal, entendió que debía ser confirmado el régimen de guarda

y de realización práctica del derecho de visita, establecido en la sentencia de instancia. No expresando un dictamen favorable, a la implementación práctica en este caso de un sistema de guarda y custodia compartida. Entendiendo la Ilma. Sra. Fiscal, que el informe de la Sra. psicóloga, no partía de premisas reales; no aportaba las suficientes garantías para el supuesto de un «cambio de actitud del padre» y sobretodo, cuestionaba, la imposición por el padre, a sus hijos, cuando ejercitaba el derecho de visita, conformado en la sentencia de instancia, de un deber a sus hijos de «abstención de toda comunicación con su madre y su entorno».

Insistimos en lo que hemos dicho, la ausencia de informe favorable, del Ministerio Fiscal, nos impide ejercitar, la exclusividad de la potestad jurisdiccional, que nos confía la Constitución Española, a los efectos, de materializar nuestro deber jurídico, de protección del «interés superior de los menores», en concreto aquí de los niños Amaya y Samuel. Lo que consideramos «inconstitucional».

En las alegaciones realizadas, por la representación procesal de la Sra. María Teresa, se cuestiona primeramente la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Pues según se argumenta, no sólo el informe desfavorable del Ministerio Fiscal impide al Tribunal estimar la petición del padre, sino también la carencia del tercero de los requisitos establecidos en el artículo 92.8 del Código Civil en su último inciso, entendiéndose en consecuencia, que el fallo judicial no depende de la norma cuestionada (en cuanto al informe favorable del Ministerio Fiscal), sino que estaría ya condicionado por no ser la guarda y custodia compartida el único sistema para proteger adecuadamente el interés de los menores en el presente caso.

Tampoco podemos aceptar esta argumentación, que se quiere erigir en impeditiva del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Somos plenamente conscientes, del carácter «excepcional», con el que se configuró, en la reforma del Código Civil operada en julio del año 2005, para la «guarda y custodia compartida». Ciertamente es, que con el nuevo artículo 92 del Código Civil, en la redacción conferida por la reiterada Ley 15/2005, se ha otorgado, refrendo legal, a la guarda y custodia compartida. Pero, no es menos verdad que se le han adjuntado tantas exigencias y requisitos para su determinación, que las posibilidades de acordarla de los padres se han cercenado considerablemente. Se ha acentuado la intervención y vigilancia del Juez en el ejercicio de la patria potestad en consideración al mayor interés del menor, que fue uno de los pilares sobre los que se centró la reforma del Código Civil de 1981. Y se entendió ahora en el sentido de coartar el arbitrio judicial hasta el momento existente, optando por dirigir la intervención judicial de forma más precisa cuando de la medida de custodia compartida se trata. La nueva legislación instaurada en julio de 2005, no hace sino restringir la libertad de actuación judicial en este sentido. Pero a nuestro juicio, establece una exigencia inconstitucional de «informe favorable del Ministerio Fiscal», al que como antes hemos dicho, se le atribuye, sin fundamento constitucional insistimos, una «función de veto», para que podamos decidir, la custodia compartida en forma contenciosa. Precisamente, la carencia, del informe favorable del Ministerio Fiscal, nos impide entrar a valorar, las exigencias verdaderamente sustanciales, desde la perspectiva del superior interés de los niños Amaya y Samuel, de esta modalidad práctica, de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la separación de sus padres. Y por ello, contrariamente a lo que entiende la representación procesal de la Sra., en estos momentos, no podemos valorar, porque así nos lo impide, la indeclinable diligencia

del principio de legalidad, si «... sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor», –inciso final del número 8 del artículo 92 del Código Civil–.

El precedente decisorio, citado, por la representación procesal de la Sra. María Teresa, concretado en nuestra sentencia 92/2007 de 24 de mayo, no puede ser considerado, a los efectos pretendidos, es decir los impeditivos del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad. Ciertamente, en aquel caso, consideramos, que la guarda y custodia compartida, no era la única forma de proteger adecuadamente el mayor interés de la menor. Y por ello, no valoramos la posibilidad, de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ante la carencia, de informe favorable del Ministerio Fiscal. Contrariamente, a lo acontecido, en el conflicto enjuiciado en nuestra sentencia de 2007, en este caso, poseemos, suficientes elementos de ilustración, concretados en el informe pericial, decidido para su práctica en la presente apelación por este Tribunal Provincial, que nos permita entender, que el sistema de guarda y custodia compartida, solicitado, por el Sr. Enrique, con la oposición de la Sra. María Teresa, pudiera ser adecuado, en las concretas circunstancias del caso, para proteger el superior interés, de los niños Amaya y Samuel. Y también, para satisfacer, la expectativa legítima, del derecho, que posee su padre, el Sr. Enrique, a «estar», con sus hijos.

Permítasenos citar otro precedente decisorio, en concreto, el contenido en nuestra Sentencia 134/2006, de 3 de noviembre, allí argumentábamos, en relación con la regulación contenida en el artículo 96 del CC sobre la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad:

«En este sentido, debemos recalcar que la justicia que se propugna en el artículo 1.1 de la Constitución, como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, encierra, en primer lugar y ante todo, un mandato dirigido al legislador (por ello no es, como se indica en la STC 20/1987 –Sala Primera–, “un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo”), en cuanto creador ordinario de las normas legales, quien dispone de un amplio margen de actuación para su plasmación, sin perjuicio del control constitucional atribuido al Tribunal Constitucional, y que en esta materia, dado el carácter abierto y plural del valor justicia, suele conectarse, en lo que interesa a este caso, con el principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución; arbitrariedad que sería apreciable sólo “si la norma impugnada careciera de toda explicación racional” (SS del Pleno del TC 142/1993, de 22 de abril, FJ 9 y 108/1986, FJ 18). En esta misma línea se pronuncia el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 181/2000 (Pleno), de 29 de junio, al señalar que “El valor justicia del artículo 1.1 de la CE no puede, pues, identificarse unilateralmente con particulares modos de entender lo justo, ni con una forma de fiscalización de la constitucionalidad de la ley en atención a los resultados. Más bien ha de ser considerado como un concepto tendencialmente abierto y plural. Por ello, este valor superior del ordenamiento operará como un canon complementario, en concurrencia con otros factores de ponderación, y, muy especialmente, en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad en su proyección sobre el legislador...”.

Trasladando esta argumentación a la valoración constitucional sobre el régimen jurídico establecido en el artículo 92.8 del Código Civil, al condicionar el otorgamiento de la guarda y custodia compartida a la exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal; resulta, a juicio de esta Sala, desprovisto de una justificación objetiva y razonable, esto es, de “toda explicación racional” (STC 108/1986, de 29 de julio, F. 18), y, por tanto, en sí mismo, contrario al valor superior de la justicia (artículo 1.1 de la CE) y al principio constitucional que proscribiera la arbitrariedad (artículo 9.3 de la CE).»

Abundando en nuestras precedentes consideraciones, que se acaban de reseñar en lo sustancial, no puede olvidarse, que lo que desencadenó a finales de los años 70, el movimiento de la custodia conjunta, fue el cumplimiento de la situación de necesidad del

menor de estar con ambos padres, en el supuesto de separación de éstos, de modo que, el establecimiento de este sistema, redundará en beneficio de los niños y satisface el principio de igualdad parental.

El interés superior del niño, requiere el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos, satisfaciendo de esta forma el principio de igualdad parental, también dotado de relevancia constitucional.

Existe por tanto una tendencia evolutiva, que permite identificar un modelo sustancialmente unitario de familia contemporánea por la convergencia sobre algunos valores según los cuales las prácticas familiares deberán orientarse. Tales valores estarían constituidos por un lado por la centralidad atribuida al niño y por otro en la simetría que debe caracterizar los papeles familiares. De este modo, se puede concluir que el interés del menor sienta las bases de un modelo de coparentalidad que reconozca igualdad de derechos y responsabilidades de ambos padres.

Precisamente, desde esta perspectiva, entendemos, que el establecimiento de una «injerencia injustificada del poder público», no caracterizado como «poder jurisdiccional», y materializada en la atribución de una función de veto al Ministerio Fiscal, que no ejerce potestad jurisdiccional, supone la materialización de una injerencia injustificada, de la «autoridad pública», en el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar, que se contempla en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Y en el artículo 18 de nuestra Constitución. Como más adelante razonaremos.

En la segunda de las alegaciones, del escrito presentado por la representación de la Sra, se entiende que no se ha producido, ninguna vulneración del derecho de igualdad reconocido en el artículo 14 de nuestra Constitución ni infracción del artículo 39 de la misma norma fundamental.

Como no puede ser de otro modo, aceptamos, la síntesis, que se realiza en la expresada alegación, sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el principio de igualdad, que ciertamente no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con la abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda es igualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia, supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14, sino tan sólo las que introduzcan una diferenciación entre situaciones que puedan considerarse iguales, careciendo de una justificación objetiva y razonada para ello.

Pero discrepamos, acerca de que la «situación de desacuerdo de los progenitores», se convierta en el «elemento diferenciador de relevancia jurídica», que ampare, la exigencia en este caso de informe favorable del Ministerio Fiscal, al que ya hemos dicho, que se le atribuye una función de veto, que condiciona nuestra imparcialidad y exclusividad como titulares del Poder Judicial, en nuestra Constitución.

En la doctrina del Tribunal Constitucional, —y esencialmente nos referimos a la que podemos extraer de las Sentencias 59/2008, de 14 de mayo y 45/2009, de 19 de febrero—, sobre la «dimensión constitucional de la igualdad», podemos extraer, tres órdenes de consideraciones.

En primer lugar, las personas como portadoras de dignidad en el sentido constitucional, –artículo 10.1 de nuestra norma fundamental– deben ser tratadas de manera igual, y de modo que no se produzcan desigualdades de trato injustas o no justificadas.

En segundo lugar, para que haya vulneración del principio de igualdad, es decir para que se produzca una situación discriminatoria inaceptable constitucionalmente, no basta un trato distinto, sino que éste sea arbitrario o injustificado.

En tercer lugar, el aspecto clave de la igualdad en el contenido de la norma, radica en determinar qué criterios de diferenciación normativa son legítimos y cuáles no. El canon de contraste, radica en comprobar que la diferenciación normativa sea objetiva y razonable, no arbitraria e injustificada y por tanto discriminatoria.

Valorando desde estos parámetros la cuestión, podemos considerar la *ratio legis*, que en el debate parlamentario, que condujo a la formalización de la Ley 15/2005, a la introducción, de esta facultad de veto para el Ministerio Fiscal, que consideramos inconstitucional.

Las razones invocadas por el legislador para reformar la regulación de la guarda y custodia vigente desde la Ley 30/1981, de 7 de julio, se concretan en los siguientes párrafos de la, exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio:

«Por último, esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.»

«Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido.»

«En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse.»

«Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés.»

«Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.»

Como se ve, ninguna referencia a la «facultad de veto del Ministerio Fiscal», configurada a través de la exigencia de «informe favorable», para los supuestos de custodia compartida contenciosa.

Tal y como fue publicado con amplísima difusión en los medios de comunicación social, la introducción, en la versión legislativa definitiva del artículo 92.8 del Código Civil, de la exigencia de «informe favorable», del Ministerio Fiscal, fue el deplorable fruto de un error en la impartición de las instrucciones para la votación de un concreto grupo parlamentario.

En efecto, en el primer debate, acerca de la reforma, todos los grupos parlamentarios, excepto uno, aprobaron, un texto del artículo 92.8 del Código Civil, idéntico al en definitiva promulgado.

En el debate parlamentario en el Senado, se obtuvo un acuerdo entre los dos grupos parlamentarios mayoritarios, en la Cámara Alta, en el sentido de que el informe del Ministerio Fiscal, sería preceptivo, pero no necesariamente favorable, en los casos de atribución de la guarda y custodia con carácter contencioso. Se atendía de este modo escrupulosamente a lo enunciado en la Exposición de Motivos que se ha reseñado en lo pertinente.

Pero como decimos, y así fue publicado en los medios de comunicación social, un error, en la impartición de las instrucciones de voto, en la votación en el Congreso, sobre el texto remitido por el Senado, en concreto en la sesión celebrada el 21 de mayo de 2005, determinó, que el texto aprobado, fuera el en definitiva promulgado.

Como se ve, la disposición, cuya constitucionalidad se cuestiona, no encuentra su razón de ser, su fundamento y justificación, ni en la Exposición de Motivos de la Ley; ni en el interés prevalente de los menores que se hace depender de una simple opinión, cuya motivación ni siquiera se exige en la Norma al Ministerio Fiscal.

No hay elemento alguno de racionalidad que lo justifique.

Bien al contrario, supeditar la custodia compartida al informe favorable del Ministerio Fiscal, supondrá el sacrificio injustificado (por el propio legislador) de derechos tan fundamentales como los reconocidos a los padres: Por el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

En base al artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.»

El artículo 18 de nuestra Constitución, en cuanto en el mismo se constitucionaliza, la prohibición de injerencias injustificadas de la autoridad pública, exenta de control jurisdiccional en la vida privada y familiar.

Al formar parte de nuestro ordenamiento interno ambos convenios internacionales, que acabamos de citar (artículo 96.1 de la Constitución), debemos tener presente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo sobre el artículo 8 del Convenio

Europeo, de cuyas declaraciones, en lo que de interés tiene para la resolución de este recurso, podemos entresacar las siguientes:

- «El Tribunal reitera que el objeto esencial del artículo 8 es proteger a la persona de las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas. Además, debe haber obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo de la vida privada y familiar. Estas obligaciones pueden suponer la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto a la vida familiar incluso en la esfera de las relaciones entre las personas, incluyendo tanto la disposición de un marco regulatorio del procedimiento, como la maquinaria para su cumplimiento que proteja los derechos de las personas, y la puesta en práctica, cuando sea necesario, de medidas específicas» (prgf. 43 de la STEDH 2004 M3, de 5 de febrero).
- «Aunque el artículo 8 no contiene ningún requisito procedimental explícito, el proceso de toma de decisiones incluido en las medidas de injerencia debe ser equitativo y capaz de permitir que se guarde el debido respeto a los intereses que protege el artículo 8 del Convenio» (STEDH B. contra el Reino Unido, 8 de julio de 1987, serie A, núm. 121, prgf. 65).
- En idéntico sentido, la STEDH (Sec. I.^a) de 21 de septiembre de 2006, que, tras recordar que «según la jurisprudencia bien establecida del Tribunal, el artículo 8 contiene unos requisitos procesales implícitos. Lo que procede determinar es si, atendidas las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la importancia de las decisiones que hay que tomar, los padres pudieron jugar en el proceso de decisión, considerado en su conjunto, un papel suficientemente importante que asegurase la requerida protección de sus intereses» (prgf. 67), estima vulnerado el derecho de la madre del menor porque «no participó en el proceso de decisión en la medida que requería la protección de sus intereses»; ya que: «En opinión del Tribunal, lo que ... ha de examinarse es si, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y principalmente la gravedad de las decisiones que deben de ser tomadas, los padres han participado en el proceso de toma de decisiones, en su conjunto, hasta un grado suficiente como para proporcionarles la exigida protección de sus intereses. Si no ha sido así, habrá habido una vulneración del respeto de su vida familiar y la injerencia resultante de la decisión no podría ser considerada como “necesaria” en el sentido del artículo 8.»

Además, en esta misma sentencia, aunque es frecuente que el TEDH, cuando se alega la vulneración del derecho a un juicio justo (artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) junto con la violación del derecho al respeto de su vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio), y esta última ha sido apreciada, no considere necesario examinar también los hechos en virtud del artículo 6.1 del Convenio; en esta sentencia, decimos, también resolvió que hubo violación del artículo 6 del Convenio.

La queja de la demandante ante el TEDH, en lo que de interés tiene para el supuesto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que nos ocupa, se refería al artículo 6.1 citado, en cuanto establece que «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un tribunal (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)), alegando que «no se le dio la oportunidad de comentar los informes en los que se había fundado el Tribunal de Menores» y que «En el procedimiento en primera instancia no estuvo asistida por un letrado y el Juez no le dio instrucciones acerca de su derecho a examinar su expediente y hacer copias del mismo» (prgf. 80).

A esta queja responde el TEDH señalando, en primer lugar, que «se asemeja a la planteada en el asunto Buchberger contra Austria (apartados 43-45 y 49-51, 20 de diciembre de 2001, *supra*), que trata también de la asunción de la custodia por los servicios sociales y en el que el Tribunal constató las violaciones de tanto el artículo 6 como del artículo 8 del Convenio sobre la base de la insuficiente implicación de la demandante en el proceso de

decisión, entre otras cosas, porque la demandante no recibió traslado ni tuvo la posibilidad de comentar los informes presentados por el Servicio de Protección del Menor» (ap. 84).

En segundo lugar, teniendo en cuenta la diferencia entre la finalidad de las respectivas garantías que establecen los artículos 6.1 y 8, el TEDH consideró «necesario examinar la queja de la primera demandante desde el punto de vista también del artículo 6.1 y, más concretamente, en virtud del principio de la igualdad de armas, ya que el Servicio de Protección del Menor era la parte contraria a la primera demandante en el proceso» (ap. 85); principio «que representa un elemento de la noción más amplia del proceso equitativo» y «requiere que cada una de las partes tenga una oportunidad razonable de presentar su causa en unas condiciones que no le sitúen en clara desventaja respecto a su adversario (ver, entre otras, Sentencia Dombo Beheer B. V. contra Países Bajos de 27 de octubre de 1993, Serie A núm. 274, p. 19, ap. 33). Se deberá garantizar a las partes el libre acceso a las alegaciones de las otras partes y la posibilidad real de comentarlas (ver, por ejemplo, Sentencias Ruiz Mateos contra España de 23 de junio de 1993, serie A, núm. 262, p. 25, ap. 63; Nideröst-Huber contra Suiza de 18 de febrero de 1997, Repertorio de sentencias y resoluciones 1997-1, p. 108, ap. 24; Buchberger, anteriormente citada, ap. 50)». (prgf. 86).

Finalmente, antes de concluir que «ha habido violación del artículo 6.1 en la medida en que el proceso vulneró el principio de igualdad de armas» (prgf. 88), señala que «Al Tribunal no le convence el argumento del Gobierno según el cual la demandante tuvo acceso al expediente a lo largo del proceso (que la demandante tuvo la posibilidad de examinar la documentación a lo largo de todo el procedimiento y, sin embargo, no hizo uso de tal posibilidad). No le correspondía a la demandante, que además no estaba representada en el proceso en primera instancia, examinar la documentación al objeto de percatarse de que la parte contraria había presentado informes, sino a los tribunales informarle y ofrecerle la oportunidad de comentarlos» (prgf. 87).

Como se ve, es constante la referencia en la jurisprudencia del TEDH, a la necesidad de establecimientos de cauces hábiles para el control jurisdiccional de las decisiones que adopte una Autoridad Pública, que supongan una injerencia que se considera injustificada en la vida privada familiar, y entre ellas se incluyen las relacionadas con la adopción de decisiones relativas al ejercicio de la responsabilidad parental.

No existe por tanto una justificación razonable, para el trato desigualitario, que en definitiva se establece en la fórmula legislativa promulgada, para los supuestos de guarda y custodia compartida consensuada y contenciosa.

Desde esta perspectiva, entendemos, que se lesionan las exigencias vinculadas no solamente al «interés superior del menor» —de ahí la cita del artículo 39 de nuestra norma fundamental—; sino también, como antes hemos argumentado, se lesiona de un modo imposible de superación por la vía interpretativa, dadas las exigencias del principio de legalidad constitucional, expresada simetría que deberá caracterizar los papeles familiares, con infracción, del derecho a la intimidad familiar, que según hemos visto, prohíbe cualquier tipo de injerencia injustificada, de la autoridad pública, que no ejerza funciones jurisdiccionales, en esa esfera de privacidad. En este caso concreta y específicamente, de las facultades jurídicas, con relevancia constitucional, que se le reconocen al Sr. Enrique, con arreglo, al artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre y al artículo 18 de nuestra Constitución. Y estas facultades no pueden ser materia de tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE, en relación con el artículo 6 de la CEDH).

Entiende en su alegación tercera, la representación procesal de la Sra. María Teresa, que no se pueden entender vulnerados, por la formulación normativa contenida en el artículo 92.8 del Código Civil, los artículos 117.3 y 24 de la Constitución. Argumentando, a modo conclusivo en este sentido, que la protección superior del interés de los menores no exige un determinado sistema de regular las relaciones paterno-filiales ni tampoco implica una prohibición al legislador por la que se le condicione su función o incluso se impida vetar o limitar en determinados supuestos determinados sistemas (guarda y custodia compartida) como ocurre en la actual redacción del artículo 92. Para añadirse que el principio de exclusividad de jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional no implica que el legislador no pueda limitar los supuestos en que puede establecerse un sistema de guarda y custodia compartida a través del principio de rogación o de la exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal o bien vetando directamente determinados casos. De igual manera no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando una pretensión no puede ser estimada por no concurrir los presupuestos legales necesarios para la misma ya sea por lo previsto en el artículo 92.8 o en el apartado 7 del mismo.

No podemos aceptar tal argumentación. Partimos del «hecho legislativo», de que la custodia compartida, ha sido aceptada como un modo de realización práctica de la responsabilidad parental por los padres separados. Estableciéndose una regulación diferente cuando la misma es consensuada o contenciosa. En esta última, se requiere, sin una adecuada justificación legislativa al respecto, que satisfaga las exigencias constitucionales ya dichas que demanda el derecho a la igualdad, y la prohibición de injerencia de las autoridades públicas, que no ejerzan potestades jurisdiccionales, sin estar sometida esta intervención a control judicial, en la vida privada familiar. Otorgándose al Ministerio Fiscal, una función de veto, que lesiona de un modo insuperable, por la vía interpretativa desde las ya reiteradas exigencias del «principio de legalidad», la exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción. Y en definitiva, supone una denegación de la tutela judicial efectiva, a la que tienen derecho, tanto los padres, como los niños. Pues en este caso, los Juzgados y Tribunales, no podemos ejercer con plenitud, nuestra potestad jurisdiccional, que se nos atribuye en exclusiva en el artículo 117.3 de la Constitución.

En nuestro sistema constitucional, somos los Tribunales, y no el Ministerio Fiscal, los supremos garantes, del interés superior del menor y también, de la protección de la intimidad familiar, en el sentido constitucional ya dicho, conformado por el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el artículo 18 de la Constitución Española.

La exigencia del informe favorable del Ministerio Fiscal, limita nuestra capacidad decisoria, y desde una perspectiva constitucional, el ámbito de la potestad jurisdiccional, no se puede ver limitado por las pretensiones de las partes, ni se deben establecer cautelas extraordinarias que nos pongan límites al ejercicio de esta potestad jurisdiccional. En definitiva, se ha otorgado, sin ninguna justificación razonable, una «función de veto», al Ministerio Fiscal, que un modo radical, insubsanable e insuperable por la vía interpretativa, condiciona nuestra independencia e invade las competencias que con carácter exclusivo y excluyente nos otorga la Constitución como exclusivos titulares de la potestad jurisdiccional.

En las alegaciones, evacuando el traslado que conferimos en nuestra providencia de 21 de octubre de 2009, realizadas, por la representación procesal del solicitante de la guarda y custodia compartida, es decir el Sr. Enrique, se considera, que el artículo 92.8 del Código Civil, es inconstitucional, pero entiende, que no debemos plantear la cuestión de inconstitucional-

lidad, porque la misma ya ha sido planteada, por la Sec. 5.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 13 de septiembre de 2006 dictada en el Rollo civil 291/2006. Haciéndose alusión, a las conocidas como «conclusiones de Madrid», adoptadas en el segundo encuentro de Abogados, Fiscales, Secretarios y Jueces de Familia, los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005, entre las que se acordó, que al Juez le impediría determinar la custodia compartida a pesar del informe desfavorable del Ministerio Fiscal. Entendiendo la expresada representación procesal del Sr., que la existencia de informe desfavorable del Ministerio Fiscal no debe operar como presupuesto impositivo en los supuestos de custodia compartida.

Considerando la expresada representación procesal que el dictamen del Ministerio Fiscal debe valorarse sólo como informe y no puede vincular la decisión del Juez, además, esta función del artículo 92.8 del Código Civil, que se otorga al Ministerio Fiscal, no se encuentra en ningún otro ordenamiento jurídico español. Citándose, diversos precedentes decisorios, en los que se acuerda, la custodia compartida en una situación contenciosa, al margen del informe favorable del Ministerio Fiscal.

Solicitando como hemos dicho, que dictemos sentencia acordando la custodia compartida, «... porque así lo consideramos lo más adecuado para los menores atendiendo a las pruebas existentes en los autos».

Nuevamente, no podemos atender, al criterio, ni a la solicitud formulada, por la representación procesal, del Sr. Enrique, entendemos que la decisión más ajustada a derecho, es la de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, tal y como lo hacemos en la presente resolución. A ello nos obliga, la ineluctable vigencia del principio de legalidad, considerado según ya hemos dicho, como valor metajurídico propio del estado de derecho, garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Obviamente no nos sentimos vinculados, por el criterio, interpretativo, que se propone en las conocidas como Conclusiones de Madrid, antes reseñadas, ni por las conclusiones, contenidas en el anexo, de las «Sextas Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales», en coincidencia con el «Cuarto Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia», que se han celebrado en Valencia, los pasados días 26, 27 y 28 de octubre de 2009. En el expresado anexo, bajo el epígrafe «custodia compartida», se acuerda como conclusión sexta:

«en cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el Juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez. No obstante, se estima conveniente que, por reforma legislativa, se suprima el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable, y se dé una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la Ley establece que es necesario el previo informe del Ministerio Fiscal, con independencia del sentido del mismo».

Contrariamente a lo que se determina en la expresada conclusión, entendemos que el simple criterio de interpretación sistemática propugnado, no permite eludir, la atribución de la función de veto del Ministerio Fiscal, merced a la emisión de un informe desfavorable a la «custodia compartida contenciosa», tal y como acontece en el caso que nos ocupa. Insistimos una vez más, la vigencia del principio de legalidad, nos impide adoptar la expre-

sada determinación sugerida. Y no hallamos otra alternativa, que plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

En este sentido, conviene recordar que el Tribunal Constitucional, según tiene reiteradamente dicho, a propósito de las sentencias interpretativas que puede dictar y a través de las cuales declara que un determinado texto no es inconstitucional, si se entiende de una determinada manera, no puede erigirse en legislador positivo, ignorando o desfigurando el sentido de textos legales claros (SSTC de 24 de febrero de 2004, 11/1981, de 8 de abril; 22/1985, de 15 de febrero; 341/1993, de 18 de noviembre y 76/1996). pues, en definitiva, «la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, usurpando este Tribunal funciones que corresponden al legislador». Por ello, menos aún podemos los órganos de la jurisdicción ordinaria sostener nuestras decisiones en tal clase de interpretación, ni apelando a la justicia material del caso, ni a criterios de interpretación sistemática ante una norma de *ius cogens*, como lo es en el extremo cuya validez constitucional cuestionamos el artículo 92.8 del CC, ni a consideraciones funcionales ni utilitaristas que pudieran comportar al establecer una decisión judicial *contra legem*, un fraude de ley.

En cuanto al sometimiento de los jueces al imperio de la Ley, la STC núm. 173/2002 (Sala Segunda), de 9 octubre, recuerda que «El artículo 24 de la CE no sólo comporta una serie de derechos y garantías para todas las personas sino que además impone el sometimiento de los jueces al imperio de la Ley (STC 10/2000, de 17 de enero, F. 2) dentro de los límites de la jurisdicción y la competencia que les corresponda (STC 47/1982, de 12 de julio, F. 3) y, en su efecto, la obligación de preservar aquellos derechos y garantías, lo cual sólo puede llevarse a término dentro del proceso debido (SSTC 96/1985, de 10 de julio, F. 3; y 106/1985, de 7 de octubre. F. 3)».

En este sentido forma parte, sin duda, de las garantías consustanciales a todo proceso judicial en nuestro Ordenamiento el que la disposición de Ley que, según el juzgador, resulta aplicable en aquél no pueda dejar de serlo, por causa de su posible invalidez, sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (artículo 163 de la CE) y con la audiencia previa que prescribe el artículo 35 de la LOTC. Ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en definitiva, no sólo menoscabar la posición ordinamental de la Ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales (como el de la previa audiencia, a que nos acabamos de referir), sin cuyo respeto y cumplimiento la Ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida.

En esta misma línea, la STC núm. 130/2002 (Sala Primera), de 3 junio, recuerda «que la primera y más importante garantía debida del proceso penal, a los efectos de que éste pueda tenerse por un juicio justo, es indudablemente aquella que impone al Juez (hasta el punto de constituir parte de su estatuto constitucional, artículo 117.1 de la CE), y en lo que ahora interesa, al Juez penal, la inquebrantable obligación de someterse de forma exclusiva y sin desfallecimiento o excepciones al ordenamiento jurídico (...)»

Baste señalar, a este respecto, la propia doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en el fundamento jurídico núm. 7 de la STC núm. 235/2007 (Pleno), de 7 de noviembre (RTC 2007\235), al recordar que «Conforme reiteradamente hemos venido manteniendo, en virtud del principio de conservación de la Ley sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos “cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma” y que «Por ello será

preciso “explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución” (...) habiendo admitido desde nuestras primeras resoluciones la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. No podemos, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional»; «Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza “a ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos”».

En definitiva, concluye esta Sentencia con cita de otras anteriores «la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde».

Segundo.— Sobre la validez constitucional, del artículo 92.8 del C. Civil, en la redacción vigente introducido por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Nos remitimos, a cuanto hemos argumentado precedentemente en el anterior fundamento, al examinar, las alegaciones del Ministerio Fiscal y de las partes, evacuando el traslado que conferimos en nuestra providencia de 21 de octubre de 2009.

Además, y con la finalidad de evitar inútiles reiteraciones, reproducimos y hacemos nuestros, los argumentos jurídicos, contenidos en los razonamientos jurídicos: tercero (violación del artículo 117 de la Constitución Española); cuarto (lesión del derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española); quinto (lesión del derecho reconocido en el artículo 14 e infracción del artículo 39 de la Constitución Española), del Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, de la Sec. 5.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en el Rollo civil 291/2006, de 13 de septiembre de 2006, sobre el expresado artículo 92.8 del C. Civil, en la redacción conferida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, cuando requiere, informe favorable del Ministerio Fiscal, de modo imprescindible, para que en el supuesto de solicitud de uno solo de los progenitores, el Tribunal pueda acordar la guarda y custodia compartida.

Consideramos como punto de partida de nuestro razonamiento, que en las últimas décadas, del pasado siglo XX, se vivió un proceso de protagonismo en la escena jurídica, de personajes, que hasta entonces se hallaban en un segundo plano, en concreto los hijos.

Antes y desde la época de la Codificación, a través de un conjunto sistemático de normas, se atribuía a los padres la tarea de educar, proteger, mantener e instruir a los menores. Apareciendo así en un primer momento la patria potestad como una institución a favor de éstos, con la consiguiente sumisión del menor a la voluntad paterna, de modo que la voluntad del niño y sus intereses quedaban relegados a un lugar secundario. Se trataba de una idea de autoridad paterna que se aproximaba a la *patria potestas* romana, donde se otorgaba al *pater familias* un señorío sobre sus hijos.

Posteriormente, sin embargo, la nueva realidad social, supuso un cambio en el centro de gravedad de la relación paterno-filial, trasladando la posición del padre a la del hijo; desde este momento adquiere prioridad el interés del menor y se configura la patria potestad bajo una concepción no ya paternalista, sino esencialmente protectora del menor.

Se produce una quiebra del modelo jerárquico de familia, frente a una mejor ponderación de los valores personales, entre ellos la posición del menor, tanto en la familia como en la sociedad.

La atención creciente del menor, no como objeto de tutela, sino como persona titular de derechos subjetivos, se erige, en verdadero eje del nuevo sistema. Y constituye, en verdadero hito, la aprobación de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, conocida como «Convención de los Derechos del Niño de Nueva York», ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990, y por decirlo de algún modo «transpuesto», en nuestra Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Con la Convención de Nueva York, se produce, un auténtico cambio de paradigma. La infancia ya no se considera como un *status*, de incapacidad de obrar, en el cual se halla la persona menor de edad, y en el cual no rigen para él todos los derechos fundamentales, y que legitima el poder absoluto y discrecional que se ejercita sobre ellos. Sino que el niño pasa a ser reconocido como sujeto titular de ciertos derechos que le son inherentes a su condición de persona humana, junto a los específicos que se derivan de su condición de niño. De este modo, la incapacidad jurídica como principio, va a ser sustituida, por una capacidad progresiva o evolutiva del menor.

Esta consideración obliga a armonizar el propio concepto de patria potestad, con la idea del niño como sujeto de derechos. De forma, que se persiga como finalidad el reconocimiento al niño de una cierta autonomía en el ejercicio de los derechos, evitando o tratando de hacerlo determinados abusos de derecho cometidos por los padres. Sin embargo, hay que decir con radicalidad que autonomía no significa independencia y ha de buscarse en consecuencia un adecuado equilibrio entre la libertad del menor y las prerrogativas que permiten a los padres asegurar su protección.

Pero ello no significa que el interés del niño, tenga que ser necesariamente superior al de sus padres, en tanto que los intereses de los adultos, en este caso de los progenitores deben ser igualmente reconocidos y protegidos y así en la Convención sobre los Derechos del Niño, se proclama la consideración primordial del interés superior del niño y de la responsabilidad conjunta de ambos padres en los que respecta a la crianza y desarrollo del menor.

En los Reglamentos Comunitarios Bruselas II (1347/2000) y Bruselas II bis (2201/2003), se opta por la centralidad del menor, y la protección de su interés superior, en lo que se refiere a la regulación de la responsabilidad parental. Estos Reglamentos, sancionan el paso del concepto de «potestad de los padres», al de «responsabilidad parental». En la que se enfatiza el aspecto de la responsabilidad asumida por los padres respecto del menor. Lo que se comparte por los progenitores es dicha responsabilidad y sólo de forma indirecta una «potestad», es decir, un derecho, o una *autoritas*, que ha pasado a ser una función que se ha de ejercer conjunta y responsablemente.

En esta misma línea, podemos retomar la cita de la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, cuando se considera, que sólo la protección superior del interés del niño, puede conformarse como el fin legítimo que permita justificar injerencias en la vida familiar, coordinado con la protección de los derechos de sus padres y siempre respetando la exigencia de sometimiento a control jurisdiccional de la injerencia de las autoridades públicas en la vida privada familiar.

Y así en concreto, citamos la Sentencia TEDH, de 7 de agosto de 1996, en la que se argumenta que «tales medidas (de privación a una madre de sus derechos parentales y de visita) no deben ser aplicadas sino en circunstancias excepcionales y sólo pueden justificarse si se inspiran en una exigencia primordial que afecte a la supremacía del interés del menor». Así como la Sentencia TEDH, de 13 de julio de 2000, en la que se argumenta en sentido de que «debe alcanzarse un equilibrio justo entre los intereses del niño y los de sus padres». Para indicarse que «el Tribunal concederá una particular importancia al interés del menor que por su naturaleza y gravedad podrá prevalecer sobre el del padre».

Como antes hemos destacado, en los textos normativos vigentes, algunos de ellos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la protección de Derechos Fundamentales y Libertades públicas, y la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York, dotados de una singular relevancia a efectos no sólo interpretativos, sino también de realización práctica, en cuanto a la aplicación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce (artículos 10.2 y 39.4 de la Constitución Española); se establece, que debe ser reconocida y hecha efectiva la responsabilidad conjunta de ambos padres, en lo que respecta a la crianza y al desarrollo del menor, porque así lo exige la consideración del primordial interés superior del niño. La injerencia de la autoridad pública, en este ámbito, sólo puede ser legítima, en base a criterios de racionalidad legislativa, –que como hemos expuesto precedentemente, no podemos apreciar en el trámite parlamentario que condujo a la definitiva aprobación del texto vigente, del artículo 92.8 de la Constitución–, y en definitiva la expresada injerencia de la autoridad pública, en la esfera de intimidad familiar, sólo puede considerarse legitimada, en el marco jurídico propio del Estado de Derecho, cuando la misma, queda confiada en cuanto al control en cuanto a la proporcionalidad y razonabilidad en el ejercicio de estas facultades de intrusión de la autoridad pública, en el ámbito propio de la vida privada y familiar, por los órganos jurisdiccionales que ejercen la potestad jurisdiccional.

Aquí hallamos, la base para apreciar, en la regulación normativa introducida por la Ley 5/2005, de la guarda y custodia compartida, de naturaleza contenciosa, un insuperable quebranto por vía interpretativa de las exigencias del principio de igualdad (artículo 14 de la Constitución) y del respeto a la vida privada familiar (artículos 18 de la CE y 8 de la CEDH); porque no se trata simplemente de un planteamiento axiológico o valorativo respecto del criterio mantenido por el legislador, en el que nos está vedado entrar, sino de cuestionar su propia racionalidad, a través del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

El legislador, pudo optar, por reservar la guarda y custodia compartida, únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges, –como acontece en Alemania o Noruega–. Es decir, por «impedir normativamente», la guarda y custodia de carácter contencioso. Pero, en la configuración legal, en definitiva establecida en la repetidísima Ley 15/2005, se quebranta a nuestro parecer, de un modo insuperable, los requerimientos del principio de igualdad constitucional con arreglo al artículo 14, de nuestra norma fundamental, y las exigencias que demanda el respeto a la vida privada familiar (artículos 18 de la CE y 8 de la CEDH). Desde la doble consideración, del «interés superior del menor», y también, dado el modo al que nos hemos referido con reiteración, que articula, como hemos dicho en base a una norma de *ius cogens*, la posibilidad de implementación en la práctica, de la custodia compartida, sometida a la facultad de veto del Ministerio Fiscal. Es decir, normativamente se está legitimando, una injerencia (del Ministerio Fiscal), en la vida privada familiar, no sometida a control jurisdiccional. Cuando tal y como acontece en este caso, el informe para

el establecimiento de un sistema de custodia compartida, es desfavorable. Y esta injerencia queda extramuros de la posibilidad de control jurisdiccional.

Desde estas consideraciones, entendemos que el otorgamiento de la facultad de veto al Ministerio Fiscal, que se conforma en el artículo 92.8 del C. Civil, en la redacción conferida, por la Ley 5/2005, se están violando los preceptos constitucionales dichos, porque para nada se satisface el principio de igualdad parental, –no existe una justificación razonable en la regulación normativa, para el caso de custodia compartida consensuada, en comparación con el supuesto de custodia compartida contenciosa que es el que ahora nos ocupa–. Quebrantándose, de un modo insuperable, las exigencias constitucionales de simetría que deben caracterizar los papeles familiares.

En nuestro derecho positivo, al igual de lo que acontece en otros países como Italia, Francia, Holanda, Noruega, Portugal y Suecia; se consagra el *favor filii*, como el interés superior sobre cualquier otro.

No obstante, pese a su admisibilidad generalizada, es un principio que no se concreta en qué consiste. Pero su evaluación, en definitiva, y con criterios de efectividad práctica, debiera quedar atribuido en definitiva al Juez o Tribunal en todo caso.

En términos axiológicos, el principal inconveniente de determinación del principio, radica en el excesivo condicionamiento de la resolución del problema a criterios subjetivos. Pues la amplitud de la norma, permite al Juez insertar sus propias consideraciones en el proceso, con el riesgo de que la discrecionalidad en la aplicación pueda convertirse en arbitrariedad. De modo, que cuando se plantean los diversos supuestos de organización práctica de la decisión sobre el derecho de custodia, existe una tensión entre los objetivos de previsibilidad y la individualización. Para reducir los riesgos inherentes a la discrecionalidad, se ha planteado la posibilidad de establecer unos criterios mínimos que contribuyan a la objetivación del interés superior del niño y sirvan de guía al Juez para la aplicación. Estos criterios indicativos, aparecen tanto en la Children Act de 1989 del Reino Unido, como en los Statute Law y Uniform Marriage and Divorce Act, de los Estados Unidos de América.

Pero ni la técnica de la cláusula general ni el sistema de aplicación de criterios normativos preestablecidos, está exento de dificultad. De ahí, que se hayan propuestos otros métodos, así por ejemplo atender a la figura paterna que con anterioridad al divorcio asumía preferentemente la función principal y más importante respecto al niño, lo cual permite basarse más en los hechos que en factores subjetivos.

Sin embargo, esta última orientación, tampoco quedó exenta de críticas, lo que determinó a finales de los años 70 del pasado siglo XX el movimiento de la custodia conjunta, tratando de satisfacerse de este modo, las exigencias derivadas de la necesidad del niño de estar con ambos progenitores, al tiempo que redundaba en beneficio de los propios padres, satisfaciendo el principio de igualdad parental.

En esta progresión hacia la custodia compartida, se destacan dos factores que no pueden ser disociados en ningún modo, y por ello, nos decidimos desde una perspectiva sustancial, al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad:

- La centralidad atribuida al niño.
- La simetría que debe caracterizar los papeles familiares de los padres. Como ya hemos dicho, el interés del menor, determina el asentamiento de las bases para un modelo de

coparentalidad que reconozca la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos padres. Igualdad en cuanto a los derechos de ambos progenitores, que se encuentra absolutamente presente y es reconocible en nuestra cultura jurídica propia.

En la Carta Europea de los Derechos del Niño del año 1996, se expone en el punto VIII. II que «todo niño tiene derecho a gozar de sus padres. El padre y la madre tienen una responsabilidad conjunta en cuanto a su desarrollo y educación...». Para añadirse más adelante, en el punto VIII.III que «en caso de separación de hecho, legal, divorcio o nulidad, el hijo tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los padres, teniendo ambos las mismas obligaciones...».

En desarrollo de estos principios, en el Código de los niños y padre Sueco, se establece que «el mejor interés del niño, deberá ser la consideración fundamental en las decisiones sobre cualquier decisión relacionada con la custodia y según la cual el niño ha de compartir su tiempo de residencia y contacto con ambos padres».

En Francia, en la Ley 202-305 sobre «Autoridad Parental», de 4 de marzo de 2002, se establecen, importantes disposiciones innovadoras, quizás las más relevantes: a) la desaparición del concepto de «custodia» y el ejercicio común de la patria potestad, b) la prioridad concedida al convenio presentado por los padres, y en caso de desacuerdo de éstos, las fórmulas de mediación, que puede ser promovida por el propio Tribunal, c) la posibilidad de fijar la residencia del niño en el domicilio de cada uno de los progenitores con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos, y d) en caso de desacuerdo entre los padres respecto del modo de residencia del niño, el establecimiento de la residencia en alternancia del niño durante un plazo determinado o con carácter definitivo.

En Italia, el nuevo Texto del artículo 155 del «Código», reformado por la Ley de 8 de febrero de 2006, establece que: «el juez debe valorar prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores sean confiados a los dos padres». Para añadirse en el artículo 156 del mismo cuerpo legal italiano que: «el juez puede disponer la custodia de los hijos a uno solo de los padres cuando considere con pronunciamiento motivado que la custodia al otro sea contraria al interés del menor».

En Bélgica, mediante la Ley de 18 de julio de 2006, a semejanza, de la normativa francesa, se ha introducido el: «sistema de residencia de los niños con sus padres prioritariamente igualitario». Previniéndose además, que los tiempos de permanencia de los niños con cada uno de sus progenitores «sean equilibrados».

Lo mismo acontece en los Estados Unidos de América, país en el cual se asiste a una tendencia cada vez mayor a normalizar la atribución de la guarda y custodia compartida, bien es cierto, que con un carácter consensuado entre ambos progenitores. Hasta establecerse, en algunos Estados (California, Luisiana, Idaho, Missouri, Nevada, Alabama, Conécticut, Minnesota, Misisipi, Vermont y Washington), que para estos casos de acuerdo entre los padres, una presunción de que la custodia compartida es siempre coincidente con el mejor interés del menor, sometida como es lógico, la presunción en cuestión, a prueba en contrario.

Ciertamente, nuestro legislador, en la Ley 15/2005, de 8 de julio, no ha llegado tan lejos, como en los precedentes legislativos que se acaban de considerar. Nos atenemos a cuanto hemos argumentado a este respecto, en el precedente razonamiento. Ahora, podemos insistir en que como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, lo que se encontraba en la *mens legislatoris*, era fortalecer el principio de autonomía privada

de los cónyuges, sin olvidar, que el interés superior que se ha de conseguir, en cualquier caso es el bienestar del menor. De este modo, se reproduce algo que ya existía con anterioridad a la reforma, a saber: la posibilidad de atribuir el ejercicio de la patria potestad total o parcialmente a uno de los progenitores o de modo conjunto a éstos. Y esta posibilidad, fue considerada, constitucionalmente legítima, en su Sentencia de 15 de enero de 2001 (RTC 2001 4).

Como antes hemos expuesto, en el último párrafo de la Exposición de Motivos, se establece que «consiguientemente los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán en beneficio del menor, como éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurará la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad».

Al parecer de la doctrina, precisamente, en el último inciso de este párrafo de la Exposición de Motivos, quedaba reflejada la regla general, que en la *mens legislatoris*, debía regir, el ejercicio de la responsabilidad parental en los casos de separación de los progenitores de los niños. Para afirmarse, el principio general, como decimos de «ejercicio conjunto» de la patria potestad, incluyendo en él, las facultades de guarda y custodia para ambos progenitores.

Pero en definitiva, en la regulación normativa, que puede contemplarse *in totum*, en el texto íntegro del artículo 92 del CC, en la redacción definitiva conferida, tras los avatares de su discusión parlamentaria en las Cortes Generales, a los que también nos referimos en el precedente razonamiento, tan sólo puede concluirse que se ha dado un tímido paso, para introducir por primera vez de forma expresa en nuestro ordenamiento la custodia compartida.

Ciertamente, ésta no parece plantear especiales problemas cuando ambos cónyuges estén de acuerdo; pero se confiere, una absolutamente razonable, facultad al Tribunal de constatación de que la modalidad de custodia compartida, es la más adecuada para proteger los intereses de los menores, no se vulnera, por tanto el principio del *bonum filii*. De modo, que se conforma un sistema en que serán los padres quienes en ejercicio de su patria potestad, –utilizando la terminología propia del CC–, decidan cuál es el interés del menor. No obstante, tal y como acontece, en los ordenamientos jurídicos, que antes hemos reseñado en apretada síntesis, esta presunción es de carácter *iuris tantum*, que puede quebrar en aquellos casos, en que el Juez determine un interés distinto. He aquí, la intervención de los jueces y tribunales en ejercicio de la potestad jurisdiccional, no para suprimir los derechos individuales, sino para realizarlos, permitiendo la existencia de un mecanismo de correcta protección de los intereses del menor, cuando éstos no sean contemplados por quienes ejercen funciones tuitivas. Y para ello, los jueces y tribunales tenemos la última palabra, por encima e incluso en contra del propio acuerdo de los padres.

En esta situación, se quiebra en los supuestos de custodia compartida contenciosa, en los cuales esta «última palabra se nos niega», merced al establecimiento de una facultad de veto, constitucionalmente injustificada a nuestro parecer, que se atribuye al Ministerio Fiscal, que no ejerce jurisdicción, en nuestro sistema constitucional nos atenemos, a cuanto hemos argumentado en el precedente razonamiento, en torno a las circunstancias totalmente accesorias, que determinaron la actual redacción definitiva del artículo 92.8 del CC. Y de este modo, sin una justificación razonable, nuestro legislador se aparta de las expresadas orientaciones sobre la centralidad reconocida al niño y la simetría de los papeles parentales, que

requieren que su evaluación, en definitiva, y con criterios de efectividad práctica, queden atribuidos en definitiva al Juez o Tribunal en todo caso.

Es verdad, que uno de los puntos que más polémica suscitó, en el debate parlamentario sobre la guarda y custodia compartida, fue la viabilidad de ésta, impuesta por el Juez, cuando ambos cónyuges no están de acuerdo en pactarla, siendo claro que tan sólo el Juez puede pronunciarse a solicitud de uno de los progenitores, que pide la implementación de la custodia compartida.

Tal y como hemos expuesto, la imposibilidad de los padres para conseguir un acuerdo sobre la custodia compartida, no puede privar, *a priori*, a los padres, de poder disfrutar de la compañía de sus hijos, si es que ello se considera lo más conveniente para el interés de los niños.

La custodia compartida de carácter contencioso, se reconoce dentro de nuestro entorno jurídico, en Francia, Suecia y la República Checa.

En Francia, con arreglo a la expresada Ley 202-305 de 4 de marzo de 2003, se posibilita la decisión judicial, para establecer un sistema de custodia compartida en un proceso matrimonial contencioso, pero para el caso de así acordarlo, el Juez establecerá un período de prueba por un plazo determinado a fin de evaluar el impacto sobre el menor antes de la decisión definitiva.

En Suecia, en el expresado Código de los Hijos y Padres, se establece en la Sec. 5.^a del Capítulo Sexto, que «... el Tribunal podrá ordenar que los progenitores tengan la custodia conjunta u otorgándosela a uno de ellos». Aunque el Tribunal «... no podrá ordenar la custodia conjunta si ambos padres se oponen a ella ...», o, «... si la custodia conjunta es manifiestamente incompatible con el mejor interés del niño».

Mientras que en el caso de la República Checa la custodia compartida puede ser establecida por el Tribunal, aun en el caso de que los padres no estén de acuerdo en el establecimiento de dicho régimen de custodia, pudiéndose auxiliar el Tribunal a la hora de tomar la decisión de los informes que se soliciten a trabajadores sociales o psicólogos que no se contemplan con carácter preceptivo, pero sí que pueden constituir un medio de prueba que auxilia al Tribunal en la labor de adopción de una decisión acorde con el interés del menor.

Como se ve en todos estos supuestos la decisión, sobre la custodia compartida de carácter contencioso, se confía al Tribunal. En ninguno de los precedentes que hemos podido comprobar se requiere como acontece en la Ley 15/2005, un informe favorable, para una autoridad pública, que no ejerza la potestad jurisdiccional. Con el quebranto, de imposible superación que ello comporta, según hemos argumentado precedentemente, de la prohibición de cualquier tipo de injerencia injustificada de la Autoridad pública en la vida privada familiar, una vez más hemos de insistir en la cita de los artículos 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y del artículo 18 de nuestra Constitución—, al menos cuando el ejercicio de esta Autoridad, no está sometido al control judicial. Y así se hace en el artículo 92.8 del CC, en el cual, se atribuye una función de veto, condicionante de la independencia de los Tribunales y de la exclusividad en cuanto a su ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Para valorar la «racionalidad» de una Ley, nuestro Tribunal Constitucional, ante el que planteamos la presente cuestión de inconstitucionalidad, ha tomo en consideración la ne-

cesidad de promover el «valor superior del ordenamiento jurídico» Justicia (artículo 1.1 de la CE) y la «interdicción de la arbitrariedad», como atributo jurídico indispensable para el sostenimiento del Estado de Derecho, que la propia Constitución garantiza (artículo 9.3 de la CE).

Así podemos extraer de la señalada doctrina constitucional, los siguientes pronunciamientos:

– La referencia a estos valores es la más acabada expresión (junto a la recogida en el artículo 10.1 de la CE sobre el fundamento del orden político) del contenido material del Estado de Derecho a que nos referíamos en el apartado anterior: toda la actuación de los poderes públicos debe dirigirse a la consecución de valores. Nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a la Constitución como orden de valores (SSTC 25/1981, 8/1983 y 35/1987, entre otras), y a la consecuencia inmediata de que su interpretación tenga un carácter teleológico, destinado a garantizar esos valores (SSTC 18/1981, 32/1985, 19/1988).

– Los valores superiores como parámetro interpretativo no pueden, sin embargo, constituir un medio para dejar de aplicar otros preceptos constitucionales (STC 20/1987), ni por lo común constituyen un canon interpretativo autónomo sino complementario (STC 181/2000), ni implican por sí solos derechos susceptibles de amparo constitucional (STC 120/1990).

– La justicia «es uno de los principios cardinales de nuestro Estado de Derecho» (STC 105/1994), en dicho valor superior debe entenderse incluido el reproche de arbitrariedad (STC 65/1990), pero no es un valor ajeno y contrario al ordenamiento positivo que permita sacrificar otra norma constitucional en aras de una «justicia material» (STC 20/1987), «ni que pueda identificarse unilateralmente con particulares modos de entender lo justo» (STC 181/2000).

Para mantener en su Sentencia 181/2000, de 29 de junio:

– En directa conexión con lo anterior y abundando en esta misma perspectiva subjetiva, debemos ahora determinar si esas diferencias de régimen jurídico introducidas por el legislador son, sin embargo, contrarias al valor superior de la justicia (artículo 1.1 de la CE) o al principio constitucional que proscribe la arbitrariedad (artículo 9.3 de la CE).

Respecto de la invocación del valor superior de la justicia, enunciado en el artículo 1.1 de la Constitución, no cabe olvidar que constituye un canon de enjuiciamiento necesitado de concreción, de tal manera que este Tribunal ha subrayado, en lo que ahora importa, la estrecha conexión que existe entre el valor justicia del artículo 1.1 de la Constitución y el principio de interdicción de la arbitrariedad de su artículo 9.3 [STC 66/1990, de 5 de abril (RTC 1990, 66), F. 6]. El valor justicia del artículo 1.1 de la CE no puede, pues, identificarse unilateralmente con particulares modos de entender lo justo, ni con una forma de fiscalización de la constitucionalidad de la ley en atención a los resultados. Más bien ha de ser considerado como un concepto tendencialmente abierto y plural. Por ello, este valor superior del ordenamiento operará como un canon complementario, en concurrencia con otros factores de ponderación y, muy especialmente, en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad en su proyección sobre el legislador, principio este último que, con cita del artículo 9.3 de la CE, también se considera vulnerado en los Autos de planteamiento de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, y cuyo examen abordamos a continuación.

Expresándose en la Sentencia 4/1998, de 21 de enero, que «la inconstitucionalidad de las normas que establecen un régimen especial distinto del común no surgirá, sin embargo, del solo apartamiento del legislador de ese régimen común, si existiese, sino sólo de la ausencia de justificación objetiva de la especialidad» (F. 5).

En resumen, en la consideración del Tribunal Constitucional, la ley es arbitraria en el supuesto de que careciera «de toda explicación racional» [STC 108/1986, de 29 de julio (RTC 1986, 108), F. 18], «sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias» [SSTC 65/1990, de 5 de abril (RTC 1990, 65), F. 6; 142/1993, de 22 de abril (RTC 1993, 142), F. 9; 212/1996, de 19 de diciembre, F. 16; 116/1999, de 17 de junio, F. 16].

Además de la invalidez desde la perspectiva constitucional, que consideramos y planteamos para su valoración por el Tribunal Constitucional, de la exigencia de este informe favorable por el Ministerio Fiscal; podemos constatar que la nueva regulación, supone incluso dar un paso atrás en relación con la legislación anterior a la reforma. Pues, con arreglo al anterior sistema, era posible el establecimiento por el Tribunal, incluso de oficio, de un sistema de guarda y custodia compartida, tal y como lo estableció en su día el Tribunal Constitucional en la ya citada Sentencia 4/2001, de 15 de enero.

Desde estas consideraciones y complementando nuestro razonamiento, con las argumentaciones contenidas en el Razonamiento Jurídico Quinto del Auto de 13 de septiembre de 2006, de la Sec. 5.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria entendemos, que no existe una razón aceptable, que debiera haber sido explicitada coherente y razonadamente por el legislador, para establecer, un diverso sistema, de decisión sobre la guarda y custodia, cuando se trata de procesos consensuados o contenciosos la atribución de una facultad de veto, en este último caso, al Ministerio Fiscal, perjudica a la igualdad de los hijos ante la Ley, no preserva el derecho de sus padres, a quienes se les reconoce paradójicamente la corresponsabilidad en el ejercicio de la responsabilidad parental, el derecho a estar exentos de injerencias injustificadas en su vida familiar, por parte de la Autoridad Pública, quedando éstas extramuros, de la posibilidad de control jurisdiccional por las razones expuestas. Ni tampoco permite, que ejerzamos, nuestra función, reconocida a nivel constitucional en el artículo 39 de nuestra Norma Fundamental, en relación con los Convenios Internacionales a los que hemos hecho mención, en cuanto Tribunal que ejercemos la potestad jurisdiccional, la función de garantía del superior interés de los niños, que en nuestro sistema constitucional, se nos confía a nosotros como jueces y no al Ministerio Fiscal ni a los progenitores de los niños, cuyo interés superior, nosotros somos los supremos garantes.

Después de la entrada en vigor, el pasado 1 de diciembre del Tratado de Lisboa, no podemos olvidar que con arreglo al artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones».

Contemplándose en el título III «Igualdad», de dicha Carta, en concreto en su artículo 24, con la «entradilla: Derechos del niño», en concreto en su número 3, el reconocimiento del derecho a: «Todo niño ... a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

El precepto en su integridad, está basado en la ya citada Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, firmada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por todos los Estados miembros, y, en particular, en sus artículos 3, 9, 12 y 13.

Y según se expone en la «explicación al expresado artículo 24», elaborada por el grupo redactor de la Convención: «En el apartado 3 se toma en consideración el hecho de que, como parte del establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, la legislación de la Unión en asuntos civiles con repercusiones transfronterizas, para la cual el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea confiere competencias, puede incluir en particular el derecho de visita que garantiza a los niños poder mantener de forma periódica contacto personal y directo con su padre y con su madre».

Complementando de nuevo, los razonamientos, ciertamente exhaustivos tercero y cuarto del Auto de 13 de septiembre de 2006 de la Audiencia de Las Palmas de Gran Canaria, entendemos, que al establecer la facultad de veto al Ministerio Fiscal, en las concretas circunstancias de nuestro caso, se está vulnerando el artículo 117 de la Constitución Española, así como el artículo 24 de nuestra Norma Fundamental.

Esta exigencia de informe favorable del Ministerio Fiscal, limita de un modo que consideramos inconstitucional nuestra capacidad decisoria y discrecional. Nuestro ámbito de potestad jurisdiccional no se puede ver limitado por las pretensiones de las partes, ni se deben establecer cautelas extraordinarias que supongan límites a la potestad jurisdiccional.

Como se razona, en el Fundamento de Derecho Cuarto de la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 4/2001, de 15 de enero: «... precisamente en garantía de cualquiera de los cónyuges (artículo 90, párrafo 2 del CC), de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección (artículo 103 del CC, reglas 1.ª y 3.ª), la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes (...). Por ello en la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984, de 10 de diciembre, F. 2, este Tribunal al analizar una queja de incongruencia, tuvo ya oportunidad de resaltar que en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens*, por tratarse de un instrumento al servicio del Derecho de Familia. La naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional *stricto sensu* (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la Jurisdicción Civil, queda atenuado, y, paralelamente, los poderes del juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados (...) Como expusimos en la STC 77/1986, de 12 de junio: «“la incongruencia no existe o no puede reconocerse, cuando la sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la ley, el Tribunal está facultado para introducir *ex officio*”».

En similar línea de exposición de la doctrina constitucional, sobre las facultades de los tribunales, en orden a la protección del superior interés de los menores y en general, con respecto a los aspectos de índole jurídico-procesal, que conforman el contenido propio de

las decisiones jurisdiccionales, en esta materia podemos citar el Fundamento de Derecho Tercero, de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 75/2005 de 4 de abril (RTC 2005 75). Allí se argumenta: «... lo determinante es precisar si el procedimiento objeto de la demanda de amparo se han respetado las garantías procesales básicas que protege la Constitución en su artículo 24 (STC 76/1990), (STC 298/1993, de 18 de octubre)»; igualmente hemos señalado... que «a estas razones es preciso añadir que, al encauzar el conocimiento judicial de estas controversias sobre la situación familiar de los menores a través de procedimientos tan flexibles, sean o no caracterizables en sentido estricto como ejercicio de la Jurisdicción Voluntaria, la LEC transparente su intención de servir importantes fines», resultando que el «final que sirve el carácter informal e incisivo del procedimiento consiste en procurar que el Juzgador obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a acordar resultará beneficiosa para el menor, cuyos intereses son prevalentes ...» Añadiéndose, que «... 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 justificación atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad ... Lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado» (STC 187/1996, de 25 de noviembre).

Para argumentarse igualmente en el Fundamento Tercero, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 2005 que «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, ..., 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)».

Al atribuirse al Ministerio Fiscal, la función de veto, en las concretas circunstancias del caso que nos ocupa, se está legitimando de un modo constitucionalmente injustificado, y sin una adecuada valoración legislativa al respecto, una extralimitación de las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal, e invadiendo las competencias otorgadas a los tribunales.

Igualmente se está desconociendo uno de los elementos claves de la función del Ministerio Fiscal y de las decisiones judiciales en los procesos en materia de familia, tal y como hemos anotado precedentemente en base a la consideración de la doctrina que hemos reseñado del Tribunal Constitucional. El Fiscal en todos estos procesos asume una función de dictaminador o informante, en el sentido de que es oído sobre lo que se estima más favorable para los hijos menores o discapacitados, pero en modo alguno su informe o dictamen puede llegar a vincular la decisión judicial, hasta el punto de otorgarle, una función de veto ciertamente, que, en las concretas circunstancias del caso que ahora contemplamos, condiciona nuestra independencia y compromete de un modo insuperable, por la vía interpretativa según hemos señalado, la exclusividad en el ejercicio de nuestra potestad jurisdiccional.

En efecto desarrollando la previsión normativa contenida en el número 6 del artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el artículo 749 de la LEC, con la «entradilla» intervención del Ministerio Fiscal, dispone que entre otros en los procesos en materia matrimonial, «... será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal».

Esta intervención, tal y como se establece en la norma orgánica, ha de realizarse en defensa de la legalidad y del interés público o social. Y ello, es perfectamente acorde, con la disposición del artículo 124 de la Constitución, que en su primer apartado fija como ob-

jetivos constitucionales del Ministerio Fiscal, los de «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley y, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social. Para, indicarse en el artículo 2.1 de su Estatuto Orgánico, aprobado por ley 50/81 de 30 de diciembre, que el Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional, con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial».

Pero como decimos, la función del Ministerio Fiscal, es dictaminadora, y no protectora, con carácter excluyente de la intervención jurisdiccional, de los intereses generales y particulares, cuya promoción y defensa, le está confiada por la Constitución, su Estatuto Orgánico y las leyes *ad hoc*.

No lo entiende así la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 1/2006, de 7 de marzo de 2006, sobre «La guardia y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores», en cuyo epígrafe IV se expone:

«Aunque no existe un concepto legal de guarda y custodia, el TS la ha identificado con la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía (*vid.* STS de 19 de octubre de 1983). La concepción tradicional dominante mantenía que si los progenitores vivían separados, la guarda y custodia necesariamente debía residenciarse en el padre o en la madre o en tercera persona, pero nunca compartida.

En los últimos años la posibilidad de establecer sistemas de guarda compartida se había ido abriendo camino en nuestra jurisprudencia menor, si bien con reticencias y dificultades, motivadas en parte por la falta de previsión expresa. Ahora este régimen de ejercicio de las funciones parentales adquiere rango legal al introducirse en el Código Civil tras la entrada en vigor de la reforma operada por Ley 15/2005, de 8 de julio.

En efecto, el párrafo quinto del artículo 92.5 del CC establece que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. 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.

En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda (artículo 92.6 del CC).

El apartado 8.º permite acordar la guarda y custodia compartida con carácter excepcional, aun sin acuerdo de los progenitores pero siempre a instancia de una de las partes y con informe favorable del Ministerio Fiscal, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

En todo caso, ha de partirse que para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común (*vid.* SAP de Las Palmas núm. 327/2004, de 15 de abril, SAP de Barcelona núm. 140/2004, de 3 de marzo). La posibilidad de instaurar este sistema se excluye en supuestos de violencia doméstica (artículo 92, apartado 8.º)

Sin acuerdo previo de los progenitores sea en convenio o en el transcurso del procedimiento, la instauración de la custodia compartida, que debe considerarse excepcional, como expresamente declara el apartado 8.º del artículo 92 del CC, requiere además el informe favorable del Fiscal, al que por tanto se confiere un destacado protagonismo como garante de que la decisión se adecua al interés superior del menor».

Retomando la cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1994, de 3 de marzo, subrayaremos, que como se dice en su Fundamento Jurídico Octavo, que «el Fiscal está en mejor situación comparativa para efectuar la ponderación *sine ira et studio*» indicándose en igual fundamento que el Ministerio Fiscal no sobrepone sus pronunciamientos a los del Poder Judicial, pues el Fiscal, –que debe velar por la ejecución de las resoluciones judiciales firmes: artículo 118 de la Constitución Española–, no tiene el deber de dejar firmes –sin recurrir– las resoluciones de excarcelación de presos o detenidos que juzgue contrarios al Derecho y al interés público, sino más bien todo lo contrario, el efecto es un *effectus iuris*, enlazado por el legislador, no por el Fiscal.

Argumentándose en el Fundamento de Derecho Doceavo, de la expresada Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1994, de 3 de marzo, que «tampoco vulnera el contenido del artículo 124.1 de la Constitución Española (misión del Ministerio Fiscal, en razón de los recursos que puede interponer el mismo, por cuanto, tal como acabamos de indicar, no cabe sostener, con carácter general que este precepto constitucional impida o limite, en sí mismo, la libertad que, de principio tiene el legislador ... sin que, por lo demás tampoco ... haya venido a contrariar o desfigurar la posición del Ministerio Fiscal en el proceso, según lo establecido en el artículo 124.1 de la Constitución Española. Nada dice esta norma, en efecto y en sí misma, acerca de cuáles puedan ser los efectos legales que sigan de la formulación por la Fiscalía de determinado recurso en defensa de la Legalidad, de los Derechos de los ciudadanos y del interés público, tutelado por la Ley. Lo determinante es la garantía judicial de supervisión y decisión».

En el sistema establecido en la Ley 15/2005, para el caso que nos ocupa de custodia compartida contenciosa, al atribuirse como hemos repetido hasta la saciedad al Ministerio Fiscal una función de veto, lisa y llanamente, esa garantía jurisdiccional de supervisión y decisión no puede ser actualizada.

Además la atribución de la función de veto al Ministerio Público, en este caso, sin posibilidad de control jurisdiccional, contradice las orientaciones que se están estableciendo por el Consejo de Europa, para regir las «Relaciones entre Jueces y Fiscales, en una sociedad democrática regida por el *rule of law*», es decir en el marco Constitucional Europeo del «Estado de Derecho».

En este concreto marco y en el ámbito de lo que se ha dado en denominar *soft law*, merece especial consideración la que se ha dado en denominar : «Declaración de Burdeos sobre los Jueces y fiscales en una sociedad democrática», adoptada solemnemente, en Reunión Conjunta del Consejo Consultivo de Jueces Europeos del Consejo de Europa (CCJE) y el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos del Consejo de Europa (CCPE), el viernes 20 de noviembre de 2009, en el Centro de Congresos de BRDO pri KRANJU, localidad próxima a LJUBLJANA (Eslovenia), atendiendo a la solicitud del Comité de Ministros del Consejo de Europa, para elaborar un informe conjunto del CCJE y CCPE, sobre «Las relaciones entre Jueces y Fiscales en Europa».

En la expresada declaración, el CCJE y el CCPE, «Convienen», lo que a continuación se expone, destacando lo que consideramos pertinente, a los efectos que son propios de la presente resolución:

1. El interés de la sociedad demanda que el Estado de Derecho esté garantizado por un sistema judicial imparcial y eficaz. Los fiscales y los jueces deben velar por que se respeten y estén garantizados, en todas las fases del proceso judicial, los derechos y libertades individuales, y que se proteja el orden público. Esto requiere el absoluto respeto de los derechos que asisten a la persona de quien se sospecha que ha cometido una infracción penal y de las víctimas. La decisión adoptada por un Fiscal, de no promover la prosecución de actuaciones penales debiera ser susceptible en todo caso de control jurisdiccional. La víctima debiera tener la opción de presentar directamente su asunto ante el tribunal.

2. Una justicia equitativa exige el respeto a la «igualdad de armas» entre el ministerio fiscal y la defensa. También requiere el respeto a la independencia del tribunal y del principio de separación de poderes, así como el respeto de la fuerza vinculante de las sentencias definitivas.

3. El papel distinto pero a la vez complementario de los jueces y de los fiscales, constituye una garantía necesaria para una justicia equitativa, imparcial y eficaz. Si jueces y fiscales, deben ser independientes en el ejercicio de sus funciones respectivas, también deben ser y aparecer independientes, los unos con respecto de los otros.

4. Se deben poner a disposición del sistema Judicial, medios organizativos, financieros, materiales y recursos humanos suficientes.

5. El papel de los jueces –y llegado el caso de los ciudadanos integrantes del tribunal del jurado–, es el de juzgar los asuntos planteados ante ellos regularmente por el ministerio fiscal sin ninguna influencia ilícita ejercida en particular por la acusación o la defensa.

6. La aplicación de la ley y en su caso el ejercicio del poder de apreciación del principio de oportunidad por el ministerio fiscal en cuanto al inicio de actuaciones de investigación en materia penal, durante la fase previa al proceso, requieren que el estatuto de los fiscales, esté garantizado por el más alto nivel de jerarquía legislativa, a semejanza con el estatuto propio de los jueces. Los fiscales deben ser independientes y autónomos en la adopción de sus propias decisiones procesales y deben ejercer sus funciones de modo equitativo, objetivo e imparcial.

7. EL CCJE y el CCPE, desean hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación de los artículos 5,3 y 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Se trata en particular de las decisiones en las que el Tribunal afirma la exigencia absoluta de independencia frente al ejecutivo y también con respecto a las partes, que debe ser requerida a «todo magistrado que ejerza funciones judiciales», no obstante este requerimiento no excluye la subordinación a una autoridad jerárquica judicial independiente. Toda atribución de funciones judiciales a los fiscales, debiera quedar restringida a los asuntos que no puedan implicar, más que la imposición de sanciones menores, no debiera poder acumularse con el poder de investigación en la misma causa y no debiera restringir de cualquier modo el derecho de la persona respecto de quien se sospecha que ha cometido una infracción penal, a obtener sobre la misma causa una decisión emanada de una autoridad independiente e imparcial, que ejerza funciones judiciales.

8. El establecimiento de un estatuto de independencia para los fiscales, requiere determinados principios básicos, en concreto:

- no deben estar sometidos en el ejercicio de sus funciones a influencias o a presiones, cualquiera que sea su origen, externas al ministerio público.
- han de estar protegidas por la ley: su selección inicial, su carrera profesional, su seguridad en el ejercicio de las funciones propias, comprendiendo en ella la garantía de inamovilidad, de modo que el traslado de funciones sólo pueda efectuarse con arreglo a la Ley, o con el consentimiento de la persona afectada, y su remuneración.

9. En un Estado de Derecho, cuando el Ministerio Fiscal está jerarquizado, la eficacia de las investigaciones, en lo que respecta a la actuación de los fiscales, es indisoluble de la necesidad de que existan instrucciones transparentes emanadas de la autoridad jerárquica, de la obligación que esta autoridad jerárquica tiene de rendir cuentas y de la responsabilidad profesional. Las instrucciones dirigidas a los fiscales deben hacerse por escrito, con pleno respeto a la ley, y llegado el caso, con observancia de las directivas y criterios de actuación previamente publicados. Toda revisión, autorizada por la ley, de una decisión de proseguir con la acusación o de sobreseimiento adoptada por un fiscal, debe realizarse de modo imparcial y objetivo. En todo caso, deben tenerse en cuenta específicamente, los intereses de la víctima.

10. Es esencial, para una buena administración de justicia, que todos los profesionales implicados en el proceso judicial participen de principios jurídicos y valores éticos comunes. La formación, incluyendo en ella la formación en tareas de gestión administrativa constituye un derecho y un deber para jueces y fiscales. Tales formaciones deberán organizarse sobre una base imparcial y han de ser regular y objetivamente evaluadas, en cuanto a su eficacia. Cuando ello se considere adecuado, la formación común de jueces, fiscales y abogados, sobre temas de interés común, puede contribuir a la obtención de una justicia de alta calidad.

11. El interés de la sociedad exige igualmente que los medios de comunicación social, puedan informar al público sobre el funcionamiento del sistema judicial. Las autoridades competentes deben proporcionar esta información respetando en particular el derecho a la presunción de inocencia de las personas a quienes se atribuye la comisión de una infracción penal, las exigencias del derecho a un proceso equitativo, y el derecho a la vida privada y familiar de todas las personas implicadas en un proceso. Los jueces y los fiscales, debieran redactar un catálogo de buenas prácticas, o líneas directrices que rijan sus respectivas relaciones con los medios de comunicación social.

12. Los jueces y los fiscales, son actores esenciales de la cooperación internacional en materia judicial. El refuerzo de la confianza mutua entre las autoridades competentes de los diferentes Estados, es indispensable. En este contexto, es imperativo que la información recopilada por los fiscales por medio de la cooperación internacional y que se utilice en los procesos judiciales, sea transparente tanto en cuanto a su contenido como en lo relativo a su origen, y esté disponible para los jueces y para todas las partes, con la finalidad de que se pueda garantizar una efectiva protección de los derechos y libertades fundamentales.

13. En los Estados miembros donde el ministerio público ejerce funciones que se extienden más allá del ámbito penal, los principios mencionados, se aplican, al desempeño de todas estas funciones.

Como se ve, existen sobrados argumentos, para ratificar desde la perspectiva de la doctrina del Tribunal Constitucional, lo que hemos venido considerando.

En los procesos matrimoniales, el Ministerio Fiscal, tiene reconocido constitucionalmente una función de carácter dictaminador o informante. La misma no puede perjudicar la plenitud de ejercicio de la potestad jurisdiccional, que en exclusiva se nos atribuye en el artículo 117.3 de la Constitución. Y como hemos subrayado, lo determinante es la garantía judicial de supervisión, –claro está entre otros aspectos sobre la actividad dictaminadora del Ministerio Fiscal– y en definitiva de decisión.

Atribuyéndose, como se hace en el artículo 92.8 del CC en la reforma introducida por la Ley 15/2005, la facultad de veto al Ministerio Fiscal, para que podamos decidir, desde las perspectivas que nos requiere la actualización de los derechos constitucionales, tanto de los niños como de sus progenitores, a los que antes nos hemos referido con detalle, se está cercenando de un modo insoportable constitucionalmente hablando la exclusividad del ejercicio de nuestra jurisdicción. Y también, nuestra actuación independiente.

Y en el ámbito de consideraciones últimamente señalado, debemos traer a colación, la doctrina fijada en el Auto dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional núm. 32/2009, de 27 de enero, en el cual se inadmite a trámite, la cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vinaroz, respecto del artículo 780.2 de la LECr, en la redacción conferida al expresado precepto legal por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, que regula el procedimiento de enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, cuando el Ministerio Fiscal, «concluida la fase de instrucción, manifiesta la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos ... podrá instar, con carácter previo, la práctica de aquellas diligencias indispensables para formular acusación, en cuyo caso acordará el Juez lo solicitado». Entendiéndose, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vinaroz, que el último inciso señalado –en cuyo caso acordar el Juez lo solicitado–, contradice lo dispuesto en los artículos 24, 117.1 y 117.3 de la Constitución.

Pues bien, cuando se analiza, la eventual vulneración de la independencia judicial y la exclusividad jurisdiccional, se considera por el Tribunal Constitucional, que tal tacha de inconstitucionalidad, se realiza, porque según la previsión legal, el Juez es un mero ejecutor de las decisiones adoptadas por el Ministerio Fiscal. Argumentándose por el Tribunal Constitucional, en el Fundamento Jurídico Quinto, del expresado Auto que: «... pues bien el examen de esta duda de constitucionalidad a la vista de la doctrina sintetizada en el Auto del Tribunal Constitucional 467/2007, de 17 de diciembre, [FJ 3.b)] ... conduce a su inadmisión *ad liminem*. Como ya hemos destacado, el precepto legal cuestionado persigue garantizar el buen fin de un proceso en el que se hallan implicados diversos intereses individuales y colectivos. Para lograr este propósito, el legislador en uso de su legítima libertad de configuración ha atribuido, una mayor responsabilidad al Ministerio Fiscal, en tanto que órgano de relevancia constitucional al que corresponde promover la acción de la Justicia en defensa de la Legalidad, de los Derechos de los ciudadanos y del Interés público tutelado por la Ley. La existencia de un interés público en el buen desarrollo del proceso, y más específicamente del proceso penal, no parece requerir mayor desarrollo argumental».

Añadiéndose, para finalizar su argumentación, que «Ahora bien, esta atribución de mayor responsabilidad al Ministerio Fiscal no priva en modo alguno al Juez de su condición de garante de los Derechos de los Ciudadanos en particular de sus Derechos Fundamentales. Le corresponde, en todo caso, ponderar la eventual incidencia de las diligencias probatorias solicitadas sobre esos mismos Derechos Fundamentales, de modo que vendrá obligado a asegurar que en su práctica y su incidencia sea la mínima indispensable para la realización

del interés general consistente en el buen fin del proceso. Lejos de existir una inadmisibile interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, la previsión legal de cuya constitucionalidad se duda representa un instrumento de colaboración de poderes públicos para el mejor servicio de ese interés general».

Según hemos argumentado a lo largo de la presente resolución, en la regulación normativa, cuya invalidez por ser contradictoria a la Constitución, consideramos que existe concretada en la exigencia de informe favorable, del Ministerio Fiscal, para que podamos realizar nuestra valoración jurisdiccional, acerca de que exclusivamente mediante la atribución, a los padres de los niños Amaya y Samuel de la guarda y custodia compartida, solicitada por su padre, se protege adecuadamente el expresado interés superior de los menores; se está impidiendo, al reconocerse al Ministerio Fiscal, una función de veto, que no halla legitimación en la regulación constitucional dentro de la Constitución Española de 1978, del Ministerio Público, nuestra actuación como jueces garantes de los Derechos de los Ciudadanos.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: PLANTEAR LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, DEL ARTÍCULO 92.8 DEL CÓDIGO CIVIL, en la redacción conferida por la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, con arreglo a los razonamientos contenido en el presente Auto.

Centrando nuestra duda sobre la validez constitucional del precepto, en la exigencia que en el mismo se contiene, para que el Tribunal, pueda acordar la guarda y custodia compartida, a solicitud de uno solo de los progenitores, no hallándose el otro cónyuge de acuerdo con el establecimiento de este sistema de realización práctica de la responsabilidad parental, de informe favorable del Ministerio Fiscal. Siendo así, que en este caso, el padre, de los niños Amaya nacida el 12 de noviembre de 1998 y Samuel nacido el 15 de febrero de 2003, solicitó en la instancia, y también ante este Tribunal de apelación, la atribución de la guarda y custodia compartida. Existiendo en ambos momentos procesales, informe desfavorable del Ministerio Fiscal, con relación a la atribución, a ambos progenitores de los pequeños de la guarda y custodia compartida. Entendiendo este Tribunal, que el establecimiento como exigencia ineluctable, del informe favorable, del Ministerio Fiscal, órgano con relevancia constitucional, que no ejerce jurisdicción, en nuestro sistema de organización constitucional del Poder Judicial, colisiona de un modo insuperable por vía interpretativa, pues debemos aplicar en todo caso, el principio de legalidad, garantizado como valor metajurídico propio del estado de derecho en el artículo 9.3 de la Constitución, con la regulación constitucional de los Derechos Constitucionales, a la igualdad, –artículo 14 de la Constitución–, la prohibición de injerencias injustificadas de la autoridad pública, exenta de control jurisdiccional en la vida privada y familiar, –artículo 18– y a la tutela judicial efectiva, con arreglo al artículo 24 de nuestra norma fundamental. También entendemos, que la regulación normativa que nos impone de un modo inexorable contar con el informe favorable del Ministerio Fiscal, para decidir, sobre la atribución de la guarda y custodia compartida, colisiona con el sistema de protección jurídica, de los intereses superiores de los niños –artículo 39 de la CE–; todo ello desde la perspectiva del ejercicio efectivo de la potestad jurisdiccional, cuya «exclusividad» nos confía a los efectos de su desarrollo efectivo, el artículo 117.3 de la Constitución, únicamente a los jueces y tribunales, que integramos el Poder Judicial en el Estado social y democrático de derecho, que conforma nuestra Constitución.

Elévese la presente Cuestión de Inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, con testimonio de las actuaciones sustanciales del proceso de divorcio incluyendo copia del soporte audiovisual del acto de juicio. Así como testimonio del presente rollo de apelación civil, incluyendo también, copia del soporte audiovisual de la Vista que celebramos el pasado 30 de septiembre.

Queden provisionalmente suspendidas, las actuaciones, hasta que por el Tribunal Constitucional, se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta, el proceso permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.

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	7,5
1998	5,5
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)	5,5
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									

**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	1.170,5	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 PERCIEN INGRESOS)**

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de Derecho de

familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

PATRIA POTESTAD

Lo único acreditado es la toxicomanía del padre, pero no se prueba su entidad o gravedad por lo que no existe motivo bastante para decretar la privación de la patria potestad, si bien el interés y beneficio de la menor aconseja, dada precisamente su corta edad, que los deberes y facultades que integran la función de patria potestad sean ejercitados exclusivamente por la madre.

AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2009.

Se condena a los padres a la inmediata cesación de la actividad ruidosa en el uso de la vivienda familiar pues en la vida diaria causan unos ruidos que exceden de lo tolerable en la convivencia ordinaria y por tanto son perturbadores del derecho de los actores a disfrutar de su vivienda.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2009.

Se atribuye en exclusiva el ejercicio de la patria potestad a la madre dado que nos encontramos ante una situación que revela no sólo una clara ausencia de relación paterno-filial y una desatención material del padre hacia las necesidades de los hijos, sino incluso desidia por parte del progenitor en procurarse los medios terapéuticos que le faciliten el acercamiento a aquéllos, dejación y desinterés respecto al ejercicio concreto de los deberes y obligaciones que entraña la patria potestad.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2009.

La discrepancia en el ejercicio de la patria potestad no convierte en contencioso el expediente, como pretende el recurrente, pues no lo prevé así el artículo 156 del CC, tal como con acierto acordó el Juzgador *a quo*, sin perjuicio de lo previsto en la Disposición Transitoria Décima de la Ley 11/1981, que deja abierta la vía judicial ordinaria.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 1 de octubre de 2009.

Se atribuye en exclusiva a la madre el ejercicio de la patria potestad al constatarse la incomunicación y desinterés del padre por el hijo menor, actitud que se denota también en su falta de colaboración en la práctica de la prueba del Informe del Equipo Psicosocial.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2009.

GUARDA Y CUSTODIA

Teniendo en cuenta que la madre va a marcharse a residir a Las Palmas de Gran Canaria, se atribuye la custodia al padre que cuenta con una red de apoyo familiar más adecuada para el menor, máxime cuando se ha acreditado que la persona con la que convive la abuela materna es adicta a las drogas.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de noviembre de 2009.

El incumplimiento por parte de la esposa de la obligación contraída en el convenio regulador sobre no uso de la vivienda que fue familiar por otras personas podrá tener otras consecuencias, pero, en modo alguno puede justificar variar el régimen de guarda y custodia.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 11 de noviembre de 2009.

La petición de custodia compartida consistente en que el menor esté una semana con cada progenitor debe ser rechazada pues la custodia compartida precisa, por su propia complejidad, unas condiciones muy favorables que no concurren en el presente caso habida cuenta de la relación entre ambos litigantes que fluye de todo lo actuado, como ilustra el hecho mismo de la presentación de la denuncia por violencia de género.

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

Se constata mayor madurez en el padre que vive en el domicilio paterno y dispone de trabajo fijo, respecto a la madre que desarrolla trabajos intermitentes, no termina de demostrar con firmeza su modo de residencia y deja transcurrir largo período de tiempo sin intentar, con toda seriedad y firmeza, el contacto con sus hijos de menor edad.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2009.

El bajo rendimiento escolar no es motivo para el cambio de la custodia que en el convenio regulador se atribuyó al padre, ya que éste no incumple el deber de su asistencia y cuidado de los menores.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2009.

Aunque en su momento el padre no estaba en condiciones de tener en su compañía a sus hijos por su situación profesional y personal, la situación ha cambiado puesto que actualmente ya no trabaja por cuenta ajena sino propia, con mayor flexibilidad horaria a la hora de atender a sus hijos y con posibilidad real de vivir con ellos pues dispone de vivienda adecuada. Éste en principio aparece como el que está en una posición laboral más estable, sin que el hecho de que pasen algunas horas en el establecimiento de hostelería por las tardes haciendo los deberes pueda calificarse de negativo y perjudicial. Por otro lado, la hija mayor ha manifestado inequívocamente su voluntad de vivir con su padre.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2009.

Se concede la custodia al padre dado que la menor no convive con su madre sino con los abuelos maternos, continuando aquélla con trastornos de la alimentación y dependencia alcohólica con escasa adherencia a los tratamientos, reconociendo el propio abuelo materno en juicio que su hija hoy en día no es capaz de mantener a la niña.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2009.

RÉGIMEN DE VISITAS

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.

Dado el grado de madurez y la edad que tiene (14 años) difícilmente la imposición de unas visitas obligadas servirían para superar los sentimientos del menor, por lo que no cabe forzar a éste a un contacto obligado con su padre, que más bien resultaría contraproducente para el interés de

aquél. Se acuerda suspender el régimen de visitas y condicionar su reanulación a que el padre acredite una estabilidad emocional y que se encuentra siguiendo tratamiento/terapia bajo control médico especializado.

AP Pontevedra, Sec. 6.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2009.

Procede confirmar la decisión del juzgado de no establecer, por el momento, un régimen de visitas de la demandante con su nieta. El informe psicosocial emitido por el equipo técnico concluye que la nieta no puede ser forzada a ello ante su negativa.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2009.

Se desestima la petición de suspensión de las visitas con los abuelos debiendo destacarse la importancia que se viene dando en las nuevas orientaciones legislativas a su figura y a las relaciones con los nietos.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2009.

En atención a la profesión del padre, se considera más adecuado fijar un régimen de visitas de un fin de semana al mes desde las diez horas del sábado hasta la entrada al colegio los lunes que coincidirá con el fin de semana festivo del padre y cinco días a determinar en que el padre tenga fiesta desde la salida del colegio hasta la entrada el día siguiente, si coincide con un día escolar, o desde las diez horas de la mañana hasta el día siguiente, si coincide con un día no lectivo. El padre deberá comunicar a la madre tanto el fin de semana como los cinco días festivos intersemanales a principios de mes.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 8 de octubre de 2009.

El incumplimiento irregular de las visitas no constituye causa suficiente en este caso para acordar su suspensión, pues no se ha acreditado, ni siquiera alegado, que el contacto del menor con su padre, aunque sea de forma irregular, resulte perjudicial para el menor. Lo que sí aconseja la situación es una restricción de las visitas si éstas ya no se vienen cumpliendo en los términos acordados en el auto, con la finalidad de adecuar la medida adoptada a la realidad.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2009.

VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

A pesar de que ambos cónyuges pactaron en el convenio regulador de separación continuar en el uso de la vivienda pero haciendo vidas independientes hasta la finalización del pago de la hipoteca, basta la sola petición de la esposa de no querer continuar con este tipo de convivencia para dejar sin efecto lo acordado y aprobado judicialmente.

TSJ de Cataluña, Sala Civil, Sentencia de 18 de enero de 2010.

El abono de las cuotas mensuales de amortización de la hipoteca que grava la vivienda familiar de carácter ganancial debe hacerse en proporción a la capacidad económica acreditada en autos de cada parte, sin perjuicio, claro está, de que todo lo anticipado por el esposo se compute como un crédito a su favor, al momento de la efectiva liquidación de la sociedad legal de gananciales.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2009.

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.

Se desestima la demanda solicitando la extinción del uso de la plaza de garaje, pues aunque formalmente no se acordó su atribución junto con la vivienda familiar, durante prácticamente quince años las partes se han comportado como si el garaje fuera un elemento anejo a la vivienda. Este comportamiento y las reglas hermenéuticas de los contratos según las cuales si las palabras parecieran contrarias a la intención de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas y para juzgar esa intención, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores, motivan la desestimación del recurso.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2009.

Desde que al esposo se le atribuye, en sede de liquidación de gananciales, la mitad indivisa del inmueble que fue vivienda familiar, pasa a tener la titularidad compartida de ésta con facultades para disponer sobre su parte, lo que le legitima para solicitar la partición. La recurrente no puede pretender la aplicación del artículo 1320 del CC que rige vigente la sociedad de gananciales, cuando ese régimen económico-matrimonial quedó disuelto en virtud de la separación.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2009.

Limitación del uso de la vivienda familiar al momento en que el hijo mayor de edad deje de residir con la madre.

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2009.

Aunque el uso de la vivienda se atribuya a la esposa los gastos de comunidad de propietarios y tributos habrán de ser abonados por mitad por ambos litigantes como copropietarios de la vivienda familiar.

AP Asturias, Sec. 4.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2009.

Es procedente fijar carácter temporal al uso del domicilio familiar cuando los recursos económicos de los cónyuges permiten garantizar a los menores un alojamiento adecuado y capaz de satisfacer sus necesidades si se reparten el producto de la venta de la vivienda conyugal o si se adjudica, en la liquidación de la comunidad ganancial, a uno solo de ellos indemnizando al otro en la mitad de su valor.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2009.

Se desestima la demanda de extinción del derecho de uso de la vivienda al no acreditar que aquélla sea utilizada por la ex esposa e hijos de forma esporádica y ocasional al tener su domicilio en la ciudad de Gijón. No existe tal uso ocasional o esporádico, la prueba obrante en autos (certificados de empadronamiento, consumos de la empresa suministradora de energía, declaración testifical de los dos hijos mayores) evidencia que en tal vivienda siguen residiendo la ex esposa y los dos hijos menores del matrimonio, aun cuando por razones laborales pudiera ocasionalmente quedarse a pernoctar en la vivienda de la madre.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2009.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Aunque los ingresos del padre han disminuido no se reduce la cuantía de la pensión alimenticia, ya que los 200 euros se consideran el límite vital que cubre las necesidades esenciales del menor.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2009.

La falta de apreciación de recursos económicos de la madre no custodia imposibilita una cuantificación adecuada y proporcional a las necesidades de las menores, lo que haría todo pronunciamiento inejecutable. Lo que procede es suspender la referida obligación hasta tanto se pueda, en sede de modificación de medidas, acreditarse suficientes recursos económicos en la madre que permitan establecer concreta pensión alimenticia.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de noviembre de 2009.

La menor ha dejado de estudiar en un colegio privado haciéndolo en uno público que le supone menos gastos. Si bien es cierto que la menor gasta menos ahora en colegio no lo es menos que desde que se fijó la pensión han transcurrido más de diez años. Entonces la menor contaba con 5 años y es de lógica concluir que sus gastos, ajenos a los de escolarización, han aumentado con su edad, pues la pensión alimenticia no comprende sólo la educación. Además la menor se encuentra en la etapa de la adolescencia y en los umbrales de iniciar una carrera universitaria que de ordinario le supondrá un incremento de gastos educacionales.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de noviembre de 2009.

La falta de aprobación del esposo de los gastos extraordinarios no puede tener jamás un efecto de cierre sobre la cuestión –mucho menos, por injusta y absurda, la imposibilidad de recobro de lo adelantado–, sino que será posible entonces la intervención judicial.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Auto de 29 de octubre de 2009.

La hija cuenta con 25 años de edad y viene desarrollando su trabajo por cuenta ajena desde el año 2006, con una remuneración que oscila entre los 576 y 598 euros aproximadamente, de forma prácticamente ininterrumpida pese a la temporalidad de los contratos, por lo que debe declararse extinguida la pensión alimenticia.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de octubre de 2009.

La literalidad del convenio suscrito no ofrece ninguna duda interpretativa, resultando incontestable que los gastos extraordinarios, entre los que se pactan los de enseñanza, sólo serán sufragados por mitad cuando ambos progenitores hayan participado en la decisión de contraer dichos gastos. Ninguna prueba existe de que por el padre se haya prestado consentimiento expreso o tácito para asumir los gastos de la hija originados por su traslado a la ciudad de Valladolid para cursar unos estudios a los que se puede acceder en esta misma ciudad de Santander.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Auto de 15 de octubre de 2009.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La cantidad que solicita la esposa por pensiones alimenticias y compensatoria asciende a 892 euros que supone alrededor del 44% de los recursos del esposo, porcentaje que excede con creces los habitualmente barajados por esta Sala (entre el 30 y el 35%) en supuestos que como el examinado no presentan ninguna circunstancia especial.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de noviembre de 2009.

No puede argumentarse con éxito como motivo de cambio o alteración de circunstancias para modificar al alza la pensión compensatoria señalada en el proceso de divorcio la circunstancia sobrevenida por la necesidad de la esposa de arrendar una vivienda y atender su coste y los gastos de mantenimiento.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2009.

Se considera correcta la cuantía señalada de pensión compensatoria de 750 euros mensuales pues la duración de la convivencia se ha prolongado más de 22 años y el esposo percibe unos ingresos de unos 2.000 euros mensuales.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2009.

Se extingue la pensión compensatoria por mejora en la situación económica de la ex esposa, aunque dicha mejoría se deba a la generosidad de su madre, a su propio esfuerzo laboral o a cualquier otra razón.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2009.

Es evidente que un trabajo temporal como el que desarrolla la ex esposa, contratada por tres horas diarias y del que se percibe un salario que supera ligeramente los 350 euros mensuales, no la coloca en una situación de seguridad y estabilidad suficiente para extinguir el derecho a la pensión compensatoria.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2009.

Lo que no nos parece de recibo, en un momento de disminución de recursos por parte del ex esposo, es obligarle a mantener a la esposa en un concreto nivel económico, a costa de los bienes que a aquél correspondieron en un reparto de gananciales equitativo, para que la demandada conserve la totalidad de los que en aquél le fueron adjudicados, sin esfuerzo alguno por su parte para atender el propio sustento.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2009.

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, Auto de 20 de octubre de 2009.

No se fija pensión compensatoria dado que es preciso que su articulación se ajuste a lo dispuesto en el artículo 406.3.º de dicha Ley, es decir, que se proponga a continuación de la contestación, al no ser admisible la reconvenición implícita.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2009.

No procede declarar la nulidad de actuaciones por no haber señalado el Juzgado vista 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».

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2009.

La demandada muestra su disconformidad al desistimiento del actor, pero lo hace a los solos efectos de la condena en costas y con la sola petición de imposición de las costas a quien desiste, pero no puede considerarse como una verdadera y propia oposición al hecho del desistimiento, con lo que recobra toda virtualidad la mención del artículo 396.2 de la LEC y por tanto no procede la imposición de costas al actor.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 18 de septiembre de 2009.

Los efectos de la extinción de la pensión alimenticia sólo puede retrotraerse a la fecha de la sentencia de primera instancia, pues al tratarse de una resolución declarativa, éstos son *ex nunc* y no *ex tunc*. Por tanto, nunca podrán concederse desde que el hijo comenzó a trabajar.

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2009.

No imposición de costas en el procedimiento de modificación de medidas en el que se solicitó el cambio de custodia.

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2009.

Cuando los cónyuges residen en distintos partidos judiciales el actor puede presentar la demanda de modificación de medidas ante el Juzgado del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 8 de septiembre de 2009.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando se desestima un recurso de reposición interpuesto por la madre contra una providencia que fija un régimen de visitas en ejecución de sentencia con el solo argumento de que no se ha citado el precepto procesal infringido. La cita del precepto sólo tiene sentido cuando el recurso de reposición se fundamenta en infracciones de carácter procesal pero no cuando tiene su causa en razones sustantivas o de fondo.

Tribunal Constitucional, Sec. 3.ª, Sentencia 217/2009, de 14 de diciembre.

El cambio de circunstancias no puede oponerse a la ejecución de sentencia por impago de pensiones.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Auto de 16 de octubre de 2009.

No puede fundamentarse el régimen de visitas en una permanente sospecha absolutamente injustificada respecto a la validez y veracidad de las analíticas negativas de consumo de cannabis que presenta el padre desde que así se acordase en la sentencia.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 10 de octubre de 2009.

El régimen de visitas intersemanal está previsto para los períodos laborales en que la guarda y custodia se atribuye a uno de los progenitores, régimen que se sustituye por otro durante los períodos vacacionales, por lo que no cabe la acumulación pretendida que supone una distorsión para el otro progenitor que está disfrutando del período vacacional.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 6 de octubre de 2009.

Cuando la pensión compensatoria sólo cubre las necesidades básicas de la ex esposa procede el embargo del sueldo del ex esposo sin que sea de aplicación las limitaciones del artículo 608 de la LEC.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 1 de octubre de 2009.

La petición de la madre de que se retrotraigan los efectos del aumento de la pensión alimenticia, que ahora se fija en 400 euros mensuales, al momento en que reclamó el aumento de la pensión al padre mediante burofax que dice fue remitido en enero 2008, no puede ser estimada.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 1 de octubre de 2009.

Aunque se reconoce la posibilidad de que las pensiones alimenticias tengan efecto retroactivo, no puede deducirse en la demanda ejecutiva la pretensión de tal efecto retroactivo cuando la

declaración jurisdiccional de la retroactividad no está contenida en la resolución judicial que se ejecuta.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 30 de septiembre de 2009.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Sin ignorar la presunción de ganancialidad que afecta a los bienes existentes en el matrimonio, existe prueba documental, que esta Sala considera importante, consistente en los recibos de la Contribución Urbana que desde el lejano año 1946 vinieron girados, primero, con cargo a don Matías, después a don Imanol y, por último, al aquí apelante don Hilario, hijo del causante don Cristóbal.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 9 de noviembre de 2009.

Contrariamente a los supuestos ordinarios de simulación, en éste no hay una causa distinta entre el negocio supuestamente aparente y el simulado: la demandada admite que en todo caso los contratantes quisieron liquidar su sociedad de gananciales, de suerte que la causa del contrato es identificable y existente en todo caso e igual, en su caso, para el contrato disimulado. Con ser cierto e indudable que las partes simularon las valoraciones de algunos de los objetos de la partición, ello no se extiende necesariamente a las adjudicaciones en sí mismas.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 de noviembre de 2009.

No existe en nuestro Código Civil una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales por lo que ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal mientras no recaiga la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2009.

No procede incluir en el activo de la sociedad de gananciales un inmueble, sino únicamente un crédito por el pago realizado constante el matrimonio habida cuenta que las partes firmaron un documento privado en el que se indicaba que el esposo «asume todos los derechos y obligaciones a partir de esa fecha de la parte compradora en ese contrato» y que la esposa quedaba liberada de la condición de compradora. Existió un pacto liquidatorio sobre esa vivienda ganancial no familiar, el cual es perfectamente válido.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Auto de 23 de octubre de 2009.

Carácter ganancial de las acciones del Banco Santander, pues ni la titularidad exclusiva predica el carácter privativo de un bien, ni el hecho de heredar constante matrimonio determinada cantidad de dinero permite afirmar sin más que todas las acciones adquiridas durante el matrimonio son privativas. La cercanía en el tiempo entre la adquisición de una herencia y la adquisición de un bien podrá ser un indicio pero no una prueba concluyente.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2009.

Nulidad de las capitulaciones matrimoniales por simulación habida cuenta 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.

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 autónoma-

mente 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.

No se declara la nulidad de las capitulaciones matrimoniales so pretexto de los trastornos psíquicos padecidos por la esposa que le privaban del discernimiento necesario para su otorgamiento, pues ni siquiera contamos con un diagnóstico retrospectivo, ya que los informes fundamentales aportados se refieren a los padecimientos de la demandante correspondientes a los años 2007 y 2008 y el más próximo en el tiempo con la fecha de las capitulaciones (año 2004) sólo habla de un trastorno bipolar por el que se reconoce a la demandante una minusvalía de un 50%, es decir, en ningún modo la anulación de sus facultades intelecto-volitivas.

AP Asturias, Sec. 7.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2009.

El esposo viene haciendo uso desde hace tiempo del vehículo ganancial por lo que encontrándonos ante un bien indivisible no habiendo ejercido aquél la opción de pública subasta, es correcta su adjudicación a aquél abonando a la esposa el exceso de adjudicación en dinero, tal y como previene el artículo 1062 del Código Civil.

AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2009.

En el supuesto de autos, no se acredita con la seriedad y rigor que es exigible, la privatividad de la vivienda pues no se ha traído al proceso elemento alguno indiciario del efectivo pago del precio del bien por la esposa, ya en su totalidad, ya en parte, resultando la prueba testifical a todas luces insuficiente para desvirtuar la presunción de ganancialidad.

AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2009.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Los padres biológicos bien por enfermedad bien por otras patologías dejaron en su momento de cumplir sus obligaciones paternas dando lugar a que durante tres años la Xunta de Galicia haya asumido su tutela de lo que resulta que por el interés de los menores su intervención en expediente se limite a una simple audiencia.

AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2009.

La madre ha conseguido estabilizarse profesionalmente, se ha visto además emocionalmente compensada con la compañía de su hija mayor que por fin puede convivir con ella y ha mantenido una regularidad en las visitas al hijo y una actitud constante de interés y preocupación, por lo que es razonable estimar que está en condiciones de asumir nuevamente el cuidado de su hijo, con quien le une un estrecho vínculo afectivo debiendo revocarse en consecuencia la declaración de desamparo.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2009.

El mal estado nutricional de la menor, entonces de tres meses de edad, con mala evolución de peso, careciendo la vivienda de los padres de las condiciones higiénicas mínimas, justificó la declaración de desamparo. Si bien existe un cierto principio de prevalencia de la familia natural debe ceder cuando las medidas de protección son más favorables para los menores teniendo en cuenta la prevalencia de su interés.

AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2009.

No quedan garantizados los intereses del menor mediante la atribución de su cuidado a la abuela materna, pues, de una parte, queda patente su situación de desbordamiento emocional por todos los acontecimientos sucedidos durante los últimos años, teniendo importantes limitaciones para controlar la relación con su propia hija y evitar irrupciones o injerencias por parte de ésta, y, de otra parte, no consta un apoyo o soporte consolidado por parte del resto de los miembros de la familia, ni de los tíos y tías del menor ni del propio abuelo.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2009.

No puede impugnarse la resolución que acuerda el acogimiento familiar simple cuando la entrega de la menor a los servicios sociales por parte de los padres fue voluntaria, no existiendo prueba, ni siquiera indicio, de que tal entrega fuera el fruto de una maquinación fraudulenta urdida por los servicios de la Administración.

AP Cantabria, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2009.

Se confirma la declaración de desamparo al constatar la inexistente vigilancia por parte de la madre de los menores, que es la que realmente debía preocuparse por sus hijos, y que descargó dicha responsabilidad en otros adultos que también ocupaban la misma vivienda. Las relaciones sexuales entre menores y el hecho de pasar muchas horas solos en el domicilio que compartían con otras familias justifican la medida adoptada.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2009.

CUESTIONES PENALES

Por domicilio de la víctima hay 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.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Auto de 13 de enero de 2010.

En la violencia física o psíquica el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar, por lo que la aplicación de la atenuante del artículo 21.5 del CP (reparación del daño con el pago de las lesiones) no se aplica en estos casos con una mera satisfacción de una cuantificación de carácter económico.

AP Alicante, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2009.

Se condena al acusado por un delito de asesinato, pero se deja sin efecto la apreciación de la circunstancia de ensañamiento, absolviéndosele 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.

Se condena al padre por el asesinato de su esposa con alevosía y ensañamiento, pero no se 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.

No es posible aplicar la Ley de Violencia de Género a un menor de quince años que mantenía una relación con una chica de trece años, ya que es difícil imaginar que a estas edades con el grado de madurez que se les supone se pueda tener una vocación de pareja con idea de proyecto común y compartido.

AP Cantabria, Sec. 3.ª, Sentencia de 5 de noviembre de 2009.

SUCESIONES

La donación *inter vivos* se tomará en consideración, por más que lo quiera evitar el causante, para calcular el *donatum* que con el *relictum* determina el patrimonio hereditario cuya tercera parte constituye la legítima estricta, por lo que debe declararse la ineficacia de la cláusula testamentaria por la razón esencial de la falta del poder de disposición del causante sobre la fijación de la legítima y por la imperatividad de las normas que la regulan.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 21 de enero de 2010.

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 y 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 del CC.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2009.

Validez del 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 del CC.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2009.

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 I.ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2009.

Obligación impuesta por el testador al heredero de convivir con él y cuidarlo 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 I.ª, Sentencia de 3 de diciembre de 2009.

OTRAS CUESTIONES

Nulidad de la escritura de compraventa de participaciones sociales otorgada entre la madre y el hijo que encubría una donación, al no constar por escrito la aceptación del donatario sin que ésta pueda ser suplida por la suscripción de un contrato de compraventa simulado.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2010.

Aunque se reconoce que existen indicios de una posible denuncia falsa de la madre contra el padre por abusos sexuales a la hija menor de edad, archivada la causa penal, no se considera vulnerado el derecho al honor del padre al no tenerse la certeza de que la madre formuló la denuncia a sabiendas de la falsedad de la imputación.

AP Sevilla, Sec. 8.ª, Sentencia de 9 de noviembre de 2009.

La competencia territorial para conocer de procedimientos sobre capacidad de las personas corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia del presunto incapaz. La litispendencia surge con la presentación de la demanda, y las alteraciones que tengan lugar una vez iniciado el proceso no modificarán jurisdicción ni competencia.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Auto de 22 de octubre de 2009.

El contenido del informe médico emitido en esta alzada y las aclaraciones realizadas en el acto de la vista conducen a revocar el pronunciamiento de la sentencia de instancia que declara la incapacidad de la demandada al constar que no tiene enfermedad mental alguna y que el deterioro que sufre debido a su edad le permite desarrollar prácticamente todas las actividades de la vida diaria.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 13 de octubre de 2009.

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.

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 Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tel.: 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.

