

Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia

núm. 41

octubre-diciembre 2008

Director:

**Antonio Javier
Pérez Martín**

Sumario

Presentación	3
Índice	5
Estudios Doctrinales	23
Jurisprudencia	81
Resoluciones de la DGRN	231
Sección Práctica	237
Derecho Comparado	257
Tribuna Abierta	287
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	303
Avances Jurisprudenciales	309

e d i t o r i a l

LEX NOVA

Revista de
**Derecho
de Familia**

La versión on line de esta publicación ha sido seleccionada por el Consejo General del Poder Judicial para su utilización por los miembros de la carrera judicial.

© LEX NOVA 2008

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

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova.

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

Los caprichos de los hijos y la custodia

La sentencia que dictó el Juez Francisco Serrano el día 28 de octubre de 2008 puso de manifiesto un hecho evidente: pueden existir casos en que los hijos deciden quién debe tener la custodia en función de qué progenitor sea condescendiente con sus exigencias. Ya sea porque desean la moto, más dinero de bolsillo, toda la ropa de marca o porque quieren ampliar el horario de recogida del interminable fin de semana (botellón incluido), que ya no se sabe cuándo empieza, la realidad es que muchos padres se prestan a este juego y, en el momento de decidir la custodia, el hijo se decanta por la convivencia con un determinado progenitor que atiende todos sus deseos.

El caso que se analizó en dicha sentencia enfrentaba a una madre con un nivel adquisitivo normal y a un padre con un importante patrimonio. Como la hija tenía sólo tres años de edad estaba aún lejos del inicio de la adolescencia que favorece este tipo de conductas, y el Juez, previniendo que en un futuro no muy lejano la hija descubra lo maravilloso que es vivir al lado de un progenitor con posibilidad de pagar todos sus caprichos, fijó una elevada pensión alimenticia para que la hija, desde ya, tenga los privilegios que tantos jóvenes desean. Con ello se pretende evitar lo que se ha venido a denominar síndrome de alienación invertido, esto es, no es que el hijo no quiera irse con el progenitor no custodio, con quien no quiere estar es con el progenitor custodio.

Cualquiera que tenga hijos en edad adolescente, esté separado o no, habrá comentado con otros amigos el desastre de hijos que tiene cuando se habla del sistema de vida que llevan, máxime cuando lo comparan con el que ellos tuvieron en su día cuando también fueron adolescentes. Para su consuelo descubrirá que a todos los padres les pasa lo mismo, vamos, que más o menos el comportamiento de todos los hijos es similar.

Como indica la psicoterapeuta Teresa Pont, «no se ponen límites a los adolescentes. Se les intenta hacer las cosas lo más fáciles posible, no se les enseña autocontrol, apenas se les dice no. Y eso ha ocasionado que los chicos se hayan acostumbrado a hacer lo que les da la gana; a vivir en la cultura del placer y no en la del esfuerzo. Con consecuencias muy perjudiciales...». Coincide en el diagnóstico el Juez Emilio Calatayud, quien percibe una sociedad «acomplejada, a la que le da miedo poner normas y que se ha habituado a hablar de derechos pero no de obligaciones. Y eso ocurre en todos los ámbitos, desde la familia hasta la escuela». La también psicoanalista Jorgelina Rodríguez O'Connor, comenta el lugar que ocupan los niños hoy en la familia: «Son niños muy queridos, que viven muy protegidos y a los que no se les quiere frustrar. Por eso muchos padres perciben los límites como algo negativo».

Cuando los padres tienen una convivencia estable, soportar a un hijo adolescente se lleva con cierta resignación y se espera que en poco tiempo la conducta del hijo cambie y se adapte a las exigencias sociales en las que hay que convivir con derechos y deberes. Sin embargo, cuan-

do los padres están separados, sobrevivir a esta etapa puede ser tremendamente difícil, sobre todo cuando uno de ellos, guiado exclusivamente por el deseo de ganar una pequeña batalla frente al otro, quiere hacerse el buen padre atendiendo a todos los deseos del hijo, y el hijo, que de tonto no tiene un pelo, de pronto descubre que necesita vivir con el otro progenitor.

Este cambio de convivencia unas veces tiene lugar sin que ello trascienda al procedimiento judicial. El que hasta ahora era el progenitor custodio, posiblemente cansado del comportamiento del hijo, piensa que ya es momento de que el otro progenitor asuma su responsabilidad en el cuidado de los hijos y soporte el duro día a día de la relación paterno-filial. En otros casos, sobre todo en aquellos en los que la custodia del hijo lleva asociadas otras medidas, este cambio de custodia finaliza en un procedimiento de modificación de medidas. ¿Qué respuesta dan nuestros juzgados y tribunales a este tipo de peticiones? Si el hijo está próximo a la mayoría de edad, se es consciente de que poco se puede hacer. Es ilusorio imponer a un hijo que tiene dieciséis o diecisiete años que conviva con un determinado progenitor en contra de su deseo. Pero el problema es que se están presentando peticiones de modificación de medidas de hijos que tienen once o doce años y que en las exploraciones judiciales expresan su deseo vehemente de irse a vivir con el otro progenitor, progenitor que en su demanda no tiene otro argumento para solicitar el cambio de custodia que el respeto a la decisión del hijo. Ante estas peticiones, la decisión judicial no es automática y se valoran detenidamente todas las circunstancias que concurren tanto en los padres como en el hijo, y en muchos casos se desestima la demanda al no ir acompañado el deseo del hijo de ningún argumento de peso. Pero, aunque finalmente no se acceda al cambio de custodia, podremos imaginarnos la tensión vivida en el domicilio familiar durante el procedimiento judicial y las secuelas que habrá dejado. Por eso es tan importante que exista una sola dirección en las decisiones de los padres, aunque estén separados, ya que la patria potestad sigue siendo compartida.

ÍNDICE

ESTUDIOS DOCTRINALES

Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto.

Mila Arch Marín y Adolfo Jarne Esparcia

25

El interés del menor como criterio de atribución de la custodia.

Silvia Tamayo Haya

35

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Presentada la demanda de ejecución, la notificación del auto despachando ésta debe notificarse al ejecutado directamente, con independencia de que en el procedimiento de divorcio le representase un procurador. En consecuencia, procede declarar la nulidad de lo actuado al no haberse practicado la notificación en forma.

Tribunal Constitucional, Pleno, Auto de 12 de junio de 2008

83

CUSTODIA COMPARTIDA

Aunque se adoptó la custodia compartida sin oír personalmente a las menores, se acuerda declarar extinguido el recurso de amparo interpuesto por la madre al haberse practicado la exploración de éstas en fase de ejecución de sentencia.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Auto 139/2008, de 26 de mayo

86

TRIBUNAL SUPREMO

VIVIENDA FAMILIAR

Aunque se reconoce que la esposa y el hijo se encuentran ocupando la vivienda en precario se desestima la demanda interpuesta al apreciarse un fraude de ley en la partición de la herencia de los titulares de la vivienda, al haber hecho el marido una dejación de sus derechos respecto a dicha vivienda con la finalidad de crear un título a favor de sus hermanos para ejercitar la acción reivindicatoria.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de marzo de 2008

91

CONVENIO REGULADOR

Aunque el padre manifestó en el convenio regulador de la separación que el piso ganancial se adjudicara a la esposa en el 50% y el otro 50% a los hijos, se desestima la demanda interpuesta por la esposa para que se otorgase la correspondiente escritura pública de donación, entendiendo el Tribunal Supremo que en el convenio regulador sólo se contenía una promesa de donación, no llegando a perfeccionarse la donación en ningún momento.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de enero de 2008

93

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se presume que la esposa dio su consentimiento a la compraventa del inmueble ganancial, ya que el precio obtenido fue destinado a la liberación del gravamen que pesaba sobre la finca enajenada, producto del procedimiento ejecutivo seguido contra los esposos para la satisfacción de una deuda ganancial y, además, una de las entregas de dinero en que consistió el precio del contrato fue presenciada por la esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de enero de 2008

96

Se consideran privativos los apartamentos que, constante la sociedad de gananciales, adquirió el esposo, al acreditarse que el dinero provenía de la venta de una finca privativa de la esposa que adquirió por herencia de sus padres, no siendo obstáculo para ello que en la escritura de capitulaciones matrimoniales se hiciese constar que tenían carácter ganancial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de enero de 2008

98

Nulidad del pacto contenido en el convenio regulador en virtud del cual los cónyuges, sin limitación de tiempo, se obligaban a no disponer de unos inmuebles, que estaban destinados a ser donados a los hijos, habida cuenta que estamos ante una mera promesa de donación y que la división sin límite temporal vulnera lo establecido en el artículo 400 del CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de enero de 2008

100

Se desestima la demanda interpuesta por el ex esposo contra la ex esposa en la que aquél reclamaba el 50% de la cantidad que tuvo que abonar a su ex suegro por un préstamo personal, al no acreditarse el destino que tuvo el citado préstamo.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 30 de enero de 2008

105

La oficina de farmacia adquirida por el esposo constante el matrimonio –que se regía por la separación de bienes– tiene carácter privativo ya que, justificada la adquisición exclusiva por el esposo, se presume que el dinero es de quien adquirió, salvo, claro está, prueba en contrario, prueba que no ha logrado acreditar la esposa.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2008

108

Se desestima la tercería de dominio ya que el cambio de régimen económico-matrimonial no puede afectar al derecho de los acreedores anteriores que verían mermadas las garantías de las deudas; la responsabilidad no se rige por el conocimiento o no que tuviera la esposa de la deuda existente, sino por la condición de ganancial del bien que se le adjudicó afecto a la responsabilidad de las deudas durante el régimen de gananciales, que desaparece de la masa al pactar la separación de bienes.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 6 de febrero de 2008

111

Si no se impugnó el cuaderno particional de la liquidación de gananciales no puede luego ejercitarse la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 7 de marzo de 2008

113

La simulación contractual da lugar a la nulidad absoluta y por tanto no es aplicable el plazo de caducidad del artículo 1301 del CC. Se declara la nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado entre los integrantes de una pareja de hecho ya que el conviviente era deudor de una importante cantidad en el momento en el que vendió el inmueble a su compañera. No obstante, no se estima la acción interpuesta frente a la entidad bancaria titular de un derecho de hipoteca al considerarla un tercero hipotecario protegido por el Registro de la Propiedad.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 18 de marzo de 2008

116

El valor de la vivienda de protección oficial propiedad de los cónyuges es el de mercado que ostentase en el momento de la disolución del régimen de gananciales, rebajado en la proporción que resulta en relación al tiempo que falte para la extinción del régimen de protección.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 4 de abril de 2008

119

Aplicación de la jurisprudencia sobre la extinción de la sociedad de gananciales cuando existe una separación de hecho a pesar de que en testamento ológrafo el esposo dejase a la esposa el tercio de libre disposición y que durante dicho período comprase junto a aquélla un inmueble adquiriendo él la nuda propiedad para su sociedad de gananciales, ya que se trata de hechos que en nada afectan a la pérdida del fundamento de la existencia de dicha sociedad cuya razón de ser se encuentra en la convivencia matrimonial.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2008

124

UNIONES DE HECHO

Inexistencia de comunidad de bienes entre los convivientes ya que, pese al dilatado período de convivencia, no se ha acreditado voluntad de constitución expresa, o simplemente «intitulación» directa de los bienes a favor de la demandante quedando la conclusión, por tanto, pendiente de meras conjeturas o posibles intenciones, insuficientes y contrarias a la seguridad jurídica que debe imperar en materia tan trascendente.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de abril de 2008

126

CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

Nulidad de la escritura pública de compraventa de un inmueble celebrada entre una hija y sus padres, no pudiendo considerarse válida la donación 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.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de mayo de 2008

128

DERECHO AL HONOR

Habiéndose dictado auto teniendo por desistida a la hija menor de edad de la acción que interpuso contra su padre por intromisión ilegítima en su derecho al honor, la condena en costas que lleva el desistimiento no puede hacerse recaer sobre la madre que la representó legalmente, sino directamente sobre la hija de 15 años de edad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de enero de 2008

132

SUCESIONES

La partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso, pero no se trata de una igualdad matemática o absoluta sino de una igualdad cualitativa, teniendo la norma un carácter orientativo y un grado de imperatividad sólo relativo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de enero de 2008

135

El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del CC. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de enero de 2008

137

No procede declarar la nulidad del testamento porque el valor de los lotes de los distintos herederos no sean igualitarios, ya que no se ha acreditado que ello constituyese un error, toda vez que de las disposiciones testamentarias se deduce que la testadora era consciente de que había diferencia en el valor de los lotes.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de enero de 2008

142

ÍNDICE

El heredero carece de legitimación *ex novo* para instar la revocación de la donación que pudo ejercitar en vida el donante.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de abril de 2008

146

Ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero se aplica el derecho español para resolver la problemática surgida en la partición de herencia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de abril de 2008

149

PENAL

Condena por un delito de estafa al esposo que, después de haberle revocado la esposa un poder, dispuso de dinero propiedad de aquélla que estaba ingresado en una cuenta bancaria.

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2008

154

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

GUARDA Y CUSTODIA

Beneficios de la custodia compartida y condiciones que deben darse para su establecimiento.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 31 de julio de 2008

156

PENSIÓN ALIMENTICIA

Fijación de pensión alimenticia en casos de atribución de la custodia compartida.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 31 de julio de 2008

158

CUESTIONES PROCESALES

Aunque después de iniciarse el procedimiento de protección de menores, éstos cambien de domicilio, la competencia la mantiene el juzgado que comenzó a conocer del mismo.

TSJ de Aragón, Auto de 21 de mayo de 2008

159

UNIONES DE HECHO

La circunstancia de que la Ley de Parejas de Hecho contemple como carga de la pareja la alimentación de hijos no comunes, no implica que el progenitor biológico con quien no conviven los hijos quede exonerado de su obligación de pago de la pensión alimenticia.

TSJ de Aragón, Sentencia de 12 de mayo de 2008

159

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Se desestima la acción de nulidad matrimonial dado que la convivencia fue admitida por el demandado en el interrogatorio, donde afirmó que convivían desde mediados de 2005 fines de semana y algún día durante la semana y que tenían contacto diario. Ambos piden la nulidad, pero ello no es causa de exoneración de la carga de la prueba, máxime teniendo en cuenta el carácter excepcional de la institución de nulidad al negarse validez *a posteriori* a un contrato matrimonial aparente.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de marzo de 2008

162

Se declara la nulidad del matrimonio contraído en forma civil en Málaga por poderes entre un colombiano y una española al concurrir error más que relevante en las condiciones personales del esposo, pues de haber tenido constancia la esposa de que su proyecto de vida en común iba a quedar reducido a la nada, limitándose a hacer tareas de asistenta para esposo e hijo nacido de otra unión, posiblemente otra decisión hubiese adoptado antes de contraer matrimonio.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 6 de marzo de 2008

163

PATRIA POTESTAD

Se priva de la patria potestad al padre al acreditarse su despreocupación absoluta respecto de los hijos, en todos los órdenes, y en especial, de la hija menor, quien, a la sazón, una vez explorada, ha manifestado su rechazo a tener cualquier contacto o comunicación con el padre, a quien no ve, según se dice, desde hace siete años, no habiéndose probado por otro lado que la madre haya puesto impedimento alguno a las visitas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2008

166

Si no existen circunstancias graves que puedan redundar en perjuicio de la hija hay que extremar las precauciones en el momento de determinar si procede la privación de la patria potestad, y sin desconocer que el demandado debió rectificar su conducta para posibilitar esa relación inexistente hasta el momento, y contribuir económicamente al mantenimiento de su hija, resultaría desproporcionado acordar la privación de la patria potestad a la vista de que últimamente se ha iniciado la relación paterno-filial.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2008

167

Para dirimir las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad, lo que acontece en el presente caso, el procedimiento establecido por la Ley es el recogido en el artículo 156 y, ante la presentación de demanda ejecutiva por parte de la contraria, el juzgado se limitó a seguir el procedimiento señalado en dicho artículo.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Auto de 9 de mayo de 2008

168

La madre reconoció en el interrogatorio que para el cambio del colegio no se puso de acuerdo con el padre, ni solicitó autorización judicial. Y esta decisión unilateral de la madre de cambio del colegio al que asisten los hijos vulnera la patria potestad compartida que ostentan los

litigantes, por lo que procede requerirla para que, de inmediato, vuelva a escolarizar a los menores en el antiguo colegio.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 31 de marzo de 2008

169

Una persona en las circunstancias del padre, relacionado con el ámbito delictivo, consumidor de drogas y con orden de alejamiento de su pareja ante la situación objetiva de riesgo que su conducta comporta, no reúne condiciones para participar en la educación y formación integral del hijo de dos años de edad, por lo que procede privarle de la patria potestad.

AP Girona, Sec. 2.ª, Sentencia de 18 de febrero de 2008

170

GUARDA Y CUSTODIA

En contra del criterio del equipo técnico se atribuye la custodia a la madre, dado que el padre adopta, ante las menores, ciertas posturas victimistas, mostrándose como el progenitor débil, intentando conseguir la lástima de aquéllas, situación que obliga a éstas a ocupar una posición que no les corresponde, en un intento de protección de dicha figura que puede originar, a medio plazo, inestabilidad emocional en las niñas y crearles algún complejo de culpabilidad.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de mayo de 2008

172

Se descarta la custodia compartida y se opta por la custodia a favor de la madre dado que la convivencia con la figura materna desde siempre ha creado un fuerte vínculo afectivo significándose esta figura como el progenitor psicológico modelo referente que cubre sus necesidades a todos los niveles y la relación cotidiana se explicita en una gran empatía y complicidad entre las tres, creándose un clima de armonía y equilibrio.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2008

173

En casos como en el de autos, en el que existen varios informes periciales que sí estiman beneficiosa la custodia compartida, no puede cederse a la exclusiva voluntad de una de las partes en contra tanto de la opinión unánime de dos peritos y del Ministerio Fiscal, como de la voluntad del otro progenitor.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2008

174

Propone el padre bajo el nombre de custodia compartida que el menor conviva con él durante la semana y el fin de semana lo pase con su madre en Valencia, pero es el interés de los menores y no la conveniencia de los padres lo que ha de primar la decisión sobre la custodia y por ello se considera adecuado el mantenimiento de la guarda y custodia en la madre, al no existir razones de conveniencia para el menor que justifiquen alterar la situación actual.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2008

175

Los menores están mejor atendidos por el padre que cuenta con la colaboración de las personas del ambiente paterno, toda su familia extensa, ofreciendo mayores garantías de estabilidad familiar, ya que, por el contrario, la madre ha mostrado muchas limitaciones para cuidar de los menores, mostrando conductas de dejadez y falta de motivación para la educación y crianza de los niños, achacándole falta de asistencia al colegio, falta de higiene y de habitabilidad, precarias condiciones económicas, etc.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2008

176

El menor muestra una alta inadaptación personal con numerosos síntomas de somatización y depresivos, mostrando miedos, infravaloración de sí mismo y la autoestima baja, en cuanto a la adaptación social, muestra desajuste con el medio, implicándose a veces en peleas y enfrentamientos, el menor en cierta manera es especial y necesita cuidados especiales que ninguno de sus dos progenitores pueden en estos momentos darle por lo que se acuerda la custodia a favor de la Comunidad de Madrid.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2008

177

Estamos ante un llamado síndrome de alineación parental, si bien, la pretensión del padre de que se le atribuya la custodia no puede ser atendida, ya que su tratamiento pasa por un régimen gradual y nada cuadrículado como no lo son los sentimientos y actitudes de cuyo cambio no puede predecirse su duración en el tiempo, siendo necesaria la intervención y ayuda de técnicos que serán quienes determinen las mejoras y los cambios que han de llevarse a cabo.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 16 de abril de 2008

178

RÉGIMEN DE VISITAS

Dada la edad del menor –en estos momentos casi 2 años– no encuentra este Tribunal razón alguna para considerar que éste no puede tener el régimen de visitas que usual y ordinariamente viene señalándose por Jueces y Tribunales en casos similares, es decir, fines de semana alternos desde las 18 del sábado a las 20 horas del domingo.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2008

179

Lo que no puede aceptarse es que bajo el manto de la ampliación de las visitas y de la recogida del menor se pretenda encubrir un régimen de visitas para los referidos parientes de la parte recurrida, pues si ha estado ausente determinados períodos de tiempo, el régimen de visitas establecido para tal progenitor no puede llevarse a cabo dada tal ausencia.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2008

180

Por cuanto que se desconoce la situación familiar de la madre, en relación al entorno de ésta en su país de origen y tampoco se acredita su imposibilidad de viajar a dicho país, Guinea, ni tampoco se acredita la realidad de su situación personal laboral y económica de aquélla en España, es procedente exigir a la apelada el consentimiento del padre o, en su defecto, la autorización judicial, para viajar a Guinea, o fuera de España, en compañía de la hija menor, en los períodos de vacaciones que tiene reconocido, debiendo expresar el motivo del viaje, su duración, acreditando, en su caso, el regreso, la fecha, aportando los oportunos billetes, o pasajes, de ida y vuelta.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2008

181

La regulación de las visitas del modo establecido en la sentencia apelada, condicionadas al calendario laboral del padre, no vienen así fijadas por motivos caprichosos o de mejor conveniencia de los intereses paternos, sino que, por el contrario, hay que señalar que vienen determinadas por las circunstancias laborales del padre, de cuya comunicación y contacto frecuente y regular ha de beneficiarse la hija.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2008

182

Para el caso de que los hijos permanezcan una larga temporada –dos, tres o cuatro semanas– realizando cursos en el extranjero o de lengua extranjera en España, lo que al parecer ha sido

lo habitual en este matrimonio antes de su crisis, es procedente descontar dicho período de su calendario vacacional a los efectos de dividir el resto entre ambos progenitores.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2008

182

Se considera adecuado que las visitas no se realicen en el punto de encuentro pues la falta de madurez que la actora achaca al demandado por su juventud no tiene fundamento alguno, estando la actora en esta misma situación pues ambos tienen la misma edad, además hay que tener en cuenta que el régimen de visitas establecido es mínimo dada la corta edad de la menor.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2008

183

VIVIENDA FAMILIAR

Aunque el domicilio es susceptible de división material, el artículo 96 del CC no autoriza a este tipo de pronunciamiento.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2008

184

No cabe atribuir al hoy apelante el uso que pretende de una vivienda sita en el campo porque ni se trata de la vivienda que tenía la condición de familiar ni consta que el apelante tenga previsión de ocuparla para fijar en ella su residencia, ya que vive en otra ciudad de manera estable.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2008

185

La esposa, unos años atrás, ya se marchó a vivir al domicilio de sus padres para cuidarlos, y ha permanecido en él después del fallecimiento de éstos, acaecido sobre el año 2005, con pleno consentimiento de su hermana, titular de dicha vivienda, la cual, a su vez, reside en otro domicilio con su esposo e hijos, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 96 del CC, el esposo acredita un interés más necesitado de protección.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2008

185

Con independencia de cual sea la realidad registral, lo cierto es que ambos pisos son físicamente un todo, unidos, y que constituyeron el domicilio conyugal, y es este piso unificado el que debe atribuirse su uso, no el uso de dos pisos como si se tratase de dos viviendas separadas, y otra solución –como su división material– no sería propia de un proceso matrimonial.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2008

186

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se fija una pensión alimenticia para la hija mayor con una vigencia de seis meses, ya que, aun apreciando situación de cierta desidia en el ámbito de los estudios y/o incorporación al mercado laboral por parte de ésta, se evidenció situación con trascendencia económica que habilitaba a

la adopción de pronunciamiento sobre temporalidad de la medida a efectos de corrección de inercia percibida.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2008

186

El establecimiento de una pensión alimenticia ha de conciliarse tanto con la cuantía de la pensión compensatoria como con aquellas otras cantidades que el padre ha de satisfacer, como serían el pago de los gastos hipotecarios que grava la vivienda familiar, así como los generados por el acceso a una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2008

187

Los gastos del psicólogo responden al concepto de gasto extraordinario, que tal como ha proclamado esta Sala son aquellos que no tienen periodicidad prefijada. Ahora bien, dichos gastos no tienen carácter de urgencia, dada su naturaleza, por lo que la demandante debió haber obtenido previamente el consentimiento del demandado el cual no consta o, en su defecto, haber obtenido autorización judicial. A mayor abundamiento en las facturas que acompañan a la demanda ejecutiva figuran como pacientes no sólo el hijo sino también la madre y no está deslindada la cuantía que corresponde a cada uno.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 23 de mayo de 2008

188

La decisión personal del padre de formar un nuevo núcleo familiar asociado al nacimiento de un nuevo hijo y la existencia de situaciones diferenciadas entre los hijos no puede considerarse como una variación sustancial de circunstancias.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de abril de 2008

189

La mejora económica del progenitor custodio no constituye, a salvo de situaciones de demostrada estrechez económica, una condición de automática e indiscriminada aminoración cuantitativa de la aportación alimenticia a cargo del otro, debiendo, por el contrario, repercutir en una más holgada cobertura de las necesidades de los alimentistas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 13 de marzo de 2008

190

PENSIÓN COMPENSATORIA

La dificultad de la esposa para incorporarse a la vida laboral después de veintitrés años de convivencia matrimonial, en la que, salvo algún trabajo esporádico, se ha dedicado por completo a la familia y a las tareas domésticas, llevan a considerar arriesgado la fijación de un plazo tan delimitado como el de tres años para el percibo de la pensión compensatoria, considerándose más adecuado el de cinco años.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 30 de junio de 2008

190

La demandada carece de ingresos propios por lo que es notorio que concurren los requisitos para fijarle una pensión compensatoria. Las sentencias deben basarse en circunstancias concurrentes y no en futuras aunque haya muchas posibilidades de que vayan a acontecer, por ello no puede tomarse ahora en consideración la futura liquidación de la sociedad de gananciales o la recepción futura, en su caso, por la demandada de los bienes que componen la herencia de su madre.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de junio de 2008

191

Aunque la esposa carece de cualificación profesional ello no puede constituirse en un obstáculo para trabajar, máxime si tenemos en cuenta la gran cantidad de población inmigrante actualmente existente en España que desempeña trabajos no cualificados.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2008

192

Se estima la causa de extinción de la pensión compensatoria basada en la convivencia marital de la beneficiaria al quedar acreditado que ésta hacía figurar el teléfono de la persona con la que convive en sus tarjetas profesionales. Por otro lado, es indiferente que dicha relación hubiese cesado al tiempo de celebrarse el juicio y que su duración no hubiera alcanzado el año, ya que en estas circunstancias igualmente concurriría la causa de extinción.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2008

193

CONVENIO REGULADOR

No se aprueban las cláusulas del convenio regulador relativas a la liquidación de la sociedad de gananciales dado que la liquidación del acervo común no consiste en vender los bienes que lo integran a terceros y repartirse el precio obtenido. Por otra parte, hay que resaltar la posible gran dilación temporal de las operaciones previstas en las cláusulas que no han sido aprobadas y la dificultad que podrían acarrear de instarse la ejecución judicial.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de mayo de 2008

193

En el convenio regulador en su día suscrito por los litigantes, se acordó que la cantidad que el esposo había de pasar mensualmente por alimentos quedaría compensada con la que su esposa tenía que abonarle, por el exceso que a ésta se le adjudicó en las operaciones liquidatorias del patrimonio ganancial. Pero sobre no constar expresamente en el convenio tal pacto de compensación, es lo cierto que, de ser así, estaríamos ante una cláusula nula de pleno derecho, expresamente prohibida por los artículos 151 y 1814 del Código Civil, en relación con el último inciso del artículo 1255 del mismo texto legal.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 25 de abril de 2008

195

El título que sirve de base a la demanda presentada no establecía, en modo alguno, las condiciones en que había de procederse a dicha enajenación, limitándose el convenio regulador aprobado por dicha resolución a recoger el pacto de las partes sobre la proyectada operación, pero sin determinar precio, plazo o cualquier otro condicionante de ésta, y sí tan sólo el compromiso de ambos esposos de colaborar en todo lo concerniente a la venta, «sin dificultar la exhibición y muestra de la misma a posibles interesados en la compra». No obstante ello, en el suplico de dicha demanda no se determina la concreta actuación ejecutiva que se postula del Juzgado, limitándose, de forma genérica, a interesar que se aperciba a la demandada para cumplir de inmediato la resolución judicial.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 4 de abril de 2008

195

Habiéndose ejercitado una acción de nulidad del convenio regulador que se aprobó por sentencia firme, resulta inadecuado el procedimiento utilizado, quedando a la parte exclusivamente la vía del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo al amparo del motivo previsto en el núm. 4 del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de maquinación fraudulenta. No obstante, se indica por la Sala que no existe un consentimiento viciado dado que el consentimiento existió,

fue reiterado y a presencia judicial con asistencia de Letrado, sin que pueda entrarse en el estudio de la naturaleza concreta de los bienes o la valoración de éstos a través de una acción de semejante índole.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 12 de febrero de 2008

197

CUESTIONES PROCESALES

La solicitud y denegación efectivas del derecho de asistencia jurídica gratuita no son requisitos imprescindibles para la fijación de las *litis expensas*, sino que bastará para establecerlas con la inexistencia o indisponibilidad inmediata del caudal común y las posibilidades económicas de uno y otro cónyuge, y procederán incluso aunque el desfavorecido haya obtenido el citado beneficio por no haberse computado los bienes del otro.

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2008

199

La prueba pericial que ha sido sometida a contradicción tiene mayor relevancia probatoria que aquella que simplemente se acompañó a la demanda.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 9 de mayo de 2008

199

Teniendo en cuenta que el demandado no tiene su actual residencia en España, debe prevalecer el último de los criterios recogidos en el precepto examinado que, a la vista de las circunstancias concurrentes, evita los inconvenientes de tramitar el procedimiento ante un Juzgado alejado tanto de la residencia del demandado como del domicilio de la actora, aproximando, por el contrario, la Justicia al lugar en que, al menos, ubica su *status* residencial uno de los litigantes.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 14 de abril de 2008

200

La entrada en funcionamiento de un jurado exclusivo de violencia no hace perder la competencia para el conocimiento del procedimiento de separación al Juzgado de Instrucción ante el que se siguen actuaciones penales y que antes sí tenía competencia en materia de violencia de género.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 28 de marzo de 2008

202

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No existiendo requerimiento a la madre por parte del centro escolar ni del progenitor no custodio, el donativo dinerario realizado por el padre al centro académico perteneciente a la entidad eclesiástica no puede entenderse como pago en los términos acordados en el convenio y sancionado en sentencia judicial.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de mayo de 2008

203

El convenio regulador establece, de forma clara y precisa en su punto D), que los gastos de comunidad del edificio y el IBI serán abonados por ambas partes por mitad iguales. Por lo tanto, debiendo ejecutarse y cumplirse las sentencias ejecutivas en sus propios términos, ha de confirmarse la resolución recurrida que inició la vía de aprecio contra el esposo.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Auto de 29 de mayo de 2008

204

En lo que respecta a la pretensión de que las cuantías fijadas en la sentencia se devenguen desde la fecha de la demanda, debe señalarse que tal petición no se solicitó en ésta, ni constituye un efecto que se produzca *ex lege*.

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2008

204

Se estima la causa de oposición de falta de legitimación de la madre para solicitar la ejecución por los alimentos debidos a la hija, mayor de edad, en el período comprendido entre agosto de 2006 en adelante, dado que desde aquel momento la hija pasó a residir en compañía de su padre.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Auto de 24 de abril de 2008

205

REGÍMENES ECONÓMICOS

La realidad de la lesión y su verdadera importancia, en orden a la aplicación del artículo 1074 del CC, pasa por calcular en primer término el valor verdadero de todos los bienes incursos en el mismo, en segundo lugar la cuota o fracción correspondiente a cada consorte, a razón de la mitad, y en tercer y último lugar el valor real de las cosas que se adjudicaron en pago de dicha cuota.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2008

205

La ganancialidad del bien no puede deducirse de la fe pública derivada de la inscripción pues en ésta no figura que la titularidad de la finca sea ganancial sino antes al contrario que la titularidad de la misma corresponde al esposo el cual está casado bajo el régimen de gananciales, por lo que para llegar a la conclusión que pretende la apelante es necesario determinar si existe en las actuaciones prueba que desvirtúe la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC y la respuesta es afirmativa pues ésta no discute que la construcción de la primera planta se hizo por el marido antes de contraer matrimonio.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2008

208

Respecto a la cuestión planteada por la opositora al recurso, esto es, la no inclusión de la totalidad de las cantidades abonadas por el recurrente dado que sobre él pesaba, al menos, el pago de la mitad del crédito hipotecario, ésta no puede acogerse y ello por cuanto la deuda no era, como erróneamente señala la opositora, del marido sino de la sociedad de gananciales y el pago se hizo por éste con dinero privativo por lo que será acreedor de dicha suma y frente a la extinta sociedad.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2008

209

El hecho de dictarse auto de medidas provisionales no implica que los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales deba retrotraerse a dicha fecha.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2008

209

A la sentencia de formación del inventario que quedó firme al no interponerse recurso de apelación no le es aplicable el artículo 787.5 de la LEC, que sí lo es en cambio a la que pone fin a este proceso de liquidación.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2008

210

Es necesaria la concurrencia personal de los cónyuges a la comparecencia de liquidación en la que se trata de conformar su voluntad u obtener su aquiescencia en orden a una solución pactada a la

liquidación. Dicha necesidad no se satisface con la presencia del Procurador, menos aun cuando su intervención delata que la poderdante conoce cabalmente el señalamiento y sus exigencias, hasta el punto de impartir las instrucciones concretas que trata de hacer valer ante el fedatario.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Auto de 22 de mayo de 2008

211

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

El momento en el que se declara la situación de desamparo es el que hay que tener en cuenta para ponderar las circunstancias fácticas que evidencien si se han cumplido los deberes inherentes a la patria potestad.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2008

212

La dirección letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida pide que se deniegue la adopción del menor y alega que no ha podido estudiar la idoneidad o no de los adoptantes, ni proponer prueba ni participar en la práctica de diligencia alguna, pero tal alegación debe ser desestimada ya que dicha valoración corresponde exclusivamente al tribunal.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 23 de mayo de 2008

214

Frente a la denegación del certificado de idoneidad por motivación inadecuada e idealización del proyecto, lo cierto es que los recurrentes se casaron en el año 1980, no se les conoce crisis de pareja alguna durante los más de treinta años de matrimonio, tienen en la actualidad alrededor de 52 años él y 50 años ella, han sido y son padres de dos hijos, de alrededor de 25 y 21 años de edad que conviven en el mismo domicilio junto a la abuela materna. En consecuencia, procede declararles idóneos para la adopción.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2008

215

FILIACIÓN

En un procedimiento de reclamación de paternidad, el demandado cuestiona el resultado de la prueba biológica señalando que se debieron realizar también pruebas de contraste con sus hermanos que igualmente podrían ser los padres de la menor, pero dicha alegación no puede ser atendida.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de abril de 2008

216

La exclusión de las funciones de la patria potestad se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 8 de abril de 2008

216

Si bien es cierto que no existió reconvencción expresa, por parte de la demandada, en orden a su pretensión de adopción de medidas personales y económicas sobre la menor cuya paternidad se reclama, no es menos cierto que no se aprecia indefensión alguna, ni infracción del derecho de tutela judicial efectiva que ampara al apelante, pues, por un lado, ha tenido plena capacidad de intervención y alegación frente a las peticiones formuladas y ha podido emitir sus conclusiones.

AP Cádiz, Sec. 5.ª, Sentencia de 8 de abril de 2008

217

UNIONES DE HECHO

Se trata de una unión de hecho que no llega a convivir ni siquiera dos años y antes de transcurrir seis meses desde el nacimiento del hijo sus progenitores suscriben un acuerdo al que dan forma de acta de manifestaciones ante Notario y en dicha acta se hacen constar las circunstancias personales de los comparecientes y respecto al actor un domicilio que resulta ser distinto del que fuera familiar, por lo que no procede atribuirle el uso de la vivienda.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2008

218

En una pareja de hecho, se consideran que los desembolsos realizados para la compra del inmueble tienen carácter común habida cuenta que ambos contribuyeron al pago del precio, una parte antes del inicio de la convivencia y otra una vez iniciada ésta, sin que pueda considerarse que el conviviente abonó más cantidad porque los pagos del préstamo hipotecario se hiciesen desde su cuenta bancaria, ya que los gastos que generó la convivencia se atendían con el dinero de la cuenta bancaria de la conviviente.

AP Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 17 de abril de 2008

219

Los pleitos entablados entre los convivientes sin hijos comunes litigando acerca de las consecuencias económicas derivadas de su ruptura deberán ventilarse en el juicio declarativo que corresponda ante el Juzgado de Primera Instancia.

AP Asturias, Sec. 1.ª, Auto de 8 de abril de 2008

221

CUESTIONES PENALES

Aunque el Juzgado de lo Penal la condenó a un año de prisión se absuelve a una madre del delito de desobediencia al no apreciarse la existencia del síndrome de alienación parental.

AP Vizcaya, Sec. 6.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2008

222

JUZGADOS DE 1.ª INSTANCIA

RÉGIMEN DE VISITAS

Suspensión del régimen de visitas ya que en los últimos cinco años, el padre ni llamó por teléfono al hijo, ni pagó la pensión, ni siquiera le ha mandado un regalo por Reyes o cumpleaños.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 20 de octubre de 2008

226

PENSIÓN ALIMENTICIA

Resulta casi ofensivo que el padre pretenda desentenderse de su responsabilidad como padre y como padre acaudalado, abonando como pensión alimenticia la ridícula cuantía de 300 euros

y atendiendo a sus medios económicos se fija una pensión mensual de 3.500 euros, evitando de esta manera que en un futuro pueda producirse el SAP invertido.

Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Sevilla, Sentencia de 29 de octubre de 2008

227

RESOLUCIONES DE LA DGRN

VIVIENDA FAMILIAR

Si la vivienda familiar cuyo uso se ha atribuido a los hijos es titularidad exclusiva del progenitor custodio no es preciso la anotación de aquella atribución en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 10 de octubre de 2008

233

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En el caso de adquisiciones por extranjeros casados no requiere la acreditación del régimen matrimonial en el momento de la adquisición, sino en el de la enajenación.

Resolución de 26 de agosto de 2008

233

Procedencia de la inscripción del convenio regulador en el que los cónyuges, sujetos al régimen de separación de bienes, liquidan los bienes comunes que les pertenecían en pro indiviso al 50%.

Resolución de 29 de octubre de 2008

234

SECCIÓN PRÁCTICA

Problemática de la pensión de viudedad de los separados y divorciados.

239

Casos prácticos.

247

DERECHO COMPARADO

La regulación de la tenencia compartida en el Perú (Ley 29269).

Manuel Bermúdez Tapia

259

TRIBUNA ABIERTA

Problemáticas en torno a la responsabilidad civil en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en nuestro ordenamiento jurídico.

Aurelia María Romero Coloma

289

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Datos de interés.

305

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Separación, divorcio y nulidad matrimonial.

311

Patria potestad.

311

Guarda y custodia.

311

Régimen de visitas.

312

Vivienda familiar.

313

Pensión alimenticia.

313

Pensión compensatoria.

314

Cuestiones procesales.

315

Ejecución de sentencia.

316

Regímenes económicos.

316

Procedimientos de menores.

317

Filiación.

318

Uniones de hecho.

318

Otras cuestiones.

318

Revista de **Derecho de** **familia**

ESTUDIOS DOCTRINALES

OPINIÓN Y VALORACIÓN DE LOS DIFERENTES SISTEMAS DE GUARDA Y CUSTODIA POR PSICÓLOGOS FORENSES Y JURISTAS ESPAÑOLES. UN ESTUDIO PILOTO

Dra. MILA ARCH MARIN Y Dr. ADOLFO JARNE ESPARCIA

Universidad de Barcelona

RESUMEN

A pesar del intenso debate que viene manteniéndose en nuestro país alrededor de las custodias disputadas y, más concretamente, respecto a las opiniones y valoraciones sobre el novedoso concepto «custodia compartida», actualmente existen escasos datos empíricos que nos ofrezcan una imagen real de las creencias y preferencias de los profesionales (juristas y psicólogos) que intervienen en los casos donde se discute la custodia de un menor. El presente estudio piloto, que recoge las valoraciones de profesionales españoles en ejercicio, nos permite una primera aproximación a un conocimiento ajustado de la realidad española, sin tener que recurrir a datos provenientes de otros países con legislaciones y vida social alejadas de las nuestras.

ABSTRACT

In spite of the intense debate that it comes staying in our country around the competed custodies and, more concretely, regarding the opinions and valuations on the novel concept «shared custody», at the moment exist limited empiric data that offer us a real image of the professionals' beliefs and preferences (jurists and psychologists) that intervene in the cases where is discussed the custody of a minor. The present pilot study, that gathers the valuations of Spanish professionals in exercise, allows us a first approach to an adjusted knowledge of the Spanish reality, without having to appeal to data coming from other countries with legislations and social life far from ours.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. PREFERENCIAS EN LAS MODALIDADES DE CUSTODIA Y MOTIVOS DE LA PREFERENCIA

III. CONCLUSIONES

IV. REFERENCIAS

I. INTRODUCCIÓN

Hace apenas tres años que en nuestro país se contempla de forma explícita en una regulación jurídica la posibilidad de establecer de forma compartida entre los dos progenitores la guarda y custodia de sus hijos (Ley 15/2005). Esta modificación ha suscitado un gran interés técnico y social así como un intenso debate dicotómico entre partidarios y opositores de este sistema de custodia.

En síntesis, los defensores de la custodia exclusiva sostienen la idea de «estabilidad», desde la perspectiva más material del término, entendiendo que la evolución del menor puede verse afectada de forma negativa si es sometido a cambios que afectan a su entorno y rutinas cotidianas. Asimismo, desde entornos feministas, se tiende a defender activamente la custodia exclusiva por cuanto se considera que es la que responde al mejor interés del menor al respetar la figura del cuidador primario –la madre– (KELLY, 2000).

En el caso de la compartida, el sustento básico lo encontramos en el concepto de «coparentabilidad» (igual implicación de ambos progenitores) que desde un punto de vista teórico podríamos entender como la opción más próxima al derecho fundamental del niño a disfrutar de ambos progenitores, con las implicaciones emocionales y educativas que ello conlleva. En esta línea se ha regulado jurídicamente esta modalidad de custodia en algunos estados norteamericanos que presumen que la custodia física conjunta de los hijos coincide con el mejor interés del niño y, por tanto, lo que deben justificar los jueces, en su caso, sería la denegación de ésta. Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la regulación de California (California Family Code. Art. 3040).

Recientemente, desde una perspectiva psicológica, KELLY (2000) en un trabajo de revisión ofrecía conclusiones que avalaban la idea de que la custodia compartida da lugar a un mejor desarrollo del menor ya que en los estudios revisados encontraba que se apreciaba una mayor satisfacción de los niños, de los progenitores, un mayor grado de adaptación en los menores y menor grado de conflicto interparental. En similar sentido se pronuncia Bauserman (2002), en su trabajo de revisión del ajuste de los niños a las dos opciones de custodia con una metodología de meta-análisis, al concluir que los niños en situación de custodia compartida aparecen mejor adaptados en diferentes tipos de medidas en comparación con los niños que se encuentran en custodia exclusiva y que, de hecho, los niños en

situación de custodia compartida no difieren en sus niveles de ajuste de los que residen en hogares intactos. En nuestro contexto, algunos autores españoles (por ejemplo: FARIÑA y ARCE, 2006, p. 252) se refieren actualmente a esta modalidad como «la forma ideal para los menores y para los padres».

No obstante, desde nuestra perspectiva (ARCH, 2008), mantener el debate dicotómico: custodia compartida vs exclusiva es un error, ya que a nivel técnico son numerosas las variables que definirían la conveniencia de uno u otro tipo, siendo necesario por tanto mantener la perspectiva «caso a caso» cuando se realiza una recomendación concreta de custodia. Además de ello, es importante recordar que existen algunas diferencias entre nuestra tipología y la utilizada por otros países, concretamente, el término «custodia compartida» en nuestro país conlleva confusión ya que en el ámbito anglosajón puede venir referida a la responsabilidad legal, la física o ambas, por lo que creemos que posiblemente en algunas ocasiones se pueda haber tendido a extrapolar algunos factores sin tener en cuenta las diferenciaciones existentes en nuestro entorno.

En España, todas las regulaciones jurídicas desde la Ley de 13 de mayo de 1981 (Ley 11/1981) han señalado el derecho de ambos progenitores (salvo causa grave que determine su privación) a ejercer la Potestad sobre sus hijos, entendiéndose ésta como: el conjunto de derechos y deberes que la Ley asigna a los progenitores sobre la persona y bienes de los hijos menores. A nivel práctico, el concepto hace referencia a lo que en otros países se entiende por «custodia legal», que permite que el progenitor (custodio o no custodio) participe en las decisiones relevantes que afecten al menor (salud, educación, etc.).

Sin embargo, en EEUU no existe este criterio y el progenitor que ostenta la guarda y custodia suele también ejercer la Potestad. En el caso de la custodia compartida ello ha supuesto el uso de dos términos diferenciados: *joint custody* que implica tanto la custodia física como legal de forma conjunta por ambos progenitores y *shared custody*, que considera exclusivamente la custodia conjunta física, siendo la potestad ejercida de forma exclusiva por un progenitor.

En nuestro contexto, la guarda y custodia compartida se entiende como la *joint custody* americana, sin que sea posible o viable que se produzca la opción *shared custody* a nivel legal, ya que salvo casos realmente muy excepcionales la Potestad sobre los hijos siempre es de forma compartida.

En nuestra opinión, esta diferenciación señalada puede estar afectando en la adopción de determinados criterios de la custodia compartida basados en el entorno americano que tal vez no son válidos en el nuestro, o bien estos criterios deberían también valorarse en la custodia exclusiva que implica Potestad compartida como es nuestro caso.

Además de los dos sistemas básicos de custodia (exclusiva y compartida), en ocasiones se ha optado por el establecimiento de la llamada «custodia repartida» que, en síntesis, implica que uno o más hijos se quedan a cargo de un progenitor y el resto con el otro. En nuestro entorno, ambos progenitores continuarían ejerciendo la Potestad, pero al igual que en los otros casos no necesariamente sería así en otros países. En general, desde un punto de vista psicológico, este tipo de custodia no suele recomendarse salvo en casos muy puntuales, por ejemplo, la existencia de relaciones fraternales destructivas (JUSTICIA y CANTÓN, 2000). Asi-

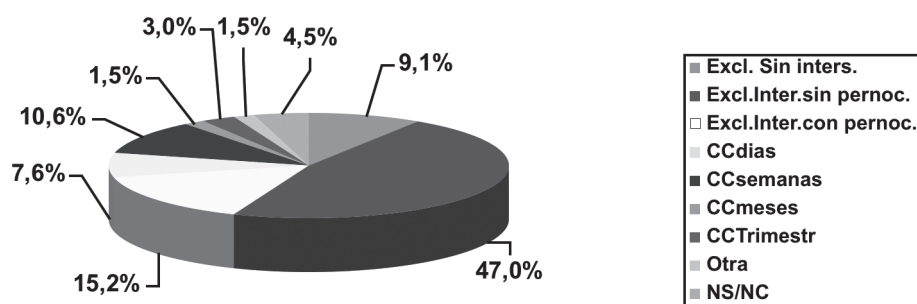
mismo, el sistema resulta aparentemente incompatible con el criterio de la no separación de hermanos recogido en nuestra legislación (artículo 92 del del Código Civil).

Aunque el tema de las custodias disputadas y, más concretamente, las opiniones y valoraciones sobre el novedoso concepto «custodia compartida» ha sido objeto de amplio debate en nuestro país, actualmente existen escasos datos empíricos que nos ofrezcan una imagen real de las creencias y preferencias de los profesionales (juristas y psicólogos) que intervienen en casos donde se debate la custodia de un menor. Por ello, planteamos este estudio piloto que nos permite una primera aproximación a un conocimiento ajustado de la realidad española, sin tener que recurrir a datos provenientes de países con legislaciones y vida social alejadas de las nuestras.

II. PREFERENCIAS EN LAS MODALIDADES DE CUSTODIA Y MOTIVOS DE LA PREFERENCIA

Los datos referidos por los psicólogos forenses españoles¹ que conforman nuestra muestra indican que de forma mayoritaria, *a priori*, muestran preferencia por la custodia exclusiva con un amplio régimen de visitas que incluiría días intersemanales pero sin pernoctas.

Figura 1. Preferencia psicólogos forenses.



Consultados por el motivo de esta preferencia, los psicólogos forenses españoles expertos en evaluación de custodia nos indican que la opción mayoritaria es elegida principalmente por la convicción de que el menor necesita un punto de referencia fijo que contribuye a su estabilidad. En este sentido manifiestan: «es fundamental un punto de referencia para el menor», «los niños no son maletas», «mantiene la estabilidad». En menor medida, también se refiere como motivación la consideración de ser la alternativa más viable por

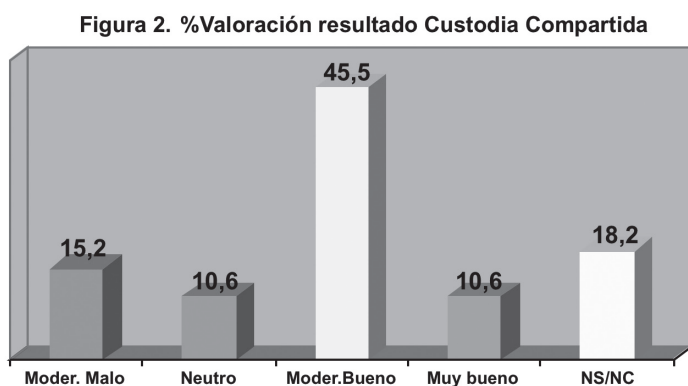
1. N= 66. Que bajo el supuesto de máxima incertidumbre y con un nivel de confianza del 95% establece un error de $\pm 0,06$.

ser la pauta más común en nuestro contexto y, por ello, se le otorgaría la cualidad de mayor adecuación: «es la más habitual», «la estándar», «la más viable».

Sin embargo, al consultar a los participantes su opinión, según su propia experiencia, sobre el resultado que está teniendo la custodia compartida en los casos en que se está desarrollando, encontramos que un porcentaje cercano a la mitad (45,5%) valoran que el resultado de las custodias compartidas que conocen está siendo moderadamente bueno.

El resto de los participantes (54,5%) presentan una gran variabilidad de opiniones. Sus valoraciones oscilan entre la ausencia de valoración (18,2%), la consideración de un resultado moderadamente malo (15,2%), neutro (10,6%) y muy bueno (10,6%).

Como puede apreciarse, si sumamos el porcentaje de «resultado muy bueno» y «moderadamente bueno» se alcanza un porcentaje del 56,1 % de la muestra, dato que resulta contrario a la opinión expresada en cuanto a las preferencias. Es decir, aunque los psicólogos forenses expertos en guarda y custodia no prefieren inicialmente la opción de recomendar una custodia compartida, su valoración en tanto el resultado que está teniendo en los casos que conocen es positiva.



Consultados sobre la posibilidad de recomendar la custodia repartida (unos hijos con un progenitor y otros con el otro progenitor), apreciamos que la gran mayoría de participantes (70%) consideran la custodia repartida como no recomendable, salvo casos excepcionales. El resto de la muestra (30%) no aconsejarían la custodia repartida nunca.

Entre las circunstancias en que los profesionales consideran que podría contemplarse la recomendación de este tipo de custodia se aducen como motivos: el deseo expreso de los hijos de elevada edad, que exista una gran diferencia de edad entre los hijos, la incompatibilidad fraternal grave y la incompatibilidad paterno-filial grave.

En el caso de los juristas encontramos que la alternativa de custodia preferida por los jueces consultados² es la exclusiva con un amplio régimen de visitas con el progenitor no custodio que incluye varias tardes intersemanales con pernocta (50%). En un porcentaje muy elevado (40%) señalan la opción de custodia exclusiva con amplias visitas pero sin pernocta. Finalmente, el 10% expresa su preferencia por la custodia exclusiva sin visitas intersemanales.

Respecto al grupo de abogados³, las preferencias están diversificadas. La opción más frecuente (30,8%) es la custodia exclusiva con visitas intersemanales sin pernocta. El 23,1% optan por la misma opción pero con pernocta y un 15,4% de los participantes prefiere la custodia exclusiva sin visitas intersemanales. La custodia compartida es señalada por un 19,1% de los participantes, indicando con mayor medida la opción de alternancia semanal (11,5%), alternancia diaria (3,8%) y mensual (3,8%).

Finalmente, en un 11,5% de los casos, los participantes no se pronuncian sobre esta cuestión.

Figura 3. Preferencia jueces

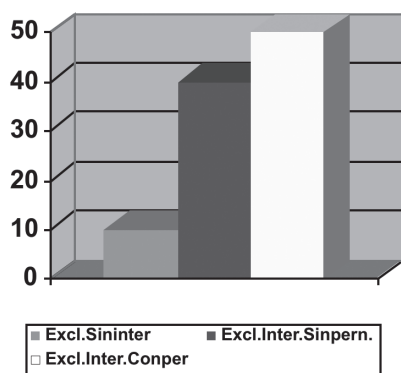
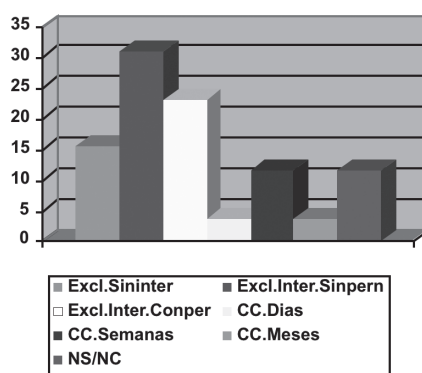


Figura 4. Preferencia abogados.



Como hemos podido apreciar, ningún juez muestra *a priori* preferencia por un sistema de custodia compartida, sin embargo, su valoración del resultado de las custodias compartidas que se están desarrollando es considerado moderadamente bueno por el 60% de los participantes. En el 40% restante observamos diversidad de valoraciones, que incluyen: moderadamente malo (10%), neutro (10%), muy bueno (10%) y la indefinición NS/NC (10%).

En el grupo de abogados el porcentaje mayor se encuentra en la opinión de que el resultado de la custodia compartida es muy bueno (30,8%), seguido de moderadamente

2. N= 10. Que bajo el supuesto de máxima incertidumbre y con un nivel de confianza del 95% establece un error de $\pm 0,12$

3. N= 26. Que bajo el supuesto de máxima incertidumbre y con un nivel de confianza del 95% establece un error de $\pm 0,098$.

malo (23,1%) y neutro (23,1%). Finalmente, la opción moderadamente bueno obtiene un porcentaje de respuesta del 11,5%, NS/NC (7,7%) y muy malo (3,8%).

Figura 5. Valoración resultado C.C.

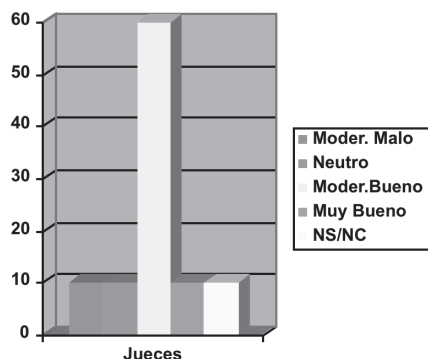
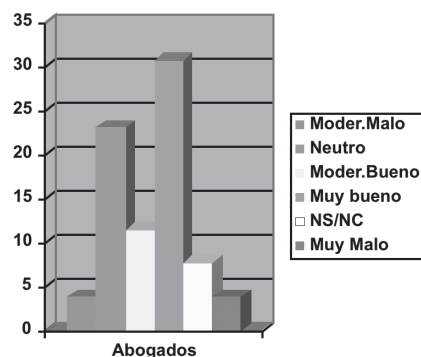


Figura 6. Valoración resultado C.C.



Consultados sobre la posibilidad de solicitar o establecer una custodia repartida las respuestas ofrecidas por los jueces nos muestran un amplio abanico de posibilidades, con mayor incidencia (40%) de la consideración de que exista mutuo acuerdo entre los padres. Asimismo, la mitad de los participantes que apelan a esta condición, le añaden la necesidad de que la voluntad del menor sea afín a la petición. El 20% de la muestra indica como factor para acordar este sistema la voluntad del menor, otro 20% considera las diferencias de edad entre los hijos y, finalmente, el 10% no la acordarían en ningún caso.

Cabe destacar que entre los jueces que de un modo u otro apelan a la voluntad del menor, en dos casos se hace una referencia directa a la edad que ha de tener para ser tomada en cuenta, concretamente un sujeto indica entre 13 y 18 años y otro se refiere a «adolescentes o niños un poco mayores».

Por su parte, los abogados consideran mayoritariamente la custodia repartida como no recomendable salvo casos excepcionales (54%). Un 12% de los participantes apelan a las diferencias de edad entre los hijos. El resto de la muestra se reparte entre la opinión de que nunca debería establecerse este sistema (8%), por el deseo del menor (8%) o por acuerdo entre los padres (8%). Finalmente, el 10% de participantes no expresan su opinión respecto a esta cuestión.

III. CONCLUSIONES

Los resultados obtenidos en nuestro estudio piloto nos muestran que tanto jueces y abogados como los psicólogos forenses consultados, muestran preferencia por la custodia exclusiva con un amplio régimen de visitas a favor del progenitor no custodio.

La custodia compartida es seleccionada, aunque de forma minoritaria, tanto por los psicólogos como por los abogados pero no así por los jueces, ya que ninguno de ellos ha mostrado preferencia por este sistema de custodia. Sin embargo, los jueces y magistrados sí se muestran favorables a la inclusión de pernoctas intersemanales, lo que a nivel práctico supone un reparto equitativo de la tenencia física real del menor. En este sentido, el análisis de las manifestaciones aportadas por los participantes nos conducen a hipotetizar que, en el caso de los jueces, su preferencia podría estar más influida por la creencia de cierta falta de capacidad de los adultos para manejar un sistema que requiere de alto nivel de acuerdo interparental que no con la creencia de que el contacto igualitario del niño con ambos progenitores pueda resultarles perjudicial.

Además, cabe señalar que la realidad social española aun evidencia que son mayoritariamente las mujeres quienes se encargan del cuidado de los hijos y también quienes tras el divorcio asumen su custodia (MONTERO, 2001; FARIÑA, 2006). Creemos que este factor, junto a la relativa novedad en nuestro país del concepto «custodia compartida» y la ausencia de datos empíricos españoles, propicia que los agentes implicados en el establecimiento de un sistema de custodia mantengan cierta desconfianza hacia esta modalidad que, aún no ofrecería la visión garantista que necesariamente es buscada por los operadores jurídicos.

Sin embargo, a pesar de esta desconfianza que apreciamos, todos los participantes valoran —en función de la experiencia de que disponen— que el resultado del sistema «custodia compartida» no es negativo. Por lo que creemos que en el futuro, de mantenerse la percepción de resultado positivo, es posible que los profesionales implicados en estos casos se muestren más proclives a su recomendación.

En relación a la modalidad «custodia repartida», de forma coherente tanto con las recomendaciones ofrecidas en la literatura científica (JUSTICIA y CANTÓN, 2000) como por el precepto jurídico de «no separación de los hermanos», este sistema es mayoritariamente rechazado tanto por psicólogos como por juristas que, en general, sólo lo considerarían adecuado en casos excepcionales. Sin embargo, cabe destacar la aportación por parte de los jueces de la alternativa de su consideración si surge del acuerdo de los progenitores. Creemos que esta opinión manifiesta puede estar sustentada en diversos factores, especialmente en la consideración del Común Acuerdo como la forma óptima de resolución de los procedimientos de familia, por cuanto tiende a minimizar el conflicto y a ajustar de forma más conveniente la medida a adoptar a la situación y circunstancias reales de la familia implicada.

IV. REFERENCIAS

- ARCH, M. (2008). “La intervención de los psicólogos forenses en las evaluaciones periciales de guarda y custodia de los niños”. *Tesis Doctoral*. UB.
- BAUSERMAN, R. (2002). “Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review”. *Journal of Family Psychology*, 16(1), 91-102.
- *California Family Code* (2007). Retrieved 04/02/2008, from: <http://www.leginfo.ca.gov/>

- *Código Civil Español*. Edición actualizada septiembre de 2000. Madrid: Tecnos (Grupo Anaya SA).
- FARIÑA, F., & ARCE, R. (2006). “El papel del psicólogo en casos de separación o divorcio”. En Sierra, J.C., Jiménez, C. & Buela-Casal, G. (Eds.), *Psicología forense: Manual de técnicas y aplicaciones*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- JUSTICIA, M.D., & CANTÓN, J. (2000). “Tipos de custodia, interferencias e intervención”. En Cantón, J., Cortés, M.R. & Justicia, M.D. (Eds.), *Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos*. Madrid: Pirámide.
- KELLY, J.B. (2000). “Children’s adjustment in conflicted marriage and divorce: A decade review of research”. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, 39(8), 963-973.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE núm. 119 (1981).
- 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. BOE núm. 163 (2005).
- MONTERO, J. (2001). *Guarda y custodia de los hijos*. Valencia: Tirant lo blanch.

EL INTERÉS DEL MENOR COMO CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA¹

SILVIA TAMAYO HAYA

Profesora de Derecho Civil Universidad de Cantabria

RESUMEN

Centramos 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 decisional propio. Es precisamente en aquellos casos en que sus intereses se ponen en conflicto con los de sus padres cuando aflora el interés superior del menor como criterio de valoración de intereses en conflicto. Hasta tal 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; es más, podemos decir que es hoy el único criterio a seguir en la asignación de la guarda tras la crisis matrimonial. A estos efectos hemos asistido a una larga evolución caracterizada por la centralidad atribuida al niño y por la simetría de los papeles familiares. El interés del menor sienta las bases en un modelo de coparentalidad que reconoce la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos padres a cuyo fin se han instaurado fórmulas como la custodia compartida pero sin olvidar que el logro de la equidad es un objetivo secundario al servicio del interés superior del niño; con lo cual, será éste el criterio que nos permita elegir la modalidad adecuada de custodia sin relacionarle *a priori* con uno u otro tipo. Para su concreción especial relevancia adquirirá la participación del menor en la determinación de su propio interés.

ABSTRACT

We focus our attention in the strengthening of the minor position not as object of tutelage but as subject of rights that makes necessary to recognize him his own field of decision. It is

1. Este trabajo recibió una Mención de Honor en los Premios Balbuena-De la Rosa-CEU de Familia (2007), en la modalidad de Investigación, patrocinados por doña Manuela de la Rosa Bris y organizados conjuntamente por el Estudio Legal Pérez Alhama y la Universidad CEU San Pablo.

Se incluye dentro del Proyecto de Investigación «Mediación en conflictos sociales y solución alternativa de controversias civiles» (SEJ 2006-14474), concedido a la Universidad de Cantabria y dirigido por el prof. E. VÁZQUEZ DE CASTRO.

just in those cases in which his interest are in conflict with those of his parents when appears the minor superior interest as a criterion of valuation of interests in conflict. So much so that it is configured as the last basics of all normative, both national and international, and it has become a governing principle in any decision relative to the children; it is more, we can say that it is today the only criterion to follow in the custody's assignment after the matrimonial crisis. To these effects we have assisted to a long evolution characterized by the centralization attributed to the child and for the symmetry of the family roles. The minor interest lays the foundations in a coparental model that recognizes the equality of rights and responsibilities of both parents, to this purpose have been established formulas like the shared custody but without forgetting that the achievement of the justness is a secondary objective to the service of the child's superior interest; so that, this will be the criterion that allows us to choose the appropriate modality of custody without relating it a priori with one or another type. For its concretion will acquire a special relevance the minor participation in the determination of his own interest.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

I.1. El menor como sujeto de derechos

I.2. El marco normativo de referencia

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR EN LAS MEDIDAS RELATIVAS A LOS HIJOS EN LAS CRISIS CONYUGALES

II.1. Evolución en los criterios de asignación y su plasmación en los diversos ordenamientos

II.2. La Ley 15/2005, de 8 de julio

II.3. Valoración de la reforma

III. LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN LA DETERMINACIÓN DE SU PROPIO INTERÉS

I. INTRODUCCIÓN

I.1. El menor como sujeto de derechos

Las últimas décadas del siglo pasado se caracterizaron por la plena valoración sobre la escena jurídica de personajes que hasta ahora habían estado en segundo plano: los hijos. En los

ordenamientos europeos se ha asistido a una progresiva apreciación de la autonomía de la voluntad de los menores hasta entonces situados bajo la potestad de los padres.

A los padres, a través de un complejo de normas se les atribuía la tarea de educar, proteger, mantener e instruir a los menores. Aparecía 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 respaldada por un derecho de corrección que justificaba la fuerza, y en la 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 su hijo que incluía poder decidir sobre su vida y su muerte. 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; adquiere en este momento prioridad el interés del menor y se configura la patria potestad bajo una concepción no ya paternalista sino protectora del menor.

La alcanzada autonomía del *status* de los hijos respecto a sus padres ha implicado una recolocación de las posiciones jerárquicas en relación a los parámetros establecidos por los ordenamientos. Si en los siglos pasados era impensable que el derecho tutelara los intereses de los menores en cuanto tales, la evolución ha hecho que hoy la figura de los hijos haya adquirido igual dignidad que la de los padres. Los hijos no se configuran ya como destinatarios de la protección de los padres y del ordenamiento sino que emergen ahora como individuos independientes, titulares de derechos subjetivos merecedores no sólo de reconocimiento sino también de garantía y promoción. Resultado de lo cual es la afirmación de la legitimidad de su participación en aquellas decisiones que les afectan².

Devienen, por tanto, fundamentales los cambios sociales producidos en los últimos tiempos, con la quiebra del modelo jerárquico de la familia frente a una mayor y mejor ponderación de los valores personales, entre ellos el de la posición del menor tanto en la familia como en la sociedad, cuyo papel participativo en su propia maduración y formación obtiene reconocimiento. La superación del autoritarismo en la familia ha obligado a redistribuir las funciones de sus miembros y a rediseñar los roles individuales en un nuevo orden familiar, llevando la igualdad de los cónyuges y la cotitularidad de la patria potestad a la vida familiar y a cambiar drásticamente la concepción de dicha potestad y el papel y personalidad del hijo³. La potestad debe ser atemperada por el reconocimiento de un determinado grado de autonomía del menor.

2. PANFORTI, «Affinità e discordanze del diritto di famiglia in Europa» (en *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea: formazione, vita e crisi della coppia*, a cargo de Francesca Brunetta d'Usseaux, Padova, 2005), p. 615.

3. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2.^a ed., Dykinson, 2007, p. 39. El ascenso general en el mundo occidental de los derechos de la personalidad, en particular el derecho fundamental a la libertad y autonomía personal, han hecho cambiar la vida del hombre y obligado a valorar de forma especial ciertas etapas de su vida, sobre todo las más decisivas en la definición de su propia identidad y personalidad futura. (El menor –ha dicho BUCCIANTE, «La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione», en el *Trattato di Diritto Privato* (dir. P. Rescigno), 4, Persona e famiglia, t. III, UTET, Torino, 1982, p. 472– ha salido de la crisálida en que antes era custodiado, y está ya colocado en situación de adquirir las primeras reacciones, de identificar más rápidamente su propio *status*, de encaminarse a una formación más rápida y más consolidada para afrontar los problemas de la mayoría de edad). Los valores individuales (la libertad, la dignidad, el respeto de la persona), la autonomía de cada ciudadano para dirigir su propia vida y ejercer sus opciones más trascendentes según su voluntad y sin coerciones exteriores, eran incompatibles con una mentalidad y normas que primaban una autoridad fuerte y anulaban en buena medida la personalidad de los sometidos, en particular de los hijos *in potestate*. (EVA RYRSTEDT, «The Child's rigor to speak in matters concerning Custody, residency or Access», en *The Role of Self-determination in the Modernisation of Family Law in Europe* (M. Martin-Casals y J. Robot, eds.), 2003 European Regional Conference (International Society of Family Law), Tossa, octubre 2003; Girona, 2006, pp. 211 y ss.)

Atención creciente al menor, así pues, pero no como objeto de tutela, sino como individuo titular de derechos subjetivos que el ordenamiento debe reconocer, garantizar y tutelar⁴, de tal modo que todas las decisiones relativas a éste y en su interés van referidas a él no como un mero objeto de sus padres y del Estado sino como sujeto de derechos.

Desde esta perspectiva supuso un auténtico punto de inflexión la Convención de los Derechos del Niño de Nueva York (1989) que trasluce un auténtico cambio de paradigma⁵. La infancia ya no configura un *status* de incapacidad de obrar dentro del cual se encuentra el individuo durante un período de tiempo en el que no rigen para él todos los derechos fundamentales y que legitima el poder absoluto y discrecional que se ejerce sobre ellos. Es con el tiempo cuando se deja de considerar al niño una persona inmadura, incompleta, para pasar a ser reconocido como sujeto titular de ciertos derechos que le son inherentes a su condición de persona humana, junto con aquellos específicos que se derivan de su condición de niño. El menor, pues, no es un incapaz desprovisto de capacidad relevante para decidir en sus asuntos; ya no queda sometido a las decisiones de sus representantes legales que le relegan a un mero objeto de decisiones ajenas. Esta calificación lesiona el derecho a la dignidad humana: «Es una persona en desarrollo con capacidades limitadas que requiere, según la edad, una representación o asistencia protectora».

Es así que la incapacidad jurídica de principio tiende a ser sustituida hoy día por una capacidad progresiva o evolutiva del menor. A medida que se va haciendo mayor las facultades de los padres se deben adaptar a su desarrollo, a su capacidad. La tendencia tradicional sostenía que los derechos de los padres sobre los hijos se extendían hasta que éstos podían demostrar su capacidad para ejercer sus derechos. Pero la regla que obliga a actuar de acuerdo «con la evolución de las facultades del niño» sugiere que esa antigua presunción tenga que ser invertida: Los padres deben ejercitar su facultad de dirigir las acciones del niño sólo cuando éste no es competente para comprender plenamente las consecuencias de sus actos, o cuando el fracaso en la intervención podría poner al niño en riesgo o le causare daño o cuando interfiriere con los derechos de otros⁶.

Ello nos obliga a armonizar la concepción de patria potestad con la idea del niño como sujeto de derecho en diversos aspectos, de forma que ésta persiga como finalidad esencial el reconocimiento al niño de una cierta autonomía en el ejercicio de los derechos. De este modo se evitan ciertos abusos de derecho cometidos por los padres. Sin embargo,

4. BUZZELLI, «Diritti del minore nella crisi coniugale e affidamento condiviso». Seminari di diritto di famiglia, a cura di De Tilla-Operamolla, Milano, Giuffrè, 2005, p. 483.

5. TORRES FERNÁNDEZ, *Reflexiones sobre los delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia*, p. 155 (en LÓPEZ SAN LUIS y PÉREZ VALLEJO, *Tendencias actuales en el Derecho de familia*, Servicio de Publicaciones Universidad de Almería, 2004): «La posición del niño ante el derecho ha variado sensiblemente a lo largo del siglo XX, de manera que ha pasado de ser un elemento pasivo dentro de la familia regida por el Derecho privado a ser considerado como un sujeto cuyos derechos fundamentales deben ser especialmente protegidos, al tiempo que se toma conciencia no sólo de la especificidad de los intereses del menor como individuo, sino del trasfondo social que hay detrás de toda política de atención a sus necesidad de protección. La Convención sobre los derechos del niño constituye un importante hito en el reconocimiento del niño como sujeto de derecho autónomo y diferenciado...».

Ello implicó el paso de la doctrina de la situación irregular a la llamada doctrina de protección integral (Belfo, Mary, 1999, pp. 9 y ss.), por la que se dejó de considerar al niño como una persona incompleta, inmadura, en proceso de desarrollo, para pasar a ser reconocido como sujeto titular y portador de ciertos derechos.

6. RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 301: En estos casos se invierte el juego de regla general (representación legal) excepción (actos del propio menor), y en lugar de ser excepcional el ámbito de actuación directa que se le permite, hay que entender que la regla será (con esos requisitos y para esos actos) la posibilidad de actuación personal del menor, y la excepción lo que él no pueda hacer (en casos tasados) y deban hacer otros por y para él.

autonomía no significa independencia. Por tanto, ha de buscarse un justo equilibrio entre libertad del menor y las prerrogativas que permiten a los padres asegurar su protección. Ambos aspectos son conciliables teniendo en cuenta la preeminencia del papel reconocido a los padres, con lo cual, únicamente será necesario asegurar que este papel no traspase los límites que le son fijados. El criterio de que la patria potestad tiene por finalidad el interés del niño, permitirá salvaguardar indirectamente las libertades del menor en el caso en que precisamente las limitaciones de éstas por los padres no aparezcan justificadas por su interés⁷.

Con todo, el reconocimiento al menor de una autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos va a implicar al mismo tiempo la pérdida de ciertas facultades que tenían los padres sobre sus hijos; esto es, cuanto mayor sea el ámbito de autodeterminación del niño, menor será la posibilidad de injerencia por parte de sus padres. O lo que es lo mismo, se dará una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del niño y la legitimidad de las medidas de intervención que puedan tomar los padres⁸.

El fomento y fortalecimiento de la posición del menor obligan a considerarlo como un ser humano con creciente madurez intelectual que, cuando por tener capacidad natural consiga tomar decisiones racionales, ha de poder decidir por sí mismo⁹. El respeto a su personalidad exige que se le reconozca un papel activo dentro de la familia, otorgándole un señalado protagonismo en la determinación de su propio devenir, al tiempo que posibilita el establecimiento de límites a la actuación de las potestades paternas. Carece por ello de sentido la representación del menor y ejercicio de actos en su nombre cuando éste tiene discernimiento y condiciones de madurez suficientes para actuar y tomar decisiones. Se hace preciso reconocerle un ámbito decisional en proporción a su edad y madurez.

Afloran ahora nuevos valores (libre desarrollo de la personalidad, dignidad de la persona, autonomía, ...) que otorgan mayor relevancia a su personalidad: se considera el núcleo familiar como un ámbito protector dentro del cual el menor pueda desarrollar su propia personalidad. El menor se ha vuelto persona, con la atribución del derecho a una tutela privilegiada de sus intereses, según una perspectiva que es fácil reconducir al pro-

7. GIL-ROSADO, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, Defrenois, 2006, pp. 311 y ss.

8. Así se ha reconocido en el artículo 1626.2 BGB alemán que dice que «Los padres observarán en el ejercicio del cuidado, la creciente capacidad y necesidad de la independencia del hijo en cuanto a su actuación consciente y responsable» (...). El legislador alemán ha querido adaptar el Derecho alemán a lo acordado en la Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas con el fin de reforzar la posición del menor. Es precisamente este fomento o fortalecimiento lo que obliga a considerarlo como un ser humano con creciente madurez intelectual que, cuando por tener capacidad natural pueda tomar decisiones racionales, ha de poder decidir por sí mismo.

De igual modo ocurre en Holanda, donde también la autoridad parental frente a los menores de más edad disminuye en la medida en que su personalidad y su capacidad de tomar sus propias decisiones se han desarrollado.

9. Estableció la STC 141/2000, de 29 de mayo, que «los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por completo a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar».

Fuera de nuestras fronteras igualmente resulta relevante en este punto el caso inglés *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, donde la House of Lords falló contra el criterio de la madre considerando que la menor tenía suficiente juicio para decidir el uso de anticonceptivos. En la decisión Lord Scarman, dando un paso más allá, mantuvo que los derechos de los padres decaen cuando los hijos tienen suficiente capacidad, sean o no mayores de edad, convirtiéndose la función paterna en un mero oficio de consejo.

ceso de ampliación de los derechos fundamentales a categorías siempre más amplias y en general al proceso de afirmación de los derechos humanos que va envolviendo al mundo entero¹⁰.

De ahí que se haga necesario pasar de una valoración en negativo de no contrariedad del interés del menor a una valoración en positivo de promoción de la personalidad¹¹.

En este sentido la Ley francesa de 4 de marzo de 2002 introduce en la definición de la patria potestad dos referencias explícitas al desarrollo del menor y al respeto de su persona. Los padres, más allá de la función de educación, tienen como misión asegurar el desarrollo del hijo; esta noción deberá ser entendida en un sentido amplio, esto es, desarrollo físico e intelectual, pero también pleno desarrollo de la personalidad del menor¹²; además, todas las funciones que corresponden a los padres como titulares de la patria potestad deberán ser ejercidas dentro del respeto de la persona del menor; es, en efecto, su persona el eje central de la patria potestad¹³.

MESSINETTI describía gráficamente esta evolución diciendo que «ha cambiado la época de la familia, que podremos definir “protectora”, cuya función primaria consistía en la protección de sus miembros. Aparece hoy un modelo de familia que podremos llamar “participativa”, dado que sus miembros en tanto la crean y la mantengan, en cuanto participan de la misma, se realizan plenamente en su realidad social, relacional y profesional. Se ha pasado, por tanto, de la familia “nido” a la familia “trapolín”. Es decir, a la familia cuya existencia y cuya función operan para conseguir determinados resultados concretos en términos de realización de la propia identidad»¹⁴.

Con todo, si decimos que la reorganización de la patria potestad ha de fundarse en el respeto a la autonomía de voluntad del menor, no sólo los padres sino también el niño ha de poder decidir y por ello debe ser oído y tenido en cuenta en todas las cuestiones que le afecten, como lo reconoce el artículo 9.2 de la Convención de 1989; que sus reclamaciones sean escuchadas y, donde sea posible, acogidas.

La línea de tendencia que estamos describiendo presenta un ulterior desarrollo relativo a aquellos casos en que los intereses del menor se pongan en conflicto con las posiciones de los padres. Es en ese marco donde aparece con fuerza el interés superior del menor, con reflejo no sólo en el orden legislativo, sino también en el judicial, como criterio de valoración de intereses en conflicto. La ley proclama la superioridad del que estima más valioso. Y así en este ámbito el interés de los padres se convierte en un elemento teleológicamente

10. VALERIO POCAR, «Mutamenti sociali, relazione coniugale e funzione genitoriale», (en *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: Quale diritto per l'Europa*, cit.), p. 33.

11. RUSCELLO, «Crisi della famiglia e affidamenti familiari: Il nuovo articolo 155 Código Civil», *Il Diritto di famiglia e delle persone*, Rivista trimestrale, vol. XXXVI, Gennaio-Marzo 2007, p. 275.

12. MALAURIE y FULCHIRON, *Droit civil, La famille*, Defrenois, 2004, pp. 516-520, en especial 520.

13. ACEDO GARCÍA, «Minoría de edad, patria potestad y derecho sanitario: ¿Emergencia de la autonomía del menor? Un análisis del derecho francés», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, núm. 8, junio de 2005, p. 7.

14. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, p. 153.

secundario ya que su derecho, podemos decir, es instrumental más que intrínsecamente suyo¹⁵.

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 deben igualmente ser reconocidos y protegidos¹⁶, sino en la medida en que se vea necesitado de protección, lo que le hace más bien un interés «relativamente» superior¹⁷.

El hecho de que prevalezca en la adopción de determinadas medidas el interés del menor significa que los legisladores quieren «garantizar», ante situaciones que pueden perjudicar al menor o poner en peligro su bienestar, el óptimo desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales. Esa garantía viene constituida por el principio del interés del menor¹⁸.

Con ello no se le está concediendo ninguna prerrogativa al menor sino que los derechos que éste tiene, deben ser protegidos en adecuación a su persona. En tanto que menor de

15. En este sentido Díez-PICAZO, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 2004, p. 175, estima que «La cláusula de beneficio de los hijos supone una regla, en virtud de la cual en caso de conflicto el interés de los hijos prepondera y el interés de los padres se sacrifica y cede».

No se trata, no obstante, de una postura unánime. Así ZARRALUQUI, «Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres» (en Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, y otros, *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004), p. 27, estima que «Lo categórico de la afirmación parece excluir toda ponderación entre los intereses o principios en juego, lo que es evidentemente erróneo. Una cosa es que entre intereses iguales o al menos, semejantes, prime el del menor sobre otro cualquiera, y cosa bien distinta y contraria al ordenamiento jurídico, sería que el interés del menor, por insignificante que fuera, se antepusiera al de un mayor de edad, de muy superior valor».

16. DEKEUWER-DEFOSEZ, «Les droits de l'enfant, PUF, coll», *Que sais-je?*, núm. 852, 2004, 6.ª ed., p. 6.

17. A modo de ejemplo, en aplicación de la Convención de Nueva York, la corte de casación francesa dicta una Sentencia el 8 de noviembre de 2005 donde reprocha a los jueces de instancia haberse pronunciado teniendo en cuenta exclusivamente el interés del padre y no el interés superior de los niños. Los hechos son los siguientes: Un padre francés, de origen libanés, había acudido a los tribunales franceses con el fin de que sus niños, que residían con su madre en Luxemburgo donde la lengua de enseñanza primaria era el alemán, fueran escolarizados en un colegio francófono. La Corte de apelación de París le había dado la razón sobre la base del principio de coparentalidad, considerando que la inscripción de los niños en un colegio francófono permitiría mantener relaciones personales de los niños con su padre, evitando toda barrera lingüística, al no hablar el padre alemán. Sin embargo, la corte de casación casó la sentencia de la corte de apelación de París por violación de los artículos 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y 371.1 CC, que tienen en común hacer del interés del niño el criterio esencial, teniendo en cuenta las repercusiones de su inscripción en un colegio francófono sobre sus condiciones de vida, su entorno, y el contexto lingüístico particular del Estado en el cual residen.

Y de igual forma la jurisprudencia europea ha presentado el interés del niño como una consideración principal, sobre todo en el ámbito de la educación. Así en esta materia ha recordado que el interés del niño debe siempre prevalecer y que los padres no podrían rechazar el derecho a su instrucción sobre la única base de sus convicciones (por ejemplo, religión).

18. En opinión de NAVAS NAVARRO, «El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada», (*Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Díez-PICAZO*, Thomson-Civitas, t. I), p. 707, algunos datos legales avalan este planteamiento. Así, en el derecho español, la LOPJM relaciona, en diversos de sus preceptos, el interés del menor con la garantía del ejercicio de los derechos del menor (artículos 9.2.2, 10.1, 11.2, 17.1, 21.3). Más llamativo es, si se quiere, el § 1697a BGB en el que se establece que los procesos relacionados con menores deben ir presididos por el «interés del bienestar del menor». Expresión que no es un mero juego de palabras, antes bien pone de manifiesto que el óptimo desarrollo de la personalidad del menor mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales (esto es, el bienestar del menor) debe respetarse y, sobre todo, garantizarse.

A su modo de ver, no cabe otra interpretación. Así, no basta que se presente la protección de los menores, en las Constituciones, en un principio rector o en un fin social, sino que debe garantizarse dicha protección mediante el principio del interés del menor, es decir, la garantía del respeto al óptimo desarrollo de su personalidad a través del ejercicio de sus derechos fundamentales. Se puede observar que la relevancia en la aplicación del principio del interés del menor se da cuando un derecho del menor aparece enfrentado o contrapuesto a otro derecho, normalmente, al de sus padres o al de otro guardador. El criterio de solución del conflicto es el interés del menor, lo que determina que cuando el derecho del menor enfrentado sea un derecho fundamental, prevalecerá sobre el derecho del padre (artículo 2.1 LOPJM). En cambio, cuando no esté en juego un derecho fundamental del menor habrá que ver el caso en concreto y no siempre será

edad, el legislador les estima susceptibles de mayor vulnerabilidad y, por consiguiente, necesitados de una especial protección.

De este modo no se trata de dispensar al menor un trato anormalmente favorable en el sentido de discriminatorio (positivo), sino de tratarle justamente adecuando a su persona (menor de edad) los derechos y normas que como persona, no más, le corresponden¹⁹.

1.2. El marco normativo de referencia

El criterio del «interés superior del menor», como elemento rector de cualquier decisión relativa a los hijos, tiene reflejo en la legalidad internacional.

Importante base normativa supranacional que informa la acción legislativa y las políticas a adoptar en materia de infancia lo constituye la ya citada Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York (1989) que afirma la preeminencia de los derechos del niño en caso de conflicto con otros intereses²⁰. También la Convención de Estrasburgo (1996) con la cual los estados de la Unión se empeñan en hacer que los hijos participen en primera persona en la formación de las decisiones que inciden sobre sus vidas. O, entre otros instrumentos²¹, la regulación CE de 29 de mayo de 2000 –núm. 1347/2000– ahora sustitui-

preferente el derecho del menor, sobre todo cuando se enfrenta a un derecho fundamental del padre o al denominado interés familiar.

19. RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 41 y 90.

20. Se proclama la consideración primordial del interés superior del niño y de la responsabilidad conjunta de ambos padres en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del menor, así como las medidas que deben tomarse para luchar contra los traslados y retenciones ilícitas de niños en el extranjero: En este sentido podemos destacar el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la libertad de éstos, excepto cuando se determine que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, y el derecho a mantener relaciones personales y contacto con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario igualmente a su interés. Del mismo modo, el niño cuyos padres residan en países diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos con ambos (artículo 10.2). Y se proclama el derecho a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez y a ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional; estos procedimientos familiares incluyen los relativos al ejercicio de la responsabilidad parental y, en particular, los temas de la residencia y las visitas (artículo 12).

21. Entre estos otros instrumentos, ejemplificativamente, podemos citar el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4 de noviembre de 1950) cuyo artículo 8 protege la vida privada y familiar. La Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores que recoge en su preámbulo: «(...) los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia». La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989), que incorpora este principio en su articulado (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40), el cual ya había sido invocado por la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, en su principio segundo y, muy especialmente, en su principio séptimo: «El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres». El Convenio de la Haya número XXXIII relativo a la protección del Niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (La Haya, 29 de mayo de 1993). La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza de 7 de diciembre de 2001), incorporada al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Siguen estando vigentes y aplicables en lo menester a los menores de edad la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Nueva York, 10 de diciembre de 1948) y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966): Y, con diferente alcance y eficacia, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio.

Asimismo, son destacables los trabajos desarrollados por el Consejo de Europa en pro del reconocimiento de los derechos del menor. Entre ellos cabe mencionar la Recomendación 874 (79) relativa a una Carta Europea de Derechos de la Infancia de 4 de octubre de 1979, la Recomendación R (84) 4 sobre Responsabilidades paternas y la Recomendación 1121 (1990) relativa a los derechos de los niños de 1 de febrero de 1990. A partir de esta última fue elaborado, además, el Convenio de 25 de enero de 1996 para el ejercicio de los derechos de los niños, centrado en la figura del interés del menor. Junto a todos ellos, destaca el Convenio Europeo sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones en materia de Custodia de Menores, redactado

do por el nuevo Reglamento del Consejo de 27 de noviembre de 2003 —núm. 2201/2003—, que acoge este principio en sus normas de competencia judicial internacional. Ha optado éste por centrarse en el menor y en la protección de su interés en lo que concierne a las reglas de la responsabilidad parental y la determinación de la competencia judicial de los Tribunales de cualquier Estado miembro para resolver este tipo de litigios, así como el reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas al respecto. El Reglamento no define el interés del menor como mejor o superior; una calificación, ésta, siempre más frecuente sin embargo en las fuentes de derecho interno, donde se utiliza, a veces, como fórmula de estilo, para evocar la centralidad del *best interests of the child* y ciertamente no desconocida a los redactores del Reglamento²².

Son todos ellos textos en los que se sientan las bases principales de la regulación de la —hoy denominada— responsabilidad parental. En este sentido el Reglamento sanciona el paso de la «potestad de los padres» a la «responsabilidad parental»: esta nueva terminología a nivel europeo es precisamente la que enfatiza el aspecto de la responsabilidad asumida por los padres respecto al menor. Lo que se comparte por los progenitores es dicha responsabilidad y sólo de forma indirecta una «potestad», un derecho o una *auctoritas*, que ha pasado a ser una función que se ha de ejercer conjunta y responsablemente²³.

En un primer momento se recurrió a la teoría del abuso del derecho para controlar el ejercicio de los derechos del padre; así en caso de oposición abusiva de los padres a ciertas libertades afectivas del menor (por ejemplo, en el mantenimiento de relaciones del niño con ciertas personas, como los abuelos) o en materia de educación religiosa. Sin embargo hoy en tales circunstancias, las soluciones no reposan sobre la teoría del abuso de derecho,

en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, ratificado por España en 1984. Recientemente, el Consejo de Europa ha elaborado el Convenio sobre relaciones personales concernientes a los niños (*Convention on Contact concerning Children*) de 15 de mayo de 2003, en vigor desde el 1 de septiembre de 2005 (también conocido como Convenio de Estrasburgo), en el que se insiste en uno de los principios básicos de este sector como es el contacto de éste con ambos padres o cualquier persona con la que tenga vínculos familiares. En la actualidad se encuentra en proceso de firma para la Comunidad Europea.

Incluso en la fracasada Constitución Europea se incluía un artículo, el II-84, dedicado específicamente a los derechos del niño, donde se ponía de relieve el interés superior del menor.

22. Urso, *Il diritto di famiglia nella prospettiva europea*, (Il diritto di famiglia nell'Unione europea), p. 570.

En ocasiones aparece referenciado como interés del menor o interés superior del menor (en los ordenamientos anglosajones predomina el «the best interests of the child y the best interests principle»). A decir de RIVERO (ob. cit., p. 74), apenas hay diferencia semántica (no obstante las palabras) y menos jurídica (valorativa) entre esas expresiones: la presencia o ausencia del adjetivo «superior» no altera su alcance jurídico. Este adjetivo explicita y subraya, sencillamente, lo que va implícito en las otras expresiones (en que no se menciona). En todas se pretende destacar la prioridad del interés del menor sobre otros, su superioridad en caso de conflicto con otros intereses que, precisamente por serlo, son también valiosos en Derecho.

23. ORTUÑO MUÑOZ, *La mediación familiar*, p. 88, en «Separación y divorcio», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIV-2005.

En nuestro país se entendió que en un momento en que el legislador está obligado a velar por que las leyes que aprueba no contengan elementos directa o indirectamente discriminatorios, se debió valorar el cambio del término «patria potestad» por otro neutral desde la perspectiva de género, pues no cabe duda que, a pesar de su carácter tradicional o precisamente por él, evoca al padre y no a la madre. *Legge ferenda* debe producirse su sustitución por otro más adecuado, como el de «autoridad parental» o «responsabilidad parental» al modo que se ha hecho en el Derecho comunitario, en otros países de nuestro entorno, o incluso en algunas Comunidades Autónomas.

En esta línea, en algunos ordenamientos europeos se ha preferido abandonar el término «potestad» en consideración de las implicaciones autoritarias insitas en éste y, bajo el empuje de formulaciones pedagógicas inspiradas en una mayor igualdad entre padres e hijos, se ha preferido poner el acento sobre la función parental como responsabilidad. (Así en Francia la antigua «*puissance paternelle*» —potestad paterna— pasó a denominarse «*autorité parentelle*» —autoridad paterna—, con un menor contenido dogmático.) No se trata de una cuestión puramente terminológica de modificar un término por otro, sino muy por el contrario, de definir cuál es la finalidad de este instituto y si ésta se corresponde con la de un derecho. No obstante, no en todos los casos ha ocurrido así. A título de ejemplo, el legislador italiano al reformar las materias referidas a la separación de los padres y la custodia de los menores ha confirmado la utilización del término «potestad parental», afirmando en el segundo párrafo del artículo 155 CC que la «potestad parental (*potestà genitoriale*) es ejercitada por ambos padres».

habiendo previsto el legislador expresamente remedios a tales situaciones abusivas, bien de manera preventiva reconociendo al niño una cierta autonomía a fin de que tales abusos no se produzcan, bien de manera curativa con el fin de paralizar los efectos nefastos sobre el niño de una decisión parental abusiva²⁴.

Sea de una forma u otra lo importante a destacar es que el criterio de control destinado a borrar los excesos de la institución es el del interés del menor, único criterio que debe inspirar a los padres y al juez en las medidas a tomar que conciernen a los menores.

Lo cual se muestra acorde con la propia configuración de la «potestad»: Como es sabido, la potestad tiene en común con el derecho potestativo la capacidad de incidir sobre posiciones subjetivas por otro sujeto independientemente de la voluntad de éste. Sin embargo la potestad diversamente del poder debe ser necesariamente ejercitada; los padres no pueden sustraerse al ejercicio de la potestad. Por lo demás, la obligatoriedad del ejercicio es directa consecuencia de la constancia de que la potestad paterna no es atribuida en el interés propio del padre, sino en el interés de otro, el menor. El parámetro para valorar la conveniencia del acto no es representado pues por el interés de quien ejercita la potestad, sino por el interés de quien sufre los efectos. La potestad constituye un deber del padre y no un derecho y es atribuida por el ordenamiento al fin de realizar el interés del menor²⁵.

Y en la misma línea, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha presentado el interés del niño como el fin legítimo que permite justificar injerencias en la vida familiar (sobre todo en materia educativa) exigiendo a los órganos judiciales que decidan teniendo a éste presente²⁶.

24. GIL-ROSADO, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, cit., p. 281.

25. DI SABATO, *Spunti di riflessione sulla potestà dei genitori alla luce di alcuni risentimenti intervenute del legislatore*, *Rassegna di diritto civile*, 4, 2006, p. 994.

Ese cambio de concepción y régimen de la patria potestad se observa de forma paralela y semejante en otros ordenamientos. Por ejemplo, en Derecho alemán, tras la reforma de 1998, el § 1626.1 BGB habla de obligación y derecho de los padres, frente a la mención anterior de derecho y obligación (para expresar mejor su carácter necesario, dice D. Coester-Waltjen); en el apartado 3.º del mismo párrafo se prevé expresamente que las relaciones con los padres se supeditan al bienestar del hijo; y el § 1697-a proclama, como general, el principio del interés del menor en cuanto a todas las decisiones que le afecten. En la misma línea en derecho inglés, frente a los *parental rights and duties* de la normativa anterior, la Children Act 1989 habla de *parental responsibility* [section 3(1)]. Y asimismo el derecho francés, si bien había integrado hacía mucho tiempo la noción de interés del niño (Leyes 22 de julio de 1987, 8 de enero de 1993), con la Ley de 4 de marzo de 2002 definiendo la patria potestad (*autorité parentale*) como «un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad el interés del niño» (artículo 371.1 CC), ha oficializado la doctrina y jurisprudencia anteriores que habían hecho ya de ésta un derecho-función.

26. Por ejemplo, en la Sentencia de 7 de agosto de 1996 (caso Johansen contra Noruega) en que se dijo 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». Sentencia de 13 de julio de 2000, caso Elsholz vs. Alemania, que tras sentar que «debe alcanzarse un equilibrio justo entre los intereses del niño y los de sus padres» añade que «el Tribunal concederá una particular importancia al interés del menor que, por su naturaleza y gravedad, podrá prevalecer sobre el del padre»; Sentencia de 11 de octubre de 2001, caso Hoffmann vs. Alemania, que recuerda que debe hacerse una correcta ponderación entre el interés del niño y los del padre y que debe darse particular importancia a *the best interests of the child which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent*. Véanse también Sentencias de 27 de noviembre de 1992 (caso Olsson vs. Suecia), de 23 de septiembre de 1994 (caso Hokkanen vs. Finlandia), y de 16 de noviembre de 1999 (caso E.P. vs. Italia). (Igualmente en la Sentencia K. y T. c/Finlandia de 12 de julio de 2001, la Corte ha recordado que la vía del interés superior del niño reviste una importancia decisiva): RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 51.

Junto al ámbito supranacional, numerosas fuentes legislativas y jurisprudenciales se muestran en el mismo sentido tanto en el derecho español como en el derecho comparado.

Específicamente, en la CE de 1978 se parte de una concepción integral en la protección de la infancia que viene expresada en el artículo 39²⁷. Además de éste, otros preceptos constitucionales aparecen involucrados en la defensa de los derechos de los niños y su específica protección (cfr. artículos 20.4, 27.2 y 35.1); especial mención merece el principio del libre desarrollo de la personalidad, recogido en el artículo 10.1. Todos ellos se conforman como ejes impulsores del cambio jurídico y representan un valor informador de nuestro sistema jurídico guía en la interpretación y aplicación de las normas.

Por su parte, las normas civiles no son sino una instrumentación o desarrollo del artículo 39 CE (STC 273/2005, de 27 de octubre). Lógicamente el Código Civil, como consecuencia de los nuevos valores constitucionales, ha experimentado un cambio profundo en el Derecho de la familia. Entre otras repercusiones, ha tenido particular importancia la nueva concepción de la patria potestad, fruto de la crisis del autoritarismo, pero también de una valoración nueva de la personalidad del menor. Y digo particular importancia de esta institución porque es a su sombra y en su ámbito donde afloran y se resuelven la mayor parte de los problemas en que se debate sobre el interés superior del menor. Preceptos tan importantes como los artículos 154.2, 156 y 158 CC, sobre todo, revelan la voluntad del legislador de dar un giro copernicano en cuanto a la idea y el régimen de la institución, que gira ahora alrededor de la protección del menor. Esas normas, en cuanto limitan la autoridad de los padres y moralizan su ejercicio y función (han de ejercerla «siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad»), revelan como subyacente un principio de carácter general, nuevo e innovador, que destaca el interés del menor como centro de gravedad de la institución y eje central en la organización del grupo en el nuevo orden familiar, al que queda sometida la potestad paterna –potestad eminentemente instrumental, más que a un poder *a se*—²⁸.

El establecimiento constitucional de un orden familiar anclado en el principio de igualdad de los esposos, determinante de la atribución conjunta de la titularidad de la patria potestad a ambos progenitores, así como la previsión del ejercicio de dicha potestad paterna en exclusivo beneficio del hijo y «de acuerdo con su personalidad» (cfr. artículo 154 del CC)

27. En el apartado 1 con carácter general garantiza «la protección social, económica y jurídica de la familia» por parte de los poderes públicos, declarándose en los dos apartados siguientes la igualdad ante la ley de los hijos, con «independencia» de su filiación. Por otra parte se consolida la «protección integral de los hijos» por los poderes públicos, así como el deber de asistencia de los padres a los hijos. Finalmente el apartado 4 declara que los niños gozan de «la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Se impone, por tanto, constitucionalmente a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno, y es la patria potestad la institución protectora del menor por excelencia, que se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (TOLDRA ROCA, en PADIAL ALBÁS y TOLDRA ROCA, *Estudios Jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 42).

28. RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 44.

La patria potestad es un instrumento al servicio de una función de protección del menor de edad: ACEDO GARCÍA, ob. cit., p. 8. Y en la misma línea establecía la Sentencia de 1 de septiembre de 1997 que «los Tribunales deberán tener siempre como centro de las decisiones judiciales el *favor filii*, pues el hecho de ser progenitores no puede tomarse nunca como un derecho propio, sino como una continua liberalidad respecto de los hijos, a los que se debe un cuidado y una entrega como mínimo adecuada».

han incidido en esta renovada valoración del interés del menor, consagrado por imperativo constitucional como criterio preferente en abundantes normas²⁹.

Reflejo de ellas son diversos preceptos del Código Civil (artículos 92.2, 103.1, 149, 154.2, 156.5, 159, 161, 170.2, 172.4, 173.3 y 4, 176, 216, entre otros) acordes con lo estipulado en las disposiciones constitucionales mencionadas y, por supuesto, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor —especialmente artículos 2 y 11.2— que configuran el interés superior del menor como principio general de cualquier medida a adoptar que concierna a éste³⁰. Y todo ello sin olvidar lo dispuesto por diversas normas de ámbito autonómico, donde también se han dictado disposiciones legislativas de protección integral del menor³¹.

En definitiva, se configura el interés del menor como fundamento último de toda normativa, tanto interna como internacional, relativa a su protección que se traduce en una interpretación finalista de las instituciones acentuando su contenido personalista. Consecuencia de ello será la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre esta materia³², así como la aplicación del principio inquisitivo en el ámbito procesal³³.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR EN LAS MEDIDAS RELATIVAS A LOS HIJOS EN LAS CRISIS CONYUGALES

Acorde con lo visto, el interés superior del menor ha devenido criterio rector del derecho de familia y punto fundamental de toda la regulación jurídica familiar que informa nuestro

29. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., «El Interés del Menor como Criterio Prevalente en la Mediación Familiar», <http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml>

30. Se establece que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y se conecta además con su personalidad que debe respetarse para conseguir su desarrollo integral.

31. Así el artículo 3 de la Ley catalana 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción (DOGC núm. 2083, de 2 de agosto de 1995), amplía el alcance de este principio, pues lo refiere tanto a actuaciones de poderes públicos (artículo 3.1 CNUDI) como de particulares. Además, esta Ley pauta la determinación del interés superior del menor: «Para la determinación de este interés se tendrá en cuenta, en particular, los anhelos y las opiniones de niños y adolescentes, y también su individualidad dentro del marco familiar y social»: ALASCIO Y MARÍN, «Juntos pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo artículo 92 Código Civil», *La reforma del artículo 92 CC por la Ley 15/2005, de 8 de julio. InDret 3/2007*; julio de 2007, p. 8.

Asimismo artículos 133.1 CF cat., y 2.4 y 61 Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre...

32. IVARS RUIZ, «La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil. Aspectos procesales y sustantivos». *Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 137; RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 36: «Habida cuenta del interés social subyacente (protección de los menores) y *ratio legis* de esas normas y estatuto jurídico, y de los preceptos constitucionales en que se basan y que ellas desarrollan (en particular, artículos 10, 14 y 39 CE), es evidente que hacen de las mismas una normativa de orden público». Naturaleza de orden público de este tipo de normas que también ha reconocido el Tribunal Constitucional.

33. ZARRALUQUI, *Derecho de familia y de la persona*, t. 6, Bosch, 2007, pp. 40-41: Un principio procesal que es consecuencia de la protección del interés del menor, es el inquisitivo que se incrementa en esta materia al propio tiempo que se disminuye el dispositivo. Se manifiesta especialmente de dos formas distintas: en la dulcificación de la exigencia de petición de parte y congruencia para las resoluciones y en la mayor intervención del juez en el proceso; esto es, el Juez puede resolver materias sobre las que nadie le ha pedido que se pronuncie y puede utilizar con mayor amplitud sus facultades para acordar pruebas no solicitadas por las partes.

Y en el mismo sentido, MONTERO AROCA, *Guarda y Custodia de los hijos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 26-7: El interés superior del menor, como principio universal, constituye una norma de derecho cogente o imperativo y no sujeta al principio de justicia rogada: Dada la naturaleza de las cuestiones de familia se otorga a los Tribunales una capacidad de decisión que permite la alteración de las peticiones formuladas en los escritos de las partes, siempre y cuando las circunstancias concurrentes y las situaciones e intereses en litigio así lo justifiquen por lo que ante ello no cabe la alegación de incongruencia.

sistema jurídico. Y, como no podía ser de otra forma, es el eje en nuestro ordenamiento en relación a las medidas que deban adoptarse en relación a los hijos. Desde tales consideraciones podemos afirmar que el principio del *favor filii* se ensalza como criterio inspirador en la adopción de cualquier medida referente a los derechos de los hijos sometidos a la potestad paterna, con base fundamentalmente en la potenciación de los valores individuales de la persona³⁴. Toda la normativa legal reguladora de las relaciones paterno-filiales está informada por el criterio supremo de primar el interés del menor, de tal manera que los acuerdos sobre su cuidado deben resolverse atendiendo el principio del beneficio e interés del hijo menor.

Pues bien, si decimos que el beneficio de los hijos es una finalidad común para el conjunto de relaciones paterno-filiales, ello tiene su reflejo, indudablemente, en las crisis conyugales. Así, en estas situaciones, todas las medidas sobre guarda³⁵ y ejercicio de la patria potestad se adoptarán también teniendo en cuenta el interés de éste. Es más, podemos decir que el interés de los hijos es hoy el único criterio legal rector de la asignación de la guarda tras la crisis matrimonial. De hecho, si hay algo en común a la historia jurisprudencial española es precisamente la utilización de este único criterio inspirador en cada una de sus resoluciones. Constituye el límite y punto de referencia último de la institución y de su propia operatividad y eficacia. Se configura como la finalidad a perseguir a la hora de adoptar cualquier decisión o medida, esto es, como un criterio teleológico de interpretación normativa que debe presidir la aplicación de la ley en este ámbito³⁶. Su fundamento no es otro que hacer efectivo el libre desarrollo de la personalidad del menor, de tal manera que pueda ir labrándose su futuro opinando sobre lo que le conviene.

II.1. Evolución en los criterios de asignación y su plasmación en los diversos ordenamientos

Hasta llegar al criterio específico del interés del menor, tal y como se configura en la actualidad, se han utilizado otros:

En Europa³⁷, a comienzos del siglo XIX se vislumbra una fuerte desigualdad en la condición jurídica de los cónyuges en razón del sexo así como una gran disparidad entre hijos legítimos e ilegítimos; en esos momentos la custodia de los niños se atribuía automáticamente al padre o a su raza. Con el paso del tiempo las relaciones de autoridad se van reequilibrando adquiriendo las mujeres poderes iguales a los del marido y los hijos concebidos fuera del matrimonio consiguen el mismo *status* que los matrimoniales. En consecuencia, asistimos a una parificación del *status* jurídico de la mujer respecto al

34. PÉREZ UREÑA, «Uniones de Hecho. Estudio práctico de sus efectos civiles (Derecho sustantivo, cuestiones procesales, jurisprudencia y formularios)», *Colección práctica jurídica*, 2007, pp. 185 y ss.

35. El artículo 92.8 CC dispone para las situaciones de crisis matrimonial que la guarda y custodia pueda ser compartida para proteger «adecuadamente el interés superior del menor». Igualmente para la aprobación del convenio regulador por lo que respecta a la misma cuestión [artículo 90.2, en relación con 1.º-A)].

36. TAMAYO HAYA, «La custodia compartida como alternativa legal», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 2007, p. 671.

37. Sobre el tema PANFORTI, «Affinità e discordanze del diritto di famiglia in Europa» (en *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, ob. cit.), p. 614; Hélène PALMA, Martin DUFRESNE, «Autoridad parental conjunta», http://www.cbiennessdegarde.org/article.php?id_article=231; ESPINOSA CALABUIG, *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, 2007, p. 65.

marido así como a un progresivo reconocimiento de los derechos de los hijos. Es precisamente a lo largo del siglo XIX cuando comienzan a limitarse los derechos de los padres a favor de las madres, si bien tímidamente; las pretensiones feministas del derecho al divorcio y una mayor atención al interés del niño condujeron a los tribunales a reconocer progresivamente a las madres la posibilidad de obtener la guarda en caso de divorcio en detrimento del marido. Y ya en el siglo XX, tras las guerras mundiales, empieza a reconocerse más ampliamente el principio de igualdad parental y, con él, los derechos de las mujeres, lo que implica el otorgamiento del ejercicio de la autoridad parental a ambos padres. Al mismo tiempo, sin embargo, surgen las primeras dificultades para precisar el alcance y contenido de dicho principio, fundamentalmente en relación con los hijos habidos de las uniones de hecho³⁸ y en los casos de divorcio o separación de los cónyuges (en los que, tendencialmente, se opta por conceder la custodia y otros derechos parentales a uno solo de los cónyuges –habitualmente a la madre–). La custodia de los hijos implicaba el reconocimiento de la autoridad parental al padre encargado, así como el derecho a una pensión alimentaria para los niños y a algunas prestaciones de asistencia social. Ello oscila actualmente en el conjunto de los países occidentales, tras un movimiento generalizado de restablecimiento de los privilegios parentales. Uno de los elementos de esta evolución es una escisión progresiva entre los componentes jurídicos (la autoridad) y materiales (el cuidado) de la custodia.

Por su parte, en el ámbito del Common law³⁹, se ha recurrido a doctrinas como la de *tender years o gender wars* para otorgar la custodia a uno u otro padre. Para explicar la primera de ellas –la *tender years doctrine*– hay que remontarse a la época en la que es el padre quien asume el papel prioritario en la familia. Ello provoca que los tribunales ingleses impongan la regla de preferencia paterna en los asuntos de custodia, lo que pronto se sigue por los tribunales norteamericanos; el fundamento lo situaban en que, generalmente, éste recibía los bienes adquiridos durante el matrimonio. Con el tiempo, la Revolución industrial y la democratización de la sociedad (incluyendo la especialidad de sexos según los sectores) provocan que dicha regla despierte severas críticas que evolucionan hacia la *tender years doctrine* (doctrina de la preferencia materna o de la tierna edad⁴⁰), que presumía que la madre estaba mejor calificada para cuidar a sus hijos durante la primera infancia, sobre todo las hijas. Se llega así al extremo opuesto, de forma que se otorga a ésta lo que viene a ser descrito como el *cult of true womanhood*. La madre es, así, la más apropiada para asumir los derechos respecto a sus hijos. El padre sólo podía imponerse a esa presunción si probaba que la madre no era apta o era mucho menos capaz que él para cuidar a los

38. En este punto, la tendencia del legislador fue en un principio la de otorgar la autoridad parental a la madre, aunque con el tiempo se evolucionaría hacia una co-responsabilidad parental de la pareja no casada.

GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, 2004, p. 65: Existe una legislación en materia de protección de menores que se aplica a todos los niños independientemente de su filiación. Ese principio de no discriminación, así como el interés superior del niño, que según el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, debe informar toda medida legislativa, judicial o administrativa sobre menores, explica que estas cuestiones deban tratarse de manera independiente a la unión, matrimonial o no, de quienes ejercen la responsabilidad parental.

39. Sobre esta evolución *vid.* ESPINOSA CALABUIG, ob. cit., pp. 32 y ss.

40. BISHOP, *Commentaries on the Law of Marriage and Divorce*, Little, Brown & Company, Boston, 1864, critica la preferencia paterna y aboga por la preferencia de las madres sobre los hijos de tierna edad.

Los tribunales adoptaron progresivamente este criterio, aunque con una interpretación muy elástica del concepto «tierna edad»: en el asunto Carr (1872) la Corte Suprema de Virginia transfirió la custodia sobre una niña de cuatro años de la madre al padre entendiendo que la «tierna edad» se había superado y en Jenkins v. Jenkins (1921) la Corte Suprema de Wisconsin afirmó que no podía haber sustituto del amor maternal durante los años de crianza.

hijos. Lo que ocurrió fue que esta doctrina derivó a una preferencia materna en general, con independencia de la edad de los hijos, de tal modo que el viejo criterio de la preferencia paterna acabó invirtiéndose⁴¹.

Esta forma de actuar, empero, también se pone en duda en la década de los años sesenta y setenta, dado que se considera que no se corresponde con el principio del interés superior del menor, lo que lleva a su desaparición en muchos estados norteamericanos en los que se venía utilizando, optando por criterios más igualitarios en los que no se muestra predilección por ninguno de los padres en particular⁴². Si bien, en otros estados la preferencia materna se mantiene a modo de presunción, esto es, presuponiendo que la madre es la más apropiada para hacerse cargo del niño mientras éste es menor de siete años lo que, en ocasiones, no deja de ser una lucha oculta entre sexos olvidando el verdadero interés y bienestar del niño.

Dicha lucha es lo que da nombre a la *gender wars doctrine* y que lleva a poner el acento en las diferencias esenciales entre hombres y mujeres en relación con su papel respecto al menor. Por lo general, la mujer es considerada la más idónea para obtener la custodia del niño –sobre todo si éste tiene poca edad– en la mayoría de los divorcios. Los padres, en cambio, suelen ser juzgados convenientes para los niños más mayores o especialmente necesitados del poder social y económico que aquéllos representan.

El mantenimiento de estas doctrinas no es sostenible por mucho tiempo, pues ponen en duda el principio constitucional de igualdad y de no discriminación por razón de sexo. Tanto el hombre como la mujer pueden cuidar a sus hijos, sobre todo, a medida que más mujeres ingresan en el mercado de trabajo y más hombres toman la decisión de desempeñar un papel más activo en el cuidado de sus hijos. Dicha igualdad explica que en la actualidad, aunque los tribunales siguen recurriendo a ellas en ciertas ocasiones para resolver los casos de custodia, no lo hagan de forma exclusiva, sino como un factor más a tener en cuenta junto a otros.

Esta tendencia hacia criterios no discriminatorios terminará desembocando en la acogida del concepto del interés del menor, ya que con él cualquiera de los padres puede satisfacerlo, independientemente del sexo. La ley no ha de tener connotaciones de género; de ahí que se haya hecho hincapié por diversas legislaciones en que el sexo de uno de los padres no es un factor determinante válido para la fijación de la custodia.

En este sentido se introducen en muchos estados de EEUU referencias explícitas a una serie de criterios relevantes en la toma de decisiones a la hora de formular recomendaciones

41. COCHRAN, «The Search for Guidance in Determining the Best Interests of the Child at Divorce: Reconciling the Primary Caretaker and Joint Custody Preferences», *University of Richmond Law Review*, 1985, vol. 20, núm. 1, p. 9.

42. En *Marriage of Bowen* (1974), la Corte Suprema de Iowa sostuvo que la preferencia materna estaba injustificada *a priori*. Una legislación sin precedentes fue la del Estado de Michigan, que en 1970 aprobó la Child Custody Act, cuya § 722.23 fija minuciosamente el concepto legal de «interés superior del menor».

En Inglaterra, la *Guardianship of Infants Act* (1925) reconoció por primera vez la igualdad de derechos sobre la custodia de los hijos entre ambos progenitores, dejando atrás el antiguo precedente de favorecer al padre: ALASCIO Y MARIN, ob. cit., p. 9.

de atribución de custodia exclusiva, entre ellos, la no diferencia en razón del sexo del progenitor⁴³. Es criterio de los legisladores, por tanto, no ceder ante sectarismos.

43. Ejemplos ilustrativos de acogida legal de este principio los tenemos, entre otros, en la norma de Nevada, la cual cito textualmente: «No se otorgará preferencia a ninguno de los progenitores por la sola razón de que sea la madre o el padre del niño» (artículo 125.480.2). Y de igual modo ocurre en Arkansas, Florida, Mississippi, Maine, Louisiana, Wisconsin, Alaska, Montana, Missouri. Asimismo en otros derechos tan dispares como Chipre donde se recoge un mandato legal expreso dirigido a los progenitores en cuanto a la no discriminación por razón de sexo a la hora de asumir las obligaciones que entrañan el ejercicio de la responsabilidad parental por parte de sus titulares. O incluso en Grecia (La decisión judicial deberá respetar la igualdad entre los progenitores sin que pueda discriminarse por motivos relacionados con el sexo, la raza, el idioma, la religión, la orientación política o de cualquier otro tipo) o Suecia (ninguno de los padres es más idóneo que el otro para obtener la custodia simplemente en razón de su sexo).

En la actualidad así se recoge expresamente en los prestigiosos *Principles of the law of family dissolution* del American Law Institute que, en su capítulo 2, dejan claro que ciertos factores no pueden ser considerados en la toma de decisiones acerca de la custodia de los hijos. Factores tales como la raza, el género, las prácticas religiosas, la orientación sexual, conducta sexual extramatrimonial y la capacidad de obtener ingresos no pueden ser tenidos en consideración para tomar una decisión.

El tema más controvertido de los factores prohibidos es la orientación sexual. Nos podemos encontrar con el caso de gays y lesbianas que tienen hijos como resultado de matrimonios heterosexuales. Las cuestiones de custodia y derechos de visita en relación con estos niños pueden verse afectados por argumentos relacionados con la orientación sexual de los padres. Asimismo es posible que uno de ellos se convierta en padre; y así, cuando solo uno es un padre biológico o adoptivo, al terminar la relación, se plantean cuestiones jurídicas respecto a los eventuales derechos o deberes que surgen entre el niño y el adulto (Sobre el tema COOMBS, «What the American Law Institute Has Done for Gay and Lesbian Families», pp. 87 y ss., en *Principles of the law of family dissolution: analysis and recommendations*, Duke journal of gender law & policy, spring/summer, 2001).

Los tribunales de familia con frecuencia han permitido que la homosexualidad de los padres vaya en su contra en la determinación de la custodia o derechos de visita, en tanto en cuanto entienden que va en detrimento de los intereses del niño. Los criterios aplicables han ido desde una presunción, a menudo muy fuerte, de que cualquier indicio de homosexualidad por uno de los padres es un factor negativo, a una norma que permite la consideración de la orientación sexual sólo cuando se pueda demostrar que tiene un efecto sobre el niño.

Este tratamiento refleja un juicio moral, no un punto de vista científico, e incluso como cuestión moral, está sujeta a un considerable debate de la sociedad. Tratando de evitar el exceso de generalizaciones en ambos lados del debate, en el capítulo 2 se dispone que en la expedición de órdenes, el tribunal debería ignorar la orientación sexual (conducta homosexual o heterosexual) de los padres, así como cualquier conducta extramatrimonial de un padre, salvo cuando se demuestre que es perjudicial para el niño. Irrelevancia jurídica, pues, en los Principios de la orientación sexual. La cohabitación de uno de los padres estará expresamente excluida como base para la modificación de lo establecido, a menos que los padres hayan acordado otra cosa o que se demuestre un daño para el niño. Por lo tanto, un padre divorciado (con responsabilidad) podría comenzar una relación de pareja con una persona del mismo sexo sin poner en peligro sus derechos de custodia. De lo dicho se deduce que los Principios no se decantan a favor de ninguno de los padres. El sexo de éstos no influye en la elaboración de un plan de parentalidad. Alientan de este modo a los padres a considerar el cuidado de los hijos y las responsabilidades de toma de decisiones como funciones que pueden ser atendidas por ambos padres por igual. En suma, ninguno de ellos es preferido como principal cuidador del niño en el período posterior a la separación familiar.

Sobre este punto la doctrina alemana ha señalado igualmente que respecto al bien del niño lo importante es que pueda llegar a darse una relación afectiva enriquecedora para el menor independientemente de la orientación sexual de los padres. [Ésta es una premisa que ya se estableció en 1984 en una sentencia calificada de «histórica» en la que ante la solicitud del ejercicio de la patria potestad (la guarda y custodia) del menor hecha por su madre que era soltera y convivía afectivamente con otra mujer se decidió concedérsela explicando la sentencia que el hecho de que la madre conviviera con otra persona de su mismo sexo no la descalificaba para poder tener la «guarda y custodia» de su hijo, pues se apreciaba una buena relación emocional entre el niño y ambas mujeres, que lo cuidaban y asistían correctamente.] Partiendo de esta posición se señala que la adopción de cualquier medida prevista en el § 1666 BGB nunca podrá fundarse en la tendencia homosexual del progenitor pues dicha circunstancia nunca podrá ser considerada como perjudicial para el bien del niño. Una vez que no hay lugar a discutir el derecho de todo padre o madre homosexual a ostentar la guarda y custodia de su hijo y a educarlo en el seno de una familia homosexual, el siguiente paso no se ha hecho esperar a través de una reforma de 15 de diciembre de 2004 por la que se reconoce el derecho del niño que vive con su progenitor a ser adoptado por la pareja de éste. Si la homosexualidad del padre no perjudica al menor, tampoco puede perjudicarle la homosexualidad del compañero del padre. Se trata de reconocer legalmente una situación que se da de hecho. El bien del niño exige garantizar que si falta el progenitor, su pareja pueda seguir atendiendo al menor, rige el llamado «principio de la continuidad». (Sobre el análisis de esta Ley *vid.* De TORRES PEREA, «Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán», *Anuario de Derecho Civil* (abril de 2006), p. 741.

Estas consideraciones chocan frontalmente en nuestro país con la criticada sentencia del juzgado de primera instancia número 9 de Murcia de 6 de junio de 2007 (Pte.: Calamita), la cual otorgó la custodia de dos niñas al padre porque la madre era lesbiana. A criterio del juez, la condición homosexual perjudica a los hijos porque tienen derecho a un padre y a una madre, no a dos madres o a dos padres. «Es el ambiente homosexual el que perjudica a los menores, y que aumenta sensiblemente el riesgo de que éstos también lo sean. Esa formación integral es imposible que se la dé un progenitor homosexual, por mucho respeto que me merezcan las personas homosexuales, pero aquí prevalece el interés superior del menor», añade.

Con todo, el concepto del interés del menor se acabará imponiendo a principios del siglo XX por encima de los propios deseos de los padres, pasando a ser calificado de *first and paramount* consideración en los procedimientos de custodia⁴⁴.

Nuestro derecho positivo a semejanza de países como Italia, Francia, Holanda, Noruega, Portugal, Suecia, entre otros, también consagra el *favor filii* como el interés superior sobre cualquier otro⁴⁵, que se impone, incluso, al principio de igualdad parental. A modo de ejemplo, el artículo 187 del Code francés, tras la reforma de 11 de julio de 1975, consagra *l'interet de l'enfant*; la Ley italiana de 1 de diciembre de 1970 dispone en el artículo 6 que el interés

44. Así expresiones como *the best interest principle* y el *welfare principle* son comunes en Derecho anglosajón y en otros países. La Children Act 1989, especifica que *the child's welfare shall be the courts paramount consideration* (section 1), este principio actúa como the «only» consideration.

45. En España, no puede decirse que la concepción de la patria potestad como una función dual del padre y de la madre sea algo insignificante, especialmente cuando la asunción de ésta únicamente por el progenitor varón ha alcanzado a épocas tan recientes de nuestra historia. Pero, una vez lograda la equiparación legal entre padre y madre en lo referente a la función que ambos han de cumplir en relación a los hijos, equilibrándose la balanza en cuanto al principio de igualdad de los progenitores por mandato constitucional, las nuevas concepciones sociales y familiares han ido situando el fiel de la báscula en un punto distinto a aquel desde el que partió el legislador de 1981. La titularidad de la patria potestad recae conjuntamente en el padre y la madre del menor, ejerciéndose las funciones que ella implica también por ambos de forma conjunta. Ahora bien, titularidad y ejercicio de la patria potestad tan sólo caminan al unísono cuando ambos progenitores viven juntos, desapareciendo dicha unidad a falta de convivencia.

Estas situaciones se regularon originariamente bajo criterios culpabilísticos, concediéndose a modo de premio la custodia de los hijos al cónyuge inocente al tiempo que tal circunstancia se instituía en castigo para el cónyuge al que se reputaba culpable del fracaso matrimonial. La culpabilidad del cónyuge venía así a justificar que éste quedase alejado de la prole. Leyes como la del matrimonio civil de 18 de junio de 1870, atribuían la potestad y protección de los hijos al cónyuge inocente tras la separación matrimonial (el divorcio no se establecería hasta la Ley de 2 de marzo de 1932) y, sólo con la muerte de éste, el cónyuge culpable podía recuperar la custodia y otros derechos sobre el menor, siempre que la causa de la separación estuviera dentro de las prescritas por el artículo 87.2 de dicha Ley. Si estaba fuera de esas causas, así como si ambos cónyuges eran culpables, se nombraba un tutor o curador, bajo cuya autoridad quedaba el menor (salvo los hijos menores de 3 años que quedaban bajo la guarda y custodia de la madre). El criterio de culpabilidad se utilizaba también en el artículo 73 CC en su primigenia redacción (que aumentaba a 7 años la edad del menor que quedaba bajo la custodia de la madre, de ser ambos progenitores culpables) (ESPINOSA CALABUIG, ob. cit., p. 69).

La Ley del divorcio (30/1981) rompe con dicho esquema abandonando el criterio culpabilístico e integra en nuestra legislación el criterio de otorgar la custodia al progenitor más idóneo sin tener en cuenta de forma genérica la causa que había provocado la ruptura de la pareja (TAMBORERO Y DEL RÍO, 2003, p. 516; «La guarda y custodia compartida», en *Asociación española de Abogados de Familia. Diez años de abogados de familia (1993-2002)*, La Ley, pp. 515-519). Al mismo tiempo, establece una norma de derecho cogente o imperativo cual es el *favor filii* como el criterio a seguir en materia de atribución de custodia e impone, con carácter general, a falta de acuerdo, la custodia a favor de la madre de «... los hijos menores de siete años...», salvo excepciones (artículo 159). Formalmente, dicha discriminación legal del padre respecto de la madre fue corregida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que dio nueva redacción al artículo 156 CC, no recogiendo tampoco criterio alguno para la atribución de la custodia a favor de uno u otro progenitor, a excepción de la recomendación de no separar a los hermanos y, por supuesto, el criterio del interés del menor.

En este sentido el artículo 92.2 CC determinó que las medidas judiciales sobre el cuidado y atención de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, que se reforzó aún más tras la entrada en vigor de la LO 1/1996, de 15 de enero, al establecer que primará el interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Los criterios legales y jurisprudenciales para conferir la guarda y custodia a uno de los progenitores cambian a la luz de la igualdad de derechos y deberes que proclama la CE, siendo también reflejo de una realidad social en la que cada vez más se intercambian con más frecuencia entre ambos progenitores las diversas funciones de la vida familiar, y fruto de lo cual ha sido la desaparición del precepto legal que obligaba a otorgar a la madre la custodia de los hijos menores de siete años.

No obstante, a pesar de que desaparece la mención al umbral de los siete años, y con ello el automatismo legal anterior, la fuerza de la tradición hace que la jurisprudencia se mantenga en la atribución de la guarda exclusiva de los menores a la madre. El marco de discrecionalidad judicial era amplio y además, en cierta forma, se sentía condicionado por la propia regulación legal existente que, aunque no descartaba soluciones compartidas de custodia, no las citaba expresamente. Todo ello trajo como consecuencia el desarrollo en la práctica de un modelo que impidió en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continuaran teniendo una relación fluida con ambos progenitores.

Con la entrada del nuevo siglo, la uniformidad en la atribución de la guarda y custodia exclusiva a la madre se va diluyendo, produciéndose un aumento progresivo en el reconocimiento de un, cada vez más amplio, derecho de visitas a favor del progenitor no custodio. Continuando en esta línea se detectan los primeros pronunciamientos favorables a la adopción del régimen de custodia compartida de los hijos no previsto expresamente en nuestro ordenamiento hasta la reforma de la Ley 15/2005, adecuando así nuestro ordenamiento a la mayor paridad entre sexos perceptible en la sociedad en el terreno de la paternidad.

moral y material de los hijos serán el *exclusivo riferimento* de las medidas a adoptar en relación con ellos; el artículo 1671 del BGB redactado por la Ley de 14 de junio de 1970, consagra como criterio «lo que sea mejor para el bien de los hijos»; dicho principio «*welfare principle*» se recoge como inspirador de la Guardianship of Minors Act 1971 del Derecho inglés, etc.⁴⁶.

No obstante, pese a su admisibilidad generalizada, es un principio que no se concreta en qué consiste. Se presenta como un concepto vago difícil de definir⁴⁷; de hecho, la doctrina se ha quejado con frecuencia de su indeterminación, ambigüedad, y algunos tratadistas han aproximado definiciones⁴⁸.

En efecto, justificado su sentido y predeterminado su alcance como valor prevalente, su concreción no es sencilla. La utilización por parte del legislador de un concepto jurídico relativamente indeterminado impone al sujeto obligado a aplicarlo un complementario proceso de valoración en el que deberán ser ponderadas todas y cada una de las particulares circunstancias concurrentes a fin de conseguir determinar *in concreto* y de una manera efectiva cuál es el interés del menor en la específica situación que se pretende resolver. El juez, por tanto, deberá tener en cuenta dos acepciones diferentes de la noción: una apreciación en abstracto y una apreciación *in concreto* del interés del niño. Estas dos apreciaciones son complementarias porque cuando ha de tomar su decisión pone en paralelo la situación concreta del niño con la representación abstracta de lo que debería ser su situación⁴⁹.

Para evaluar el interés concreto del niño el juez se puede ayudar tanto de elementos intrínsecos, referidos al propio niño, como extrínsecos, tomando en consideración a los indi-

46. Dice la SAP de Córdoba (Sección 2.ª) de 14 de julio de 2003 (AC 2003/1480) que «este interés de los niños que no debe ser medido bajo parámetros de confort material, a nivel del derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico (derecho francés «son besoin de paix, de stabilité, de tranquillité... est son équilibre psychique qu'il faut mettre au premier rang») o al amplio concepto de bienestar aplicando el *Welfare principle* anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor».

47. GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Comentarios del nuevo artículo 92 del CC», p. 147 (en GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Lex Nova, Valladolid, 2005): «El interés del menor encierra una acepción vaga e imprecisa, principalmente porque su contenido es variable en función del sujeto que realice la interpretación conociéndose diferentes posturas, desde la perspectiva del legislador, de los progenitores, de los Administradores de Justicia y desde el punto de vista del menor en función de su edad».

48. RIVERO HERNÁNDEZ, en su trabajo «Efectos de la crisis matrimonial respecto de los hijos. Estudio Judicial» (*Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3 año 2003), estima que el interés eminente del menor consiste, inicialmente: «en proteger su ser o esencia de persona; en términos jurídicos significa la protección y salvaguarda, en primer lugar de los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad; luego, los demás derechos que le están reconocidos en el Ordenamiento jurídico. Esa protección y consideración se concreta en asegurar al menor la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de promover su goce efectivo (artículo 9.2 CE) y de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad. La inteligencia y contenido o ejercicio de tales derechos, aun siendo en principio comunes para todos los ciudadanos, pueden ser distintos para el menor, en muchos casos, respecto de los que corresponden a la persona adulta. Algunos merecen incluso una atención particular del legislador (artículo 162.1 CC, artículo 3 LO 5 de mayo de 1982, de protección del honor, intimidad e imagen, y los artículos 4 a 8 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, en relación con el derecho al honor, intimidad y a la propia imagen, derecho a la información, la libertad ideológica y otros)».

CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., ob. cit., II.3.1, considera que el interés del menor se refiere «al desenvolvimiento libre e integral de la personalidad, a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las aptencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden al desarrollo físico, ético y cultural».

49. Por ejemplo, el principio de coparentalidad del cual deriva el derecho del niño a mantener relaciones personales con sus dos padres cualquiera que sea su situación, reposa sobre la presunción de que es de interés del niño ser criado por sus dos padres y conservar vínculos con cada uno de ellos, incluso en caso de separación. Esta presunción se aplica indiferentemente

viduos que le rodean. Se hace precisa, en suma, una valoración completa de toda la realidad que envuelve al menor para que la solución encontrada se adecue a lo que más le beneficie⁵⁰. De ahí la necesidad de dar contenido a este concepto relativo según las circunstancias de cada momento y según los valores dominantes de cada sociedad⁵¹.

A ello se ha de añadir la amplitud del arco cronológico que jurídicamente enmarca el estado de minoría de edad, determinante de una insoluble dificultad en la pretensión de sistematizar situaciones caracterizadas por su evidente heterogeneidad. Es por lo que resulta imposible el establecimiento de pautas de solución válidas para todos los supuestos, ni siquiera para aquellos que pudieran presentarse con engañosa apariencia de semejanza, pues la necesaria operación de discernimiento en la búsqueda del beneficio del menor siempre presupondrá la misión de descubrir su personalidad, y la identidad de cada persona –por supuesto también la del menor– ofrece un paisaje único e irrepetible⁵².

Dichas cuestiones hacen que la doctrina alemana estime temerario todo intento definitorio⁵³. Lo contempla como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor. Y ello teniendo en cuenta que cada niño, en cada conflicto, merecerá una solución específica y distinta. Nos permite, de este modo, adaptar el problema en cuestión al caso específico que se pretende resolver.

Con esta indeterminación lo que se consigue es un empobrecimiento de su contenido a fuerza de ser repetido en las resoluciones judiciales, que no siempre hacen entender debidamente a quien las lee que su invocación no es la forma de enmascarar un arbitrio judicial supuestamente carente de fundamento⁵⁴.

Ahí radica precisamente el principal inconveniente de la indeterminación del principio: el excesivo condicionamiento de la resolución del problema a criterios subjetivos; la amplitud de la norma permite a un juez insertar su propia parcialidad en el proceso, con

a todos los niños, de manera general. El mismo razonamiento ha sido seguido por el legislador por lo que se refiere a las relaciones personales del niño con sus hermanos y ascendientes. En los dos casos, se presume que el interés del niño exige mantener estos vínculos. Ahora bien, en concreto, esa presunción cae ante prueba en contrario. Difiere de un niño a otro.

50. Dice RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 59, que «no hay menor sino menores» –acorde con cada situación concreta–.

51. Aparecen precisamente los conceptos jurídicos indeterminados caracterizados por tener un contenido abierto que representa el factor móvil de dicho ordenamiento que se caracteriza por la necesaria adaptación que deben tener las leyes.

52. CASTILLO MARTÍNEZ, ob. cit., p. 1.

53. Por todos, ZITELMANN, MAUD, *Kindeswohl und Kindeswille: im Spannungsfeld von Pädagogik und Recht*, Münster, 2001, pp. 127 y 128: «Una definición exacta del interés del menor ni es razonable ni es posible...»; considera que todo intento legislativo o doctrinal de acotar en una definición este principio generaría grandes riesgos tanto de imprecisión como de omisión de supuestos. Lo que nos importa es su función de contrapeso (protección del menor considerado parte débil en sus relaciones sociales) y de control (ante toda amenaza que le afecte).

Quizás sea precisamente Alemania el país más avanzado de nuestro entorno europeo en la regulación de la protección jurídica del menor. Tras la reforma que supuso la Ley de 1998 el concepto *Kindeswohl* (que podemos traducir como «bien del niño» o «interés del menor») ha quedado incorporado al Código civil alemán en diversos artículos. Por lo que aquí nos interesa el artículo 1697a) refiere que «el tribunal tomará toda decisión en el proceso en el que se resuelva sobre cuestiones reguladas en el Título de la patria potestad teniendo en cuenta lo que más se adecue a los fundados intereses propios del bien del niño». (DE TORRES PEREA, ob. cit., p. 69: el legislador ha huido de todo concepto abstracto para observarlo como instrumento para resolver un determinado conflicto de intereses. La exigencia de buscar «lo que más se adecue al interés del niño» implica que se le da prioridad a dicho interés sobre cualquier otro concurrente, y ésta es la pauta general en la aplicación del interés del menor).

54. GONZÁLEZ DE LOS SANTOS, *El nuevo derecho matrimonial*, pp. 254 y 255.

intención o sin ella. Con el consiguiente riesgo de que la discrecionalidad⁵⁵ en la aplicación puede convertirse en arbitrariedad e incluso en inseguridad jurídica⁵⁶. En este sentido, las Asociaciones de padres desafían la suficiencia de las respuestas de los tribunales basadas en los mejores intereses estándar del niño, que describen como altamente subjetivas y basadas en perjuicios personales.

Se plantea en este punto en el derecho de custodia una tensión entre dos objetivos: la previsibilidad y la individualización. La previsibilidad de los resultados contribuye a reducir los litigios, así como el comportamiento estratégico y de manipulación por parte de los padres. No obstante, es difícil imaginar resultados legítimos en casos de custodia a menos que la variedad de circunstancias en las que se produce la desintegración de la familia sean tenidas en cuenta. La previsibilidad es importante pero también lo es la personalización de un resultado a la persona. La individualización de los resultados requiere una composición abierta para responder a la infinita variedad de las circunstancias individuales.

La determinación de las normas facilita la realización eficiente, previsible toma de decisiones, pero limita la discrecionalidad judicial necesaria para tener en cuenta las circunstancias individualizadas. Por su parte, la discreción judicial individualizada socava la uniformidad y la previsibilidad de los resultados.

En todo caso, se estima, la jurisprudencia y la doctrina pueden contribuir a delimitar su contenido teniendo en cuenta su carácter dinámico desde una doble vertiente. Por una parte, desde la perspectiva social y colectiva es un concepto intersubjetivo condicionado por las variables de tiempo y espacio ya que dependerá de una sociedad determinada y del momento histórico. Por otra parte, desde la perspectiva personal, el interés del niño viene marcado por su inherente evolución de manera que deben ponderarse sus necesidades en el presente, es decir, el interés actual de menor, pero también en clave de futuro, de ahí que deba ser completado por «la noción de predictibilidad, esto es, la toma de conciencia del interés superior del niño no solamente en el momento en el que la decisión debe ser tomada, sino también en la perspectiva de una evaluación previsible de la situación de las

55. En lo que concierne a la valoración judicial del beneficio del menor, hay quien afirma que ésta pueda ser discrecional siempre que sea racional con la finalidad de proteger los derechos del niño y evitar perjuicio en el ámbito espiritual y material del menor, pero no arbitraria (LINACERO DE LA FUENTE, «La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero», p. 1585 (*Actualidad Civil*, núm. 48, 27 de diciembre de 1999 al 2 de enero de 2000, tomo IV), p. 1586). Entendiéndose por discrecionalidad a la libertad de elección entre variantes semejantes consideradas equitativas.

Por el contrario, CLAVIJO, *La custodia Compartida y el interés del menor*, (Asociación gallega de padres y madres separados, <http://ayudaafamiliasseparadas>), disiente con esta postura, pues, el juez no puede actuar discrecionalmente en un problema tan álgido como es el interés del menor, especialmente con relación a la modalidad de custodia a implementarse como consecuencia de un proceso de separación o divorcio. Por este motivo, en la concreción del interés del menor en una situación de crisis, la discrecionalidad está dada por el legislador y la actuación del juez debe limitarse de conformidad a la normativa vigente a la elección correcta de la modalidad de custodia.

56. CAMPS MIRABET en Padial Albás y Toldrá Roca (coords.), *Estudios Jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, p. 25.

POCAR, ob. cit., p. 33: En el ámbito de los menores, una legislación de principio abre la puerta a considerables riesgos de exceso de discrecionalidad del intérprete. Es verdad que una legislación de principios parece responder mejor a las exigencias de las personas en las situaciones en que más que derechos están en juego los intereses y es verdad que las tradicionales categorías jurídicas fundadas en la contraposición entre justo e injusto, entre lícito e ilícito, parecen inadecuadas para regular situaciones en que se trata más bien de una contraposición entre útil y dañoso, entre oportuno e inoportuno... Sin embargo es necesario reflejar las consecuencias de una regulación por principios, la cual reduce el sentido mismo de la juridicidad y la relevancia del saber jurídico, a favor de otro tipo de saberes (psicológico, sociológico, pedagógico).

partes concernidas»⁵⁷. Será prudente, pues, buscar un equilibrio entre presente y futuro, en función del bienestar del menor.

De cualquier forma, tanto la utilización de un sistema de cláusula general como la adaptación del pronunciamiento judicial a las peculiaridades del caso a través de la casuística, adolecen de criterios específicos que aporten seguridad a la concreción del interés del menor desde el ámbito jurídico. Y todo ello sin olvidar que se complementan, en el sentido de que el interés del menor está relacionado con la casuística, en función a que su determinación se debe realizar de manera individual⁵⁸.

Aun con todo, es precisamente la falta de uniformidad que se deriva de la utilización de una cláusula general lo que ha suscitado las principales críticas en tanto en cuanto se rodea de incertidumbre la determinación de lo que exactamente constituye; la decisión última se convierte en impredecible. Lo cual conduce, a decir en particular por la doctrina anglosajona muy crítica en este punto, a posibles injusticias y a una cierta inseguridad jurídica⁵⁹.

Precisamente con el fin de reducir la discrecionalidad se ha planteado la posibilidad de establecer unos criterios mínimos que contribuirían a su objetivación y servirían de guía al juez para su aplicación. Ello ha llevado a los ordenamientos anglosajones para la asignación de la guarda y custodia de los hijos tras la crisis matrimonial a situar al lado de la cláusula general criterios normativos preestablecidos para la búsqueda del interés del menor. Estos

57. CAMPS MIRABET, ob. cit., pp. 25 y ss. En la misma línea GARCÍA PASTOR, «El derecho de visita en circunstancias excepcionales», *Actualidad Civil*, núm. 3719-15 de octubre de 1995, t. IV, p. 764: «... no hay que olvidar que el interés del hijo ha de ser analizado teniendo en cuenta el interés presente del menor como su interés futuro, entendiendo que para un niño, y para el adulto que más tarde será, es fundamental haber mantenido relaciones con sus dos progenitores».

Se refiere también a este carácter dinámico RIVERO, ob. cit., p. 70: Dos caracteres destacan en el interés del menor, tanto como realidad en la que cristaliza como en cuanto *standard jurídico*: a) de un lado, su relativismo, dada su directa dependencia de las coordenadas personales y circunstanciales del menor a que alcance (que no sólo varían de un individuo a otro sino en la misma persona en su propio devenir), y b) su aspecto dinámico, móvil y cambiante, al ir ceñido en el mismo menor a su evolución personal y cambios vitales con el paso de tiempo u otros avatares que afectan a su «circunstancia» (recuérdese la célebre frase de ORTEGA).

58. CLAVIJO, ob. cit.: A su juicio, «la técnica de la cláusula general y la casuística, no son dos polos opuestos, pues, en la concreción del interés del menor, la cláusula general es el instrumento que promueve una aproximación casuística de una determinada situación de separación o divorcio considerada de manera puntual como caso específico... Lo que significa que la casuística se convierte en un factor decisivo al momento de determinar este concepto jurídico que *a priori* es indeterminado en lo que concierne al interés del menor».

Al respecto LINACERO DE LA FUENTE, ob. cit., p. 1585 («solamente la casuística puede concretar el concepto indeterminado del interés del menor»). DIEZ-PICAZO, ob. cit., p. 176 («Como en tanto otros conceptos y cláusulas generales se produce aquí una fórmula de gran ambigüedad, en la que sólo la casuística puede ir perfilando las líneas del dibujo»). VILLAGRASA ALCAIDE, «El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados», (*Revista de Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, núm.14, enero de 2002), p. 41 («Resulta complejo, *a priori* y en abstracto, la determinación sobre cuál sea efectivamente el interés del menor, y resulta inevitable remitirse a cada caso particular, relacionando dicho principio con la situación del menor de que se trate en concreto y de acuerdo con sus circunstancias personales; ya que evidentemente, lo que puede ser de interés para un determinado caso puede no resultar conveniente para otro, e incluso, en cuanto a un mismo menor, unas vicisitudes personales u objetivas cambiantes pueden determinar intereses diversos en momentos distintos de su vida»).

59. Cfr. *Principles of the Law of Family Dissolution: analysis and Recommendations* del American Law Institute (Chief Reporter, Ira M. ELLMAN, y numerosos colaboradores), 2000, pp. 1 y ss. (Esa misma doctrina conviene en que a la ley corresponde promover el mejor interés del niño, cuyo problema principal es determinar en qué consista; y que la solución ideal sería encontrar la previsibilidad del resultado en concretos e individuales patrones de familias específicas.)

criterios indicativos aparecen tanto en la británica Children Act de 1989⁶⁰ como en los americanos Statute Law y Uniform Marriage and Divorce Act⁶¹.

La diferencia entre la técnica de la cláusula general y la técnica según criterios normativos preestablecidos, radica precisamente en la utilización por parte de esta última de aproximaciones preconcebidas que guían al encargado de determinar el interés del menor a la concreción de dicho interés, a diferencia de la cláusula general que enfoca la determinación del beneficio del menor desde una aproximación individual. Pese a ello, en la práctica, la técnica de la cláusula general corre el riesgo de ser subsumida por la técnica de los criterios preestablecidos, en función a que dichos parámetros preconcebidos tienen los mismos componentes sociales que serán utilizados en un enfoque individual⁶².

Con todo, si bien es cierto que a través de esta técnica de determinación de criterios la maniobrabilidad del juez se restringe (en comparación con los sistemas de cláusula general inconcreta propia de los sistemas jurídicos europeos continentales —germánicos y latinos— (todo lo más con algún punto indicativo⁶³), también lo es que topa con problemas parecidos en la interpretación y aplicación de éstos al caso concreto.

60. Estos criterios son los siguientes: Section 1 (3): —la opinión del niño; — el efecto sobre él de un cambio; — su edad, sexo y su personalidad; —los males que ya ha padecido o en que puede incurrir; —la posibilidad de que cada uno de sus padres responda a sus necesidades.

De modo semejante, en Australia, la Family Law Act 1975, modificada en 1996, contiene también una *checklist*, que indica lo que entiende por mejor interés para el menor, y establece que el *best interests for the child* es lo más importante que deben tomar en consideración los tribunales con ocasión de la *parenting order*.

61. El Statutory Law de aproximadamente la mitad de los Estados de USA (que se han adherido a la Uniform Marriage and Divorce Act) especifican cuáles deben ser los factores relevantes en la determinación del *best interest of child*. En el Estado de Ohio, los tribunales deben tomar en consideración los siguientes factores: a) los deseos de los padres en relación con la custodia; b) los deseos del niño en relación con la custodia si tiene once años o más; c) la interacción e interrelación del niño con sus padres, hermanos y cualquier otra persona que pueda afectar señaladamente al interés del menor; d) la adaptación del niño a su hogar, escuela y comunidad; e) la salud mental y física de todas las personas implicadas. Por su parte el Minnesota Statute menciona: a) los deseos de los padres para tener la custodia; b) la preferencia razonable del hijo si tiene edad suficiente para expresarla; c) quién ha sido antes el principal cuidador del niño; d) la intimidad (intensidad) de la relación de cada progenitor con el hijo; e) la interacción e interrelación del hijo con cada progenitor, hermanos y otras personas; f) la adaptación del hijo al hogar, a la escuela y vecindad; g) el tiempo que ha vivido el niño en un entorno estable y satisfactorio y la convivencia de su continuidad; h) la salud mental y física de todos los que le rodean; i) la capacidad y disposición del padre y madre para dar afecto al hijo, y guiarlo y continuar su educación y religión, el fondo cultural del niño, y algún otro criterio. Otros factores tenidos en cuenta por el Statutory Law son la aptitud moral del padre/madre (Alabama Code), y el entorno emocional que proporciona el progenitor (Indiana Code); algunos toman en consideración las inclinaciones sexuales de los padres (Virginia, Florida): RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 114.

62. CLAVIJO, ob. cit.

63. *Vid.*, sobre la situación en derecho comparado, RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 117 y ss.: En la mayor parte de los ordenamientos no se concreta en qué consiste, aunque prácticamente en todos ellos se dispone que en todos los asuntos que le afecten se promueva y decida de acuerdo con el interés o beneficio del menor. Así ocurre en Chequia, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Holanda, Noruega, Portugal, Suecia.

Destaca la legislación de la República Checa como la más precisa en orden a establecer criterios que deberá ponderar el Tribunal al momento de decidir sobre el modelo de custodia que adopte. A partir de la entrada en vigor de la modificación operada en el Código de Familia en agosto de 1998, se establece como sistema general de modalidad de custodia el sistema de custodia alterna «... siempre que esto sea en interés del menor y sus necesidades sean mejor atendidas con ello» —artículo 26.2 Código de Familia—. El propio Código de Familia en su artículo 26.4 exige una serie de requisitos que el Juez deberá tener en cuenta a la hora de decidir sobre la atribución de la guarda y custodia («la orientación sentimental del niño», «la capacidad educativa y responsabilidad de los progenitores», «la estabilidad del futuro ámbito de educación», «las aptitudes del progenitor para llegar a acuerdos con el otro sobre las cuestiones relacionadas con la educación del niño», «los lazos sentimentales del niño con sus hermanos, abuelos y otros familiares», «las garantías materiales, incluidas las circunstancias relacionadas con la vivienda»). Son destacables el criterio de la aptitud de los progenitores en orden a alcanzar acuerdos sobre todas las cuestiones que afecten al menor, y el conocimiento del progenitor que se ha venido ocupando durante la vida matrimonial del cuidado habitual del menor, así como «... de su dedicación sentimental, racional y moral» (PÉREZ-VILLAR —coord.—, *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Themis, 2007, pp. 51-54).

De ahí que se abogue por otros métodos⁶⁴. Entre ellos el de atender a la figura paterna que con anterioridad al divorcio asumía, presumiblemente, la función principal y más importante respecto al niño, lo cual permite basarse más en los hechos que en factores subjetivos⁶⁵.

En nuestro país a falta de una regulación sistemática (tal vez sea imposible pedir que exista), si acudimos a la norma positiva para encontrar referentes que nos auxilien en delimitar ese interés superior, los resultados no son muy alentadores. Deben ser destacados también en su justa medida los esfuerzos de las normas civiles forales allí donde existen por delimitar cada vez en mayor medida ese interés del menor; queremos entresacar la Ley catalana 8/1995 de atención y protección de niños y adolescentes, y de ella dos expresiones: «para la determinación de ese interés se tendrán en cuenta, en particular, los deseos y las opiniones de los niños y los adolescentes» y «los niños y los adolescentes tienen derecho a una crianza y una formación que les garantice el desarrollo libre, integral y armónico de su personalidad» (ATIENZA LÓPEZ, «El interés del menor y la custodia compartida», *Revista Práctica de Derecho*, núms. 79-80, agosto-septiembre 2007, p. 49). Por su parte, no pueden dejarse de tener en cuenta los criterios propuestos en el Proyecto del Código Civil catalán, para acordar la custodia compartida, pues el artículo 233.10, en la regulación de las uniones estables de pareja, hace una remisión a los preceptos que sistematizan estas materias en la ruptura matrimonial, y en concreto al artículo 234.9, que contempla, tanto la aptitud y la disponibilidad de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes y cooperar con el otro para garantizar la máxima estabilidad del hijo o hija, como los deseos expresados por el hijo o hija mayor de 12 años o menor si tiene suficiente juicio, cuanto la viabilidad de la guarda compartida teniendo en cuenta la ubicación de los respectivos domicilios de los progenitores, los horarios y actividades del hijo o hija, los horarios y actividades de los progenitores y sus medios económicos (SAP de Barcelona de 20 febrero de 2007).

Aun con todo la indeterminación es relativa dada la aplicación por los tribunales de determinadas circunstancias que se barajan en la valoración del interés del menor con el fin de concretarlo; son muy variados y van desde la salud mental, el carácter y el comportamiento de cada uno de los padres, hasta los deseos del niño respecto al colegio, la casa o la comunidad donde quiere vivir. Otros tribunales atienden al conjunto de las circunstancias y otros se fijan en consideraciones de carácter económico, incluyendo factores como la existencia de terceros –vinculados al padre que desea obtener la custodia– que puedan contribuir al mantenimiento del menor (ESPINOSA CALABUIG, ob. cit., p. 32).

64. Sobre el tema, *vid.* los métodos de J. EEKELAAR, «The interest of the Child and the Childs wishes: the role of the dynamic self-determinism», in *International Journal of Law Policy and the Family*, Oxford University Press, 1994 8(1): <http://lawfam.oxford-journals.org/cgi/content/abstract/181142>. Resulta especialmente atractivo el planteamiento de este autor acerca del *dynamic self-determinism*. Para este autor existe un doble elemento que permite la estructuración de los derechos de los menores: de un lado, su independencia en virtud de la cual el menor puede influir en el resultado de las actuaciones que le conciernen, y, de otro lado, un elemento dinámico que permite tener en cuenta las diferentes situaciones en las que se encuentra el menor a medida que avanza en edad. Estas ideas se encuentran asimismo en la doctrina alemana bajo la expresión *Selbstbestimmungsrecht*. Los autores germanos extraen argumentos a favor de esta idea tanto del & 6 GG como del & 1626.2 BGB, según el cual los padres deberán tener en cuenta la opinión del menor y discutir con él las cuestiones que conciernen a su desarrollo. Para el derecho español, el artículo 9 LOPJM establece el derecho del menor a ser oído personalmente en cualquier decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (NAVAS NAVARRO, ob. cit., p. 698).

65. Ésta ha sido la línea seguida por los *Principles of the law of family dissolution* del *American Law Institute* al recalcar que la responsabilidad tras el divorcio viene determinada en gran medida por el modo en que los padres ejercieron esas responsabilidades durante el matrimonio. Se propone, en consecuencia, una redimensión de la función del interés del menor para que sea más efectivo. Se trataría de articular un sistema de normas intermedias que permitiría especificar más el contenido de la noción «interés del menor». Tales normas harían posible la obtención de una resolución basada en el sentido común o en evidencias empíricas sobre aquello que, con carácter general, es bueno para el menor. Estas normas se aplicarían a la luz de los *adjudicatory facts*, esto es, de hechos acontecidos en relación con el niño, individualmente considerado y expuestos ante el tribunal, que servirían de guía a los jueces para definir el interés del menor. Los trabajos del *American Law Institute* siguen avanzando, en todo caso, en la búsqueda de la fórmula que mejor pueda representar el interés del menor. En concreto establecen los Principios que en aquellos casos en que los padres no se pongan de acuerdo la decisión será tomada en función de la forma en que el niño ha sido atendido hasta ese momento. El fin es proporcionar un criterio objetivo basado en las circunstancias existentes antes de la separación, lo cual hace mucho más difícil examinar el género y la orientación sexual de los padres a la hora de determinar su responsabilidad y al mismo tiempo limita las posibilidades del juez de insertar sus propios prejuicios culturales en el proceso.

Se gana así en objetividad eliminando el interés de los padres a disputar la custodia como consecuencia de normas ambiguas que hacen imposible concluir quién ha de prevalecer (GRAHAMT, «Gender and Sexual Orientation Bias from Child Custody Determinations», p. 323, en *Principles of the law of family dissolution* del *American Law Institute: analysis and recommendations*, ob. cit.). Además, se amplía el concepto de padres que trasciende el género o la orientación sexual (dos padres, dos madres o un padre y una madre, todos pueden colaborar en el cuidado de un niño). Esta forma de proceder lleva a concentrarse menos en el género de los padres y más en la atención que ofrece un padre. Se promueve de este modo la equidad de género donde a ambos padres se les considerará, en la medida de lo posible, igual que antes de la separación o divorcio. Se tratará de reproducir la dinámica familiar existente antes del divorcio (por ejemplo, si durante el matrimonio los padres acordaron que uno de ellos trabajaría fuera del hogar y el otro asumiría la mayor parte de los cuidados del niño). Si las madres siguen manteniendo el cuidado de sus hijos de forma mayoritaria, la ley nos asegura que la cesión se basa en el tiempo real dedicado a los hijos más que al hecho de que ella es la madre y no el padre. En la medida en que el impacto de esta ley no es neutral en materia de género, envía un mensaje a los padres de que si desean un papel más importante en el cuidado de un niño después de la separación, han de asumir un papel de mayor cuidado antes de la separación. En definitiva, los Principios crean normas que se centran en las necesidades del niño y tienen el objetivo de eliminar cualquier sesgo de género o cultural del proceso de toma de decisiones. Si los resultados están sesgados a favor de las madres en el cuidado de los niños tras el divorcio, ello es un reflejo de su mayor participación directa en su cuidado antes de la disolución. Este efecto, por tanto, no es consecuencia

Sin embargo dicha doctrina no quedó tampoco exenta de críticas⁶⁶, lo que desencadenó a finales de los setenta el movimiento de la custodia conjunta cumpliendo así con la necesidad del menor de estar con ambos padres, al tiempo que redunda en beneficio de éstos, satisfaciendo el principio de igualdad parental.

Se aprecia, pues, una tendencia evolutiva relativamente unívoca que permite identificar un modelo sustancialmente unitario de la familia contemporánea por la convergencia sobre algunos valores según los cuales las prácticas familiares deberán orientarse. Sintéticamente, tales valores estarían constituidos, por un lado, por la centralidad atribuida al niño y, por otro, en la simetría que debería caracterizar los papeles familiares⁶⁷.

El interés superior del niño requiere el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos. Con ello nos limitamos a hacernos eco de lo dispuesto en las legislaciones sobre divorcio más progresistas. La perspectiva del legislador ha cambiado: se ha dado cuenta de que las relaciones familiares no pueden ser vistas exclusivamente en términos de libertades individuales, sino que el ejercicio de las prerrogativas de los adultos va sin embargo conjugado con los derechos de los menores y en particular con el derecho a ambas figuras parentales⁶⁸. En este sentido podemos decir que la coparentalidad no constituye una legítima reivindicación del padre, sino un derecho subjetivo del menor.

A ningún padre la carga exclusiva de los hijos merma su futuro. Si la compañía constante de los hijos condiciona el futuro desarrollo del progenitor que pueda quedar con ellos en exclusiva, es de justicia que ambos progenitores compartan lo bueno y lo menos bueno de la vivencia con los hijos. Se comparte en la distancia en lugar de en la convivencia. Pero, naturalmente, sólo cuando se dan unas condiciones básicas, que deberían producirse con más frecuencia.

El interés del menor sienta, pues, las bases en un modelo de coparentalidad que reconozca la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos padres. Igualdad de los padres que se encuentra omnipresente en la cultura occidental desde los años setenta. Es absurdo suponer que siempre tiene que ser la madre o el padre el que tenga la custodia. De una rígida distinción de papeles, se ha pasado a una intercambiabilidad de éstos entre marido y mujer. Todo lo cual no es sino reflejo de profundos cambios sociales y culturales que hemos vivido en las últimas décadas: antes solo el marido trabajaba mientras la mujer quedaba relegada a las tareas domésticas y tenía mayor tiempo para los hijos; hoy ambos miembros de la pareja trabajan y, por lo que aun más nos interesa, ambos comparten las tareas del hogar y el cuidado de los hijos. De ahí que, ante la falta de convivencia de los padres, ni la separación

de los prejuicios de género sino más bien una declaración acerca de las diferencias culturales en los papeles de madres y padres en nuestra sociedad.

66. Por una parte, porque en muchas de las relaciones familiares la madre continúa siendo quien asume la función principal respecto a los hijos. Por otra, porque no constituye una tesis efectiva para los niños mayores de 5 años, a partir de cuya edad la función del otro padre es tan importante como aquél, presumiblemente, asume la función principal.

67. POCAR, *Mutamenti sociali, relazione coniugale e funzione genitoriale*, ob. cit., p. 33.

68. En estos momentos el acento se pone sobre el derecho subjetivo de los hijos a la custodia conjunta, a colocar en el ámbito de los derechos de la personalidad; por el contrario, para cada uno de los padres la presencia en la vida de los hijos no es una facultad sino un derecho-deber para el cual es prevista una tutela y del cual no se puede sustraer: MICHELE SESTA, «Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare» (en *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: Quale diritto per l'Europa*, cit.) p. 21.

ni el divorcio eximen a ninguno de ellos de las obligaciones de atención y cuidado de los hijos. Además, nadie duda de la importancia de ambos progenitores para la educación de sus hijos. En efecto, si bien con anterioridad se buscaba al progenitor más adecuado para ejercer la custodia con independencia, salvo causas excepcionales, de los motivos de la separación, en la actualidad, sin embargo, fruto de un cambio sociológico, esta idea se ha ido superando de tal modo que nadie duda hoy de la necesaria presencia de ambos en la vida del menor. Lo que ocurre es que en algunos ordenamientos este principio queda ensombrecido⁶⁹, al establecer la única posibilidad de la custodia exclusiva.

Para evitarlo se han intentado fórmulas diferentes entre las que se encuentra la guarda y custodia compartida, todo ello con el fin de favorecer una relación equilibrada con ambos padres también en caso de disolución de la familia, esforzándose por ofrecer una tutela uniforme a los hijos, prescindiendo de la naturaleza de la unión y de sus posibles vicisitudes; se trata de modalidades de custodia dirigidas a promover un reparto de períodos de convivencia y de responsabilidades entre ambos progenitores para que ni los hijos vean fracturada su relación con los progenitores ni los progenitores se vean excluidos del ejercicio de sus derechos y deberes.

Decía la Ministra de la Familia y la Infancia francesa, Segolène Royal, en este sentido, que «Las expectativas de un niño respecto de sus padres no deben depender del vínculo de la pareja». La continuidad del vínculo del niño con el padre es, ante todo, un derecho del niño y, en segundo lugar, un derecho y un deber del padre: «Por una parte, «el derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus vástagos», recogido en la Constitución, así como «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos», según reza el Código Civil español.— Y por otra, el derecho del hijo a preservar su relación con sus dos progenitores, de acuerdo con la Carta de los Derechos del Niño (así el punto 8.11 expone 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...»). Más adelante, en el punto 8.13 sigue diciendo: «En caso de separación de hecho, legal, divorcio o nulidad, el hijo tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, teniendo ambos las mismas obligaciones...»⁷⁰.

Las distintas regulaciones se apresuraron a resaltar este principio⁷¹. Así el Código de los Niños y los Padres sueco ha introducido la siguiente disposición: «el mejor interés del

69. Así ocurría con el artículo 90 del CC español en su párrafo primero, que disponía que había que «determinar al cuidado de cuál de los progenitores quedaban los hijos tras la ruptura», por la discriminación hacia el «cónyuge apartado de los hijos» del artículo 103.1, y por el primer inciso del último párrafo del artículo 156, que dispone que «si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva», que indirectamente potenciaban la desvinculación de uno de los progenitores, que pasaba a tener la consideración de «padre periférico» ORTUÑO MUÑOZ, *La mediación familiar*, ob. cit., p. 88.

70. En esta línea, la evolución de la legislación internacional siempre ha llevado a una mayor consideración de los derechos al niño y, en tal materia, de los derechos al niño en el ámbito de la familia y sus relaciones con ambos padres. En concreto, estas reivindicaciones se fundan en los principios de respeto a la vida privada y no discriminación reconocidos por la Convención Europea de los Derechos del Hombre, y ponen igualmente de relieve el derecho de los niños a ser criados por sus dos padres, consagrado por la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 y, fundamentalmente, en los artículos 9 y 18 los cuales reafirman «... el derecho del niño separado de ambos padres o de uno de ellos a mantener regularmente relaciones personales y contactos directos con ambos padres, a menos que ello no sea contrario al interés preeminente del niño». E incluso, se recuerdan las intervenciones de 1992, con la Carta Europea de los Derechos del Niño, y de 1996, con la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños la cual prevé la audición del menor en las controversias que puedan concernirlo de alguna manera. Y el Reglamento CEE núm. 2201/03 en vigor desde el 1 de marzo de 2005 en tema de «responsabilidad parental».

71. No obstante, como acertadamente se pone de relieve por el Estudio de Derecho Comparado Themis (ob. cit.), hemos de diferenciar los conceptos de custodia compartida y de responsabilidad parental. En muchos países no se establece la diferen-

niño deberá ser la consideración fundamental en las decisiones sobre cualquier arbitraje relacionado con la custodia y según la cual el niño ha de compartir su tiempo de residencia y contacto con ambos padres». O Canadá, intensamente conmocionada por el caso Clayton Gilles⁷², estableció que «las determinaciones de coparentalidad (...) se basen en el mejor interés del niño» (Punto 15).

En Francia, la iniciativa de reforma impulsada por la administración Lionel Jospin escandalizó al mundo con párrafos como: «Tras haber sido desprestigiada en nombre del interés del niño, la fórmula del reparto del tiempo del niño entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de semanas alternas, se reconoce hoy tan válida para responder a las necesidades del niño como las fórmulas más clásicas del reparto del tiempo entre días laborales y fines de semana» y «En ese sentido, no se puede ya hablar de un padre custodio y un padre no custodio: cuando se fija una residencia habitual en el domicilio de uno de ellos, éste es el padre que aloja a título principal al niño, modalidad de repartición del tiempo del niño que no tiene ningún efecto jurídico»; sin embargo quedará para la historia como un colosal paso en la defensa de la custodia compartida⁷³.

En otros ordenamientos como el italiano, el nuevo texto del artículo 155 CC (reformado por Ley de 8 de febrero de 2006) invierte la regla hasta entonces vigente y establece que el juez debe valorar prioritariamente la posibilidad de que los hijos menores sean confiados a los dos padres. En todo caso la norma general ha de ser leída en conexión con el artículo siguiente en base al cual «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 estas situaciones, si bien el legislador no había formulado expresamente una presunción de correspondencia entre el interés del menor y la custodia compartida, la residualidad de la custodia monoparental emerge claramente de lo dispuesto por el artículo 155 bis CC. El legislador italiano tampoco ha concretado el alcance del interés del menor, que deberá ser individualizado en cada supuesto valorando las circunstancias que le rodean, lo que supone otorgar al juez un margen de maniobra amplísimo para poder decidir, en cada caso, el sistema de custodia que considere más apropiado para proteger el «exclusivo interés moral y material del menor⁷⁴», pudiendo valerse el Tribunal de los medios de prueba que estime oportunos, entre los que se encuentra la audiencia del menor si fueran

ciación que existe en nuestro ordenamiento jurídico entre los conceptos de patria potestad y custodia, de tal forma que en sus legislaciones el progenitor custodio es el que asume en exclusiva la responsabilidad sobre el menor y quien tiene la facultad de decidir cualquier aspecto de la vida de su hijo y de su hija, excluyendo al progenitor no custodio de cualquier toma de decisiones. Afirman, por ello, que el *modelo general al que se tiende en Europa es el de la responsabilidad parental conjunta*.

72. Adolescente canadiense que en enero de 2001 mantuvo una huelga de hambre para redimir el derecho a convivir con sus dos progenitores divorciados y en la primavera del mismo año atravesó todo el país para llamar la atención sobre el conflicto de los hijos de padres separados.

73. En caso de desacuerdo entre los padres respecto del modo de residencia del niño, se concede prioridad a la fórmula de la custodia alterna durante un plazo determinado o con carácter definitivo. En un primer momento prohibida porque contraría al interés del niño (artículo 287 de la versión 1993 del Código: «el juez no puede confiar la custodia de los hijos comunes alternativamente al padre y a la madre») puede ahora concederse por el tribunal tanto en el supuesto de acuerdo como en el de desacuerdo en el domicilio de cada uno de los padres o en el domicilio de uno de ellos. A petición de ambos padres, de uno solo, o en caso de desacuerdo sobre el modo de fijar la residencia del menor, el juez puede ordenar con carácter provisional una residencia en alternancia por una duración determinada (cuyo tiempo habrá de determinar), con el fin de evaluar las consecuencias, sin que sea una obligación para el juez y sin limitación de edad mínima del niño. Al término de la misma, el juez resolverá definitivamente acerca de la residencia del menor, en alternancia entre los domicilios de cada uno de los progenitores o en el domicilio de uno de ellos (nuevo artículo 373.2.9 CC).

74. Pese a que nada se especifica al respecto por el legislador español, entendemos que igualmente ha de preservarse tanto el interés moral como material del menor, buscando un equilibrio entre ambas esferas.

mayores de doce años o menores de dicha edad si tuvieran suficiente juicio. Amplia discrecionalidad que probablemente, en la gran parte de los casos (como ya se está verificando en la práctica), conducirá al juez a acoger la inconciliabilidad entre el interés de los hijos y su custodia compartida en casos de conflicto y por ende a disponer la custodia a favor de aquel que aparezca en mejores condiciones para asumirla⁷⁵.

Esta tendencia aleja a Italia de lo que está ocurriendo en otros países del mundo occidental, en los que el principio de coparentalidad viene aplicado con mayor vigor. Así, por ejemplo, en Bélgica donde, por iniciativa de la vice-primer ministro Onkelinx, se ha introducido el «alojamiento de los niños prioritariamente igualitario» (Ley de 18 de julio de 2006). Ésta, basada en los mismos conceptos de la Ley francesa de 4 marzo 2002 sobre la residencia alterna, da un paso más adelante previendo, además, que los tiempos de permanencia con los padres sean equilibrados.

Por su parte en USA⁷⁶ asistimos a una tendencia cada vez mayor a normalizar la atribución de la guarda y custodia compartida. Así, en la mayoría de los textos legales de los distintos Estados federados, se parte de que ha de promoverse el frecuente y continuo contacto con los padres, dando por supuesto que éstos son aptos para ello, así como se pretende animar a los progenitores a compartir los derechos y las obligaciones relativos a la educación y promoción de los hijos. Partiendo de este principio no ha de extrañar que las leyes anglosajonas hayan llegado a establecer la presunción de que la custodia compartida es siempre coincidente con el mejor interés del menor en caso de que ambos progenitores estén de acuerdo (California, Louisiana, Idaho, Missouri, Nevada; Alabama, Connecticut, Minnesota, Mississippi, Vermont, Washington); por supuesto, sujeto a pruebas en contrario. Otros Estados –sin llegar a la presunción– manifiestan su beneplácito por la *joint custody* o *shared custody* (Alaska, Texas, Florida) y reconocen su estrecha relación con el interés del hijo⁷⁷. En definitiva, una tendencia cada vez mayor a normalizar la atribución de la guarda y custodia compartida.

II.2. La Ley 15/2005, de 8 de julio

Nuestro legislador no ha llegado tan lejos. Como expresa la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, lo que se encontraba en la mente del

75. GRAZIOSI, A., «Profilo processuali della núm. 54 del 2006 sul cd. Affidamento condiviso dei figli. La legge 54/06 e l'affidamento condiviso», *AIJF*, Revista 3/2006, p. 8.

76. Sobre el análisis de la legislación de este país, *vid.* Informe Reencuentro (presentado en septiembre de 2002, por la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE) e IBÁÑEZ VALVERDE, «El laberinto de la custodia compartida», *DF, Boletín de Derecho de Familia*, «El Derecho (Editores)», Año 4, núms. 40 y 41, noviembre y diciembre de 2004, www.psicojurix.com/pdf/ellaberintoCC.pdf, pp. 6 y ss.: En la práctica totalidad de los Estados existe una presunción a favor de la custodia legal conjunta. En alguno de ellos, dando un paso más allá, aparece una mención expresa a un «necesario contacto frecuente o significativo del menor con ambos progenitores. Otros, con base en el mejor interés del niño, abogan más explícitamente por la custodia física conjunta, llegándose incluso en algunos casos a presumirse que ésta coincide con el mejor interés del niño, de tal modo que, en caso de no concederse, el tribunal deberá justificar las razones de esa decisión denegatoria. En otros la legislación va aun más allá, declarando que los tribunales otorgarán la custodia conjunta por defecto.

Según el «Children Rights Council» en EEUU existe en la actualidad, al menos en treinta de los estados además del Distrito de Columbia, la presunción legal o la preferencia de custodia compartida, si bien, la referencia a la custodia compartida no tiene un significado común en los diferentes contextos o legislaciones.

77. QUINTANA, «La custodia compartida en la nueva Ley 15/2005, de 8 de julio, Práctica de Tribunales», *Revista de Derecho procesal civil y mercantil*, p. 12.

legislador español no era otra cosa que fortalecer el principio de autonomía privada de los cónyuges, sin olvidar, eso sí, que el interés supremo que se ha de perseguir en cualquier caso es el bienestar del menor. En este sentido, 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, lo que no hace cesar la duda acerca del régimen del ejercicio de la patria potestad a falta de especificación judicial. No obstante, el último párrafo de la Exposición de Motivos clarifica en cierta medida esta cuestión, cuando reconoce: «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»⁷⁸. Dos son, pues, los pilares de la reforma: el *favor filii* y el fomento de la corresponsabilidad.

Por otra parte, se da un tímido paso de introducir, por primera vez de forma expresa en nuestro ordenamiento, la custodia compartida.

Ésta no parece plantear especiales problemas cuando ambos cónyuges estén de acuerdo; eso sí, siempre que el Tribunal constate que esta modalidad de custodia es la más adecuada para proteger los intereses de los menores y por lo tanto no vulnera el principio del *bonum filii*. De hecho, la petición conjunta se contempla también en los ordenamientos jurídicos que la posibilitan en nuestro entorno europeo.

Por consiguiente, en un primer momento serán los padres quienes, en ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, decidan cuál es el interés del menor. No obstante, estamos ante una presunción *iuris tantum* que puede quebrar en aquellos casos en que los propios hijos o el juez determinen un interés distinto. He aquí el papel de la intervención pública, 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 las funciones tuitivas. Y para ello, la autoridad judicial va a tener, en todo caso, la última palabra, por encima e, incluso, en contra, del propio acuerdo de los padres⁷⁹.

En este sentido, cierto es que en materia de autoridad parental, como en otros puntos del derecho de familia, el orden público retrocede ante la expresión de voluntades pri-

78. A juicio de ZURITA MARTÍN, «Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno-filiales», p. 291 (*La reforma del matrimonio: Leyes 13 y 15/2005*, coord. Gavidia, Marcial Pons, p. 2007), es este último inciso de este párrafo en el que queda reflejada la regla general del ejercicio conjunto de la patria potestad, que ha de regir la falta de estipulación clara o específica sobre éste. Lástima que tal principio no fuera introducido entre el articulado ahora reformado, tal como propuso alguna enmienda finalmente no atendida. La custodia de los hijos es una función más de las que conforman el contenido de la patria potestad, que se despliega en todos aquellos deberes parentales que requieren el contacto directo y constante con el menor. Igualmente, el ejercicio de la patria potestad por el progenitor custodio debe entenderse en sentido restringido, en relación a las funciones propias de la convivencia con el hijo; el ejercicio en sentido amplio, esto es, como poder de decisión sobre la vida del hijo, lo seguirán ostentando ambos padres. Para que ello no sea así, deberá determinarlo el juez en la correspondiente sentencia.

Para formalizar como regla lo que debe ser tal y al igual que se ha hecho en los ordenamientos más cercanos, el legislador español de 2005 debió ser más valiente y abordar de modo directo las normas relativas al ejercicio de la patria potestad, a fin de garantizar que, puesto que, como regla general, una relación paritaria y simétrica con ambos padres protege mejor el interés del menor que cualquier tipo de relación privilegiada con uno de ellos, la norma jurídica general fuera la cotitularidad y el coejercicio de todas las funciones tuitivas, tanto si los padres viven juntos, como si están separados.

79. TAMAYO HAYA, «La custodia compartida como alternativa legal», *RCDI*, año núm. 83, núm. 700, 2007, p. 671.

vadas convergentes; los acuerdos no han dejado de crecer, de lo que resulta un retroceso del poder autoritario del juez. Se habla en este sentido de que el control judicial debe ir presidido por el principio de mínima intervención, latente, mas no explicitado, en nuestro sistema jurídico⁸⁰. Ahora bien, ello no quiere decir que haya borrado su control, porque en la mayoría de las legislaciones las convenciones parentales son sometidas a un control de oportunidad a fin de preservar el interés del menor. De ahí que incluso mediando acuerdos de los padres, no sean éstos homologables si resultan lesivos o contrarios al interés del menor, sin necesidad siquiera de que el perjuicio que pueda derivarse sea grave. Con base en el interés superior del menor, por tanto, los jueces pueden desconocer los acuerdos tomados por los propios padres que poseen una autonomía limitada en cuanto se trata de una materia indisponible o de disponibilidad restringida⁸¹. Sigue siendo, pues, una materia en la que se confiere al juez un gran margen de discrecionalidad. Aparece ello en consonancia con el hecho de que el legislador ha querido hacer de los derechos reconocidos a los padres no derechos absolutos sino derechos limitados por el respeto del interés del niño. Desde entonces, el juez será habilitado a controlar que los padres han ejercido correctamente su función y éstos, verificando que buscando el interés superior del niño, han ejercitado legítimamente sus derechos.

En cualquier caso, la posibilidad de acuerdo de los progenitores sobre el modo de ejercer la custodia de los hijos era algo que no descartaba en ningún caso la legislación anterior, siempre que con ello se lograra el mayor bienestar de los menores, lo que incluía la posibilidad de que los jueces acordaran esta modalidad de custodia compartida. Ciertamente es que con el nuevo artículo 92 CC se ha otorgado refrendo legal a esta figura, pero no es menos verdad que se le han añadido tantos requisitos para su determinación que las posibilidades de acordarla de los padres se han cercenado considerablemente. La acentuación de 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 pivotó la reforma del Código Civil de 1981, se ha entendido 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 Ley, pues, no hace sino restringir la libertad de actuación judicial en este sentido.

Muestra de la desconfianza del propio legislador ante la instauración de este régimen de custodia la tenemos en el artículo 92.6 CC que impone al juez una serie de condiciones que «en todo caso» deberá cumplir (recabar el Informe del Ministerio Fiscal; oír al menor que tenga suficiente juicio, si lo pide alguna de las partes en el procedimiento, si lo acuerda el propio Tribunal de oficio, o lo solicita el Ministerio Fiscal, el Equipo Técnico Judicial o el propio menor, configurándose esta audiencia como un derecho del menor; valorar las

80. Este principio de mínima intervención de los tribunales, con algún antecedente jurisprudencial, ha quedado recogido en la Children Act 1989 británica [section 1 (5): Presumption of No Order], cuando ordena a los tribunales que antes de ordenar algo estén seguros de que «haciendo eso sería mejor para el niño que no haciendo nada». En derecho alemán aparece ese principio en el § 1666 del BGB.

81. PASTOR VITA, «Una primera aproximación al Proyecto de Ley de reforma del CC en materia de separación y divorcio», *Diario La Ley*, núm. 6235, 20 de abril de 2005, p. 13: «El nuevo artículo 92 CC (LA LEY 1/1889) reconoce a los cónyuges la posibilidad de autorregular el régimen de ejercicio de la patria potestad. Si bien se trata de una autonomía limitada, al ser ésta una materia indisponible, regida por el principio de prevalencia del interés de los hijos menores de edad, lo que permitirá al juez denegar la aprobación del convenio si lo estima lesivo al interés de éstos, sin necesidad siquiera de que el perjuicio que pueda derivarse para ellos sea grave».

alegaciones de las partes; valorar la relación existente entre los progenitores y entre los progenitores y los hijos).

Es más, el legislador siendo consciente de las dificultades que conlleva la atribución conjunta de la guarda de los hijos, coarta la libertad de arbitrio del juzgador hasta el punto de vedarle su adopción en determinados supuestos, aun en caso de acuerdo entre los padres. En concreto, el juez no puede establecer un régimen de custodia compartida en una serie de casos previstos en el párrafo séptimo del artículo 92 CC, el cual determina que no procederá cuando cualquiera de las partes esté incurso en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que vivan con ambos, o cuando el Juez advierta de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas la existencia de indicios fundados de violencia de género⁸².

En este sentido, fundamental es la sensibilidad hacia la violencia en el hogar y el papel que ésta desempeña en la custodia de los hijos: por una parte, en cuanto que en estos casos se impide la mediación y, por otro, porque supone un serio obstáculo a la obtención de la custodia.

Respecto a la primera cuestión, especial sensibilidad ha mostrado el legislador español a la aplicación de la mediación en aquellas situaciones en que exista violencia hacia la mujer, vedando su utilización en el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. La misma línea ha seguido la

82. Es intención de la norma evitar que personas presunta o probadamente violentas tengan para sí la guarda de sus hijos.

Sobre una crítica de la norma, *vid.* GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005», número 8 (febrero de 2006) de la *Revista Jurídica de Castilla y León* (web): no se precisa una condena en firme para impedir la guarda conjunta, lo que vuelve a suscitar las dudas sobre el respeto al principio de presunción de inocencia, además de que en este caso ni siquiera se pide la imputación (si es que eso es «estar incurso»), bastando para impedir esta modalidad de guarda, con la existencia de meros «indicios», término que tampoco ofrece garantías suficientes de certeza y seguridad jurídicas.

A juicio de RIVERA ÁLVAREZ, *La custodia compartida: génesis del nuevo artículo 92 Código Civil*, p. 162, dicho texto es innecesario por cuanto, en ningún caso se podría atribuir al padre o madre la guarda y custodia del menor cuando estuviéramos en las situaciones delictuales descritas en la norma; es más, con buen criterio el artículo 65 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, dispone que el juez podrá suspender «el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera». Todo ello, sin perjuicio de que, condenado, se le pudiera imponer como pena la inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento —véanse los artículos 153, 171.4, 172.2 y 173.2 del Código Penal—. Es contraproducente por cuanto, al incluirlo en el supuesto de regulación de la guarda «compartida», parecería que está invitando al progenitor que no la desee a realizar denuncias falsas respecto a estos hechos, con la finalidad de cortar de raíz la pretensión procesal.

En efecto, enlazando con esta última cuestión, se atisba un riesgo de utilización fraudulenta y abusiva de la Ley de Violencia de Género, a través de falsas denuncias carentes de penalizaciones ejemplares para los infractores. Ello podría suponer, además, un derecho de veto del progenitor femenino hacia la custodia compartida y dejar a una de las partes, por estadísticas el progenitor masculino, en total y absoluta desventaja e indefensión. La mera presentación de un certificado médico puede alejar de inmediato a un progenitor de sus hijos y anular la posibilidad de la custodia compartida hasta que se celebre el juicio y se pueda demostrar la veracidad o no de tal denuncia.

La valoración de los indicios de violencia, partiendo de las pruebas practicadas y no únicamente de las alegaciones de las partes, puede ser suficiente garantía, si tenemos en cuenta que todos los autores coinciden en que la custodia compartida no cabe en las parejas en cuya relación existe violencia. Por tanto, cualquier circunstancia que haga peligrar la integridad física, psíquica o moral del menor ha de considerarse como denegatoria de la custodia compartida y todo ello siendo conscientes del peligro efectivo que puede haber de incremento de denuncias por parte de uno de los progenitores si ésta es la forma de lograr la custodia exclusiva. A mayor abundamiento podemos decir que los malos tratos a los menores debe constituir factor determinante no sólo para denegar la custodia compartida sino para restringir al máximo el derecho de visitas (TAMAYO HAYA, *ob. cit.*, p. 689).

legislación de las Comunidades Autónomas⁸³. E igualmente se desprende de la legislación comparada⁸⁴.

Por otra parte, en segundo lugar, es precisamente el interés del menor el que nos lleva en casos de violencia de género, maltrato, etc., a encontrarnos con resoluciones de custodia exclusiva. Es postura unánime que la custodia compartida no cabe en las parejas en cuya relación existe violencia fundamentalmente por las posibilidades de manipulación de las víctimas.

En esta línea, a modo de ejemplo, en EEUU, tan proclive a la custodia compartida como antes veíamos, supuestos como la violencia doméstica o el abuso sexual son frecuentemente argumentos utilizados a favor de la custodia exclusiva. Muchos estados han dictado excepciones a las presunciones de custodia compartida si un padre puede demostrar que él o ella son víctima de violencia doméstica. Por ejemplo, California tiene una presunción legal que la custodia compartida física o legal a una persona que ha perpetrado violencia doméstica es perjudicial al mejor interés del niño. Resulta lógico que las leyes de custodia compartida contemplen mecanismos previsores de este asunto en los cuales no se podría reconocer la custodia al padre que perjudica y por lo tanto no se podría instaurar la custodia compartida. Siendo incluso la sola existencia de antecedentes de violencia doméstica una presunción que elimina toda posibilidad de constituir la custodia compartida [Iowa Artículo 1.b), Montaña 40.4.224.1]. Con la misma exigencia la ley se ha expresado sobre las falsas acusaciones de maltrato y abuso sexual, las cuales —además de ser sancionadas penalmente por perjurio,

83. A modo de ejemplo, la Ley de mediación familiar de Castilla y León excluye de mediación familiar aquellos casos en los que exista violencia o maltrato sobre la pareja, los hijos, o cualquier miembro de la unidad familiar *ex* artículo 2.2. De igual forma el artículo 17 de la Ley de Castilla-La Mancha, ...

84. Así la Ley noruega de Matrimonio (*Marriage Act* 1991) de 1993 dispone que los cónyuges que tengan hijos menores de 16 años deben acudir a la mediación familiar antes de iniciar un proceso de separación o divorcio (Sec. 26), excepto en casos específicos, como en supuestos de violencia doméstica (Sec. 23).

Igualmente en EEUU los códigos deontológicos y algunos de práctica recogen aquellas situaciones en las que el mediador debe abstenerse de la mediación: casos de violencia doméstica entre las partes (que suponga una situación de desequilibrio o asimetría de poder manifiesta entre los protagonistas del proceso de mediación) o de incapacidad de alguna de ellas, pues se entiende limitada en estos casos la capacidad para expresar un consentimiento libre y válido. Con todo, casi todos los programas de la mediación obligatorios crean excepciones para aquellos casos en que los padres son víctimas de violencia doméstica o padres que son acusados de haber abusado o descuidaron a un niño. (Así, la mediación de custodia es obligatoria en trece estados, con una excepción para los casos de violencia doméstica en todos ellos.)

En este mismo sentido, fijémonos lo que dispone la ley chilena: La Ley de Matrimonio Civil, núm. 19947 de 2004, impone al mediador el deber de velar por la igualdad de las partes favoreciendo una negociación equilibrada (artículo 74). Se presume que no existe igualdad de condiciones entre los cónyuges si uno de ellos hubiere sido objeto de violencia intrafamiliar.

Con este afán la Ley de Derecho de familia inglesa de 1996 exige a los mediadores realizar de manera muy cuidadosa una investigación sobre abusos domésticos de todo tipo y asuntos relacionados con los hijos, antes de que la mediación se lleve a cabo. Los mediadores deben saber cómo investigar de manera adecuada para que ninguna persona tome parte en la mediación con temor, bajo presión o con un alto riesgo de sufrir violencia alguna. Se les debe prestar inmediata atención a las alegaciones o denuncias relativas a los niños que se encuentran bajo algún tipo de riesgo, y se les deben remitir a los servicios de protección al menor en caso de que sea necesario. El conocimiento y la investigación sobre los temas de abuso doméstico deben mantenerse durante todo el proceso de mediación (PARKINSON, 2005, p. 142).

En contra de esta línea parece manifestarse la Recomendación núm. R (98)r del Consejo de Europa sobre la mediación familiar, en el apartado III, IX, al decir que «El mediador debería dedicar especial atención para saber si ha habido violencia entre las partes o si puede haberla en el futuro y conocer los efectos que esta última podría tener sobre la situación de las partes en la negociación, y determinar si en tales circunstancias el proceso de mediación es apropiado». Con lo cual, parece no cerrar la puerta, *a priori* y de modo absoluto, a los supuestos de violencia, sino que parece remitir al caso concreto para determinar su conveniencia o no (A GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares*, 2006, p. 270, nota 740, este criterio le parece, con ciertas reservas, acertado).

agravio u obstrucción de la justicia— conlleva a que se valore como una falta grave a tener en cuenta en el fallo relativo a la custodia (Texas Artículo 153.013)⁸⁵.

En todo caso, si bien este punto resultó indiscutible en la ley de reforma española 15/2005, más polémica suscitó la viabilidad de una custodia compartida impuesta por el juez cuando ambos cónyuges no estuvieran de acuerdo en pactarla (de hecho, la custodia compartida de forma contenciosa no está tan extendida en Europa⁸⁶). El texto definitivo de la Ley determinó que a falta de acuerdo podrá el juez acordarla a solicitud de una de las partes⁸⁷. Para ello será necesario contar con el informe favorable del Ministerio Fiscal y fundamentar la medida en que sólo así se protegerá adecuadamente el interés superior del menor⁸⁸. Se trataba de un pequeño resquicio abierto a la excepción del principio general para evitar la existencia

85. A título de ejemplo en el estado de Florida aparece una referencia expresa [artículo 61.1.3.k)] a la consideración negativa, a la hora de atribuir la custodia, a los indicios de que cualquiera de las partes ha facilitado al tribunal, a sabiendas, información falsa en relación con un procedimiento sobre violencia doméstica. Similares disposiciones a las anteriores se incluyen en las legislaciones de los estados de Idaho, Illinois, Pensilvania, Mississippi, Florida, Alabama, Michigan...

86. Es muy excepcionalmente recogida de modo expreso, como facultad judicial en un procedimiento contencioso. Sin ánimo de ser exhaustivos podemos citar el caso de Francia, Suecia, República Checa.

En el caso francés, la Ley 2002-305 de 4 de marzo modificó la regulación contemplando la posibilidad de custodia compartida incluso en el procedimiento contencioso, pero el texto legal plantea que en caso de así acordarlo el Juez, se establecerá un período de prueba por un plazo determinado a fin de evaluar el impacto sobre el menor antes del fallo definitivo. Por consiguiente, se prevé como criterio general la fijación como fórmula provisional de custodia ante el desacuerdo irreconciliable de los padres (a petición de uno de los progenitores, o en caso de desacuerdo entre ellos sobre el modo de fijar la residencia del menor) la alternancia semanal del niño en la convivencia con ambos; a la vez que permite la modificación total o parcial en todo momento de dicho dictamen, siempre que sea instado por ambos padres, por uno de ellos, por un miembro de la familia o por el ministerio público (artículo 373.2.13 CC). Es sugerencia de la Comisión jurídica redactora que «en caso de desacuerdo de los padres sobre la residencia del niño, se conceda prioridad a la fórmula de la custodia alterna, que constituye una aplicación práctica del principio de ejercicio conjunto de la patria potestad». Como podemos apreciar, quizás lo más llamativo de la ley francesa es que, tanto en el supuesto de acuerdo como en el de desacuerdo, el juez puede «... fijar la residencia del menor en alternancia entre los domicilios de cada uno de los progenitores o en el de uno de ellos». En el momento de los trabajos preparatorios de la Ley, el legislador había deseado que uno de los padres no pudiera disponer en la materia de un derecho de veto que tendría el riesgo de ser utilizado sistemáticamente por la madre, en casa de la cual el juez fija frecuentemente la residencia del niño. Ahora bien, en todo caso, la decisión siempre queda a la apreciación del juez, el cual debe decidir en función del interés del niño, tomando en consideración fundamentalmente, en aplicación del artículo 373.2.11 CC, la práctica anteriormente seguida por los padres, los deseos expresados por el niño, la aptitud de cada uno de los padres y el resultado de eventuales expertos y encuestas sociales. Como podemos apreciar, dichas circunstancias restringen la discrecionalidad del juez a la hora de establecer el sistema de residencia alterna en los supuestos contenciosos y vienen a coincidir con los criterios manejados por la jurisprudencia española para conceder o no la custodia compartida antes de la Ley 15/2005.

También en el caso de la República Checa puede ser establecida por el Juzgado, 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 que sí pueden constituir un medio de prueba que ayude al Tribunal a tomar una decisión acorde con el interés del menor.

Y en Suecia, por lo general, se prohíbe la posibilidad de custodia compartida si ninguno de los dos padres lo desean. El «Código de los hijos y progenitores» (1998, *The Children and Parents Code*) establece, en la sección 5.ª del capítulo 6, que «... el tribunal podrá ordenar que los progenitores tengan la custodia conjunta u otorgársela 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».

87. De este modo, estima CARRASCO, el sistema se convertirá en una poderosa arma contra las mujeres. Los maridos o ex maridos podrán amenazarlas más creíblemente con luchar por la (co)custodia de los hijos, erosionando una posesión que antes se aseguraba la madre merced a la certeza de que el asunto de la custodia no podía ser usado creíblemente como una amenaza a su fuente real de poder sobre los aspectos domésticos de la relación de pareja (especialmente los hijos), que le garantizaba su especialización histórica como gestora del hogar. Como la madre valora casi siempre mucho más que el padre la custodia de los hijos, acabará estando dispuesta a renunciar a todo (pensión, alimentos, bienes matrimoniales) antes que perder al hijo, hundiéndose con ello su posición negociadora.

Precisamente esta acusación hacia la custodia compartida de perpetuar la influencia y dominación de los hombres sobre las mujeres se puso de relieve en el *Special Joint Comité on Custody Right and Access* del Parlamento canadiense en 1998, en relación con la ministra de justicia de aquel momento que, según el Informe, habría obstaculizado el avance de la reforma del divorcio en Canadá: CALABUIG, ob. cit., p. 70, nota 23.

88. El juez puede establecerla sólo si la solicita una de las partes y con carácter excepcional. Por tanto, aun cuando estime que es lo mejor para la salvaguarda del interés del menor, el juez no podrá llevarla a efecto si ninguno de los padres lo solicita y/o si el Fiscal no lo estima oportuno.

de un derecho de veto que pudiera utilizarse para impedir este interés⁸⁹. Es destacable la capacidad de decisión del juez sin quedar vinculado por las peticiones de los padres en el convenio y ello con base en la libertad que posee para su garantía.

No obstante, nuevamente, el legislador ofrece muestras de sus serias reservas en cuanto a la incorporación plena en nuestro ordenamiento de la figura de la guarda conjunta, estableciendo cautelas añadidas a su adopción a falta de acuerdo de los progenitores. Parece, pues, que la imposibilidad de los padres para alcanzar un acuerdo sobre sus hijos no debe privar a éstos *a priori* de poder disfrutar de la compañía de ambos si es que ello es lo más conveniente para el menor. Otra cosa es que este supuesto sea verdaderamente excepcional, pero será el juez quien lo haya de calibrar.

Estas consideraciones suponen incluso dar un paso atrás en relación con la legislación anterior a la reforma dado que era posible su imposición, incluso de oficio, cuando ello fuese según el criterio judicial lo más adecuado para el interés del menor. Así lo declaró en su día la STC 4/2001, de 15 de enero. Contradice además los principios generales de protección del menor, siendo en nuestro sistema el juez, y no el Fiscal ni los padres, el supremo garante de dicho interés⁹⁰.

Con todo, los tribunales se muestran muy reticentes a implantar esta modalidad de custodia en aquellos supuestos en que falte el acuerdo de los progenitores dado que, por las

Como quiera que el legislador al redactar de esta forma concreta el número 8 del artículo 92 CC, imponiendo unas exigencias determinadas para poder otorgar la custodia compartida y estableciendo el carácter excepcional de esta forma de custodia, ya ha ponderado el interés del menor, tenemos que suponer que tras esa ponderación ha concluido que es contrario a su interés establecer un sistema de custodia alterna sin que uno de los progenitores lo hubiera solicitado, por lo cual entendemos que el Tribunal carece de discrecionalidad para, libremente y sin petición de parte, proceder a otorgar la custodia compartida (PÉREZ-VILLAR, *Estudio de Derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, ob. cit., p. 24).

89. A título de ejemplo, SAP de Madrid de 31 de octubre de 2006: Se otorga la custodia compartida, pese a la oposición de la madre a dicho sistema: tal oposición no es un obstáculo insalvable para su sanción judicial, máxime cuando el Equipo Psicosocial y el Ministerio Fiscal informaron favorablemente. El principio del *favor minoris* es prioritario sobre cualquier requisito sustantivo o procesal. Ambos progenitores han estado implicados en el cuidado cotidiano del menor, en función de sus horarios laborales: tras la ruptura, no procede delegar en los abuelos maternos el cuidado del menor en los horarios que la madre no puede atenderlo, debiendo prevalecer la opción paterna.

90. La exigencia del informe favorable del MF, limita la capacidad decisoria y discrecional del juez, lo que ha motivado duras críticas. Lógicamente, el ámbito de la 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. Esta circunstancia implica una extralimitación de las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal invadiendo las competencias otorgadas al Juez, pues se le atribuye una función de veto, condicionante de su independencia. (Por todos, MONTERO AROCA, Comentarios al artículo 92. La guarda y custodia compartida», en *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*, pp. 138 y ss.: «Con ello se está desconociendo uno de los elementos claves de la función del MF y de las decisiones judiciales. El Fiscal en todos estos procedimientos asume una función de mero dictaminador o informante, en el sentido de que es oído sobre lo que se estima más favorable para los hijos menores o incapacitados, pero en modo alguno puede llegar a vincular la decisión judicial.»)

La Audiencia Provincial de Las Palmas en fecha 13 de septiembre de 2006 ha planteado cuestión de inconstitucionalidad del artículo 92.8 CC por supeditar la decisión jurisdiccional a la existencia de un informe favorable del Ministerio Fiscal. La duda sobre la constitucionalidad de la norma proviene del adjetivo «favorable» que se añade a la exigencia del preceptivo informe del MF, por cuanto califica el sentido que ha de ser necesariamente propicio, y a cuya existencia se supedita la decisión jurisdiccional de acordar la custodia compartida como un *prius* o requisito previo de procedibilidad sin el cual el juez o tribunal no pueden juzgar. Se entiende que vulnera el principio de igualdad (especialmente, el de los hijos ante la Ley) y puede menoscabar el principio de prevalencia del interés del menor y lesionar la exclusividad de la potestad jurisdiccional afectando al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva.

A PÉREZ MAYOR, «La entelequia de la custodia compartida alterna en los procedimientos contenciosos», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2007, 3, p. 810, le parece más ajustado a Derecho plantear tal cuestión de constitucionalidad que la denominada «conclusión de Madrid», carente de valor alguno por obviar lo que dice el precepto, en el encuentro celebrado en esa ciudad Abogados, Fiscales, Secretarios y Jueces de Familia los días 23, 24 y 25 de noviembre de 2005 al mantener que «el informe desfavorable del MF, no impedirá en todo caso al juez aprobar la custodia compartida, si entiende que es lo más adecuado para el menor, porque de estimarse lo contrario, ello podría ser inconstitucional al limitar la condición decisoria del juez», (interpretación realizada también por Ivars Ruiz, La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil, ob.

razones anteriormente apuntadas, este sistema requiere una comunicación fluida entre la madre y el padre, que al no producirse en los procesos contenciosos lleva a los Tribunales a considerar que la custodia compartida, en estos casos, no protege adecuadamente el interés de los hijos, y lejos de incrementar la corresponsabilidad puede derivar en un aumento de la conflictividad. Con lo cual, la custodia compartida impuesta a los padres resultará presumiblemente una constitución válida pero de una aplicabilidad numérica escasa en la práctica.

En suma, con la reforma el legislador da total protagonismo a los progenitores para fomentar el acuerdo del régimen de custodia compartida como garantía de estabilidad e igualdad pero, en todo caso, el juez deberá ser el garante en la determinación de dicho régimen compartido, bien se alcance mediante acuerdo de los progenitores, bien mediante decisión judicial. Y así si bien la custodia compartida libremente pactada por los progenitores goza del criterio de favorabilidad para ser acordada al así observarse la actitud positiva y el grado de colaboración necesario entre ambos progenitores, no exime, sin embargo, al juez de ser cauteloso en la determinación de la idoneidad del régimen solicitado si existe riesgo de lesividad o perjuicio para el interés del menor no ciñéndose su actividad sólo al control del contenido de las propuestas. No olvidemos que si bien la familia tiene un componente privado, el Estado mediante el Poder Judicial y éste a través de los Jueces tiene que ejercer su rol procurando salvaguardar el bienestar de la estructura familiar disuelta. De este modo la Ley está atribuyendo al juez, tanto se trate de procesos consensuados por pacto entre los progenitores como procesos contenciosos, participación directa para determinar el régimen de custodia que sea más idóneo y menos perjudicial al menor, aunque la iniciativa de la actuación jurisdiccional corresponda a las partes⁹¹.

II.3. Valoración de la reforma

Todo ello nos lleva a unas reflexiones finales:

Cierto es que el tema de la no discriminación de géneros es constantemente alegado por los defensores de la custodia compartida. Y así, si decimos que el derecho de los hijos es mantener una relación lo más fluida, amplia y constante con ambos progenitores, sólo mediante la custodia compartida se podrá satisfacer la necesidad de convivencia con ambos padres. El reconocimiento legal de la custodia compartida automática supondrá para los niños ver garantizado, desde su mismo nacimiento, su derecho a continuar relacionándose en igualdad de condiciones con ambos progenitores (y sus respectivas familias) aun cuando se produzca la separación. Dicho de otra manera: se trata de que, conforme al principio de igualdad (reconocido en el artículo 14 de nuestra Constitución), se reconozca a los hijos de padres separados el mismo derecho a relacionarse en igualdad de condiciones con ambos progenitores que se reconoce a los hijos de padres casados. Se trata de definir un derecho común a todos los niños, con independencia del estado civil de sus progenitores y de que

cit., p. 98: la existencia de informe desfavorable emitido por el MF, si bien debe ser considerado por el juez en el momento de adoptar su decisión, no debe operar como presupuesto obstativo en los supuestos que se verifica que la custodia compartida deba ser el régimen que mejor protege el interés del menor) incurriendo, por ello, en una auténtica interpretación *contra legem*.

91. IVARS RUIZ, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*, ob. cit., p. 95, 179.

éstos convivan o no bajo un mismo techo⁹². Ahora bien, no olvidemos nunca que el logro de la equidad entre los padres es un objetivo secundario al servicio del interés superior del niño⁹³. Claramente lo puntualiza la Sentencia de 23 de abril de 1996 y recogida por la SAP de Valencia núm. 568/2005, de 3 de octubre (JUR 2006, 2578): «Con la denegación de la custodia compartida no se vulnera el artículo 14 CE (...); se olvida que no es dicho precepto de la Constitución el que ha de prevalecer en la resolución de contiendas de este tipo, sino el de protección de la prole que consagra el artículo 39 CE, en armonía con el artículo 92 CC y 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, derecho que ha de superponerse a cualquier otro interés, aún perfectamente legítimo subyacente en la litis». E igualmente la STS de 22 de mayo de 1999: «La atribución a la madre no es inconstitucional ya que el precepto que debe prevalecer en el momento de acordar la custodia de los hijos no es el artículo 14 CE, sino el artículo 39, es decir, los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos». Ello se traduce en que la preocupación por la equidad y el equilibrio parece razonable, pero existe el riesgo de que la igualdad de los padres se traduzca en un ir y venir continuo de sus hijos que les impida asentarse en algún lugar. De ahí que se revelen como imprescindibles para su articulación ciertas condiciones de tipo material (de orden económico) y personal (relación de colaboración entre los progenitores prácticamente análoga a la existente antes de la ruptura).

Ello nos permite afirmar que el interés del menor se impone, incluso, al principio de igualdad parental, en consonancia con la interpretación inspirada en el artículo 39 CE, que lleva a priorizar el interés y la protección del menor sobre los intereses de los progenitores.

Con lo cual, el interés superior del menor ha de ser la premisa desde la que parta cualquier decisión judicial sobre la custodia de los hijos. La indeterminación legislativa respecto al modelo de custodia que debe asumirse nos permite una concreción adecuada al interés del menor; será éste el criterio que nos permita elegir la modalidad adecuada de custodia a implementarse, bien el establecimiento de una custodia monoparental o compartida, dejando de lado estereotipos judiciales. La custodia compartida, pese a sus ventajas, no significa que sea la única solución positiva para los menores en una situación de crisis familiar. No será posible, por tanto, emitir un juicio de valor apriorístico a favor de la custodia compartida, al menos en términos absolutos, pues el éxito de este tipo de custodia exige que se reúnan tantos condicionantes, que su valoración tan sólo puede realizarse en términos más que relativos, atendiendo a las peculiaridades de cada caso concreto. Y es, precisamente, en atención a las particularidades de cada supuesto por lo que el legislador debería haber concedido más credibilidad a la capacidad de discernimiento del juzgador⁹⁴.

Con todo, la nueva Ley adquiere relevancia desde el momento en que numerosas decisiones jurisprudenciales negaron este modelo con base en que el Código Civil únicamente

92. Informe Reencuentro, ob. cit.

93. Así lo especifica la sección 2.02 de los *Principles of the law of family dissolution* del *American Law Institute*: declara que el bienestar del niño, o «el interés superior del niño» tiene prioridad sobre el «objetivo secundario» del logro de la equidad entre los padres.

94. 17InDret 3/2007 Laura ALASCIO, Ignacio MARÍN: La custodia compartida no es intrínsecamente beneficiosa ni perjudicial. Su funcionamiento depende en buena medida de la adecuación de los progenitores para su ejercicio, así como de sus circunstancias. Por ello, se hace necesario el control judicial sobre la autonomía de los cónyuges, ya que éstos pueden hacer un uso nada ortodoxo de su libertad de decisión.

contemplaba como opción expresa su otorgamiento a uno u otro progenitor. Ahora bien, no se trata de una imposición sino simplemente de una nueva forma de repartir el tiempo de permanencia con los hijos que puede resultar ventajosa en determinados supuestos. Sólo se acordará cuando el interés del menor así lo aconseje, con lo cual es posible que gran número de solicitudes de custodia compartida sean rechazadas por no suponer la alternativa más favorable para el menor. Ni tan siquiera se sugiere como la opción deseable en defecto de acuerdo. De ahí la cuestión de si no hubiera sido más conveniente dar un paso más erigiendo la custodia compartida como el sistema más acorde con los intereses de los hijos dejando el peso de la carga probatoria que en sentido contrario a dicha presunción pudiera aparecer a los progenitores que no quieran admitirla. En definitiva, lo que se ha planteado es una presunción (*iuris tantum*) de custodia conjunta, esto es, de que lo mejor para el menor es que el ejercicio de la patria potestad tras la separación o divorcio de sus padres se mantenga compartido, quedando libres las partes para proponer otro sistema si no resulta oportuno en el caso concreto. Sin embargo, es éste un paso que la nueva ley no ha llegado a dar, pues no se ha decantado en ningún sentido dejando como criterio rector el interés del menor sin relacionarlo con uno u otro tipo de custodia. Es más, el resto de medidas que se establecen tras el proceso de ruptura parten de una hipótesis de exclusividad en la atribución de tales funciones, cuando la propia Exposición de Motivos adjetiva este sistema de fracaso. En relación, por tanto, con las medidas relativas al régimen de visitas, pensión de alimentos y del uso de la vivienda familiar, al no haberse dado una nueva redacción a los artículos que lo contemplan, tendrá que ser el juez quien las concrete en cada resolución judicial. De ahí la relevancia del arbitrio judicial, no sólo en la adopción de esta medida sino también en la práctica de todas aquellas otras íntimamente ligadas con ella.

III. LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN LA DETERMINACIÓN DE SU PROPIO INTERÉS

Las personas que participan en la determinación del interés del menor son los progenitores, el juez e, indudablemente, el mismo menor. Si hasta ahora hemos puesto de relieve la transformación del menor de un mero objeto de las decisiones de otros a un sujeto de derecho, lógica consecuencia será su influencia en la toma de decisiones que le afectan directamente. En efecto, el mayor protagonismo del menor se ha manifestado en la necesidad de que éste sea oído, fundamentalmente cuando alcance una determinada edad⁹⁵, y así ha sido reflejado en las leyes. Ello llevó al legislador de 1981 a introducir la novedad de que los hijos que tengan suficiente juicio han de ser siempre escuchados antes de adoptar decisiones que les afecten; criterio que se mantendrá en las posteriores reformas. Cobra así la audiencia del

95. Desde el punto de vista de la racionalidad, es evidente que el menor tiene muchos menos conocimientos y, sobre todo, infinitamente menos experiencia vital que un adulto, pero desde la perspectiva de sus sentimientos y sensibilidad, la necesidad de que pueda expresarse plenamente ante quienes hayan de decidir por él es imprescindible, hasta el punto de que no me parece exagerado afirmar que el menor es la fuente de información más importante con que los operadores jurídicos cuentan para tomar decisiones hasta donde sea razonable: ATIENZA LÓPEZ, *El interés del menor y la custodia compartida*, ob. cit., p. 50.

menor gran importancia en los últimos tiempos en la búsqueda de un trato humano del niño que evite su cosificación (Weyers).

Marco normativo básico en esta materia lo representa la Convención de Derechos del Niño, de 1989, que establece en su artículo 12: «Los Estados partes (de la Convención) 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»⁹⁶. Mientras, la Convención de Estrasburgo de 1996 prevé en el artículo 6 la necesidad para la autoridad judicial, antes de adoptar cualquier decisión en el procedimiento que interese al niño, de consultarlo personalmente, cuando tenga suficiente capacidad de discernimiento, consintiendo expresar su opinión y teniéndolo en debida cuenta. Asimismo, 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. La opinión del menor se tendrá en cuenta en los asuntos que le atañen, teniendo en cuenta su edad y madurez. La Carta también establece que el interés del menor prevalecerá en todas las medidas que le afecten adoptadas por las autoridades o las instituciones privadas. Incluso la polémica Constitución Europea, en su artículo II.85.1, dispone: «Los niños podrán expresar libremente sus puntos de vista. Tales opiniones serán tomadas en consideración en las materias que les afecten de acuerdo con su edad y madurez»⁹⁷.

Dichos principios encuentran plasmación en las respectivas legislaciones nacionales:

En nuestro sistema jurídico, precisamente como expresión del respeto a la personalidad del menor y como fomento de su propia autonomía, se consolida la audiencia de éste. De este modo, tendrá la oportunidad de ejercer sus derechos progresivamente y hacer valer su opinión en la concreción de su propio interés.

Norma fundamental lo representa la Ley Orgánica 1/1996⁹⁸, cuyo artículo 9.1. reconoce que «el menor tiene derecho a ser oído...». E igualmente, en el ámbito que nos afecta, el artículo 92.2 y 6 CC garantiza la audiencia del menor cuando tenga suficiente juicio y se estime necesario de oficio, a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo técnico Judicial o del propio menor.

Dispone al efecto el artículo 92.2 CC que «El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumpli-

96. Inspirándose claramente en este precepto, el CC francés, por primera vez, a través de la reforma de 2002 prevé expresamente la obligación de los padres de buscar la adhesión personal de los hijos a las decisiones que le afectan. En concreto, el artículo 371-1 *in fine* determina que «Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y su grado de madurez». De esta manera pretende de los padres que tengan en cuenta fundamentalmente la voluntad del menor en la decisión de todos aquellos asuntos que, de forma directa o indirecta, incidan en su persona, en función de estos criterios (ACEDO GARCÍA, S., *Minoría de edad, patria potestad y derecho sanitario*, p. 7).

97. Se hace hincapié en la expresión «serán tomadas en consideración», que va más allá del mero oír (RIVERO HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 191).

98. Dice en su Exposición de Motivos: «El ordenamiento jurídico, y esta ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos...».

miento de su derecho a ser oídos». Para lo cual podrá ser necesaria la ayuda de especialistas (artículo 92.9 CC)⁹⁹.

De este modo, entre las cautelas adicionales a adoptar por el juez antes de determinar la decisión de custodia, escuchará las alegaciones de las partes. Si decimos que el punto clave en la decisión es el interés del menor, el juez tendrá que analizar la situación que rodea a éste; de ahí que de la audiencia no sólo interesen las opiniones vertidas, sino todo un conjunto de factores que coadyuvan a la conformación de su interés (sentimientos, deseos, necesidades,...)¹⁰⁰. La libertad de expresión del menor ha contribuido a dar una dimensión nueva a la noción de interés del niño. Dándole la posibilidad de expresar su punto de vista, el juez dispondrá de un elemento suplementario para determinar dónde reside su interés¹⁰¹. Asimismo será factor importante a la hora de valorar la relación que los padres mantengan entre sí, por ser un tema importante a la hora de determinar la viabilidad de la guarda conjunta.

En cualquier caso, la audiencia quedará supeditada a que se estime necesaria para la correcta adopción de la decisión, con lo que se trata de evitar someter a menores a una experiencia que puede ser dura para ellos por no haber alcanzado aún una plena madurez psíquica para afrontar sin traumas la crisis matrimonial.

A este respecto, no podemos sino mostrar nuestra conformidad¹⁰² con el hecho de que la audiencia no sea siempre necesaria para los mayores de 12 años y para los menores con suficiente juicio, como ocurría antes¹⁰³. Y ello por el coste emocional y los efectos negativos que les puede ocasionar; sin contar, claro está, con el conflicto de lealtades que en algunas ocasiones se les planteaban. Es cierto que en determinados supuestos puede ser conveniente (si existe desacuerdo entre los padres, si se pretenden medidas dañosas para los hijos,...), pero cuando las medidas a adoptar sean razonables y los padres estén de acuerdo en evitar ese trance a los menores la obligatoriedad se flexibiliza; parece más oportuno evitarles un daño innecesario. De hecho, en la propia Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la audiencia de los menores se configura como un derecho de los hijos a ser oídos si así lo desean, pero no como un deber. En consecuencia, será conveniente cuando el juez dadas

99. Sobre la utilidad de los expertos (psicólogos, psiquiatras, pedagogos, asesores sociales,...) y uso que se hace de su colaboración en otros países, cfr. VEERCELLONE y otros, pp. 35-6; y CRETNEY-MASSON, p. 530; y DEJAR, p. 368. En el Reino Unido se manejan unos *National Standards for Probation Service Family Court Welfare Work*, que contienen instrucciones detalladas acerca de cómo llevar a cabo los *welfare officers* las entrevistas con los niños. En ellos se insiste en que los menores deben reunirse con y ser examinados por los *welfare officers*, a menos que graves razones aconsejen otra cosa. Sobre esta cuestión, cfr. BROMLEY-LOWE-DOUGLAS, 9.^a ed., pp. 456 y ss.

100. Así lo recoge la británica *Children Act* 1989: se tomarán en consideración los deseos y sentimientos del niño de acuerdo con su edad y madurez [section 1 (3)], lo que es ir más allá de la simple opinión (en que se quedan nuestro Código Civil y la Convención de Derechos del Niño); en el mismo sentido, la *Family Law Act* 1996 [sect. 11 (4)]. También el C. sueco de filiación («de hijos y padres»).

101. GIL ROSADO, *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*, cit., pp. 311 y ss.

102. Lo comparte ZURITA MARTÍN, ob. cit., p. 280: Buena valoración merece la supresión de la obligatoriedad de oír a los mayores de doce años, pues la intervención de los menores en un proceso judicial es una medida nunca deseable, y debe ser evitada siempre que, sin que exista iniciativa del propio menor a ejercer su derecho a ser oído, no sea necesario adoptarla dadas las circunstancias en las que se ha desarrollado el procedimiento (acuerdos razonables de los padres, informes de los especialistas).

103. La audiencia de los hijos si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueran mayores de 12 años se mantiene en otros preceptos. Así, «en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad de los padres, cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o la madre» (artículo 156.2).

las circunstancias lo estime necesario para formar criterio pero con un carácter potestativo y no como una imposición o como una práctica judicial sistemática.

En el texto definitivo de la Ley 15/2005 se introducen varios preceptos en el sentido indicado que vienen a suponer una modificación sustancial en esta materia¹⁰⁴:

Se determina en el apartado 6 del artículo 92 CC que «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 para determinar su idoneidad con el régimen de guarda». De lo cual se deduce que la adopción de esta medida exigirá siempre una valoración judicial del convenio regulador en los supuestos de mutuo acuerdo y de las peticiones y pruebas practicadas en los procesos contenciosos¹⁰⁵.

En razón de lo dispuesto por este precepto vemos cómo se valorarán por parte del juez para sopesar la necesidad de audiencia dos variables¹⁰⁶: 1) la madurez del menor y 2) la necesidad de la audiencia.

1) Por lo que al primer punto se refiere decir que, como hemos visto, la audiencia de los hijos ha dejado de ser preceptiva, incluso tratándose de mayores de 12 años¹⁰⁷. Queda de este

104. La reforma no ha acometido una regulación total y profunda del papel del niño pero sí ha incidido en alguno de sus múltiples aspectos. Aunque tanto en el derecho sustantivo como en el procesal siempre han podido encontrarse referencias, aquél ha sido, paradójicamente, el gran olvidado. En el mejor de los casos para él, la decisión judicial es sensible a su posición de destinatario final de las medidas que en ella se adoptan, pero no pasa de ser un menor objeto de dicha decisión, sin que su condición de verdadero sujeto de derechos parezca acabar de plasmarse en plenitud. En la deseable línea de consideración del menor como sujeto de derechos la Ley 15/2005 se ha ocupado parcialmente de la regulación de su audiencia introduciendo algunos matices muy importantes.

105. El artículo 777.5 LEC establece una norma semejante para el caso de convenio regulador. Es curioso como este artículo relativo al proceso que se ha de seguir en las demandas presentadas de mutuo acuerdo, antes de la reforma admitía expresamente (núm. 5) que el juez «oírás siempre a los mayores de 12 años». En la actualidad se ha suprimido («oírás a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor»). En definitiva, en los procedimientos consensuales, la audiencia de los hijos menores tendrá carácter excepcional, lo cual contrasta con el régimen anterior en el que se imponía con carácter preceptivo a partir de los 12 años (absurdo y contraproducente precepto que era frecuentemente incumplido en la práctica forense). Por contra, llama la atención que se mantenga la obligatoriedad en el artículo 770.4 LEC que regula el proceso en los casos contenciosos promovidos por uno de los cónyuges contra el otro y de nulidad matrimonial («Cuando hubiere hijos menores o incapacitados se les oírás si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de 12 años»).

Tampoco ha sido excesivamente fino el legislador a la hora de eliminar este mandato de otros preceptos que también lo recogían, como los artículos 156.2 y 159 CC; o incluso el artículo 154.3 CC.

106. No se contemplaba el texto en estos términos en el Proyecto de Ley, que mantenía el criterio cronológico, sino que tuvo su origen en una enmienda del Grupo Parlamentario Mixto. Así lo justificaban: La presencia y correspondiente exploración judicial de forma sistemática de los menores en un Juzgado, salvo cuando sea imprescindible para formar criterio sobre la custodia o el régimen de visitas, produce unos efectos negativos en el propio menor como argumentan perfectamente los especialistas en psicología infantil y los propios prácticos del derecho de familia. Por tanto, esta exploración debe reservarse para los casos en que exista una necesidad real de conocer su testimonio por existir un acuerdo entre los cónyuges que claramente se aprecia que puede perjudicar al menor, resulte extravagante o se disponga de información que justifique tal intervención. En el resto de los casos, no aporta nada a la causa y genera efectos negativos sobre el menor. Por tanto, la previsión legal ha de establecer esa citación con carácter potestativo en función de las circunstancias, pero no de forma innecesariamente universal.

107. En Francia, una Ley de 1975 imponía al juez tener en cuenta las opiniones expresadas por los hijos menores cuando su audiencia fuera necesaria y no comportara inconvenientes para ellos. Con posterioridad la Ley Mallhuret (de 22 de julio de 1987) impuso la audiencia a título obligatorio desde los 13 años, salvo la hipótesis de decisión específicamente motivada. Y finalmente ésta se ha dejado a la iniciativa del juez, sin señalar edad fija (artículo 388-1 de la Ley de 1993). Después, siempre con el fin de promover el papel del niño en el procedimiento, se ha desarrollado un movimiento activo a favor de su repre-

modo descartada la automaticidad anterior para el supuesto de menores mayores de 12 años. No se va a hacer posible sentar una regla general en cuanto a la edad a partir de la cual deberá ser oído pues ello dependerá de su madurez psicológica y desarrollo intelectual y emocional. Por mi parte, soy partidaria de no vincularlo a ninguna edad concreta y considerarlo en función de la posibilidad de que el menor se forme un criterio independiente. Ahora el juez cuando vaya a tomar la decisión podrá tener en cuenta las circunstancias concretas que concurren en el caso. La suficiencia de juicio es el criterio elegido por el legislador para diferenciar aquellos casos en los que el menor pueda o no formarse una opinión razonable acorde con la madurez psicológica que ostente. Si bien estamos nuevamente ante un concepto jurídico indeterminado lo podemos entender como capacidad de entender y querer de forma razonada. De este criterio subjetivo, y no de una edad determinada (objetivo), depende el otorgar o no la audiencia al menor. En definitiva, pese a la complicada subjetividad en que nos movemos a la hora de discernir la madurez del menor, ésta no puede vincularse con haber alcanzado una determinada edad en tanto en cuanto ésta no siempre camina pareja al nivel de discernimiento del menor.

La exploración parece lógica cuando sea imprescindible para formar criterio pero en los demás supuestos parece que lo más oportuno sea evitarlo dados los efectos negativos que produce en el menor; tendría, por tanto, un carácter excepcional¹⁰⁸. Más sentido tendría cuando los pactos a los que han llegado los padres se estime que sean contrarios al interés del hijo o resulten extravagantes o se disponga de información que justifique la audiencia¹⁰⁹.

2) En cuanto al segundo punto, será el juez quien, pese a la solicitud por parte de las personas legitimadas, tenga poder de decisión sobre si existe o no necesidad valorando lo invocado por éstas. De ahí la importancia de los motivos concretos que se arguyen por las

sentación autónoma en el proceso: la idea es que el juez deba oír, para hacer valer el interés del niño, una *voix* independiente y por tanto distinta del abogado de uno de los padres.

La Ley de 8 de enero de 1993, siguiendo el principio previsto por la Convención internacional sobre los derechos del hijo, ha consagrado esta idea y le ha dado su soporte práctico (dando nueva redacción a los artículos 290.3 y 388.1), siendo la opinión del menor uno más de los elementos que el Tribunal francés deberá considerar a la hora de determinar un determinado sistema de residencia: El artículo 290.3 del Code dice que el juez tendrá en cuenta «los sentimientos expresados por los niños menores». Por su parte, el artículo 388.1 CC establece el derecho del menor a ser oído por el Juez en cualquier procedimiento que le afecte, regulándose, también de forma expresa, la obligación del Tribunal de oír al menor cuando éstos lo soliciten, audiencia que sólo podrá ser rechazada «... mediante una resolución especialmente motivada...». Abre, pues, a todo «menor capaz de discernimiento» (sin que se determine edad alguna) el derecho a reclamar ser escuchado. Además, (al igual que ocurre en el derecho español), regula la forma en que podrá ser oído el menor, el cual podrá acudir ante el juez «solo o con un abogado o una persona de su elección» –salvo decisión contraria especialmente motivada por el juez (que podrá designar a otra persona si considera que la elegida por el menor no pareciera conforme con su interés (artículo 388-1). Sin embargo, no deviene parte en el procedimiento de suerte que no podrá ejercer recursos ni pedir su modificación. (Sobre esta cuestión en Francia, cfr. M.J. GEBLER, *Regards éthiques sur les droits de l'enfant: la parole de l'enfant en justice*, Dalloz, 1989, chron, pp. 118 y ss.; BÉNABENT, *La famille*, p. 518; Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, «Separazione, divorzio, affidamento dei minori: L'esperienza francese», en *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa?*, p. 136.)

En otros países, sin embargo, se sigue manteniendo la preceptividad de audiencia a los mayores de 12 años. Así el Código de procedimiento holandés establece que «todo niño de 12 años o más debe ser escuchado por el juez en el curso de todo procedimiento relativo a su situación y a la autoridad ejercida sobre él» (artículo 9'2) y «el juez puede siempre escuchar al niño menor de 12 años, si lo cree necesario» (artículo 972.7). De igual modo en Italia, el artículo 155 CC, dispone entre los medios de prueba de los que puede valerse el juez, la audiencia del menor, si fueran mayores de 12 años o menores de dicha edad si tuvieran suficiente juicio.

¹⁰⁸ En sentido contrario se pronuncia CLAVIJO, ob. cit.: «En términos procesales la aprobación o rechazo del convenio regulador se circunscribe a un solo acto, en cambio, si hay un proceso contencioso existe un período de prueba para desvirtuar las actitudes contrarias al interés del menor, por parte de los sujetos procesales y del Ministerio Público. Por eso, si bien es un derecho del menor la posibilidad de ser oído ante autoridad judicial, no es conveniente prescindir de esta facultad».

¹⁰⁹ Así se justificaba en la Enmienda de Convergencia y Unió.

partes interesadas para poder valorar por el juez su necesidad o conveniencia. Uno de los criterios a tener en cuenta será la existencia de mutuo acuerdo entre los padres, pues en este ámbito, como antes decíamos, parece que lo más oportuno sea excluir este trámite como regla general. No obstante, corresponderá siempre al tribunal valorar la procedencia de su práctica.

Por otra parte, el artículo 770.4 LEC introduce un nuevo párrafo novedoso en cuanto a la forma de llevar a cabo las exploraciones de menores: «En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario». Se da así respuesta a la demanda de la necesaria inclusión de mecanismos para que los menores que declaran ante un juez puedan hacerlo en un ambiente distendido, evitando lo que se ha venido a llamar «maltrato institucional o doble victimización». No obstante, no representa una modificación sustancial si tenemos en cuenta que se trata de una mera declaración general de que la exploración se realice en condiciones idóneas, lo cual ya se encontraba recogido en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996¹¹⁰; de hecho, ya venía siendo la práctica habitual de los juzgados de familia en esta materia.

Respecto a cuáles son estas condiciones idóneas, el legislador menciona que se realice sin interferencias de otras personas —salvo especialistas—, esto es, sin la presencia de las partes a excepción del Ministerio Fiscal como defensor legal del menor —aunque nada se dice sobre él—, ni de los progenitores, salvo supuestos excepcionales. En cualquier caso, cuantas menos veces se explore al menor mucho mejor. Además, termina diciendo que el auxilio de especialistas tendrá carácter excepcional. Parecería más adecuado en este punto la colaboración de un experto, más concretamente especialistas adscritos a los juzgados con la suficiente preparación y experiencia dejando la entrevista judicial para casos excepcionales en los que la madurez y comprensión del menor así lo aconsejen. En cualquier caso, la tarea de los especialistas va a constituir factor decisivo a la hora de valorar las opiniones del menor¹¹¹, teniendo en cuenta su formación técnica especializada, a diferencia de los conocimientos del juez que se encuentran limitados en esta esfera¹¹²; sus consideraciones no tendrán carácter vinculante para el juez pero sí que pueden constituir un argumento útil para descubrir la verdad material.

Finalmente, el artículo 92.6 CC es complementado a su vez por el artículo 92.2 CC que establece de forma novedosa que el propio menor pueda pedir ser oído¹¹³ («El Juez, cuando

110. Dice este precepto que «las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad».

111. SALANOVA VILLANUEVA, «Aproximación al derecho de visita», *Actualidad Civil*, núm. 24/12-18 de junio de 1995, tomo II, p. 512, mantiene que «La labor de estos profesionales será crucial a la hora de interpretar correctamente un elemento de juicio de esencial trascendencia en la decisión del juez: las manifestaciones del propio menor».

112. Vid. ORTUÑO MUÑOZ, *El nuevo régimen jurídico de las crisis matrimoniales*, Civitas, Navarra, 2006, pp. 122-3.

113. STC de 6 de junio de 2005: Entiende el TC que la Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor de 11 años antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, entendiendo que al no haberlo hecho se vulnera el artículo 24.1 CE.

deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos»).

En definitiva, se configura la audiencia como un derecho del menor y, por otro lado, la función del juez como garante de este derecho, optando por un criterio de mayor flexibilidad.

No estamos ante una novedad si tenemos en cuenta que en este sentido se había pronunciado ya la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en orden a garantizar el derecho de los menores a ser oídos¹¹⁴. Es más, la plasmación en esta Ley no supuso un reconocimiento *ex novo* de este derecho sino más bien el reconocimiento de algo ya preexistente tanto en Convenios internacionales como en diferentes Leyes especiales.

Dicha consideración tiene asimismo expresión concreta en el Reglamento 1346/2000, del Consejo de la Unión Europea, de 29 de mayo, el cual entre los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de sentencias entre los Estados miembros, incluyó en su artículo 15 «las resoluciones sobre responsabilidad parental de los cónyuges en los procedimientos matrimoniales» [apartado 2.b)], «cuando se dictaren, excepto en casos de urgencia, sin haber dado al hijo la oportunidad de ser oído, violando principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido». Es destacable la expresión «sin haberle dado la oportunidad de ser oído», es decir, sin permitirle ser oído, cuando él lo quiera y lo pida. Y en el posterior Reglamento del Consejo de la Unión Europea, núm. 2201/2003, de 27 de noviembre, que lo ha sustituido, en sus artículos 41 y 42, se insiste en tener en cuenta si se le ha dado la «oportunidad» de ser oído, a menos que su audiencia sea considerada inapropiada teniendo en cuenta su edad o grado de madurez¹¹⁵.

En cualquier caso, pese a la aplicación general de este principio, sí es destacable su mención expresa en nuestro ordenamiento en cuanto deja de considerarse como un simple trámite procedimental para convertirse en un auténtico derecho del que son titulares los hijos menores y cuyo fundamento radica en que el menor va a verse afectado por la decisión que se va a adoptar. Estamos nuevamente ante una manifestación del principio supremo del interés del menor; más concretamente constituye una expresión de respeto a su personalidad, en la deseable línea de consideración del menor como sujeto de derechos y de disminución de conflictividad y ahorro de costes personales en los procesos de familia expresada en la EM de la Ley 15/2005.

Es un deber, y ahora un derecho del menor, oír su opinión, para determinar su interés en la toma de decisiones que le afecten. Y ello no sólo en la esfera judicial —donde es impe-

114. En su artículo 9 establece: 1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que lo represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, 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. 3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que lo represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.

115. ZARRALUQUI, ob. cit., p. 60.

rativo conceder audiencia a todo sujeto implicado—, sino también en un ámbito privado de relaciones en las que, a pesar de todo, suele predominar una estructura jerarquizada.

Podrá solicitar ser oído «directamente o por persona que lo represente», con lo cual, más que un derecho de audiencia por el juez, lo que se pretende garantizar es que el menor pueda expresar su opinión haciéndola llegar al juez bien de forma directa (entrevista personal) o indirecta (por medio de un experto) (artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño); si bien, es un derecho que puede ser denegado¹¹⁶. Y a éste le corresponde un correlativo deber jurídicamente exigible no sólo para el juez sino también para los padres¹¹⁷.

Incluso, en algunos ordenamientos se pretende dar un paso más allá de la mera audiencia que denota una cierta pasividad del escuchado. Se aboga en este sentido por un intercambio de impresiones, debate, con el fin de potenciar acuerdos entre padres e hijos, involucrándose más activamente el menor en la toma de decisiones que le afectan¹¹⁸.

En este punto una de las dudas que se han planteado hace referencia al valor a otorgar por el juez a la opinión de los hijos¹¹⁹.

A este respecto la doctrina alemana ha discutido mucho sobre si la voluntad del niño puede servir como criterio decisorio en los casos que se presenten como dudosos. Al respecto se han formulado dos tesis, por un lado, la de quienes consideran que el bien del niño no puede ser contrario a su voluntad y, por otro, la de quienes estiman que la realización de los deseos del niño puede perjudicar a su propio bien¹²⁰. Dettenborn, propone seguir el siguien-

116. RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 191 y ss.: Tan importante es el que la opinión del menor sea conocida, que cuando éste «solicite ser oído directamente o por medio de persona que lo represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al MF y a aquéllos» (artículo 9.3 LO 1/1996); denegación que alcanzará a los casos en que esa audiencia pueda resultar nociva, más que útil, al menor. Sobre esta cuestión, cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, «La participación de menor en el proceso matrimonial de sus padres», en AAVV, *Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 46 y ss.

117. Determina el artículo 154 respecto a las relaciones paterno-filiales que «Los hijos sometidos a la patria potestad, si tuvieren suficiente juicio, deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que los afecten». Y el artículo 133.2 CF cat. previene que «antes de tomar decisiones que le afecten, el padre y la madre siempre habrán de informar y escuchar al hijo».

118. El C. sueco de la filiación determina que «el niño debe ser tratado respetando su persona y su individualidad (...). Debe tenerse en cuenta, a medida que el niño avanza en edad y se desarrolla, los puntos de vista y los deseos que exprese». Y el § 1626.2 del BGB dice que «los padres observarán en el ejercicio del cuidado (personal del hijo) la creciente capacidad y necesidad de independencia del hijo en cuanto a su actuación consciente y responsable. Debatirán con el hijo las cuestiones relativas a su cuidado y promoverán la adopción de acuerdos». Obsérvese que en esa norma no se trata ya de una audiencia u oír, sino de debatir y de promover acuerdos entre padres e hijo: es decir, con una participación mayor de éste en la adopción de decisiones que le afecten.

RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 191 y ss., comparte esa forma de entender lo que aquí llamamos audiencia, y en ese sentido, entienden, deberían interpretar y aplicar ésta, aquí, bajo nuestro ordenamiento —que incluye ya, también, la citada norma convencional—, los obligados (padres, juez) a escuchar al menor. Cree, en cambio, insuficiente el papel pasivo del escuchado, con quien piensa que podrán y deberán cambiarse expresiones y argumentos, debatirse razonablemente acerca de la cuestión consultada.

119. Así lo planteaba la SAP de Cuenca de 31 de marzo de 1999 (AC 4408): «Graves problemas plantea el dar o no valor jurídicamente relevante a la voluntad del hijo, a su clara preferencia o a su rotunda negativa para permanecer con uno u otro de los padres, y si bien es cierto que el resultado de la audiencia del hijo no es vinculante para el juzgador, en orden a la custodia del mismo, es evidente que puede y debe tenerse en cuenta la voluntad del niño, pero no tanto en cuanto expresión de un mero capricho, sino en cuanto a la voluntad razonada que corresponde a unas causas que deben ser valoradas y en su caso atendidas, y ello en base a que si lo prevalente es el interés del hijo, no puede ignorarse que su voluntad razonada y razonable puede ser expresión de unos sentimientos e intereses más valiosos que la propia voluntad *per se*».

120. Respecto a la primera tesis decir que se llegó a afirmar que el deseo o la voluntad del niño era el contenido esencial del «bien del niño» considerado subjetivamente este concepto como bienestar del menor. Otros autores consideraron que el respeto a la voluntad del niño debía estimarse como requisito para conseguir el interés del menor únicamente en tanto derecho de autodeterminación del menor dotado de capacidad natural. Los seguidores de la segunda tesis afirman que el ser

te principio: Por mucho que se plantee la posibilidad de respetar la voluntad del niño, habrá de tenerse en cuenta que la intervención estatal en ocasiones es necesaria para el logro del propio bien del niño. Evidentemente hay supuestos en los que los deseos del niño son contrarios a las necesarias medidas protectoras que las circunstancias exigen. En este marco se encuadra el artículo 1666.1 BGB y las medidas en él previstas, pues el significado del deseo del niño puede corresponderse con sus necesidades objetivas, o puede ser contrario a tales necesidades (puede pretender mantener el contacto con su maltratador). Ahora bien, en los casos dudosos indica el Tribunal Constitucional alemán que la voluntad del menor ha de ser tenida muy en cuenta cuando se tomen decisiones que le afecten, lo cual si bien no implica que dicha voluntad sea siempre determinante sí que implica que la jurisprudencia cada vez tiene más en cuenta la voluntad del niño. El Tribunal Constitucional alemán igualmente ha estudiado el trato que ha de darse a los deseos expresados por el menor considerando que si bien la norma es que el menor debe ser oído, lo importante es saber interpretar el lenguaje, querencias y necesidades del niño, teniendo en cuenta que en ocasiones podrá haber sido influido por uno de sus progenitores para que hable en contra del otro. Finalmente será el juez en cada caso concreto quien tendrá que valorar el reconocimiento que en un momento dado pueda prestarse a la voluntad del menor.

Bajo mi punto de vista, la opinión de los hijos, si bien constituye un dato relevante con el fin de comprobar el grado de afectividad que les une con sus progenitores, no en todos los casos constituye factor determinante, en tanto en cuanto sus deseos no siempre coinciden con su interés; factores como la edad y madurez deberán ser tenidos en consideración¹²¹. Si bien es cierto que tampoco coincidirá siempre con los deseos de los padres¹²².

Frente a aquellos que reivindicaban un mayor valor y protagonismo a la voluntad del menor¹²³ —eludiendo el prejuicio de considerar que el menor puede estar sometido a presiones—, estimo que en determinados casos, frente a la libertad de elección del hijo, hay que primar una valoración objetiva de circunstancias para un mejor desarrollo de la personalidad de un adolescente que en la mayoría de los casos no tiene todavía formado el criterio de discernimiento o se deja llevar por móviles egoístas de mayor libertad, permisibilidad y carácter económico e incluso en muchas ocasiones su voluntad es fruto de influencias o presiones¹²⁴. Es por lo que hay veces en que su opinión no va a ser tenida en cuenta como criterio definitivo con base en que la solución adoptada, aunque contraria a su parecer,

humano bajo determinadas presiones e influencias puede no ser objetivo respecto a su propio interés. Sobre el tema, *vid.* DE TORRES, ob. cit., p. 713.

121. Se sostiene que la validez de la opinión del menor se encuentra condicionada a su aptitud, hecho que se demuestra si tiene condiciones de madurez. Sobre el tema, ROCA, *Familia y cambio social*, Civitas, Madrid, 1999, p. 240.

122. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *De las relaciones paterno-filiales*, p. 1047 (en VVAA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, volumen II, Tecnos, Madrid, 1984): «Lo que si es claro es que se ha quebrado el presupuesto, según el cual, lo mejor para los hijos es siempre lo que entiendan sus progenitores».

123. PASTOR VITA, *Una primera aproximación al Proyecto de Ley*, p. 14, estima criticable que el legislador no confiera un mayor valor y protagonismo a la voluntad del menor a la hora de determinar el régimen de custodia y de visitas que considere más adecuada para el interés de éste.

124. Reconocer un mayor grado de participación al menor en la determinación de su interés, no significa delegar en él la toma de decisiones, sobre todo en un ámbito como es el de la crisis matrimonial de los padres donde se aúnan factores como posible sentimiento de culpabilidad por la opción realizada entre los padres, vulnerabilidad a las presiones de los adultos, incomprensión del padre contra quien se ha decidido...: RIVERO, ob. cit., p. 183; Cfr. VERCELLONE, P. y otros, («Nell'esclusivo interesse del bambino: i figli contéis per la scissione della copia», *Dir. Fam. pers.*, 1982-1, pp. 16 y ss.) p. 29: insisten en que el menor no debe decidir directamente sobre su guarda y custodia, y subrayan el fuerte sentimiento de culpa que puede sentir en ocasiones si tiene la sensación de que él ha elegido a uno de sus progenitores. En términos semejantes, por referencia al

debe venir presidida primordialmente por cuál sea su beneficio e interés. El parecer del hijo, por tanto, no va a resultar vinculante para el juez. Será un dato más a tener en cuenta en el momento de la formación de la decisión a valorar junto con otras circunstancias. La creciente importancia del papel que desempeña en estos casos no puede llevarle a convertirse en el sujeto decisor.

Claramente lo expone VARELA PORTELA al considerar que «el atender al criterio del niño como cuestión previa parece una medida adecuada ya que aporta datos sobre la forma, cómo un conflicto es vivido y el grado de implicación. El problema ha surgido cuando la exploración se convierte en la elección del progenitor. Si se aplica mecánicamente la preferencia explicitada, es el menor el que asume la responsabilidad de la resolución de un conflicto que sus progenitores no han sido capaces de resolver. Este traspaso, siempre inadecuado, puede tener consecuencias graves si se realiza en la etapa adolescente, pues los sentimientos de culpa de un joven que tiene que decidir entre dos personas a las que quiere son un mal que el procedimiento debería obviar expresamente». Necesitamos que el menor pueda expresar sus deseos sin que se sienta culpable de lo que está ocurriendo a su alrededor. No se trata, por tanto, de que el menor adopte decisiones sino establecer cuál es el contexto más conveniente para que pueda desarrollar íntegramente su personalidad¹²⁵.

No obstante, tampoco la jurisprudencia mantiene una postura uniforme en este punto: en ocasiones se ha tenido en cuenta la voluntad de los menores para decidir sobre un concreto extremo, otras veces se ha impuesto un criterio contra el parecer de los menores afectados¹²⁶.

Aun con todo, se aboga por la participación del menor en la determinación de su propio interés, desplegando una vital importancia para coadyuvar a su concreción. Y lo cierto es que cada vez se va dando mayor importancia a los deseos expresados por éste cuando posee suficiente juicio y resultan razonables.

Derecho francés, JEROME BONNARD «La garde du mineur et son sentiment personnel», *Droit d l'enfance et de la famille*, núm. 33 (1991-92), p. 190.

125. ATIENZA LÓPEZ, ob. cit., p. 50.

126. En ocasiones fundamentan su decisión en la voluntad del menor (SSAP de Málaga de 14 de julio de 2005 –La Ley 2043738–: «si bien es cierto que el deseo del menor no necesariamente es coincidente con su beneficio, no puede ser ignorado y su decisión cobra relevancia en función de su mayor edad»; de Guadalajara de 13 de enero de 1995 –AC 168–, de Burgos de 8 de junio de 1995 –AC 1268–, de Barcelona de 2 de junio de 1998 –AC 1249–, de Tarragona de 14 de abril de 1994, de Madrid de 29 de enero de 1998 –AC 4958–). Por su parte, la SAP de Valladolid de 16 de junio de 2006 atribuye al padre la guarda y custodia de la hija, pues desde la separación de hecho ha vivido con él, y además, dada su edad (16 años), es preciso tener en cuenta su voluntad y decisión de seguir con el padre, que es avalada por el Equipo psico-social). Frente a éstas, otras estiman que el beneficio del menor ha de interpretarse objetivamente y no puede dejarse caer por la voluntad del menor, por lo que imponen su criterio contra el parecer de éstos (SSAP de Barcelona de 3 de mayo de 1999 –AC 982–, de Zaragoza de 27 de noviembre de 1995 –AC 2224–, de Toledo de 11 de noviembre de 1999 –AC 2407–. La edad de los menores y las circunstancias familiares que les rodean han hecho aconsejables soluciones contrarias: así ocurrió en la SAP de Barcelona de 9 de junio de 2004 –JUR 208661–. Más recientemente la SAP de Baleares de 29 de junio de 2005 –JUR 190190–: Los Tribunales, dice, deben tratar de indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sino lo que es aun más importante, en el futuro y en esta búsqueda de los beneficios para el menor debe tomarse en consideración que aquello que el niño quiere no es, necesariamente, aquello que le conviene, ni tiene por qué coincidir lo adecuado con su opinión).

Revista de Derecho de familia

JURISPRUDENCIA

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Presentada la demanda de ejecución, la notificación del auto despachando ésta debe notificarse al ejecutado directamente, con independencia de que en el procedimiento de divorcio le representase un procurador. En consecuencia, procede declarar la nulidad de lo actuado al no haberse practicado la notificación en forma.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PLENO, AUTO DE 12 DE JUNIO DE 2008

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña María formuló contra su ex marido, don Pedro, demanda de ejecución de títulos judiciales en reclamación de determinadas cantidades (las correspondientes a la actualización de la pensión de alimentos y al abono de la parte proporcional de los gastos extraordinarios de sus hijos menores, así como de los gastos de comunidad e impuesto de bienes inmuebles).
- ⊙ La ejecutante indicó como domicilio a efectos de notificaciones el correspondiente a la empresa donde trabajaba el ejecutado.
- ⊙ Por Auto de 13 de julio de 2005 el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Majadahonda despachó la ejecución, ordenando que se notificara al ejecutado para que pudiera personarse en la ejecución.
- ⊙ El Juzgado dio traslado de la demanda ejecutiva con fecha de 18 de julio de 2005 a don Esteban Muñoz Nieto, persona que había actuado como Procurador del ejecutado en el proceso de separación tramitado en el año 2002 en ese mismo Juzgado.
- ⊙ Con fecha de 19 de julio de 2005 el mencionado Procurador presentó un escrito ante el Juzgado, solicitando que se notificara personalmente al demandado, pues, aunque había ostentando hacía tres años su representación en el procedimiento de separación, actualmente no era su Procurador. Dado que no le había podido localizar por encontrarse de vacaciones, se interesaba del órgano judicial que se dirigiera al ejecutado personalmente para que no se le causara indefensión.
- ⊙ Por providencia de 7 de septiembre de 2005, notificada el día 12 siguiente, el Juzgado rechaza lo solicitado al entender que, conforme al artículo 28 LEC, ese Procurador ostentaba la representación hasta que quedase ejecutada la Sentencia. En consecuencia le da traslado nuevamente del escrito, añadiendo que en caso de que deseara renunciar a dicha representación debía comunicarlo expresamente al Juzgado o ponerlo en conocimiento de su poderdante con anticipación y de modo fehaciente, conforme al artículo 30.2 LEC, no pudiendo abandonar su representación hasta que se realizara la designación de otro Procurador en el término de diez días.
- ⊙ Ante los términos del proveído, el citado Procurador contactó con el Sr. Pedro, advirtiéndole que el plazo para oponerse a la ejecución vencía el 26 de septiembre, fecha en la que el ejecutado formuló el escrito de oposición a través de su actual Procuradora Sra. Jiménez de la Peña.

- ⊙ Por providencia de 13 de octubre de 2005 se requirió a la parte ejecutada para que en el plazo de tres días se personara en las actuaciones para otorgar el poder *apud acta* interesado con fecha de 26 de septiembre en el escrito de oposición a la ejecución y, con respecto a esta última, declaró no haber lugar a su admisión por haberse formulado fuera de plazo.
- ⊙ Contra esa providencia se formuló por la parte ejecutada recurso de reposición en el que adujo indefensión por vulneración del derecho de defensa y a ser asistido por el Letrado y Procurador de su elección, así como por no haber dispuesto de un plazo de diez días para oponerse a la ejecución desde que recibió en su persona la notificación. Considera, además, que esta última debió realizarse en el domicilio designado en la demanda ejecutiva.
- ⊙ El recurso de reposición fue desestimado por Auto del Juzgado de 23 de diciembre de 2005. Se comienza señalando que, conforme al artículo 28 LEC, la representación que ostentaba el Sr. Muñiz Nieto sobre don Pedro se extendía, a falta de prueba de revocación del poder, hasta la completa ejecución de la Sentencia, por lo que se había actuado correctamente dando traslado a ese Procurador de la demanda ejecutiva. Teniendo en cuenta que la notificación se produjo el día 18 de julio de 2005, el escrito de oposición a la ejecución formulado el día 26 de septiembre siguiente se presentó fuera de plazo.
- ⊙ Don Pedro interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente en amparo impugna el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Majadahonda, de 23 de diciembre de 2005, dictado en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales núm. 372-2005, que desestima el recurso de reposición formulado por el recurrente en amparo contra la providencia de 3 de octubre de 2005 que inadmitió por extemporáneo su escrito de oposición a la ejecución instada en su contra.

Como ha quedado expuesto, en el caso de autos la demanda ejecutiva no fue notificada a la parte ejecutada (recurrente en amparo) sino al Procurador que había ostentado años antes su representación en el proceso de separación del que traía causa aquélla. Comunicada por el Procurador al órgano judicial la circunstancia de que había cesado en la representación de esa parte y que se intentara la notificación personal del ejecutado a fin de evitarle indefensión, se rechazó sobre la base de que, conforme al artículo 28 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), le correspondía tal representación hasta que quedase ejecutada la Sentencia, dándole traslado nuevamente de la copia de la demanda ejecutiva por providencia de 7 de septiembre de 2005. Finalmente el citado Procurador contactó con la parte ejecutada, que en el plazo de diez días, a contar desde ese nuevo traslado, formuló su escrito de oposición a la ejecución, que fue rechazado por extemporáneo por providencia de 13 de octubre de 2005, al computarse el plazo tomando como *dies a quo* el de la

primera notificación al antiguo Procurador de la parte, actuante en el proceso de separación.

El recurrente en amparo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) por la falta de notificación personal de la demanda de ejecución y por la realización del acto de comunicación procesal a un Procurador que ya no ostentaba la representación de esa parte por haber concluido su función representativa en el anterior proceso de separación, sin que pudiera extenderse aquel poder al actual proceso de ejecución, como mantenía el órgano judicial. Tal actuación judicial le ha impedido ejercer su derecho a oponerse a la demanda ejecutiva, conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el artículo 24.1 CE.

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo solicitado al considerar que la actuación judicial discutida ha supuesto la vulneración del derecho fundamental invocado, al haber impedido al recurrente en amparo, a través de una interpretación rigorista de la normativa aplicable al caso, el ejercicio de su derecho de defensa frente a la ejecución instada en su contra.

Delimitados en los términos expuestos el objeto del presente recurso de amparo y las posiciones del demandante y del Ministerio Fiscal, la cuestión a enjuiciar estriba en determinar si en el presente caso se ha producido una denegación injustificada de acceso al proceso de ejecución contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) de la parte ejecutada.

El examen de la queja formulada requiere traer a colación la doctrina constitucional relativa al derecho al acceso a la jurisdicción. Cuando se cuestiona la lesión de ese derecho el control por parte de este Tribunal Constitucional de las resoluciones judiciales impugnadas ha de ser especialmente intenso, pues rige el principio *pro actione*, de estricta observancia para los órganos judiciales. Si bien tal derecho no obliga a una ineludible selección de la interpretación más favorable de la legislación aplicable, sí veda cualquier decisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra causa muestre una manifiesta desproporción entre los fines que aquélla preserva y los intereses que se sacrifican. En suma, cuando aparece comprometido el derecho de acceso al proceso, aunque no es función de este Tribunal interpretar la normativa procesal, sí lo es comprobar que la exégesis realizada por los órganos judiciales no resulta contraria a la Constitución en los términos indicados; esto es, habrá de comprobar que la resolución judicial no es arbitraria, irrazonable o incurra en error patente, así como que no resulta desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos (SSTC 205/1999, de 8 de noviembre, FJ 7; 231/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 165/2003, de 29 de septiembre, FJ 2; 144/2004, de 13 de septiembre, FJ 2; 294/2005, de 21 de noviembre, FJ 2; 63/2006, de 27 de febrero, FJ 2; y 10/2008, de 21 de enero, FJ 2).

3. A la luz de la doctrina expuesta el criterio que acogen las resoluciones judiciales impugnadas, calificando el escrito de oposición a la ejecución como extemporáneo, conduce de forma irrazonable e injustificada a la privación del acceso al proceso del recurrente en amparo.

En efecto, las resoluciones judiciales recurridas, partiendo de la idea de que el proceso de ejecución es un apéndice o continuación del proceso declarativo previo, consideraron que el acto de comunicación de la demanda ejecutiva al Procurador que había tenido el ejecutado en el previo proceso declarativo era conforme a derecho en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 LEC. Este precepto, en el que el Juez basó principalmente su decisión, dispone que «mientras se halle vigente el poder, el Procurador oír y firmará los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, incluso las de sentencias que se refieran a su parte, durante el curso de asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que siinterviniere en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste». Es decir, se trata de una norma que, al igual que el artículo 153 LEC, prevé la realización de los actos de comunicación judicial con las partes a través de su Procurador, pero par-

tiendo de la premisa de la existencia de un poder de representación vigente y de la necesidad de comunicar actos judiciales que se producen en el curso de un proceso, circunstancias que no concurrieron en el caso de autos.

Ciertamente, en el presente supuesto, se trataba de un proceso nuevo y autónomo del de separación, en el que era preciso, conforme exige el artículo 553.2 LEC, realizar la diligencia de notificación de la demanda ejecutiva a la persona del ejecutado para que pudiese personarse a través del Abogado y Procurador de su elección y, formular, de este modo, su escrito de oposición a la demanda ejecutiva. Sin embargo el Juez no cumplió con lo preceptuado en esa norma, impidiendo que la parte ejecutada se personase en la ejecución para oponerse a la pretensión de la ejecutante.

El órgano judicial, no veló, pues, por la correcta constitución de la relación jurídica procesal al despachar la ejecución, y tampoco actuó con posterioridad conforme al principio *pro actione* para permitir el ejercicio del derecho de defensa de la parte ejecutada una vez que el Procurador del proceso declarativo comunicó al ejecutado la existencia de la demanda ejecutiva. En efecto, cuando la parte formuló su escrito de oposición a la ejecución dentro del plazo de diez días a contar desde la notificación del proveído de 7 de septiembre de 2005, el órgano judicial lo calificó como extemporáneo sobre la base de que el cómputo del plazo para formular la oposición se contaba a partir de la notificación del primer proveído remitido al Procurador con fecha de 18 de julio de 2005. Tal decisión resultó absolutamente rigurosa y desproporcionada, vedando injustificadamente a la parte la posibilidad de oponerse a la ejecución, sobre todo, teniendo en cuenta que, siguiendo esa interpretación, el plazo para oponerse a la demanda ya estaba vencido cuando el Juez dictó el segundo de los proveídos (el de 7 de septiembre de 2005), con lo que se incurre, además, en una contradicción interna al haber dado al Procurador del proceso de separación un nuevo traslado de la demanda ejecutiva, cuya finalidad no podía ser otra que la de dar a la parte la posibilidad de contestarla.

Todo ello nos lleva a concluir que en el caso de autos el órgano judicial no cumplió con el deber de velar por los derechos de defensa de las partes en el seno del proceso a través de una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico-procesal, lo que ha de conducir al otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) al haberse cercenado el derecho del recurrente a oponerse a la demanda ejecutiva formulada en su contra.

CUSTODIA COMPARTIDA

Aunque se adoptó la custodia compartida sin oír personalmente a las menores, se acuerda declarar extinguido el recurso de amparo interpuesto por la madre al haberse practicado la exploración de éstas en fase de ejecución de sentencia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, AUTO 139/2008, DE 26 DE MAYO

ANÁLISIS DEL CASO

◉ En el proceso tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid sobre modificación de medidas complementarias de divorcio, seguido a instancia de don Fernando contra doña Cristina, se dictó Sentencia de 22 de julio de 2005, estimatoria de la demanda, por la cual se modificaban las medidas reguladoras del divorcio, acordándose en su lugar las siguientes: «1. Guarda y custodia de las menores compartida alternando anualmente la estancia y el cuidado de las menores. Se comenzará con el padre el mismo día que termine las vacaciones de verano de 2005 y para próximos años una vez finalice las vacaciones de verano 2. Ningún progenitor abonará pensión de alimentos para las menores haciendo frente a los gastos que generen durante el año que las tengan consigo. Los gastos extraordinarios se satisfarán por mitad debiendo estar de acuerdo los padres en dichos gastos excepto los ocasionados por razón de urgencia que no puedan retrasarse. 3. El fin de semana más largo de cada mes o puente escolar (fiesta local, autonómica o nacional) en caso de no existir, será el tercer fin de semana de cada mes desde la salida del colegio a las 20 horas del último día, trasladándose las menores debidamente acompañadas a donde resida el progenitor no custodio. Otro fin de semana alternativo con el anterior podrán los progenitores no custodios desplazarse a estar con sus hijas en la localidad donde residan con igual horario. Mitad de vacaciones escolares con cada progenitor y en caso de desacuerdo los años impares le corresponderá a la madre la primera mitad y el padre la segunda y a la inversa los años pares. En ejecución de sentencia practíquese un seguimiento trimestral por el equipo psicosocial. La entrega y la recogida en caso de conflicto se realizará en un punto de encuentro.»

◉ Doña Cristina interpuso recurso de apelación alegando que la custodia compartida prevista en el artículo 92 del Código Civil exigía el acuerdo de los cónyuges, y que a falta de éste sólo por excepción podía ser acordada judicialmente; que lo que recomendaban los Peritos no era la custodia compartida de las menores, sino estancias prolongadas de éstas con el padre; que no existía alienación parental y sí solamente ansiedad producida por la intervención en el punto de encuentro; que los cambios de residencia acordados en la Sentencia podían provocar en las menores cierto desarraigo e inestabilidad; así como que no se habían tenido en cuenta las circunstancias personales, familiares y laborales del padre de las menores, pues no se conocía si éste atendía directamente el cuidado diario de sus hijas o delegaba esta tarea en una tercera persona. A estas alegaciones añadió que el Juez no había oído a las menores personalmente, lo cual vulneraba lo dispuesto en los artículos 92.2 del Código Civil, 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Adujo además que tal omisión era contraria a la doctrina sentada en la STC 152/2005, de 6 de junio, sobre la necesidad de oír a los menores si tienen suficiente juicio antes de adoptar medidas que les afecten. Consecuentemente con esta argumentación, como prueba a practicar en la segunda instancia al amparo de lo dispuesto en el artículo 460 LEC, solicitó por otrosí la exploración judicial de las dos hijas menores.

- ⊙ La Audiencia Provincial, mediante Auto de 11 de julio de 2006, rechazó la práctica de la exploración de las menores porque éstas ya habían sido oídas en la instancia a través del informe emitido por el Equipo psicosocial adscrito al Juzgado, de modo que la prueba propuesta resultaba innecesaria. Tal Auto fue confirmado en súplica mediante otro de 11 de septiembre de 2006.
- ⊙ La AP de Madrid, Sec. 22.^a, dictó Sentencia el 29 de septiembre de 2006 desestimando el recurso de apelación. La sentencia se hace eco del informe del Equipo psicosocial adscrito al Juzgado y afirma que «lo contundente del citado dictamen, en cuya elaboración han sido oídas en profundidad las hijas, hacía innecesaria su exploración por el Tribunal, máxime teniendo en cuenta que, por su edad, no resultaba inexcusable tal diligencia, conforme a lo prevenido en los artículos 92 y 159 Código Civil».
- ⊙ Doña Cristina interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.
- ⊙ En ejecución de Sentencia se tramitó el procedimiento de ejecución 611-2007, en el cual se acumularon la pretensión de la madre sobre suspensión del régimen de visitas de sus hijas a favor de su padre y la deducida por don Fernando en solicitud de cumplimiento del calendario de visitas por la madre, así como para que se le apercibiera de que su incumplimiento podría acarrear un cambio de guarda y custodia. En la vista convocada al efecto se procedió a la ratificación y exposición del dictamen pericial emitido en el seno de este proceso de ejecución, depusieron ampliamente los peritos acerca del estado de las menores y la adecuación del régimen de custodia compartida, fueron interrogados ambos progenitores y se procedió a la exploración de ambas menores, dictándose finalmente Auto de 27 de abril de 2007 en el cual se acordó mantener íntegramente lo acordado en la Sentencia de 22 de julio de 2005, tanto en lo referente al régimen de visitas como al resto de las medidas que contiene.
- ⊙ Mediante providencia de 1 de febrero de 2008 el Tribunal Constitucional acordó dar vista de las actuaciones a las partes a fin de que alegasen lo que estimaran conveniente respecto a la posible pérdida de objeto del presente recurso de amparo.
- ⊙ La representación procesal de don Fernando formuló alegaciones el 20 de febrero de 2008, insistiendo en que los menores habían sido ya oídos personalmente por el juez el 20 de junio de 2007 en el proceso de ejecución 611-2007, en el cual se dictó Auto manteniendo el régimen de guarda y custodia alternativo, razón por la cual considera que el recurso ha perdido ya su objeto al haberse ya logrado lo pretendido en el proceso.
- ⊙ La demandante de amparo formuló alegaciones mediante escrito presentado el 21 de febrero de 2008, en las cuales considera que la demanda de amparo no ha perdido objeto. A tal efecto, tras reiterar los argumentos ya vertidos en la demanda de amparo, en el sentido de que las menores no fueron oídas por el juez sino por el Equipo psicosocial, afirma que, si bien es cierto que las menores fueron oídas con posterioridad a la demanda de amparo, tal audiencia no se encaminó a determinar con cuál de los progenitores preferían vivir sino que tuvo la finalidad de resolver las incidencias de la ejecución de las medidas acordadas. Considera por tanto que la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que se denuncia en la demanda no ha sido reparada en la vía judicial y que, en consecuencia, la demanda no ha perdido objeto.
- ⊙ El Ministerio Fiscal, en escrito presentado el 5 de mayo de 2008, considera que la demanda de amparo ha perdido objeto. Reiterando lo ya anticipado en la trámite de alegaciones en su día evacuado, razona que las menores fueron oídas en el incidente de ejecución de la Sentencia inicial, habiendo concluido el incidente con el dictado del Auto de 27 de junio de 2007, en el cual el Juez mantuvo los pronunciamientos de la Sentencia en cuanto a guarda y custodia compartida.
- ⊙ El Tribunal Constitucional declaró de oficio extinguido el recurso por pérdida sobrevenida de su objeto.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Motivos del recurso de amparo.

En la demanda de amparo se aduce vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) tanto de la demandante de amparo como de sus dos hijas, pues la falta de audiencia de las menores (siendo jurídicamente obligatoria, porque la edad de las menores, de 9 y 11 años, revela que tienen suficiente juicio) ha determinado que se acordara una custodia compartida que, por vivir los progenitores en Barcelona y Madrid, respectivamente, supone una alteración sustancial de los hábitos de conducta de las niñas debido al constante cambio de domicilio, ciudad, idioma, cultura, amigos, plan de estudios, etc. En apoyo de la argumentación desarrollada se alude a las previsiones legales contenidas en los artículos 92.2 del Código civil, 770 de la Ley de enjuiciamiento civil y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, así como a la doctrina constitucional contenida en la STC 152/2005.

En segundo lugar se alega que la omisión de la exploración de las menores vulneró también el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 CE), en la medida en que tal exploración podía resultar decisiva a la hora de apreciar el interés de las menores, interés que cobra gran relevancia en la decisión a adoptar.

Por otro lado insiste en que la omisión del trámite de audiencia ha conducido a que se adopte una resolución de custodia compartida sin que el Juez conociera la opinión de las menores al respecto, pues el informe del Equipo psicosocial fue elaborado a partir de entrevistas con las menores en las que no se les preguntó acerca de con cual de los progenitores querían vivir. Añade, además, que al orillarse la opinión de las menores se lesiona también su derecho a la integridad moral, reconocido en el artículo 15 CE. Finalmente pone en conocimiento de este Tribunal que la jurisdicción civil ha rechazado entrar a conocer de la demanda formulada por el progenitor de las menores para que éstas sean escolarizadas en Madrid, rechazo que se ha fundado en resultar incompatible con la suspensión de la Sentencia impugnada que acordó este Tribunal en la pieza de suspensión del presente recurso de amparo.

2. Alegaciones del padre de las menores.

La representación procesal de don Fernando S. M. formuló alegaciones mediante escrito presentado el 31 de octubre de 2007 en el Registro General de este Tribunal. En él argumenta que la obligación de oír a las menores de edad, impuesta por el articulado que en la demanda de amparo

se cita, no es incondicionada, sino que cuando los menores no alcanzan los doce años de edad la necesidad de oírlos está subordinada a que tengan suficiente juicio y ello se estime necesario. En el supuesto contemplado el órgano judicial lo reputó innecesario, por cuanto a través del Equipo psicosocial ya conocía el criterio de las menores y, además, el informe emitido por aquél alertaba de la fuerte mediatización de las manifestaciones de las menores como consecuencia de la influencia del entorno materno. El interés en preservar la estabilidad de las menores aconsejaba no someterlas a exploración, lo cual se acomoda al criterio rector de procurar el beneficio de los menores en todas estas actuaciones.

Aduce en segundo término que el recurso de amparo ha perdido su objeto, en la medida en que mediante él se pretende el reconocimiento del derecho de las menores a ser oídas en relación con la medida acordada, y tal finalidad ha sido ya alcanzada con posterioridad a la formulación de la demanda de amparo en el seno del proceso de ejecución 611-2007, terminado por medio de Auto de 27 de junio de 2007 en el que mantiene lo acordado en la Sentencia de 22 de julio de 2005 en relación a la guarda y custodia compartida.

Finalmente en el escrito de alegaciones se realiza un análisis de las distintas actuaciones judiciales seguidas tanto en el orden civil como en el penal, en las cuales se ha aducido la existencia de malos tratos a las menores por parte del padre sin que tales hechos hayan quedado acreditados, habiéndose puesto de manifiesto que su denuncia coincide con la proximidad al momento en que la custodia va a corresponder al padre.

3. Informe del Ministerio Fiscal.

El Ministerio público, mediante escrito presentado el 8 de noviembre de 2007, formuló alegaciones interesando la desestimación de la demanda de amparo. Tras realizar un resumen del iter procesal que condujo al dictado de la Sentencia de la Audiencia Provincial ahora impugnada llama la atención sobre la circunstancia de que, con posterioridad a la interposición de la demanda de amparo, el Juez de Primera Instancia núm. 29 de Madrid ha procedido a la exploración de las menores en el marco de un incidente de ejecución, en el cual, además, obran dos nuevos informes del Equipo psicosocial adscrito al Juzgado, incidente que ha terminado por medio de Auto de 27 de junio de 2007, en el cual se mantienen íntegramente los pronunciamientos sobre la guarda compartida y alterna de las menores.

Considera el Fiscal que la lectura completa de los preceptos concretamente invocados por la demandante de amparo pone de manifiesto que la audiencia de los menores puede llevarse a cabo, no sólo personalmente (o, en su caso, a través de representante), sino también a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con ellos puedan transmitirla objetivamente, según dispone el propio artículo 9 Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor. Además, cuando se dictó la Sentencia de la Audiencia Provincial el artículo 92 del Código Civil había sido redactado de nuevo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y, en lo que ahora interesa, la audiencia a los menores de doce años resulta condicionada a que tengan suficiente juicio y a que el juez «lo estime necesario», de modo que la cuestión se traslada a la valoración de la razonabilidad de la resolución judicial. Y en el supuesto contemplado hay que apreciar no cabe negar tal razonabilidad, toda vez que los informes en que se basa pueden reputarse imparciales, a la vista del órgano que los emite (adscrito al propio Juzgado), el cual, partiendo de entrevistas personales con las menores, ha efectuado su seguimiento desde un inicio. A esto ha de añadirse que, con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo, las menores han sido exploradas por el Juez en el ámbito del proceso de ejecución en el que se ha decidido mantener los pronunciamientos de la Sentencia impugnada, todo lo cual desprovee de objeto a la demanda de amparo.

Por lo demás señala el Ministerio público que las SSTC 21/2002 y 152/2005, que en la demanda se citan en apoyo de la pretensión de amparo, son anteriores a la reforma del artículo 92 del Código Civil; resuelven casos en los cuales no existió audiencia a las menores ni directa ni indirectamente; y, finalmente, en los supuestos aprobados en ellas existía riesgo para la integridad moral de las menores hasta el punto de exigir una exploración intensa de ellas.

En lo que atañe a la aducida vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes entiende el Fiscal que, partiendo de que la audiencia a las menores es una prueba pertinente y relevante en aquellos juicios en los cuales ha de decidirse sobre su guarda y custodia, no por ello deja de resultar preciso, para apreciar lesión del derecho invocado, que la solicitud de práctica de prueba se produzca en momento adecuado, lo que no ha sucedido en el presente supuesto, toda vez que tal prueba no se solicitó en la instancia y no tiene encaje en los supuestos que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 460 LEC, permiten su práctica en la segunda instancia.

La argumentación del Ministerio público se cierra con remisión a lo anteriormente expuesto sobre la racionalidad de la resolución judicial cuando afirma la posibilidad de conocer el parecer de los menores a través de los completos informes del Equipo psicosocial.

4. Fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional para declarar extinguido el proceso constitucional por pérdida sobrevenida de su objeto.

Constituye doctrina reiterada de este Tribunal (por todas STC 84/2006, de 27 de marzo) que «la desaparición sobrevenida del objeto del proceso, aun cuando no contemplada expresamente en el artículo 86.1 LOTC, ha sido admitida por este Tribunal como forma de terminación de los distintos procesos constitucionales. Así lo hemos considerado en los casos en que, en el procedimiento que dio origen al recurso de amparo, los propios órganos judiciales han reparado las lesiones del derecho invocado en sede constitucional, o bien cuando la reparación se ha producido por desaparición de la causa o el acto que inició el procedimiento (SSTC 151/1990, de 4 de octubre, FJ 4; 139/1992, de 13 de octubre, FJ 2; 57/1993, de 15 de febrero, FJ único; 257/2000, de 30 de octubre, FJ 1; y 10/2001, de 29 de enero, FJ 2; y ATC 945/1985, de 19 de diciembre, FJ único)».

Así podemos decir que, constituyendo el recurso de amparo un remedio jurisdiccional idóneo únicamente para la reparación de lesiones singulares y efectivas de los derechos fundamentales, sin que puedan hacerse valer por medio de dicha vía otras pretensiones que las dirigidas al restablecimiento o a la preservación de aquellos derechos (artículo 41.3 LOTC), cuando dicha pretensión se ha visto satisfecha fuera del propio proceso de amparo no cabe sino concluir, en principio, que éste carece desde ese momento de objeto sobre el cual deba pronunciarse este Tribunal (por todos, ATC 156/2003, de 19 de mayo, FJ 5). En tales supuestos la demanda de amparo deja de tener objeto, toda vez que la reparación de la lesión del derecho por otra instancia distinta, con anterioridad a que este Tribunal haya resuelto sobre la pretensión ante él deducida, hace perder sentido al pronunciamiento sobre una vulneración ya inexistente, salvo que, como también hemos afirmado reiteradamente, a pesar de haber desaparecido formalmente el acto lesivo debieran tenerse en cuenta otros elementos de juicio que siguieran haciendo precisa nuestra respuesta (por todas, SSTC 39/1995, de 13 de febrero, FJ 1; 87/1996, de 21 de mayo, FJ 2; y 13/2005, de 31 de enero, FJ 2).

En el presente recurso de amparo se aduce que la omisión de la exploración de las menores

en relación con la guarda y custodia compartida y alternativa, acordada judicialmente y que se debatía en el proceso judicial *a quo*, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Pues bien, según queda indicado en los antecedentes de esta resolución y aducen tanto el Ministerio público como la representación procesal de don Fernando S.M., en la fase de ejecución de la Sentencia impugnada en este recurso de amparo se ha tramitado incidente de ejecución, en cual se ha sometido a consideración del órgano judicial la conveniencia de mantener o reformar la guarda compartida y alternativa de las menores, habiendo decidido el Juez su mantenimiento por Auto de 27 de junio de 2007, que consta unido a la pieza de suspensión de este recurso de amparo. Para adoptar tal decisión se ha practicado en el referido incidente, no sólo el interrogatorio de los progenitores y la pericial del Equipo psicosocial, sino también la exploración judicial de las menores con la asistencia del Ministerio Fiscal, según consta en la copia digitalizada de la vista celebrada en el proceso de ejecución 611-2007.

Consecuentemente cabe afirmar que la eventual lesión de derechos fundamentales que pudiera haberse producido como consecuencia de haberse adoptado la decisión judicial en relación con la guarda y custodia de las menores sin que éstas hubieran sido oídas previamente de modo personal y directo, aunque sí a través del Equipo psicosocial, habría quedado reparada en el marco del mismo proceso judicial al ser exploradas las menores antes de resolver el proceso de ejecución en el que se cuestionaba precisamente la conveniencia de mantener el régimen de su custodia compartida y alternativa.

Así las cosas, como la pretensión dirigida al restablecimiento o la preservación de los derechos presuntamente vulnerados (artículo 41.3 LOTC) se ha visto satisfecha fuera del propio proceso de amparo, cabe concluir «que éste carece desde ese momento de objeto sobre el que deba pronunciarse este Tribunal» (por todas, STC 13/2005, de 31 de enero, FJ 2, y ATC 156/2003, de 19 de mayo, FJ 5).

VIVIENDA FAMILIAR

Aunque se reconoce que la esposa y el hijo se encuentran ocupando la vivienda en precario se desestima la demanda interpuesta al apreciarse un fraude de ley en la partición de la herencia de los titulares de la vivienda, al haber hecho el marido una dejación de sus derechos respecto a dicha vivienda con la finalidad de crear un título a favor de sus hermanos para ejercitar la acción reivindicatoria.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Los esposos don Ángel Daniel y doña Araceli eran dueños de una vivienda sita en Sama de Langreo, cuyo uso cedieron gratuitamente a su hijo don Esteban para que fuera ocupada por él y su esposa doña Marcelina, que la habitaron en compañía del hijo común de ambos Juan Miguel.
- ⊙ Producida la ruptura matrimonial, la sentencia de separación atribuyó el uso de dicha vivienda a la esposa en cuya compañía quedaba el hijo menor del matrimonio.
- ⊙ Fallecidos don Ángel Daniel y doña Araceli, titulares de la vivienda, don Valentín como heredero de aquéllos interpuso demanda de desahucio contra su hermano don Esteban y su esposa doña Marcelina, de la que se hallaba separado, para recuperar la posesión de la vivienda; demanda que fue desestimada por razón de estimarse improcedente el ejercicio de tal acción entre copropietarios.
- ⊙ Fallecido también don Valentín, sin haberse producido la partición de la herencia de sus padres, quedan como herederos respecto de la vivienda don Esteban y sus sobrinos, hijos de aquél, don Valentín y sus hermanas doña Begoña y doña Frida. Mediante escritura de 29 de mayo de 1996, los citados «como únicos interesados en las herencias de don Ángel Daniel y doña Araceli» y «a cuenta de futura partición» aceptan las herencias de éstos y acuerdan adjudicar la vivienda por terceras partes iguales a favor de doña Begoña, doña Frida y don Valentín.
- ⊙ Don Valentín interpuso demanda de menor cuantía contra doña Marcelina y su hijo menor de edad Juan Miguel, solicitando que se dictase sentencia condenando a los demandados a dejar libre y expedita, a disposición de la propiedad, la vivienda que ocupan en Sama de Langreo, dándoles a tal fin, en fase de ejecución de sentencia, el plazo previsto en los artículos 1596 y siguientes de la LEC y demás concordantes para el desalojo, con imposición de costas a la parte demandada.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Marcelina contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que «... se dicte Sentencia por la que apreciando las excepciones de falta de legitimación *ad causam* y de falta de litis consorcio pasivo necesario desestime la demanda sin entrar en su fondo y subsidiariamente desestime igualmente la acción por no concu-

rrir los requisitos para la acción reivindicatoria promovida y basarse en título dominical hecho en fraude de ley y acreedores, con imposición al demandante de las costas causadas.»

- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Langreo dictó Sentencia el 29 de julio de 1999 estimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Asturias dictó Sentencia el 27 de octubre de 2000, estimando el recurso interpuesto por doña Marcelina y desestimando la demanda.
- ⊙ Don Valentín interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de la Audiencia Provincial aborda el estudio de la acción reivindicatoria entablada contra los demandados y, tras constatar la existencia de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para que pueda prosperar y recoger también la doctrina de esta Sala respecto a la situación de precario que se crea en virtud de la cesión gratuita de los padres a los hijos por razón de su matrimonio, viene a reconocer que la atribución de uso a uno de los cónyuges que se produce por virtud del proceso matrimonial no supone la creación de un derecho real específico ni puede interferir en los derechos de terceros ajenos al proceso matrimonial. No obstante, entiende que la partición realizada lo ha sido en fraude de ley y con la finalidad de crear un título para la reivindicación por lo que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil, considera que tal fraude no puede alterar la situación de hecho existente en orden a la ocupación de la vivienda por los demandados.

Los dos motivos que integran el recurso son susceptibles de una consideración conjunta, siendo así que ninguno de ellos se refiere a una incorrecta aplicación por la Audiencia Provincial de la doctrina del fraude de ley, que constituye la *ratio decidendi* de la sentencia que se impugna. El primero se produce por infracción del artículo 348, párrafo 2.º, del Código Civil, según el cual el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla, y el segundo por infracción de la jurisprudencia referida al derecho de uso de la vivienda común concedido a uno de los cónyuges en el proceso matrimonial, en cuanto no puede generar un derecho antes inexistente, lo que viene reconocido expresamente por la sentencia que se impugna.

Como ya se ha dicho, la sentencia recurrida basa la desestimación de la demanda en que la actuación del demandante se ha producido en fraude de ley, lo que determina su ineficacia frente a la parte demandada y el mantenimiento a favor de la misma del derecho de uso que le venía conferido sobre la

vivienda familiar a raíz del proceso matrimonial. La sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2006, con cita de la de 28 enero 2005, viene a recoger la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 6.4 del Código Civil en los siguientes términos: «el fraude de ley requiere como elemento esencial, un acto o serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violan el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la Ley (Sentencias, entre otras, de 17 de abril de 1997, 3 de febrero de 1998, 21 de diciembre de 2000). Se caracteriza (Sentencias, entre otras, de 4 de noviembre de 1994, 23 de enero de 1999, 27 de mayo de 2001, 13 de junio de 2003) por la presencia de dos normas: la conocida, denominada “de cobertura”, que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta se pretende eludir, que es la norma denominada “eludible o soslayable”, amén que ha de perseguir un resultado contrario a lo ordenado o prohibido imperativamente (Sentencias de 27 de marzo de 2001 y 30 de septiembre de 2002). Es claro, que no se requiere la intención, o conciencia, o idea dirigida a burlar la ley (Sentencias de 17 de abril de 1997, 3 de febrero de 1998 y otras), pero es preciso que la Ley en que se ampara el acto presuntamente fraudulento no le proteja suficientemente (Sentencia de 23 de febrero de 1993) y que la actuación se encamine a la producción de un resultado contrario o prohibido por una norma tenida como fundamental en la materia, y tal resultado se manifieste de forma notoria e inequívocamente (Sentencias de 4 de noviembre de 1982 y 30 de junio de 1993)».

En el caso presente resulta indiscutible que se ha constituido una titularidad del demandante y sus hermanas, a las que representa, sobre la vivienda en cuestión que, en principio, le habilita para dar fin a la situación de precario de la que se beneficia la demandada. Pero existen hechos, que son los que ha tenido presentes la Audiencia, que demuestran el *iter* fraudulento y preconcebido en la sucesión del bien para crear una legitimación *ad hoc* que permita

ejercer al actor los derechos dominicales de que se pretende valer a los que se anuda una dejación de derechos por parte del esposo de la demandada en cuanto a los que pudieran corresponderle sobre la vivienda de que se trata.

No puede desconocerse que el artículo 1058 del Código Civil atribuye a los herederos mayores de edad que gocen, además, de la libre disposición de sus bienes, la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente. Dicha facultad, en palabras de la Sentencia de 19 junio 1997, es tan amplia que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, con lo que se trata más bien de actos de disposición que de partición. La naturaleza de este hecho —dar ejecución a la distribución del caudal hereditario—, es de relación contractual, al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, al acomodarse a sus intereses (SS. 3 de enero de 1962, 25 de febrero de 1966, 21 de mayo de 1966, 18 de febrero de 1967, 8 de febrero de 1996 y 12 de noviembre de 1996), sin que sea necesario que afecte a todos los bienes, pues puede proyectarse sobre parte de los mismos, subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes o llevarse a cabo la definitiva en su momento, que

tendrá en cuenta la parcial precedente, y ésta tiene acceso al Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento. Pero no es tal la situación generada en el caso pues, siendo herederos tanto el actor y sus hermanas, todos ellos por representación de su padre don Valentín (artículo 924 Código Civil), como su tío don Esteban, esposo de la demandada, en lugar de efectuar una verdadera partición, total o parcial, realizan algo distinto buscando un resultado antijurídico al amparo de dicha norma, como es atribuir pro indiviso a los primeros —que tienen conjuntamente un derecho a la mitad del caudal hereditario— la propiedad íntegra de la vivienda, excluyendo de todo derecho sobre ella al esposo de la demandada —titular de un derecho a la herencia que representa la mitad restante de la misma— sin siquiera señalar si existen o no otros bienes hereditarios al faltar un inventario de los mismos. Resulta así que al amparo de una norma de cobertura (artículo 1058 CC) se actúa en perjuicio de quien tiene un derecho sobre un bien —en este caso, la vivienda— que resultaría inatacable si tal bien se hubiera atribuido en la partición a quien lógicamente habría de corresponder no sólo por ser el mayor partícipe en la herencia sino también por habérsele concedido inicialmente su posesión sin haber sido revocada tal concesión en momento alguno.

CONVENIO REGULADOR

Aunque el padre manifestó en el convenio regulador de la separación que el piso ganancial se adjudicara a la esposa en el 50% y el otro 50% a los hijos, se desestima la demanda interpuesta por la esposa para que se otorgase la correspondiente escritura pública de donación, entendiendo el Tribunal Supremo que en el convenio regulador sólo se contenía una promesa de donación, no llegando a perfeccionarse la donación en ningún momento.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2008

Ponente: Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Carlos Alberto y doña Leonor estaban casados en régimen de gananciales. El 15 de mayo de 1993 se dictó sentencia de separación y se disolvió el régimen.
- ⊙ En el convenio regulador figuraba la siguiente cláusula relativa al piso adquirido por el marido don Carlos Alberto para la sociedad de gananciales: «Cuarto. En cuanto a los efectos de la separación se acuerda la disolución de la sociedad de gananciales, liquidándola de común acuerdo o en ejecución de sentencia. Si bien a los efectos de dicha liquidación desde ahora pactan lo siguiente: A) El piso ganancial sito en Gijón ... se adjudicará así: el cincuenta por ciento a la esposa en plena propiedad y el

otro cincuenta por ciento a los tres hijos del matrimonio por iguales terceras partes en plena propiedad. Aunque estas medidas sean efectivas en el momento de ganar firmeza la ejecución de sentencia o al otorgamiento de la escritura de liquidación, expresamente pactan que entrarán en vigor desde la fecha de la firma del presente convenio regulador. (...) Sexto. Asimismo se comprometen ambos, a los efectos de dar total cumplimiento a lo aquí pactado, a firmar de forma extrajudicial y amistosa, cuantos documentos públicos o privados sean necesarios. Todos ellos sin más trámite que el simple requerimiento del otro». Nunca se formalizó la escritura pública de donación.

⦿ El 27 de noviembre de 1998, don Carlos Alberto envió a sus hijos una comunicación señalando que la voluntad de donar no subsistía, a lo que respondieron recordando a su padre la obligación de otorgar las correspondientes escrituras. Mientras, los hijos habían pagado el 5 de octubre de 1995 el impuesto de donaciones.

⦿ Don Carlos Alberto interpuso demanda de menor cuantía contra doña Leonor, solicitando que «se dicte sentencia estimando la acción de división de cosa común y por la que una vez estimado el valor del bien, se decrete su adjudicación a la demandada previa indemnización por parte de ella a don Carlos Alberto en la suma que equivalga a la mitad del valor estimado del bien o, subsidiariamente, para el caso de que no estuviera interesada doña Leonor en adjudicarse el piso, se acuerde la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños del bien inmueble referido y el reparto por mitad entre las partes del precio obtenido con dicha venta, imponiendo las costas a la demandada si se opusiera».

⦿ Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de doña Leonor como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: «... se dicte sentencia por la que se estime la excepción formulada, y en todo caso se desestimen íntegramente las pretensiones del actor, absolviendo a doña Leonor de las pretensiones interesadas de contrario, e imponiendo al actor las costas del procedimiento, por su manifiesta temeridad y mala fe».

⦿ Doña Leonor presentó escrito solicitando la acumulación de los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía núm. 49/1999 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de dicha localidad, promovidos por su representada y sus tres hijos doña Maribel, don Leonardo y don Augusto, contra don Carlos Alberto. Conferido traslado de dicha solicitud a la parte actora, con fecha 10 de marzo de 1999, se dictó Auto, que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: «Se acuerda la acumulación a los presentes autos de los seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Gijón núm. 7, menor cuantía 49/1999, dirigiéndose oficio a dicho Juzgado, con testimonio de este auto, de la demanda y solicitud de acumulación para que los remita a este Juzgado a fin de tramitarlos en un solo juicio».

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón dictó Sentencia el 2 de octubre de 1999 desestimando la demanda interpuesta por don Carlos Alberto y estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña Leonor, declaró la obligación del don Carlos Alberto de otorgar escritura pública de donación de la mitad indivisa de la vivienda sita en CALLEooo, NÚMooo-NÚMoor de Gijón en favor de sus hijos doña Maribel, don Leonardo y don Augusto, y para el caso de que el Sr. Carlos Alberto no cumpla con la obligación dicha escritura se otorgará por el Juez, y todo ello con expresa imposición de costas a dicho demandado.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Asturias dictó Sentencia el 30 de octubre de 2000 desestimando el recurso interpuesto por don Carlos Alberto.

⦿ Don Carlos Alberto interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que estimó la demanda interpuesta por don Carlos Alberto.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Juzgado declaró que lo acordado en el convenio regulador de separación no es una mera manifestación de voluntad sin efecto jurídico alguno, es un acuerdo de voluntades, un negocio jurídico que los firmantes del mismo suscribieron consciente y voluntariamente. Y ello porque el convenio forma parte de una sentencia firme y ejecutable, conforme a los artículos 919 y 924 LEC y porque la única causa de la falta de la forma «es la voluntad renuente del Sr. Carlos Alberto a cumplir, conforme a lo pactado» lo previsto en el artículo 633 CC. La sentencia del Juzgado fue confirmada por la de la Sec. 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 30 de octubre de 2000. Los argumentos utilizados fueron que «el convenio regulador y las estipulaciones en el mismo contenidas no puede ser calificado, como se propugna por el recurrente, de una “mera declaración de intenciones” o si se quiere en este caso una mera promesa de donación –cuya validez y consiguiente eficacia vinculante en la actualidad la jurisprudencia niega (Sentencias de 22 de junio de 1982 y 23 de diciembre de 1995) (...) sino de un verdadero negocio jurídico cuya eficacia vinculante deriva del amplio reconocimiento que la Ley 30/1981 ha reconocido a la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, muy especialmente en las cuestiones económicas y patrimoniales».

El único motivo del recurso denuncia la infracción de los artículos 618, 623, 633 y 629 CC. Los argumentos que utiliza son los siguientes: En el convenio no han intervenido los hijos del matrimonio por razones obvias. Se trata, por tanto, de una mera manifestación de voluntad del Sr. Carlos Alberto que en ningún momento fue seguida por el otorgamiento de la escritura pública. No se ha perfeccionado la donación, porque el donante no conoció en ningún momento la aceptación, que era necesaria, así como el otorgamiento de la escritura pública, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 623 y 633 CC. Por ello no puede decirse que se haya cumplido el requisito de la forma, ni se aceptara la donación en escritura pública, requisito que es exigido por el CC *ad solemnitatem*, por lo que nunca llegó a perfeccionarse dicho negocio. Considera que el convenio regulador no tenía carácter bilateral, puesto que la cesión de la mitad ganancial del piso que le pertenecía no tuvo ninguna contrapartida y no tenía en el momento en que se efectuó otra causa que la simple liberalidad de don Carlos Alberto a cuyo favor nada se acordaba en el convenio. Añadía que aunque el convenio es un documento público, no es una escritura.

Este motivo debe estimarse.

En el convenio regulador cuyo pacto cuarto se ha transcrito en el anterior Fundamento, se contiene una promesa de donación de la mitad ganancial del piso, correspondiente al recurrente, a favor de los hijos del matrimonio. Ello se demuestra por lo siguiente: a) falta la aceptación de los donatarios, que no puede existir en el propio convenio al no poder intervenir, dada la naturaleza del mismo, ni tampoco se produjo en un momento posterior con las formalidades exigidas en el artículo 633.2 CC, y b) Falta asimismo la escritura pública exigida en el artículo 633.1 CC para la validez de la donación (SSTS de 10 de noviembre de 1994, 5 de noviembre de 1996, 31 de julio de 1999, 21 de marzo de 2003, 16 de julio de 2004, entre muchas otras). Ello lleva a la conclusión de que el acto de liberalidad realizado por el recurrente deba ser calificado como promesa de donación e implica que debemos examinar si esta promesa produce efectos y, por ello, vincula al promitente, obligándole a otorgar la correspondiente escritura de donación.

Esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación. Ya la Sentencia de 6 de junio de 1908 dijo que «constituyendo un acto de liberalidad no basta la simple promesa, aunque aquélla fuese aceptada, porque siendo la misma voluntad ambulatoria la que determina la naturaleza de estos actos es indispensable para su efectividad la acción o realización del acto por el donante y la aceptación probada por parte del donatario y en la forma y términos que establece el artículo 632 CC», por lo que la de 27 de junio de 1914 concluía que si no hay aceptación, no hay donación. Esta doctrina ha venido siendo ratificada por sentencias posteriores entre las que cabe citar las de 25 de abril de 1924, 22 de enero de 1930, 21 de noviembre de 1935, que requiere la aceptación por escrito, 21 de junio de 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, así como las de 22 de junio de 1982, 23 de diciembre de 1995, 6 de febrero de 1996 y 19 de junio de 1999. La de 25 de noviembre de 2004 afirma que «ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles». En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa de donación como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de aquélla en la que concurren todos los requisitos legales. Es un concepto inoperante sin trascendencia jurídica, porque la promesa de donación unilateral no es válida al carecer de los

requisitos exigidos por el Código Civil para la validez de la misma donación.

Sobre esta base, debe estimarse el motivo presentado por el recurrente, quien considera que al ser nulo el pacto de donar a los hijos la mitad indivisa correspondiente al esposo del bien ganancial consistente en el piso, debe procederse a practicar

la división del mismo. Y ello con independencia de que quizá hubiera sido técnicamente más adecuada la petición directa de la ineficacia parcial de dicho convenio en lo que se refiere a dicho pacto, para pasar a pedir la división del citado inmueble, lo que, a pesar de su mejor corrección técnica, no impide la estimación del recurso.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se presume que la esposa dio su consentimiento a la compraventa del inmueble ganancial, ya que el precio obtenido fue destinado a la liberación del gravamen que pesaba sobre la finca enajenada, producto del procedimiento ejecutivo seguido contra los esposos para la satisfacción de una deuda ganancial y, además, una de las entregas de dinero en que consistió el precio del contrato fue presenciada por la esposa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Juan María y don Antonio interpusieron demanda de menor cuantía contra don Ignacio y doña Esperanza solicitando que se dictase sentencia por la cual «se condene a los demandados a otorgar la correspondiente escritura pública de la finca objeto del contrato de compraventa a nombre de mis representados, y en su defecto, dicha escritura sea otorgada por la autoridad judicial competente para el caso de que los demandados se negaran a ello, todo ello con expresa imposición de las costas a los demandados».

⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de doña Esperanza se contestó a ésta, y, al mismo tiempo, formuló reconvencción, suplicando al Juzgado, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte Sentencia por la que, estimando en todas sus partes la demanda reconvenccional, declare nulo el contrato de compraventa suscrito entre don Ignacio y don Juan María y don Antonio, de fecha 9 de noviembre de 1993, condenando a los últimos demandados a estar y pasar por dicha declaración y al desalojo de la finca a que se refiere el citado contrato, dejándola libre, vacua y expedita, con apercibimiento de lanzamiento si no lo efectúan, así como al pago de las costas de esta reconvencción».

⊙ La representación procesal de don Ignacio, por su parte, presentó escrito allanándose a la demanda.

⊙ Habiéndose dado traslado a los actores de la demanda reconvenccional, por la representación procesal de éstos se contestó a ésta, suplicando al Juzgado, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que estimaron de aplicación: «... dicte sentencia condenando a los demandados conforme al suplico de la demanda por nosotros formulada y desestimando la demanda reconvenccional, absuelva a esta parte de los pedimentos contenidos en la misma, todo ello con expresa condena en costas».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Loja dictó Sentencia el 27 de septiembre de 1999 desestimando la demanda y estimando la reconvencción declaró la nulidad del contrato de compraventa celebrado con fecha de 9 de noviembre de 1993 entre don Ignacio, de una parte, y don Juan María y don Antonio, de otra, y condenó a las partes a estar y pasar por dicha declaración y a la restitución de las cosas objeto del contrato, debiendo los compradores desalojar la

finca rústica, bajo apercibimiento de lanzamiento, y el vendedor, don Ignacio, restituir el precio de 6.700.000 pesetas.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Granada dictó Sentencia el 27 de octubre de 2000 estimando el recurso interpuesto por don Juan María y don Antonio y condenó a los demandados a que, dentro del plazo que señale el Juzgado, otorguen escritura pública de venta de la finca litigiosa, o, en otro caso, se haga a su costa.
- ⊙ Doña Esperanza interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El argumento jurídico de la sentencia de la Audiencia Provincial fue que, si bien la esposa no intervino en la celebración del contrato de compraventa de la finca, prestó, sin embargo, su consentimiento a dicho negocio jurídico, lo que se infiere del conjunto de circunstancias que aparecen probadas en el proceso, entre las que destaca el hecho de que los compradores demandantes tuvieron la posesión del inmueble desde el momento de la celebración del contrato —el día 9 de noviembre de 1993, habiéndose presentado la demanda el 10 de octubre de 1997—, así como que era usual en el matrimonio la venta por el esposo de fincas de carácter ganancial sin la intervención formal de la esposa al concertarse el contrato, y sin que luego ésta se opusiera al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa. Se destaca asimismo que, habiendo soportado la finca enajenada un embargo por deudas gananciales, acordado en un juicio ejecutivo seguido contra ambos esposos, dicho embargo se alzó en fechas inmediatas a la recepción del precio de venta por el esposo, con la consiguiente liberación del gravamen; y se añade que de la declaración de uno de los testigos que depuso en el procedimiento, se desprende el hecho de que la esposa presencié una de las entregas de dinero. De todo lo cual deduce la Audiencia que la esposa codemandada consintió tácitamente el contrato de compraventa, que, por tal razón, es válido y eficaz, procediendo su formalización en los términos interesados por los actores en la demanda.

Los criterios jurisprudenciales en relación con lo que es el objeto del litigio son los siguientes:

A) El acto de disposición de un bien ganancial realizado por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro se puede anular —anulabilidad, no nulidad— (Sentencias de 17 de abril de 1990, 7 de junio de 1990, 22 de diciembre de 1993, 29 de septiembre de 2006, y 20 de septiembre de 2007), a instancia de aquel cuyo consentimiento se hubiera omitido (Sentencias de 17 de abril de 1990, 22 de diciembre de 1993 y 20 de septiembre de 2007), según lo

dispuesto en el artículo 1322 del Código Civil, que concreta la sanción legal prevista para el caso de no haberse dado cumplimiento a lo que dispone el 1377, conforme al cual, tratándose de la venta de un bien ganancial, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

B) El consentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentimiento como por su aquietamiento y conformidad a la actividad dispositiva materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos (Sentencias de 10 de octubre de 1982, 28 de enero y 6 de diciembre de 1983, 5 de mayo de 1986 y 20 de junio de 1991, entre otras). Según reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencias de 16 de abril de 1985, 6 de octubre y 6 de diciembre de 1986, 20 de junio de 1991, 19 de junio de 1993, 2 de julio de 2003 y 29 de septiembre de 2006), el consentimiento de la esposa puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio, y también inferido de las circunstancias concurrentes, debiendo ponderarse la pasividad de la esposa y su no oposición a la enajenación conociendo la misma, así como la ausencia de fraude o perjuicio, e incluso el silencio, que puede ser, en estos casos, revelador de consentimiento.

C) Esta doctrina jurisprudencial concuerda con la sentada también por esta Sala, conforme a la cual la determinación del consentimiento, tácitamente manifestado, es cuestión de hecho que incumbe investigar a la Sala de instancia (Sentencias de 2 de julio de 2003 y de 29 de septiembre de 2006, entre muchas otras), para lo cual puede valerse tanto de pruebas directas como de las presunciones, infiriendo la presencia del consentimiento *uxoris* a partir de los hechos acreditados en el proceso por medios directos de prueba, que operan como hechos base desde los que se desarrolla el proceso deductivo que conduce al resultado inferido, el cual no puede ser revisado en casación salvo que falte entre aquéllos y éste un enlace preciso y directo ajustado a la lógica, esto es, cuando la inferencia no sea conforme al

raciocinio humano, o se asiente en un error patente (Sentencias de 20 de julio de 2006 y de 7 de marzo de 2007, entre las más recientes). Fuera de tales casos, el hecho deducido debe ser respetado en sede casacional, y no puede ser sustituido por el que propugna la parte recurrente, producto de su propia inferencia, por mucho que el resultado propuesto sea igualmente lógico y razonable, pues, como reiteradamente ha precisado esta Sala, la prueba de presunciones no ofrece un resultado unívoco, sino que, a diferencia de los *facta concludentia*, permite diversos resultados, todos ellos posibles y admisibles, siempre que sean producto de una inferencia lógica (Sentencias de 20 de julio de 2006 y de 7 de marzo de 2007, entre muchas otras). Y, desde luego, la revisión casacional de la prueba de presunciones debe tener como presupuesto ineludible el respeto de aquellos hechos sobre los que se despliega el proceso deductivo, que no pueden ser soslayados, eludidos o desconocidos por la parte recurrente, y mucho menos sustituidos por los que ésta presenta, producto de su particular valoración de la prueba, sin haber desvirtuado la efectuada por el tribunal de instancia a través del estrecho cauce del error de derecho en la apreciación probatoria (Sentencias de 28 de enero y 7 de marzo de 1997, 27 de enero de 2000, 12 de marzo de 2001 y 21 de mayo de 2001 y 7 de marzo de 2007, entre muchas otras).

La parte recurrente basa su denuncia casacional en que, siendo necesaria la prueba completa del consentimiento *uxoris* –y no del simple conocimiento– cuando el acto dispositivo recae sobre bienes gananciales, la deducción que hace la Sala de instancia, que le lleva a considerar acreditado el consentimiento implícito de la esposa a la compraventa realizada por su marido, es ilógica, no siendo posible establecer una presunción sobre otra presunción, como hace el tribunal sentenciador, que presume que aquella tuvo conocimiento de la compraventa

y, a partir de esa presunción, deduce que prestó su consentimiento a la misma.

La recurrente combate, pues, la inferencia efectuada por la Audiencia y el resultado obtenido de ella, por no ajustarse a la lógica, pero, en realidad, esa afirmación no encierra más que su disconformidad con las deducciones del tribunal de instancia, las cuales, sin embargo, demuestran ser producto de un juicio efectuado conforme a las reglas del raciocinio humano, del que se deriva un enlace preciso y directo entre el hecho base y el hecho deducido, que no consiste en el mero conocimiento por parte de la esposa de la compraventa que su marido había realizado con los demandantes, sino en su real y efectivo, si bien implícito, consentimiento perfeccionador de dicho negocio jurídico, deducción cuya corrección viene avalada por la ausencia de fraude o perjuicio –y se destaca en este aspecto la circunstancia de que el precio obtenido fue destinado a la liberación del gravamen que pesaba sobre la finca enajenada, producto del procedimiento ejecutivo seguido contra los esposos para la satisfacción de una deuda ganancial–, y por el relevante –y revelador– hecho de que una de las entregas de dinero en que consistió el precio del contrato fue presenciada por la esposa ahora recurrente, según se desprende de la prueba testifical practicada en autos, cuyo resultado pretende ésta desvirtuar a fuerza de cuestionar el interés del testigo don Millán en el resultado del pleito, habida cuenta de su condición de mediador en la operación, en lo que constituye un intento, no ya sólo de revisar la señalada prueba testifical, regida por las reglas de la sana crítica y, por tanto, ajena al control casacional, sino de analizar en su conjunto el resultado probatorio, lo que no es posible so pena de desvirtuar el objeto y el carácter de este recurso, así como su función y finalidad.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se consideran privativos los apartamentos que, constante la sociedad de gananciales, adquirió el esposo, al acreditarse que el dinero provenía de la venta de una finca privativa de la esposa que adquirió por herencia de sus padres, no siendo obstáculo para ello que en la escritura de capitulaciones matrimoniales se hiciese constar que tenían carácter ganancial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Alfredo interpuso demanda de menor cuantía contra doña Dolores solicitando que se dictase sentencia por la que se procediese a la liquidación de la sociedad ganancial y una vez determinado el

activo existente, como haber de la sociedad de gananciales, se procediese a dividirlo por mitad entre demandante y demandada, adjudicándose a cada una de las partes el pleno dominio de la mitad de los bienes que le correspondiese, cesando la comunidad, a ser posible sin adjudicar cuotas indivisas a las partes, para que quedase definitivamente dividido o común, todo ello con pronunciamientos necesarios para ello y con imposición de costas a la parte demandada.

⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «por la que se íntegramente lo solicitado por el demandante y se declarase el carácter privativo de los apartamentos sitos en Benidorm, como propiedad de la Sra. Dolores por haberse adquirido con bienes de sus herencias. Formulando posteriormente la misma reconvencción, la que articuló a través de su legal representante, los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por pertinente y solicitando en el suplico se dictase sentencia declarando privativos de doña Dolores los siete apartamentos sitos en Benidorm, con los pronunciamientos legales oportunos, en especial en cuanto a la modificación de la titularidad registral de los mismos a nombre exclusivamente de la Sra. Dolores e imponiendo las costas de la reconvencción al Sr. Alfredo.

⊙ Por la representación legal del Sr. Alfredo, se procedió a contestar la reconvencción con los argumentos fácticos y jurídicos esgrimidos antes de solicitar la estimación de la demanda principal y desestimación de la reconvencción con imposición de costas a la demandada reconviniendo.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Benidorm dictó Sentencia el 30 de marzo de 1998 acordando: «1. Debo declarar como declaro que el activo de la sociedad de gananciales formada por los litigantes y ya disuelta se halla integrado por los bienes expresados en el párrafo segundo del fundamento de derecho cuarto de esta resolución, procediéndose en ejecución de sentencia y según se indica en tal fundamento de derecho a la efectiva liquidación de la misma con adjudicación a cada uno de los litigantes de los que proceda en pago de su mitad. 2. Debo declarar como declaro pertenecientes a doña Dolores el dominio de los apartamentos sitos en Benidorm 3. Debo ordenar como ordeno la rectificación del Registro de la Propiedad respecto de las fincas anteriormente señaladas y a los efectos de salvar el actual desacuerdo que, en orden al derecho que se declara en la presente resolución, existe entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral. No procede hacer expresa imposición de las costas locales a ninguna de las partes».

⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Alicante dictó Sentencia el 24 de febrero de 2000 desestimando el recurso interpuesto por don Alfredo.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se acusa infracción por incorrecta aplicación de los artículos 1361 y 1250 del Código Civil. Su extensa fundamentación consiste en una apreciación subjetiva del material probatorio para llegar a la conclusión de que es arbitraria y carente de prueba la valoración de la Audiencia, según la cual los siete apartamentos se adquirieron por el recurrente, esposo entonces de la demandada y recurrida, con dinero procedente de la venta de fincas rústicas adquiridas por ella en virtud de herencia paterna, y por ello dichos apartamentos no eran bienes gananciales, sino privativos de su esposa.

El motivo se desestima por las siguientes razones: La presunción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio puede ser destruida por prueba en contrario (artículo 1361 CC). La Audiencia, en la valoración de las pruebas aportadas por la demandada, a cuyo cargo está el probar la afirmación contraria a la ganancialidad por ser ella la que la impugna (artículo 1250 CC), ha considerado acreditada la procedencia privativa para la adquisición por compraventa de los apartamentos, y afirma que se compraron con dinero procedente de la venta de fincas que heredó aquélla de sus

padres. Destaca la Audiencia el dato de la fecha de su compra y el de la anterior venta de las fincas, y también que el actor, hoy recurrente, no ha acreditado en momento alguno la existencia de dinero propio para la adquisición.

Acreditados estos extremos, sin necesidad de completarlos con otros que la sentencia también considera probados, es evidente que la valoración probatoria que la misma efectúa es lógica y correcta, sin signos de arbitrariedad, por lo que ha de ser mantenida en casación según constante doctrina de esta Sala, siendo de resaltar que el recurrente no cita precepto legal atinente a aquella labor que hubiese sido vulnerado por la Audiencia, y que lo que pretende en última instancia, acudiendo a preceptos de carácter sustantivo, es que esta Sala vuelva a valorar de nuevo todo el material probatorio para obtener las conclusiones que interesan al recurrente. En definitiva, confunde en este motivo el recurso de casación con una tercera instancia, lo que reiteradamente ha negado esta Sala (Sentencias de 9 de octubre y 14 de noviembre de 2001, y 23 de noviembre y 20 de diciembre de 2002, entre otras).

El motivo segundo, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 1355 del Código Civil. Se apoya en la tesis de que en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 13 de abril de 1987, el actor y demandada, de común acuerdo y conforme lo dispone el artículo 1355 del Código Civil, hicieron constar la condición de ganancialidad de los siete apartamentos adquiridos, y no ha sido impugnada, ni practicado prueba alguna para determinar que existiese vicio del consentimiento. En consecuencia, la sentencia recurrida no ha declarado expresamente la nulidad de la escritura. El motivo se desestima. Aparte del grave vicio de no indicar el párrafo del artículo 1355 que hubiera sido infringido, toda vez que el precepto contiene

dos completamente distintos, se plantea en casación una cuestión nueva, que no fue abordada por el recurrente ni en la demanda ni en la contestación a la demanda reconvencional, cual es la que fue voluntad de los cónyuges atribuir la condición de bienes gananciales a los siete apartamentos litigiosos. El recurrente sostuvo allí el carácter ganancial de la contraprestación, procedente de su trabajo y del patrimonio de aquella naturaleza, no porque los entonces cónyuges hubieran acordado otorgar el carácter ganancial a unos bienes que no lo eran. La introducción de cuestiones nuevas en el recurso de casación es práctica que reiteradamente prohíbe (Sentencias de 10, 28 y 31 de diciembre de 1999; 26 de abril y 7 de noviembre de 2005, entre otras muchas).

El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 1218 del Código Civil, en tanto que la sentencia recurrida ha prescindido del mismo al declarar privativos de la demandada a los tan citados apartamentos, cuando en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 1987 le atribuyeron de común acuerdo carácter ganancial y así lo manifestaron expresamente. El motivo se desestima porque es constante y reiterada la doctrina de esta Sala de que el valor o eficacia probatoria del documento público no se extiende al contenido del mismo, sino las declaraciones que en él hagan los otorgantes, pues aunque en principio hagan prueba contra ellos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario (Sentencias de 27 de noviembre de 1985 y 25 de enero de 1988, y las que citan). Ello es justamente lo que ha ocurrido en este caso. La Audiencia ha tachado de inveraz el contenido de la declaración de ganancialidad de los siete apartamentos contenida en la escritura pública de 1987.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Nulidad del pacto contenido en el convenio regulador en virtud del cual los cónyuges, sin limitación de tiempo, se obligaban a no disponer de unos inmuebles, que estaban destinados a ser donados a los hijos, habida cuenta que estamos ante una mera promesa de donación y que la indivisión sin límite temporal vulnera lo establecido en el artículo 400 del CC.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 2008

Ponente: Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Los cónyuges doña Angelina y don Alexander estaban casados en régimen de gananciales. El 22 de septiembre de 1993 se dictó sentencia de separación, homologándose el convenio otorgado.

⊙ Respecto a la liquidación del régimen de gananciales, se acordó en el convenio regulador lo que sigue: «La liquidación del régimen económico-matrimonial supletorio de gananciales que rige la sociedad conyugal se practicará mediante otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Sin perjuicio de ello, acuerdan la atribución de los siguientes bienes: (...) Respecto de los pisos de Madrid (...) regirán los siguientes acuerdos que serán inscritos en el Registro de la Propiedad: a) Una vez disuelta la sociedad conyugal se mantendrán las citadas propiedades de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1435.3 CC, en régimen de copropiedad al 50%; el esposo percibirá la totalidad de los frutos y rentas que generen los tres inmuebles hasta tanto sean donados a los hijos, corriendo al mismo tiempo con todos los gastos de administración, y si él falleciere, continuará el albacea testamentario que designe; si se produjera tal circunstancia, los frutos y rentas serán entregados directamente a los hijos comunes de ambos cónyuges si fuesen mayores de edad; si no lo fueren serán ingresados en una cuenta bancaria especial, entendiéndose que los frutos y rentas corresponden por mitad a cada uno de los hijos, deducidos gastos de administración, de las propiedades, impuestos y otros similares. b) Cuando el hijo Jonathan cumpla 25 años de edad recibirá la propiedad del piso sito en la calle Federico Salmón núm. 8 mediante donación de los padres a su favor. c) Cuando la hija Deborah cumpla 25 años recibirá la propiedad de los otros dos pisos descritos mediante donación de los padres a su favor. d) Los esposos no podrán, respecto de su derecho de propiedad sobre los citados pisos, enajenarlo, gravarlo, hipotecarlo, cederlo, usufructuarlo ni establecer carga alguna ni servidumbre sobre el mismo, ni conjunta ni separadamente. Tan sólo por mutuo acuerdo y por causa de necesidad o en beneficio de los hijos podrán enajenar alguno de los citados pisos. Una vez los pisos hayan pasado a propiedad de los hijos, éstos no podrán venderlos a sus padres, ni a los cónyuges de éstos o a persona unida sentimentalmente a ellos, así como tampoco a familiares próximos, tanto de sus padres como de dichas personas sentimentalmente unidas».

⊙ Este convenio fue aprobado en la Sentencia de separación de 22 de septiembre de 1993, considerándose sus extremos «acertados y convenientes».

⊙ Doña Angelina pidió la ejecución de la sentencia, solicitando que se cumplieran los pactos del convenio y se procediera a la liquidación del régimen, lo que fue acordado por el Juez, quien ordenó la formación del inventario con citación de los interesados. Al surgir discrepancias entre los cónyuges, se nombró un contador que otorgó el correspondiente cuaderno particional, al que se opuso el marido. En consecuencia, el Juzgado de Liria dictó Auto el 3 de octubre de 1995, en el que se declaraba que no habiéndose llegado a obtener la conformidad de las partes sobre los bienes que debían integrarse en el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales, resultaba procedente decretar que no había lugar a continuar la tramitación de la pieza, debiéndose proceder a su archivo y reservando a las partes el juicio declarativo que por la cuantía correspondía.

⊙ Doña Angelina interpuso demanda contra don Alexander, poniendo de relieve que no se había liquidado la sociedad de gananciales, aunque en el convenio se habían establecido las bases para ello. Pidió que se declarase la nulidad del pacto de indivisión de los pisos de Madrid y que se declarase también la del apartado «por mutuo acuerdo» de la cláusula d) del convenio regulador. Que se declarase que las siete viviendas que pertenecían a la sociedad ganancial eran objeto de liquidación, así como otros bienes, como cuentas corrientes, plazas de aparcamiento, ajuar doméstico, etc. Y subsidiariamente, que sólo respecto de los tres pisos de Madrid se declarase que serían liquidables una vez pasados los 10 años del pacto de indivisión. Que se condenara al demandado a abonar a la actora el valor que tenía un automóvil en la fecha de la sentencia de separación y el importe actualizado del valor de un chalé disminuyendo del mismo la cantidad de 7.000.000 pesetas. (42.070,85 euros) percibidos ya a cuenta.

⊙ Doña Angelina interpuso demanda de menor cuantía contra don Alexander solicitando que se dictase sentencia por la que se acuerde: «A) Declarar la nulidad del apartado a) y de la mención “por

mutuo acuerdo” del último párrafo del apartado d) de la cláusula séptima del convenio regulador inicialmente ratificado por la demandante y el demandado en Autos de Separación núm. 107/1993 del Juzgado Tres de Liria o, subsidiariamente, se declare su vigencia durante los diez años siguientes a la fecha de la sentencia de separación. B) Declarar la ganancialidad y consiguiente liquidabilidad de las siete viviendas y dos vehículos recogidos en el convenio regulador así como la del ajuar doméstico, saldos bancarios, plaza de garaje e hipoteca no recogidos en el mismo, todos ellos relacionados en el hecho cuarto de esta demanda, entre los que se incluyen las tres viviendas en Madrid, o subsidiariamente y sólo respecto de las tres viviendas en Madrid, procede se declaren liquidables pasados diez años desde la fecha de la sentencia de separación. C) Condenar al demandado, tanto en caso de que se le entiendan ya adjudicados el chalé de Náquera y los dos automóviles Ford Fiesta y Ford Sierra, como en el caso subsidiario de que se le adjudiquen posteriormente, a abonar a la actora: el importe actualizado, a determinar en sentencia, del valor que tenía el automóvil Ford Fiesta matrícula H-....-OH en la fecha de la sentencia de separación, más los intereses correspondientes desde la fecha de la sentencia de separación. El importe actualizado, a determinar en la sentencia, del valor que del inventariado chalé en Náquera, Urbanización El Paraíso-Fuente del Oro parcelas 9 y 10, disminuyendo del mismo los 7.000.000 de pesetas percibidos a cuenta, más los intereses correspondientes desde la fecha de la sentencia de separación. Con imposición de costas al demandado».

⦿ Admitida a trámite la demanda el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «dictar sentencia desestimatoria de la demanda y absolviendo de la misma a mi representado; con expresa imposición al demandante de todas las costas causadas, por su evidente temeridad y mala fe».

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. tres de Liria dictó Sentencia el 31 de julio de 1999 desestimando la demanda.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 9.^a de la AP de Valencia dictó Sentencia el 13 de octubre de 2000 estimando en parte el recurso interpuesto por la actora y acordando: «A) La nulidad del apartado a) y de la mención “mutuo acuerdo” del último párrafo del apartado d) ambos de la cláusula séptima del convenio regulador suscrito por los litigantes y referente en autos. B) Declarar gananciales y por ende sometidos a liquidación, además de los bienes inmuebles y vehículos recogidos en el convenio Regulador, el mobiliario (ajuar) familiar y deuda hipotecaria (cinco millones de pesetas) incluidas en el inventario que los litigantes presentaron en los trámites de liquidación matrimonial en el proceso 107/1993 del mismo juzgado, añadiéndose una plaza de garaje sita en Madrid C/ Federico Salmón-8 y metálico por 6.307.827 pesetas. Condenar al demandado a abonar a la actora 6.100.000 pesetas, suma que devengará el interés legal desde la fecha de la presente sentencia. C) Cada parte correrá con las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad con referencia a las causadas en la primera instancia, sin pronunciamiento en cuanto a las devengadas en la presente alzada».

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Cuestiones relativas al pacto de indivisión.

En los motivos quinto y sexto, el recurrente utiliza diversos argumentos para convencer a la Sala de que no podía declararse la nulidad de la tan referida cláusula séptima, en los apartados que fueron anulados por la sentencia recurrida, así como la inclusión

de algunos bienes que no fueron objeto de pacto en el convenio regulador que contenía las bases de la liquidación de la sociedad de gananciales. Estos argumentos son: a) la infracción de las normas sobre la partición, entendiendo que debería haberse aplicado la técnica de la adición y no la declaración de la nulidad (motivo quinto) y b) la de que el pacto

de indivisión estaba justificado por el pacto de un régimen de separación de bienes. Ciertamente debe advertirse antes de entrar a examinar cada uno de los motivos aludidos, que el convenio regulador no adolece de una claridad absoluta en lo relativo a bienes no incluidos en las bases pactadas, pero lo que se deduce de lo que se ha transcrito es que, como afirma la sentencia recurrida, los cónyuges establecieron las bases para la liquidación de su régimen matrimonial, que no ha podido aún llevarse a cabo, por las diversas oposiciones que se han producido en los procedimientos que se han seguido hasta llegar a esta sentencia. Con esta óptica, deberán examinarse los motivos señalados.

Al amparo del artículo 1692.4 LEC, el quinto motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 1079 en relación con el 1410, ambos del Código Civil, por inaplicación del primero, contraviniendo la sentencia lo dispuesto en dicha norma rescindiendo de hecho la liquidación practicada por los cónyuges en el convenio. Argumenta que las operaciones practicadas en el convenio supusieron una efectiva liquidación de la sociedad de gananciales y que las adjudicaciones y los pactos consignados allí son totalmente válidos. Lo único que podría haber alegado la actora-recurrida es la impugnación por vicio del consentimiento, pero no las acciones que utilizó. No es motivo de nulidad ni la ausencia de inventario ni la omisión de determinados bienes, que no se ha demostrado que produzcan la lesión en más de la cuarta parte que se requiere en el artículo 1074 CC. La sentencia recurrida otorga validez a las actuaciones, refiriéndose a las practicadas en el convenio regulador, porque dice que todos los bienes están sometidos a liquidación, por lo que sin cita de los preceptos que permiten la adición a la liquidación, ni reconocimiento de que se ha ejercitado una acción de complemento, da lugar a la adición. Pero a la vez rescinde la liquidación en contra de lo dispuesto en el artículo 1079 CC.

Este motivo no puede ser estimado.

En el desarrollo del motivo, el recurrente mezcla diversas cuestiones, algunas referidas claramente al objeto del litigio y otras absolutamente nuevas. En relación a las primeras, hay que recordarle que precisamente el objeto de esta litis consiste en determinar si los acuerdos del convenio regulador debían producir todos sus efectos y la sentencia recurrida ha acordado que los contenidos en la cláusula séptima apartado a) debían ser declarados sin efecto por contravenir una norma imperativa, la relativa al plazo máximo de indivisión establecido en el artículo 400 CC, por lo que los bienes cuya indivisión se acuerda y sobre los que se impone una prohibición de disponer, que también ha sido declarada sin efecto en la sentencia recurrida, entran en

la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta en la sentencia de separación.

Dicho lo anterior, hay que advertir que el recurrente introduce una cuestión nueva al considerar infringido el artículo 1079 en relación con el 1410 CC, cuando considera que el problema planteado con la demanda debería haberse tratado como una adición a la liquidación. Esta cuestión no ha sido nunca planteada en el presente litigio, por lo que debe rechazarse de plano su tratamiento, de acuerdo con la constante doctrina de esta Sala, de modo que «las cuestiones nuevas no examinables en casación por no tener acceso a la misma, por no haber sido propuestas en período de alegaciones, afectan asimismo al derecho a la defensa y van en contra de los principios de audiencia bilateral y congruencia» (STS de 19 julio 2007 y las sentencias en ella citadas).

El motivo sexto, siempre al amparo del artículo 1692.4 LEC, denuncia la inaplicación de los artículos 1435.3, 392.2, 401.1, 1091 y 7.1 y por aplicación indebida el artículo 400.1 CC, así como la jurisprudencia de que nadie puede ir contra sus propios actos. Trata aquí de la validez del pacto de indivisión por tener una duración superior a los diez años. Entiende que esta limitación temporal no tiene aplicación en este caso y que la sentencia recurrida aplica únicamente el artículo 400 CC, obviando la aplicabilidad de los otros preceptos. Pretende que se ha pactado un régimen de separación de bienes en el convenio y que mientras éste se mantenga, seguiría vigente la indivisión. Por este motivo, la situación creada no es contraria a las reglas sobre indivisión contenidas en el ordenamiento jurídico.

Este motivo no puede ser admitido.

Las razones para rechazar este motivo son diversas:

1.^a Existe una evidente falta de técnica casacional, al citar un conjunto heterogéneo de preceptos. Como afirma la Sentencia de 25 de octubre de 2007, «la jurisprudencia de esta Sala ha sido constante al rechazar el planteamiento casacional en estos términos, poniendo de relieve la circunstancia de que, al proceder la parte recurrente de ese modo, se traslada al Tribunal la misión, que a ella le incumbe, de determinar la posible norma infringida, con el subsiguiente riesgo de indefensión de la parte recurrida (...) incumpléndose, en suma, la carga de la parte recurrente de cumplir las exigencias derivadas del artículo 1707 LEC». Es evidente que junto a los preceptos relativos a la comunidad, el genérico artículo 392 CC y el relativo a la prohibición de impugnación de la división por acreedores y cesionarios de los partícipes cuando no han participado en la división (artículo 403 CC), considera infringido el artículo

1435 CC, que establece la vigencia del régimen de separación cuando se extinga constante matrimonio, el de gananciales; el artículo 1091 CC relativo a las obligaciones y el 7.1 CC, relativo al ejercicio de los derechos con buena fe. Todo ello para llegar a concluir que el pacto de indivisión contrario al plazo de 10 años establecido en el artículo 400 CC era válido, en contra de lo acordado en la sentencia recurrida, en aplicación del propio artículo 400 CC, que consideró vulnerado.

2.ª Pero además, introduce también en el litigio una cuestión nueva puesto que el pacto sobre el régimen no había sido alegado hasta este momento, lo que incide en el defecto denunciado en el anterior Fundamento Jurídico.

3.ª Además, no se pactó ningún régimen de separación.

En definitiva, se dice que la indivisión se pactó como un medio para mantener las propiedades hasta que se pudieran transmitir a los hijos, con lo que al declararlo nulo por ser superior a los 10 años, esta finalidad se frustra. Pero este pacto debe ser declarado nulo por ser contrario al artículo 400 CC, como acertadamente resuelve la sentencia recurrida, por muy loables que fueran las intenciones de las partes, porque el pacto es contrario a una norma imperativa.

2. Cuestiones relacionadas con la promesa de donación.

Van a examinarse conjuntamente los motivos séptimo y octavo, dirigidos a cuestionar la declaración de nulidad de la promesa de donación efectuada por ambos cónyuges, de determinados bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad de gananciales.

El séptimo motivo denuncia la inaplicación de los artículos 156, 154.2, 392, 402 y 404 CC, al declarar la sentencia la nulidad de la mención «mutuo acuerdo» del último párrafo del apartado d) de la cláusula 7.ª del convenio. Insiste en que se pactó un régimen de separación, que se regía por los pactos de los cónyuges y la limitación que establecieron en relación a sus facultades de disposición respecto de sus cuotas debía de haber sido considerada lícita, por proteger el interés familiar. La impugnación de la validez de la donación obligacional vulnera los artículos 154.2 y 156 CC, pues a los padres, a pesar de ser todavía propietarios por no haber llegado aún el día de cumplimiento de la obligación de donar, les correspondía la administración de los bienes que debería hacerse de mutuo acuerdo. Da a entender que debería interpretarse que los hijos eran ya propietarios desde el momento del otorgamiento del convenio, estableciéndose por los padres un régimen mientras no llegase el día pactado para que los hijos adquiriesen los pisos.

El motivo octavo denuncia la aplicación indebida de los artículos 618, 633 y 6.3 e inaplicación de los artículos 621, 639, 1125, 1274 y 401 CC, al declarar la nulidad del apartado a) de la cláusula 7.ª del referido convenio. Se refiere este motivo a la cuestión de si la donación debe hacerse siempre en escritura pública, porque tanto la donación como las cargas a que estaba sometida hasta su perfección, constaban en un convenio homologado en una sentencia, por lo que es ejecutable.

Ambos motivos deben ser rechazados.

Los argumentos de estos dos motivos inciden en el problema de la validez de la donación meramente obligatoria y su consecuencia, la de la prohibición de disponer impuesta para garantizar la efectividad del pacto de donar.

1.º Respecto de la promesa de donación (no donación meramente obligatoria como afirma el recurrente) debe recordarse aquí que desde la Sentencia de 6 de junio de 1908, esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación (asimismo SSTs de 27 de junio de 1914, 25 de abril de 1924, 22 de enero de 1930, 21 de noviembre de 1935, que requiere la aceptación por escrito, 21 de junio de 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, 22 de junio de 1982, 23 de diciembre de 1995, 6 de febrero de 1996 y 19 de junio de 1999). La de 25 de noviembre de 2004 afirma que «ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles». En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de la donación en la que concurren todos los requisitos legales.

El acuerdo entre los cónyuges de donar a sus hijos unos determinados bienes inmuebles cuando éstos cumplieran 25 años es una promesa de donación, no una donación, porque en su otorgamiento no concurre el donatario, que queda afectada por la doctrina expresada y por ello carece de efectos jurídicos.

2.º El problema que plantea la donación contenida en el convenio regulador es que no se trataba de una donación de presente sino sometida a plazo: los veinticinco años de cada uno de los hijos. Se trataba, por tanto de una promesa de donación. En este caso podría admitirse que está otorgada en forma pública, pero al no concurrir la aceptación de los hijos, porque no podían intervenir al tratarse de un convenio regulador, no hay más que una promesa de donación, a la que debe aplicarse la doctrina resumida.

3.º Respecto de la nulidad del pacto relativo a la prohibición de disponer, contenido en el apartado d) de la cláusula séptima del convenio, transcrito

en el Fundamento primero de esta sentencia, debe considerarse que se trata de una autoprohibición de disponer, que no responde a un interés tutela-

ble una vez se ha declarado ineficaz la promesa de donación, por lo que en consecuencia, carece de efectos jurídicos.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se desestima la demanda interpuesta por el ex esposo contra la ex esposa en la que aquél reclamaba el 50% de la cantidad que tuvo que abonar a su ex suegro por un préstamo personal, al no acreditarse el destino que tuvo el citado préstamo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El 17 de marzo de 1987 don Jesús Ángel, Agente de Cambio y Bolsa y Registrador de la Propiedad y Mercantil, firma un documento privado que, literalmente, dice así: «Por el presente recibo de don Miguel, la cantidad de quince millones de pesetas (15.000.000 ptas.) en concepto de préstamo, que devengará un interés del siete por ciento (7%) anual. El plazo de vencimiento es de un año, a partir de la fecha, prorrogable de común acuerdo, en su caso». Luego de una primera prórroga, el prestamista denuncia el contrato, pasando a vencer el 17 de marzo de 1989, y no hecho efectivo el préstamo a tal vencimiento, don Miguel, también Agente de Cambio y Bolsa y suegro de don Jesús Ángel, insta en abril de 1989 juicio declarativo de menor cuantía contra este último interesando su condena a la devolución del principal e intereses de aquel préstamo que, tramitado bajo el número de autos 427/1989 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid, y rebelde en él el demandado Sr. Jesús Ángel, finaliza por Sentencia firme de fecha 20 de julio de 1990 estimatoria íntegramente de la demanda.

⊙ Don Jesús Ángel interpuso demanda de menor cuantía contra doña Regina solicitando que se dicte sentencia por la que estimando íntegramente la demanda condene a la demandada a abonar al actor las siguientes cantidades: a) 7.500.000 pesetas; b) la mitad de lo que el demandante acredite en ejecución de sentencia haber abonado al padre de la demandada don Miguel en el juicio núm. 425/1989 del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid en concepto de intereses del principal allí reclamado y costas judiciales; c) los intereses legales de las antes dichas cantidades calculados desde que las mismas se abonaron o, subsidiariamente, desde la interposición de esta demanda. Imponiendo además las costas de este procedimiento a la demandada salvo que una vez hecho el emplazamiento que previene la ley, se allane a la misma sin más trámites...».

⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Regina contestó a ésta, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que se «... dicte sentencia por la que se desestime en su integridad la petición formulada de adverso, con expresa imposición de costas a la parte demandante...»; al tiempo que formulaba reconvenición, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado que «... se sirva dictar sentencia por la que, estimando la presente demanda, condene al demandado al pago de 10.000.000 de pesetas en base al daño patrimonial y moral sufrido por doña Regina al verse inmersa en una continua sucesión de procedimientos iniciados contra ella sin fundamento alguno».

- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid dictó Sentencia el 30 de julio de 1996 desestimando tanto la demanda como la reconvencción.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 21.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 22 de septiembre de 2000 desestimando el recurso de interpuesto por ambas partes.
- ⊙ Don Jesús Ángel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Mediante la demanda instauradora del presente proceso, el actor don Jesús Ángel solicita la condena de su anterior esposa doña Regina, de la que se encuentra divorciado por Sentencia de 30 de junio de 1994, a abonarle la mitad de lo pagado por él a don Miguel, padre de la demandada, en concepto de principal, intereses y costas procesales, como consecuencia de la sentencia dictada en el juicio de menor cuantía núm. 427/1989 del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Madrid, por considerar el actor que el préstamo en cuestión tuvo lugar por y para el matrimonio formado por él y la demandada con el carácter de ganancial y para adquirir un bien de tal clase, como fue la vivienda sita en el núm. NÚMooo de la CALLEooo de Madrid que compraron mediante escritura pública de fecha 17 de marzo de 1987.

El primer motivo del recurso denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 1253 del Código Civil sobre la deducción lógica que ha de acompañar necesariamente a la prueba de presunciones. Se afirma en el desarrollo del motivo que la sentencia recoge una serie de hechos que, según la parte recurrente, constituyen prueba indirecta suficiente para concluir que la finalidad de la entrega del dinero prestado por el Sr. Miguel al demandante fue ayudar económicamente al matrimonio en la compra de la vivienda conyugal y que por tanto el préstamo se concedió conjuntamente a ambos cónyuges, teniendo la deuda carácter ganancial. Se añade por la parte recurrente que la Audiencia, partiendo de otros hechos acreditados, ha hecho uso de la prueba de presunciones, aun sin mencionar expresamente el artículo 1253 del Código Civil, para llegar a la conclusión de que «no puede conocerse el hecho originador de la deuda»; alegación que ciertamente no tiene relación con la prueba de presunciones, pues la misma sirve para dar por probado un hecho que no lo ha sido mediante prueba directa cuando a través de prueba de tal clase se han acreditado otros (hechos-base) de los que se deduce la realidad de aquél por la existencia de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (artículo 1253 Código Civil), pero en absoluto puede afirmarse que la

prueba de presunciones se ha utilizado para llegar a la conclusión de que no puede conocerse el hecho originador de la deuda.

Lo que en realidad se pretende es que esta Sala sustituya el criterio del tribunal de instancia y, aplicando lo dispuesto en el artículo 1253 del Código Civil, declare que, según determinados hechos acreditados, hay que deducir por presunción que la cantidad que el actor recibió de su suegro en fecha 17 de marzo de 1987 (15.000.000 de pesetas) constituía un préstamo a la sociedad de gananciales integrada por el demandante y su esposa para la adquisición de la vivienda sita en la CALLEooo núm. NÚMooo de Madrid. Esta Sala viene declarando con reiteración (Sentencias de 17 de abril de 1996, 4 de noviembre de 1998 y 9 de junio de 2005, entre otras) que no se puede pretender en casación la declaración *ex novo* de un hecho como probado por vía de la aplicación de presunciones no legales pues, mediante este recurso extraordinario no cabe tal posibilidad y sí únicamente la de combatir el uso de las presunciones por el tribunal de instancia por ilógica, arbitraria o irrazonable. No obstante, alguna otra resolución ha venido a admitir que ante ella se inste la declaración de un hecho como probado por la vía de las presunciones cuando así se hubiese solicitado en los escritos rectores del proceso y, en consecuencia, la propia aplicación de las presunciones hubiera sido objeto de discusión en el pleito (Sentencias de 30 de abril y 11 de octubre de 1990, 18 de marzo de 1993; y, como más recientes, las de 19 de diciembre de 2003 y 29 de marzo de 2004). No obstante, aunque se acepte esta última posición jurisprudencial, no procedería que esta Sala tuviera por acreditado que la entrega de la referida cantidad por el Sr. Miguel al actor don Jesús Ángel tuvo por finalidad, y efectivamente se aplicara, al pago del precio de la vivienda que este último y su esposa adquirieron. Es cierto que existe un fuerte indicio del que cabría extraer tal conclusión, como es la coincidencia de fecha entre el préstamo y la compra de la vivienda —17 de marzo de 1987—, pero también lo es que otros hechos, como ha tenido en cuenta la Audiencia, vienen a contrarrestar la fuerza de tal conclusión.

En primer lugar, no puede pretenderse que un hecho relevante sea declarado probado por vía de presunción cuando, como aquí sucede, quien así lo interesa conoce y tiene a su alcance la prueba directa sobre tal hecho en caso de ser cierto. Así, fue el demandante quien recibió de su suegro el dinero objeto del préstamo sin que ni siquiera haya alegado qué destino se dio al mismo, limitándose a afirmar que sirvió para pago del precio de la vivienda adquirida cuando, de ser así, no se comprende que el pago de la cantidad de quince millones, que efectivamente se hizo en la misma fecha a los vendedores, lo fuera por medio de un cheque de una cuenta de titularidad de la esposa —sobre la que estaba autorizado para disponer el esposo— sin que en momento alguno aparezca ingresada en dicha cuenta bancaria la cantidad prestada. Por otro lado, con independencia de las contradictorias manifestaciones que sobre la condición de la cantidad pagada —privativa de la esposa o ganancial— hicieron los interesados en la escritura de compraventa de 17 de marzo de 1987 y en la de 20 de octubre de 1988, previa a la liquidación de la sociedad de gananciales, es lo cierto que en tal liquidación se tuvo en cuenta el valor de la vivienda como ganancial y no se incluyó como pasivo de la sociedad más que lo que aún resultaba adeudado por la compra de la vivienda, sin mención alguna de la obligación contraída mediante el préstamo. De ahí que el indicio representado por la identidad de fechas aparece contradicho por otros y, en consecuencia, la Audiencia no se ha conducido de modo ilógico al negar que aparezca probado el hecho que, según la parte actora, había que presumir. En consecuencia, el motivo ha de ser rechazado.

En el segundo motivo se sostiene que la parte demandada ha admitido que el préstamo en cuestión se produjo en relación con el ejercicio profesional del actor, y ello comportaría la sujeción de la sociedad de gananciales al cumplimiento de la obligación generada por el mismo, lo que entronca con el motivo tercero que, amparado en el núm. 4.º del artículo 1692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de los artículos 1362.4 y 1367 del Código Civil, de los que se deduce el carácter ganancial de tal obligación. La Audiencia declara al respecto (fundamento de derecho cuarto) que «no consta prueba alguna en las actuaciones de que el préstamo de litis tuviera por causa y destino la satisfacción de gastos necesarios para la obtención de rendimientos del trabajo del demandante, y no gastos que por extraordinarios no deban considerarse carga de la sociedad». La demandada, al contestar a la demanda, afirma que «fue una deuda personal que don Jesús Ángel adquirió para uso propio y en su interés». De ahí que incumbía al demandante don Jesús Ángel la

carga de la prueba sobre la finalidad y destino del dinero obtenido mediante el préstamo y, en lo que ahora interesa, si pretendía valerse de esta causa de pedir subsidiaria e incompatible con la principal —según la cual, conviene recordar, el dinero se había invertido en la adquisición de un inmueble ganancial— tenía que acreditar la aplicación de lo percibido al ejercicio de su profesión; y no sólo no se ha probado tal circunstancia, sino que incluso la negó tajantemente el demandante al absolver la posición quinta de las propuestas en confesión judicial (folio 256) pues, requerido para que reconociera ser cierto que «solicitó el préstamo a don Miguel para hacer frente a gastos derivados de su actividad profesional», manifestó «que es completamente falso, jamás ha tenido ninguna obligación de carácter profesional que no hubiese podido atender, después de muchos años como Agente de Cambio y Bolsa, como puede certificar la propia Bolsa». En consecuencia, no puede ahora imputar a la sentencia que se haya pronunciado según lo sostenido por él mismo en confesión judicial y procede la desestimación de los motivos segundo y tercero, ya que este último se refiere a la infracción de preceptos sustantivos aplicables al supuesto de hecho que viene negado.

En el último motivo se denuncia la infracción del artículo 1214 del Código Civil, al amparo del número 4.º del artículo 1692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo ha de ser rechazado pues parte de la misma base argumental ya citada de entender que se produjo una admisión por la parte demandada de un hecho relevante para la decisión de la *litis* —el destino del préstamo a necesidades profesionales— sobre el que por tanto no cabía aplicar al demandante los efectos de la falta de prueba según lo dispuesto en el artículo 1214 del Código Civil que, por ello, se entiende infringido. Pero, reiterando lo ya razonado al tratar de los anteriores motivos, tal planteamiento en ningún caso desembocaría en la infracción del precepto indicado que se trae aquí de modo improcedente. La infracción del artículo 1214 del Código Civil se produce si el tribunal, que duda sobre la realidad de un hecho relevante que no ha resultado probado, hace recaer las consecuencias desfavorables de tal vacío probatorio en distinta parte de la prevista por la ley (Sentencias de 3 de noviembre y 16 de diciembre de 2005, 2 de marzo y 22 de diciembre de 2006 y 30 de marzo de 2007, entre las más recientes), pero no existe tal infracción por la circunstancia de considerar que determinado hecho estaba necesitado de prueba y, al no considerarlo acreditado, aplicar correctamente el principio que sobre la carga probatoria se deriva de dicha norma. En consecuencia, también ha de ser desestimado este motivo.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La oficina de farmacia adquirida por el esposo constante el matrimonio –que se regía por la separación de bienes– tiene carácter privativo ya que, justificada la adquisición exclusiva por el esposo, se presume que el dinero es de quien adquirió, salvo, claro está, prueba en contrario, prueba que no ha logrado acreditar la esposa.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2008

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Isabel y don Sergio contrajeron matrimonio el 14 de abril de 1984, con el régimen presuntivo del derecho catalán de separación de bienes.
- ⦿ Don Sergio era farmacéutico desde antes de febrero de 1987 y la esposa desde septiembre de 1988.
- ⦿ El 26 de febrero de 1987 el esposo celebró contrato de compraventa de una oficina de farmacia, sita en Barcelona y la esposa demandada constó en nómina como trabajadora.
- ⦿ En febrero de 1997 se inició proceso de separación conyugal de ambos.
- ⦿ Doña Isabel interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Sergio solicitando que se dictara sentencia por la que: «1. Declare, en su caso, la nulidad e ineficacia de la aparente adquisición de una mitad indivisa sobre el negocio de oficina de Farmacia sito en Barcelona por parte del demandado desde la fecha de la adquisición de 26 de febrero de 1987, o bien la efectiva y real propiedad en proindiviso por parte de la actora y del demandado del mentado bien desde dicha fecha y en, cualquiera de los dos, la legítima propiedad de una mitad indivisa sobre dicho negocio de la actora Sra. Isabel, en base a cualquiera de las causas invocadas en el relato fáctico o la procedente en aplicación del principio *iura novit curia*, condenándose a al demandado a estar y pasar por dicha declaración adoptando en lo que sea menester todas aquellas medidas a fin y efecto de que dicha cotitularidad tenga plenos efectos; 2. Y no siendo de interés de la actora mantener dicha cotitularidad sobre el expresado negocio, previa valoración del mismo, se declare la disolución de dicha copropiedad, con división de la cosa común, acordándose por el Juzgado la venta en subasta, atendiendo a las formalidades administrativas referidas a las Oficinas de Farmacia, del negocio de Farmacia regentado administrativamente por el demandado Sr. Sergio. 3. Y, subsidiariamente, caso de devenir inviable dicha venta en subasta se condene al demandado a compensar a la actora mediante el abono de una indemnización ascendente a la mitad del valor en traspaso que en ejecución de sentencia se determine como correspondiente a dicha oficina de Farmacia a la fecha de la Sentencia declarativa que se dicte en el presente procedimiento. 4. Todo ello con más la imposición de costas procesales por la mala fe del demandado al abusar, en el contexto de una relación de parentesco de la confianza depositada sin revertir la titularidad compartida a su legítimo copropietario por título público, conocido y notorio».
- ⦿ Don Sergio contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando la demanda en todos sus extremos con condena expresa en costas a la otra parte.
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Barcelona dictó Sentencia el 10 de julio de 1998 desestimando la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. II.^a de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 20 de septiembre de 2000 desestimando el recurso y confirmado la sentencia de instancia.
- Doña Isabel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El presente caso que se somete a casación es una cuestión esencialmente fáctica, sobre si la compra de una determinada oficina de farmacia la celebró sólo una persona o dos, sobre si se produjo una comunidad respecto a la misma y sobre si la demandante es propietaria de la mitad de la misma. En esencia, ésta ha ejercitado una doble acción: declarativa de dominio y, si prospera, la *communi dividundo*.

Son hechos discutidos: si la adquisición por el esposo demandante fue aparente en su mitad indivisa, ya que la farmacia fue adquirida por ambos conjuntamente, por ello son cotitulares. Así, la esposa ha formulado demanda a fin de que se declare su propiedad de la mitad indivisa (acción declarativa de dominio), por lo que pretende la nulidad de la aparente adquisición plena por el marido, y al declararse su dominio, la división de la cosa común (*actio communi dividundo*).

Las acciones ejercitadas han sido desestimadas en ambas instancias, no tanto por razones jurídicas, sino de prueba de los hechos. La sentencia de primera instancia, confirmada plenamente en apelación, parte de tres supuestos: el demandado don Sergio es el único titular formal, administrativamente y real de la farmacia; debe rechazarse la existencia de una comunidad de bienes y derechos sobre la misma; debe traerse al proceso a todos los intervinientes para declarar la nulidad del negocio jurídico que dio lugar a la adquisición de la farmacia. Por lo cual, desestima la acción declarativa de dominio por falta de prueba del título de propiedad de la demandante y, en consecuencia, no cabe entrar en la acción de división de cosa común. La sentencia de segunda instancia, de la Audiencia Provincial, Sec. II.^a, de Barcelona, de 20 de septiembre de 2000, destaca que el esposo demandado adquirió la farmacia con su dinero privativo: «justificada la adquisición exclusiva, titularidad única, se presume que el dinero es de quien adquirió, salvo, claro está, prueba en contrario, prueba en contrario no realizada por la esposa».

Frente a la anterior sentencia se formula el presente recurso de casación, en cuatro motivos, uno de los cuales, el segundo, se funda en el número 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que debe ser tratado —y rechazado— en

primer lugar. Se alega violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 248.3 de Ley Orgánica del Poder Judicial; la supuesta violación de este último no tiene sentido ya que se refiere a la forma de las sentencias; la de aquél lo basa en que las sentencias de instancia «inciden en abierta incongruencia derivada de su contradicción».

Debe partirse de que la casación se refiere a la sentencia de la Audiencia Provincial, no a la de primera instancia y debe partirse también del propio concepto de la incongruencia. Tal como recoge la doctrina jurisprudencial la Sentencia de 30 de enero de 2008 «siendo la congruencia la adecuada relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia (Sentencias de esta Sala, entre otras, de 2 de marzo de 2000, 11 de abril de 2000, 10 de abril de 2002, 8 de noviembre de 2002) sin alcanzar a los razonamientos (11 de marzo de 2003) y siéndolo, en principio, la sentencia desestimatoria (1 de octubre de 2001 y 19 de junio de 2003), en este caso se han resuelto todas las peticiones al ser desestimadas todas ellas, y añade, en relación con la sentencia absolutoria, cómo la congruencia pone en relación lo solicitado con lo resuelto en el «fallo» de la sentencia y no con los fundamentos jurídicos que preceden al mismo (Sentencias de 16 de febrero y 17 de mayo de 1984, 20 de marzo de 1986, 22 y 26 de diciembre de 1989, citadas en el mismo sentido por las de 6 de noviembre de 2006 y 4 de julio de 2007), no cabe sostener la incongruencia de las sentencias absolutorias salvo en los supuestos en que la parte demandada hubiera aceptado alguna de las pretensiones deducidas en la demanda, pues no siendo así es claro que la sentencia absolutoria da respuesta —desestimatoria— a la totalidad de las pretensiones de la parte demandante, según reiterada doctrina de esta Sala expresada, entre las más recientes, en Sentencias de 28 de abril, 27 de octubre y 21 de noviembre de 2005, 27 de octubre de 2006, 2 de febrero, 26 de abril y 12 de junio de 2007».

A lo largo del desarrollo de este motivo refiere las supuestas contradicciones respecto al precio de la farmacia, a la titularidad conjunta, al pago del precio y a la normativa administrativa. A ello hay que oponer: que la cuantía del precio no es tema que tenga trascendencia, no se ha probado y tampoco se ha probado que la esposa demandante

y ahora recurrente en casación haya abonado una parte y sí se ha probado que la titularidad no es conjunta sino sólo del esposo demandado, ahora parte recurrida en casación. No hay contradicción alguna, por más que se quiera buscarla; la sentencia de la Audiencia Provincial es contundente, declara lo probado y lo no probado y desestima la demanda y no hay incongruencia alguna en tal sentencia desestimatoria.

El motivo primero del recurso se funda en el número 4.º el artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de jurisprudencia y por violación por aplicación errónea de en los artículos 6.3 y 4, 1255 y 1441 del Código Civil, por cuanto (sic) «la normativa formal impuesta por exigencias de la Administración, en cuanto titularidad exclusiva de la oficina de farmacia no supone exclusión de la normativa civil de adquisición de la propiedad en régimen de comunidad». Lo primero es cierto y no se cuestiona; lo segundo tan sólo es cierto si se prueba la existencia de comunidad. Así lo ha entendido la jurisprudencia en Sentencias de 13 de diciembre de 1993, 8 de marzo de 1995 y 27 de enero de 1997 en las que se ha probado el contrato de comunidad o sociedad y se ha acreditado la cotitularidad de la farmacia, pese a que no la acepten las normas administrativas. Y en el presente caso se dice expresamente que está justificada la adquisición exclusiva por el demandado y, por el contrario, la demandante recurrente en casación no ha probado que la mitad del precio de la compra de la farmacia saliera de su patrimonio. A lo largo del desarrollo de este motivo, en realidad, se cuestiona la relación fáctica, se alega la presencia de simulación, se añaden detalles nuevos, se vuelve sobre el precio real y se afirman hechos que la sentencia de instancia ha negado. En fin, se hace supuesto de la cuestión. Tal como dice la misma Sentencia de 30 de enero de 2008, respecto a un caso completamente distinto, la parte recurrente insiste en su versión de los hechos que viene manteniendo desde la demanda y en casación, esto no es otra cosa que hacer supuesto de la cuestión, lo que no cabe pues se pretende partir de unos hechos distintos de los declarados en la instancia, sin combatir la valoración de la prueba en los escasísimos supuestos que quepa hacerlo; al ser la casación un medio para velar por la correcta aplicación del ordenamiento al hecho declarado en la instancia (Sentencias de 10 de abril de 2003, 28 de octubre de 2004, 19 de mayo de 2005, 21 de noviembre de 2006), no es posible hacer supuesto de la cuestión, intentando variar la base fáctica, declarada en la instancia (Sentencias de 2 de noviembre de 2006, 19 de junio de 2007). Así, no aparece infracción alguna de las sentencias que cita en el encabezamiento del motivo, que no concreta en el desarrollo del mismo en qué las infringe; incluso una de las que cita, la de

8 de marzo de 1995 parte de un previo contrato de comunidad o sociedad que no existe en el presente caso. Tampoco se vislumbra infracción del artículo 6.3 y 4 del Código Civil que impone la nulidad del acto contra norma imperativa o prohibitiva y que sanciona con nulidad el acto en fraude de ley, nada de lo cual se da en el presente caso, en que ni se plantea y ni siquiera se expone en el desarrollo del motivo. Desde luego en nada se infringe el principio de autonomía de la voluntad, que proclama el artículo 1255 del Código Civil. Y el artículo 1441, único que merece ser mencionado en el desarrollo del motivo, no se infringe puesto que al disponer que corresponde a ambos cónyuges por mitad el bien o derecho que no es posible acreditar a cuál de ellos le pertenece, en el presente caso ocurre lo contrario: que sí se ha declarado acreditado que la oficina de farmacia pertenece al demandado; en realidad, la alegación no hace otra cosa que supuesto de la cuestión.

Otro motivo denuncia violación por aplicación errónea del artículo 6.3 y 4 del Código Civil en orden a la concurrencia de simulación en el contrato de compraventa de la farmacia, así como de doctrina jurisdiccional plasmada en una serie de sentencias que cita. Lo primero que debe destacarse para rechazar este motivo es que la nulidad (*recursus*, inexistencia) que comporta la simulación en un contrato, sea total o parcial, absoluta o relativa, implica que en el proceso deben haber sido demandados todas las partes, pues si —como ha ocurrido en el presente caso— sólo se demanda al comprador, la declaración de simulación que comportaría la nulidad, alcanzaría al vendedor, que no ha sido parte; así lo dice, con relación también a una oficina de farmacia, la Sentencia de 3 de junio de 1995 que dice así: Para que pueda decretarse la nulidad de un contrato (por simulación o por cualquier otro vicio esencial) es requisito procesal ineludible la intervención en el proceso (como demandantes o demandados, respectivamente) de todos los que en dicho contrato intervinieron como partes contratantes o sus causahabientes; la cual añade, con respecto a la simulación: es consolidada y uniforme doctrina de esta Sala la de que la apreciación de la existencia o no de simulación contractual (absoluta o relativa), en cuanto cuestión fáctica, es de la exclusiva incumbencia de los juzgadores de la instancia, cuya apreciación probatoria ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello (Sentencias de 14 de febrero de 1985, 12 de febrero y 1 de julio de 1988, 7 de marzo y 22 de junio de 1989, 9 de junio de 1990, 28 de febrero y 24 de junio de 1991, 29 de enero de 1992, entre otras muchas). En este caso y con respecto a este motivo, no se ha demandado al vendedor y, por otra parte, se ha negado en la instancia la simulación y

pretender de nuevo en casación es, de nuevo, hacer supuesto de la cuestión.

Por último, se denuncia la infracción del artículo 1253 del Código Civil sobre la prueba de presunciones, por su aplicación indebida «para presumir, en contra de lo probado, que todas las cuentas conjunta e indistinta de la actora (recurrente) y demandado, pertenecían sin embargo al titular administrativo del negocio de farmacia don Sergio» (demandado y parte recurrida). Conviene, ante todo, recordar lo que dice, resumiendo la doctrina jurisprudencial, la Sentencia de 30 de enero de 2008: esta Sala viene declarando con reiteración (Sentencias de 17 de abril de 1996, 4 de noviembre de 1998 y 9 de junio de 2005, entre otras) que no se puede pretender en casación la declaración *ex novo* de un hecho como probado por vía de la aplicación de presunciones no legales pues, mediante este recurso extraordinario no cabe tal posibilidad y sí únicamente la de combatir el uso de las presunciones por el tribunal de instancia por ilógica, arbitraria o irrazonable. No obstante, alguna otra resolución ha venido a admitir que ante ella se

inste la declaración de un hecho como probado por la vía de las presunciones cuando así se hubiese solicitado en los escritos rectores del proceso y, en consecuencia, la propia aplicación de las presunciones hubiera sido objeto de discusión en el pleito (Sentencias de 30 de abril y 11 de octubre de 1990, 18 de marzo de 1993; y, como más recientes, las de 19 de diciembre de 2003 y 29 de marzo de 2004). No obstante, aunque se acepte esta última posición jurisprudencial, no procedería que esta Sala tuviera por acreditado que el negocio de farmacia hubiera sido adquirido y fuera de la titularidad de la demandante, ya que por prueba directa se ha demostrado que el único adquirente y el único titular de la farmacia fue el esposo, demandado, único farmacéutico al tiempo de la adquisición y único que siempre ha aparecido como titular, sin que la demandante haya probado su cotitularidad. En realidad, la parte recurrente, en este motivo del recurso lo que realmente mantiene es que debería haberse aplicado la prueba de presunciones en el sentido que le interesa, olvidando la prueba directa que le perjudica. Por ello, se desestima.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se desestima la tercería de dominio ya que el cambio de régimen económico-matrimonial no puede afectar al derecho de los acreedores anteriores que verían mermadas las garantías de las deudas; la responsabilidad no se rige por el conocimiento o no que tuviera la esposa de la deuda existente, sino por la condición de ganancial del bien que se le adjudicó afecto a la responsabilidad de las deudas durante el régimen de gananciales, que desaparece de la masa al pactar la separación de bienes.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ En un expediente de apremio se embargó a doña Gema un piso-vivienda que decía pertenecerle, al habersele adjudicado en escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el día 18 de marzo de 1994, cuya escritura fue inscrita el día 23 de enero de 1995. El 20 de octubre de 1994 el Recaudador ejecutivo de la Tesorería General de la Seguridad Social dictó diligencia de embargo sobre dicho inmueble, seguido contra «otro y don José Enrique» (ese otro no es la demandante), por deudas de los años 1980/1985, y causó la anotación de embargo letra A con asiento de presentación el 7 de noviembre de 1994.

⊙ Doña Gema interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra la Tesorería General de la Seguridad Social y alegando los hechos y fundamentos de derecho que

consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare el dominio absoluto de doña Gema, sobre el citado bien y la liberación del mismo del embargo trabado por la Tesorería General de la Seguridad Social.

⦿ La Tesorería General de la Seguridad Social contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia «por la que desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi representada de los pedimentos formulados en su contra con expresa imposición de costas a los actores».

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Madrid dictó Sentencia el 19 de febrero de 1996 estimando la demanda y acordando el levantamiento del embargo.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 13.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 31 de mayo de 2000 desestimando el recurso interpuesto por la Tesorería de la Seguridad Social.

⦿ La Tesorería de la Seguridad Social interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien desestimó la demanda interpuesta por doña Gema.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la pretensión de la Tesorería de la Seguridad Social, señalando esta última que la sentencia no infringe el artículo 1317, en relación con el 1401, ambos del Código Civil, «teniendo en cuenta que los bienes se adjudican previo inventario a uno y otro cónyuges; que el deudor no es la esposa, ni el procedimiento administrativo se dirige frente a ella; que el título de adjudicación a favor de la mujer (capitulaciones) es varios meses anterior al embargo (aunque acceda al Registro después) y que la validez de las adjudicaciones está, por ahora, fuera de duda pues, como se opuso la parte apelada, no consta que se haya promovido procedimiento pidiendo su rescisión».

Recorre en casación la Tesorería General de la Seguridad Social.

El único motivo del recurso se interpone al amparo del núm. 4 del artículo 1692 LEC por infracción del artículo 1317 en relación con el 1401, ambos del Código Civil. Se trata, en concreto, de determinar si la demandante tiene la condición de tercero en la tercería de dominio por ella promovida al ser la fecha de adjudicación (capitulaciones matrimoniales) anterior al embargo o, por el contrario, si no tiene tal condición dado que las deudas generadas con la Seguridad Social por su esposo son de fecha anterior a la modificación del régimen económico-matrimonial y, por tanto, de dicha deuda responde, vigente la sociedad de gananciales, el inmueble que le fue adjudicado que es, en definitiva, el objeto del embargo y de la tercería de dominio.

El motivo se estima. Es doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del artículo 1317 del Código Civil –STS de 25 de septiembre de 2007–, que éste despliega todos sus efectos con independencia de que pueda pedirse la declaración de ineficacia de los capítulos. Por ello se ha afirmado reiteradamente por esta Sala que no es necesario pedir la nulidad de las escrituras de capítulos matrimoniales, ya que lo que establece el artículo 1317 del Código Civil es una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna (STS de 15 de marzo de 1994, entre muchas otras). Cuando el artículo 1317 del Código Civil establece que «la modificación del régimen económico-matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» determina que los cónyuges no pueden oponerse a las ejecuciones contra los bienes que pertenecieron a la masa de los gananciales a pesar del cambio de régimen, independientemente de la declaración o no de la nulidad de los propios capítulos, siempre que se den los requisitos exigidos en el propio artículo 1317. El artículo 1317 del Código Civil, completado con los artículos 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titu-

lar después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido (SSTS de 21 de noviembre de 2005, 1 de marzo de 2006, 3 de julio de 2007, etc.).

Los hechos son claros y la respuesta inadecuada. El título que esgrime la tercerista viene conformado por la escritura de capitulaciones matrimoniales en la que se pactó el régimen de separación de bienes y en la que la esposa se adjudicó el piso objeto del embargo por deudas generadas por el esposo en concepto de cuotas de la seguridad Social. Y sin desconocer el derecho de los cónyuges a sustituir o modificar dicho régimen en el ámbito de las previsiones legales, conforme autorizan los artículos 1325 y 1315, ambos del Código Civil (no se cita en el motivo el artículo 1327), es evidente que tal cambio no puede afectar al derecho de los acreedores anteriores que de otra forma verían merma-

das las garantías de las deudas. El hecho de que la deuda sea del esposo y de otro nada empece a esta responsabilidad puesto que la deuda y la responsabilidad se mantienen, a lo que debe añadirse que la responsabilidad no se rige por el conocimiento o desconocimiento que la esposa tuviera de la deuda existente, sino por la condición de ganancial del bien que se le adjudicó, afecto a la responsabilidad generada por las deudas contraídas por su cónyuge durante el régimen, que desaparece de la masa al pactar la separación de bienes, como también precisó la Sentencia de 3 de julio de 2007.

La procedente estimación del recurso comporta la desestimación de la demanda formulada y la consiguiente imposición a la actora de las costas de la primera instancia, sin hacer especial declaración de las de los recursos de apelación y casación; todo ello según lo dispuesto en los artículos 523, 710 y 1715.4 de la Ley Procesal Civil.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Si no se impugnó el cuaderno particional de la liquidación de gananciales no puede luego ejercitarse la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Silvia interpuso demanda de menor cuantía contra su madre doña Paloma y contra su hermano don Casimiro solicitando que «se dictase sentencia declarando la rescisión de la liquidación de gananciales y partición de herencia del causante don Carlos Jesús, por lesión en más de una cuarta parte, efectuada por el partidor-contador dirimente don Gregorio, aprobada por Autos del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Noya con fecha 21 de enero de 1992 y protocolizada, en 27 de enero de 1992, por el Notario de Noya don José Manuel Amigo Vázquez, debiendo consentir los demandados que se proceda a realizar nueva liquidación de gananciales y partición en ejecución de sentencia, ajustándose a las bases que ya constan en las sentencias de instancia y en grado de apelación recaídas en los autos de juicio declarativo de menor cuantía núm. 164 de 1986 que se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Noya, o las que se fijen en la propia sentencia, según el resultado de la prueba que se practique, si no hiciesen uso del derecho de opción de indemnizar a la demandante en el importe de la lesión causada que se fijará a resultados de la prueba; con imposición de las costas a los demandados».

- ⦿ Admitida a trámite la demanda y emplazadas las mencionadas partes demandadas, compareció doña Paloma, y mediante su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «estimando la excepción de incompetencia formulada, o por cualesquiera de las demás excepciones formuladas, rechazar dicha demanda, absolviendo a mi representada, con expresa imposición de las costas a la demandante». Por la representación legal de don Casimiro, se contestó a la demanda oponiéndose a la misma, alegando los hechos y fundamentos que tuvo por oportuno, para terminar suplicando se dictase sentencia «que desestimase la demanda, absolviéndole de las pretensiones contenidas en la misma y todo ello con imposición de costas por ser preceptivas».
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ribeira núm. 2 dictó Sentencia el 28 de julio de 1997 desestimando la demanda.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de A Coruña, dictó Sentencia el 2 de septiembre de 1999 desestimando el recurso interpuesto por doña Silvia.
- ⦿ Doña Silvia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña Silvia demandó por las reglas del juicio declarativo de menor cuantía a su madre doña Paloma y a su hermano don Casimiro, en ejercicio de la acción rescisoria de liquidación de gananciales y partición de herencia relativa al causante don Carlos Jesús, esposo de doña Paloma. Solicitaba que se declarase la rescisión de la misma por lesión en más de una cuarta parte, efectuada por el contador dirimente don Gregorio, aprobada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Noya por Auto de 21 de enero de 1992, y que se condenase a los demandados a que consientan la realización de una nueva partición, ajustándose a las bases que constan en las sentencias de instancia y en grado de apelación, recaídas en los autos de juicio declarativo de menor cuantía 164/1986, que se siguió en el antedicho Juzgado, o las que se fijen en la propia sentencia, según el resultado de la prueba que se practique. Todo ello si no hiciesen uso del derecho de indemnizar a la demandante en el importe de la lesión causada, que se fijará a resultas de la prueba.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque la actora va contra sus actos propios. La partición del contador dirimente fue puesta de manifiesto a las partes por término de ocho días, sin que, como la propia actora reconoce, a la misma se hiciera objeción alguna, dictando a continuación el Juzgado el correspondiente auto de aprobación. La sentencia fue apelada por la actora, siendo desestimado su recurso.

La *ratio decidendi* de la sentencia de la Audiencia es que la acción que debería haberse ejecutado, dado los vicios que se imputan a la partición, era la de nulidad de la misma, siendo absolutamente invariable la rescisión por lesión.

El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 1074 CC y jurisprudencia que los interpreta. Se fundamenta en que a la recurrente se le ha lesionado en la partición que se impugna en más de la cuarta parte por no inclusión en su activo de determinadas fincas rústicas; por la inclusión indebida en el pasivo de deudas; y por la no inclusión en ese mismo pasivo de otras deudas. La sentencia recurrida entiende que ello no da pie para el ejercicio de una acción rescisoria por lesión [que es la ejercitada], sino que es un problema distinto, de nulidad de la partición. Por el contrario la recurrente sostiene, con cita de las Sentencias de esta Sala de 17 de abril de 1933 y 17 de abril de 1943, que procede la acción rescisoria.

Esta Sala considera que la cuestión planteada en el motivo soslaya la razón por la que los bienes no se han incluido en el activo de la sociedad de gananciales, que es la de que el contador-partidor afirmó que no existían, ateniéndose a que la sentencia que, en juicio anterior decretó la disolución y liquidación de dicha sociedad, ordenó que en el inventario se incluyesen sólo los bienes existentes al fallecimiento del causante don Carlos Jesús, esposo

de la codemandada doña Paloma. Correspondiendo a la actora que afirma lo contrario la prueba de ello (artículo 1214 CC) no lo ha conseguido en este juicio, pues ninguna de las pruebas practicadas acredita la existencia de bienes gananciales al fallecer el Sr. Carlos Jesús.

La omisión de bienes, por tanto, en el activo de la sociedad de gananciales que se liquidaba, no obedeció a dolo, negligencia o error del contador-partidor dirimente, sino a que constató aquella inexistencia, por lo que cumplió con una de bases ordenadas por la sentencia.

Así las cosas, el planteamiento del motivo se revela inútil para casar la sentencia de este pleito, dada aquella realidad fáctica apreciada en la propia partición, pues carece de sentido determinar si hubo o no lesión por algo que no fue adjudicado, o si era nula tal partición por no incluir bienes que no existían en el patrimonio ganancial al disolverse la sociedad.

Todo ello significa que en la hipótesis de que se diera lugar a la casación de la sentencia recurrida, esta Sala, al resolver sobre lo que corresponda dentro de los términos en que el debate aparece planteado (artículo 1715.1.3.º LEC), habría de llegar al mismo fallo desestimatorio de la demanda, aunque por otras razones de las recogidas en la sentencia de la Audiencia que se recurre. En otras palabras, se produciría una equivalencia de resultados, lo que impediría casarla de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala (SS. de 27 de septiembre de 2002, 19 de diciembre de 2003 y 14 de junio de 2005).

También lo impediría la falta de legitimación activa de la actora, ahora recurrente, cuestión que pudo ser estimada de oficio (SS. de 30 de enero de 1996, 26 de abril y 3 de diciembre de 2001, y 28 de diciembre de 2007). En efecto, consta en autos que la partición que impugna fue probada por autos del Juzgado de 1.ª Instancia de Noya el 21 de enero de 1992, una vez conocida por las partes del juicio que ante el mismo se seguía, sin que la actora formulase ninguna oposición ni, por tanto, con manifestación de puntos de discrepancia, y es doctrina de esta Sala la de que en el juicio declarativo posterior sólo se pueden discutir los puntos de aquella partición en los que no hubo acuerdo (SS. 20 de mayo de 2005 y 4 de julio de 2007). Por todo ello el motivo se desestima.

El motivo segundo, al amparo del artículo 1692 LEC, se formula subsidiariamente al anterior, acusa

infracción del artículo 24 CE en relación con el principio de congruencia establecido en el artículo 359 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

En su defensa, afirma la recurrente que si la sentencia recurrida consideró que la acción interpuesta no era la correcta, no hubiera incidido en incongruencia si hubiera aplicado la adecuada, esto es, lo que debería de haber entrado en juego la doctrina constitucional favorable al ejercicio de la acción, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva integra el de obtener un pronunciamiento en cuanto al fondo del asunto, y sólo el incumplimiento grave y cierto de ritos procesales esenciales, que atacan radicalmente y sin posibilidad de enmienda las normas imperativas que gobiernan el procedimiento, pueden determinar resoluciones denegatorias de las pretensiones deducidas. Cita en apoyo de sus tesis las Sentencias del Tribunal Constitucional de 21 de febrero de 1989, 144/1911, y 8 de febrero de 1993, y de esta Sala del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1982, 30 de julio de 1991, 22 de marzo de 2000 y 27 de febrero de 1995 (*a sensu contrario*). El motivo se desestima porque, como se ha razonado con anterioridad, el problema previo era el de si existían o no los bienes gananciales que se dicen omitidos. Al no probarse su existencia, la omisión de los mismos en la partición no legitima ni para rescisión por lesión o para su impugnación por nulidad.

El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.3.º LEC, acusa infracción del artículo 24 CE en relación con el artículo 524 de la Ley Procesal citada de 1881. Se formula subsidiariamente al segundo motivo. Se apoya el que ahora se examina en que la demanda no está condicionada por la *editio actionis*, y si la acción invocada en la demanda era errónea, el juzgador tenía la vía abierta para aplicar otra acción que estimase procedente, dado los hechos alegados y la pretensión verdaderamente ejercitada, que era la de practicar una nueva partición. Por tanto, no supondría un cambio en la acción ejercitada, y el no haberlo hecho así supone para la recurrente una verdadera indefensión. Se citan en favor de tales argumentaciones las Sentencias de esta Sala de 5 de octubre de 1985, 19 de mayo de 2000, 30 de enero de 1951 y 24 de noviembre de 1960. El motivo se desestima en congruencia con lo expuesto en la desestimación del anterior.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La simulación contractual da lugar a la nulidad absoluta y por tanto no es aplicable el plazo de caducidad del artículo 1301 del CC. Se declara la nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado entre los integrantes de una pareja de hecho ya que el conviviente era deudor de una importante cantidad en el momento en el que vendió el inmueble a su compañera. No obstante, no se estima la acción interpuesta frente a la entidad bancaria titular de un derecho de hipoteca al considerarla un tercero hipotecario protegido por el Registro de la Propiedad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ La entidad Pensionskasse fur die Deutsche Wirtschaft VVaG interpuso demanda de menor contra doña Elisa y don Jaime, solicitando que «se dictase sentencia declarando la nulidad absoluta de la escritura de compraventa y negocio traslativo de 4 de octubre de 1989 y se declare pertenecer la propiedad al demandado Sr. Jaime. Igualmente se solicita al Juzgado la nulidad absoluta de todos aquellos actos o negocios jurídicos que desde la transmisión impugnada traigan causa de la misma y puedan perjudicar el derecho de mi representada».
- ⦿ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Jaime y doña Elisa contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que «... se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda, estimando las excepciones formuladas y alegaciones de este escrito y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».
- ⦿ Contestada la demanda y señalándose día para la celebración de la comparencia prevista en la LEC, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos acordándose la ampliación de la demanda contra la Caja de Ahorros del Mediterráneo. Siendo emplazada, en calidad de demandada, la representación procesal de la misma contestó la demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables y terminó suplicando al Juzgado que «... se dicte sentencia desestimando la misma respecto a la cancelación de la hipoteca a favor de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, y absolviendo libremente a mi representada del pedimento que le afecta contenido en el escrito de ampliación de demanda, y determinándose la validez de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada en fecha 3 de enero de 1997 ante el Notario don Antonio Jiménez Clar entre la codemandada doña Elisa y mi mandante, así como la vigencia de la inscripción 9.ª a que la misma dio lugar en el Registro de la Propiedad de Jávea, todo ello con expresa imposición de costas a la actora».
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Denia dictó Sentencia el 10 de julio de 1998 desestimando la demanda.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 22 de noviembre de 2000 desestimando el recurso interpuesto por la actora.
- ⦿ La entidad Pensionskasse fur die Deutsche Wirtschaft VVaG interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien entendió que la acción no había caducado y estimó la demanda declarando la nulidad de la compraventa celebrada entre los demandados Sr. Jaime y Sra. Elisa mediante escritura pública de fecha 4 de octubre de 1989, debiéndose cancelar la inscripción

registral a que dio lugar, condenado a dichos demandados a estar y pasar por tal pronunciamiento y al pago de las costas correspondientes a la actora en la primera instancia. Absolvió de la demanda a la entidad Caja de Ahorros del Mediterráneo, condenado a la parte actora al pago de las costas causadas por la misma en primera instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La entidad Pensionskasse für die Deutsche Wirtschaft VVaG solicitó la nulidad de la compraventa por tratarse de un negocio simulado concebido en perjuicio de la actora en cuanto resultaba ser acreedora del vendedor según Sentencia dictada por la Audiencia de Mannheim (Alemania) de 29 de marzo de 1987, interesando igualmente la declaración de nulidad de todos aquellos actos o negocios jurídicos que, desde la transmisión impugnada, traigan causa de la misma y puedan perjudicar el derecho de la actora, entre los que se encuentra la constitución de hipoteca sobre la expresada finca a favor de la Caja de Ahorros del Mediterráneo para responder de un préstamo de veinte millones de pesetas otorgado en fecha 3 de enero de 1997.

La *ratio decidendi* de la sentencia de la Audiencia provincial venía expresada en su fundamento de derecho quinto, en el cual la Audiencia sostiene que, aunque las partes nada hayan manifestado sobre ello, se ha de tener en cuenta que desde la celebración del contrato cuya nulidad se pretende —4 de octubre de 1989— hasta la interposición de la demanda —27 de junio de 1997— han transcurrido casi ocho años y, por lo tanto, se ha cumplido el plazo para ejercicio de la acción de nulidad previsto en el artículo 1301 del Código Civil; plazo que es de caducidad y que, en consecuencia, es apreciable incluso de oficio.

Lo anterior conduce a que, por razones sistemáticas, haya de abordarse inicialmente el estudio del segundo de los motivos del recurso que es el que se refiere a la infracción del artículo 1301 del Código Civil, en relación con el 1275 del mismo código y la jurisprudencia dictada sobre los mismos, en el que se sostiene la inaplicabilidad al caso del plazo de caducidad establecido en el primero de los citados artículos al tratarse en la demanda de un supuesto de nulidad radical y absoluta y, por ello, insubsanable.

El motivo ha de ser acogido ya que, como refiere la Sentencia de 22 de febrero de 2007, es constante la jurisprudencia de esta Sala al proclamar que la simulación contractual da lugar a la nulidad absoluta o radical del contrato simulado pues falta en el mismo la causa como elemento fundamental exigido por el artículo 1261.3.º del

Código Civil; nulidad radical, sin posibilidad de sanación posterior, que resulta predicable tanto en los supuestos de simulación absoluta como en los de simulación relativa, si bien en este último caso referida al contrato simulado bajo cuya apariencia pudiera encubrirse otro fundado en una causa verdadera y lícita (artículo 1276 Código Civil). Como consecuencia de ello la acción para pedir la declaración de nulidad del contrato simulado no está sujeta en su ejercicio a plazo de caducidad o de prescripción alguno, pues lo que no existe no puede pasar a tener realidad jurídica por el transcurso del tiempo. De ahí que en tales casos no pueda acudir a las normas que sobre la nulidad contractual (*rectius*: anulabilidad) establecen los artículos 1300 y 1301 del Código Civil, pues ya el primero se refiere de modo expreso a «los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261», los cuales, siendo existentes, pueden ser anulados cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley. En este sentido señala la Sentencia de esta Sala de 18 de octubre 2005, y reitera la de 4 de octubre de 2006, que «aunque ciertamente la literalidad del artículo 1301 CC podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca a los cuatro años, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 CC se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la sentencia de 4 de noviembre de 1996, que «la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción» (en el mismo sentido la Sentencia de 14 de marzo de 2000, entre muchas otras)».

Estimado el motivo, procede que la Sala asuma funciones de instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1715.1.3.º de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, proceda a resolver dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

Interpuesta la demanda en los términos ya señalados en el anterior fundamento jurídico primero, los demandados don Jaime y doña Elisa opusieron

las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario, que quedó solventada con la llamada al proceso de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, y de falta de legitimación de la parte demandante por entender que la misma no justificaba su condición de acreedora del Sr. Jaime. No obstante, tal alegación, que pudiera haber tenido sentido en el momento inicial del proceso, carece de él en este momento procesal cuando esta misma Sala dictó con fecha 29 de febrero de 2000 auto en expediente núm. 2953/1998, instando por la entidad hoy demandante, en cuya parte dispositiva se establece el otorgamiento de *exequatur* a la resolución dictada por la Audiencia de Mannheim (Sección Civil 3.^a) Alemania, de fecha 19 de marzo de 1987, por la que se condena a don Jaime a abonar a la entidad alemana Pensionskasse für die Deutsche Wirtschaft VVaG las cantidades que en la misma se detallan.

Entrando en la consideración de lo que constituye el verdadero objeto del proceso, se ha de tener en cuenta que el Sr. Jaime otorgó con fecha 4 de octubre de 1989 escritura de venta a favor de la Sra. Elisa, con la que mantenía una situación de convivencia y con la que, finalmente, ha contraído matrimonio, sobre una finca urbana en término de Jávea, partida La Guardia, que se describe como parcela de tierra secano de novecientos cuatro metros cuadrados de superficie. Es la parcela número NÚM000 de la urbanización Balcón al Mar, hoy identificada como la número NÚM001 de la CALLE000 (esquina con la CALLE001). Linda por el Norte, resto de la finca matriz, parcela NÚM002; Sur, resto de finca matriz, parcela NÚM003; Este y Oeste, resto de la finca matriz, destinado a carretera de la urbanización. Dicha transmisión es la que la parte actora considera inexistente, en cuanto carente de causa, al haber estado dirigida a poner a cubierto dicho bien de la acción de la entidad acreedora, que lo era del vendedor en virtud de Sentencia dictada en Alemania el 29 de marzo de 1987.

La Sentencia de esta Sala de 11 febrero 2005, entre otras muchas, tras poner de manifiesto la dificultad de la prueba de la simulación contractual, acrecentada por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad (SS. 13 de octubre de 1987, 5 de noviembre de 1988, 27 de noviembre de 2000), señala que «la doctrina de esta Sala, admite como suficiente la prueba de presunciones, la cual se configura en torno a un conjunto de indicios, que si bien tomados individualmente pueden no ser significativos, e incluso cabe que sean equívocos, sin embargo, en conjunto, y en relación con las circunstancias, son reveladores de la actuación simulatoria. Y en tal orden se

han tomado en cuenta entre otros aspectos fácticos la existencia de *causa simulandi* (tratar de sustraer el bien a una ejecución), relación de parentesco próximo entre los intervinientes en la operación; precio irrisorio; carencia de prueba de pago del precio; falta de capacidad económica del adquirente, etc. (Sentencias, entre otras, 29 de diciembre de 2000 y 25 de septiembre de 2003)».

En el presente caso concurren indicios de cuya suficiencia no cabe dudar a estos efectos, ya que se trata de un negocio celebrado entre personas que mantenían una situación de convivencia, lo que determinó que el «vendedor» continuara habitando en todo momento el inmueble objeto de la compraventa; se fijó un precio –3.600.000 pesetas– que no se correspondía con el de una parcela con chalé edificado en una zona turística, y, además, no consta que el mismo fuera pagado; se ha pretendido sostener que la edificación del chalé se realizó por la compradora, que efectivamente declaró en escritura pública la obra nueva, cuando consta acreditado que en el año 1997, al momento de efectuarse dicha declaración de obra nueva, la edificación tenía una antigüedad superior a diez años, según se deduce de la inscripción 8.^a; y, por último, ya se conocía la existencia de la sentencia dictada en Alemania por la que el «vendedor» resultaba ser deudor de la entidad demandante.

Es por ello que ha de concluirse la inexistencia del contrato por faltar la causa onerosa propia de la compraventa, sin que haya de plantearse la existencia de una causa gratuita encubierta por la presencia real de un *animus donandi* a que igualmente se refiere la demanda y que no se afirma en ningún momento por los demandados en su escrito de contestación, dado 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 (Sentencias de 11 de enero, 26 de febrero, 20 de junio y 10 de septiembre de 2007, que siguen la postura ya mantenida en otras anteriores, como las de 20 de diciembre de 1985, 11 de diciembre de 1986, 2 de diciembre de 1988, 20 de octubre de 1992, 31 de diciembre de 1993, 27 de junio de 1996, 4 de mayo de 1998, 2 de abril de 2001 y 23 de octubre de 2002).

Por lo ya razonado, ha de estimarse la demanda y declarar la nulidad del referido negocio jurídico con las consecuencias inherentes a tal declaración, si bien ha de examinarse el alcance que la misma habrá de tener en relación con la hipoteca constituida a favor de la Caja de Ahorros del

Mediterráneo que ha comparecido como demandada en el proceso.

En el presente caso, ha de reconocerse a dicha entidad la condición de tercero hipotecario protegido por el Registro de la Propiedad (artículo 34 de la Ley Hipotecaria) ya que adquiere a título oneroso un derecho real limitado, como es el de hipoteca, de quien aparecía en el Registro de la Propiedad como titular dominical y, por tanto, con facultades para su constitución y, a su vez, lleva a cabo la inscripción de su derecho, sin que se haya acreditado la existencia de mala fe en su actuación (Sentencias de 28 de noviembre de 1997 y 4 de mayo de 2006, entre otras). Efectivamente, la buena fe del tercero hipotecario se presume y no existe en los autos prueba alguna de que actuara la entidad de crédito con mala fe a la hora de conceder el préstamo y ser constituida a su favor la garantía hipotecaria.

La buena fe, que ha de existir en el momento de la adquisición del dominio o derecho real (Sentencias de 11 de julio y 30 de diciembre de 2005, 4 de mayo y 7 de noviembre de 2006) ha de ponerse en relación con el posible conocimiento de la realidad extrarregistral contraria a lo que proclaman las hojas registrales, sin que sea exigible al adquirente una diligencia especial en la averiguación de las circunstancias que afecten al derecho inscrito a cuyo contenido registral puede atenderse. Es más, dado que la Caja de Ahorros del Mediterráneo no fue inicialmente demandada y únicamente se le tuvo por tal tras la comparecencia previa, no se contiene en la demanda hecho alguno del que pudiera desprenderse que conocía la inexactitud del Registro y respecto del que pudiera formular alegaciones contrarias en su defensa. Por ello la estimación de la demanda no puede extenderse a la referida demandada, que ha de ser absuelta.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

El valor de la vivienda de protección oficial propiedad de los cónyuges es el de mercado que ostentase en el momento de la disolución del régimen de gananciales, rebajado en la proporción que resulta en relación al tiempo que falte para la extinción del régimen de protección.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Romeo y doña Sonia habían contraído matrimonio el 11 de mayo de 1985, en régimen de gananciales. El 22 de febrero de 1990 se decretó la separación de los cónyuges y la disolución del régimen económico.
- ⊙ Tras una serie de incidencias, se llevó a cabo el cuaderno particional en 1998, que no fue aceptado por los ex cónyuges y, en consecuencia, don Romeo interpuso demanda contra doña Sonia pidiendo: a) la actualización de determinadas cantidades que figuraban en el inventario; b) que el precio de la vivienda debía ser el que correspondía a una vivienda de protección oficial, y c) la adjudicación de la vivienda.
- ⊙ La esposa consideró en su contestación a la demanda que la vivienda no debía valorarse al precio tasado, sino al precio de mercado y que tenía mejor derecho a que se le adjudicase por habersele atribuido su uso. Al mismo tiempo formuló reconvencción pidiendo la adjudicación de la vivienda y que se valorase el derecho de uso.
- ⊙ La vivienda fue adquirida por los cónyuges a sus anteriores propietarios en una compraventa documentada en escritura pública. Estaba acogida a los beneficios de la Ley de Viviendas de protección

oficial, expediente del año 1978. El 29 de junio de 1999 el gobierno vasco, Departamento de ordenación del territorio, vivienda y medio ambiente, la tasó en 14.026.203 pesetas (84.299,18 euros).

⦿ Don Romeo interpuso contra doña Sonia demanda de menor cuantía solicitando que se dictase sentencia por la que se apruebe el cuaderno particional del contador-partidor dirimente con las modificaciones propuestas por esta parte, además de la imposición de las costas a la demandada.

⦿ La demandada se personó en autos y se opuso a la demanda solicitando que se «dicte Sentencia en la que no aprobándose las operaciones particionales del Contador Dirimente don Óscar, se acojan los siguientes bienes como integrantes de la Sociedad de Gananciales y las siguientes adjudicaciones y consideraciones. ACTIVO: A) Respecto del turismo Renault 11, GA.....-G se adjudique a don Romeo, debiéndose ser éste quien satisfaga a su hermano el dinero aportado por el mismo para tal compra. B) La vivienda sita en la CALLEooo, núm. NÚMooo-NÚMooi. de Vitoria y su garaje se valoren de conformidad con el precio real de mercado y no con los previos fijados como vivienda de protección oficial, adjudicándosele la misma a don Romeo, debiendo éste compensar en metálico a mi mandante el importe al que ascienda sobre la misma y el hijo menor el derecho de uso sobre la vivienda hasta el cumplimiento de éste de los 28 años de edad. C) Importe actualizado obtenido por don Romeo en el traspaso del Bar Edrami efectuado en abril de 1990 que se fije en período probatorio o en su caso en ejecución de Sentencia siendo por lo menos esta cantidad la reconocida de contrario de 3.500.000 pesetas. D) Muebles de la vivienda conyugal que se adjudicarán al Sr. Romeo. PASIVO: A) Constituirá el pasivo de la Sociedad de Gananciales las cantidades que se acrediten satisfechas por la satisfacción del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar sin actualización alguna. B) Cantidad de 1.400.000 pesetas obtenidas por la venta de la vivienda de Arduza siempre que quede acreditada su conversión en bienes gananciales ya que si no, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil, será privativo el bien adquirido a costa o en sustitución de bienes privativos». Asimismo en dicho escrito formuló Demanda Reconventional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: «... se dicte Sentencia en la que para el caso de que se acoja la postura del cuaderno particional del contador-partidor dirimente respecto a la valoración de la vivienda con valor de protección oficial: A) Se adjudique a doña Sonia la vivienda sita en Vitoria, CALLEooo, núm. NÚMooo-NÚMooi y su garaje. B) Que se cuantifiquen económicamente el derecho de uso de la esposa e hijo del matrimonio sobre la citada vivienda que se deberá descontar del precio anterior, siendo la diferencia lo que debe ir al activo de la sociedad de gananciales debiendo abonar la mitad del importe al Sr. Romeo. C) El vehículo Renault-11 se adjudique al esposo y se deduzca la mitad del resultado anterior disminuyéndose lo que deba la Sra. Sonia. D). Que el pasivo de la Sociedad de Gananciales vendrá constituido exclusivamente por el importe satisfecho y que se acredite del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar que se adjudicará a ambos esposos».

⦿ De la demanda reconventional se acordó conferir traslado al actor, presentándose por la representación de don Romeo escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando: «... teniendo por presentada esta contestación a la demanda reconventional, y sus copias, se sirva tenerla por formulada en tiempo y forma, y en su día se dicte sentencia por la que se apruebe el cuaderno particional del contador-partidor dirimente con las modificaciones propuestas por esta parte, además de la imposición de las costas a la demandada».

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Vitoria dictó Sentencia el 29 de mayo de 2000 estimando parcialmente tanto la demanda principal como la reconventional, declaró que el Activo y el Pasivo de la Sociedad de Gananciales formada por los citados litigantes se compone de los bienes y derechos descritos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución y que, previa cuantificación en ejecución de sentencia del valor de uso del bien número uno del activo y del mobiliario, se distribuirán entre los cónyuges los mismos, en la forma establecida en el Fundamento de Derecho

Quinto de esta Resolución, lo que también se llevará a cabo en ejecución de sentencia. No se hace pronunciamiento sobre las costas.

◉ En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Vitoria-Gasteiz dictó Sentencia el 21 de septiembre de 2000 y estimó en parte los recursos interpuestos revocando la sentencia del juzgado en los siguientes puntos: «la valoración de la vivienda habrá de hacerse conforme al precio oficial de la misma atendido el carácter de vivienda de protección oficial. La misma se adjudica al demandante don Romeo, y en cuanto a la apelante doña Sonia, estableciendo que la suma de 3.500.000 pesetas a que se refiere el punto 3 del activo habrán de ser actualizados. Se rechazan los demás pedimentos de uno y otro recurso. Se mantiene el resto de la sentencia y no se hace condena en las costas de esta apelación».

◉ Doña Sonia interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que acordó que el valor de la vivienda de protección oficial propiedad de los cónyuges es el de mercado que ostentase en el momento de la disolución del régimen de gananciales, rebajado en la proporción que resulta en relación al tiempo que falte para la extinción del régimen de protección.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo, la recurrente alega la infracción de la jurisprudencia de esta Sala por inaplicación de la existente sobre el valor que se debe otorgar a las viviendas de protección oficial. Señala que se trata del cómputo del valor de la vivienda a los efectos de las adjudicaciones al esposo y la esposa en las que debe imperar el principio de igualdad y cita como infringidas las Sentencias de 11 de julio de 1995 y 21 de noviembre de 1996. Argumenta que este Tribunal «desde hace varios años, (...), viene entendiendo que la venta de viviendas de protección oficial por precio superior al fijado por la Administración no son nulas». Pone de relieve el cambio producido en la jurisprudencia de esta Sala, puesto que así como en un principio las había considerado nulas parcialmente, a partir de 1992 matizó estos criterios, considerando que ello no afectaba a la validez de las ventas, aunque pudiera traducirse en la imposición de sanciones administrativas. En aplicación de esta doctrina general, la Sentencia de 11 de julio de 1995 había tenido en cuenta, a los efectos de valoración de este tipo de inmuebles en la liquidación de la sociedad de gananciales, que el valor real no coincide con el precio autorizado y que no puede desconocerse la descalificación, con las consecuencias que comporta. El segundo motivo insiste en el argumento, denunciando la infracción, por inaplicación, de los artículos 1344, 1404, 1406 y 1410 en relación con los artículos 1061 y ss. CC que, en suma y finalmente, predicen la igualdad de los cónyuges a la hora de liquidarse la sociedad de gananciales. De acuerdo con estas normas, se estará a lo establecido para la

partición, de manera que debe guardarse la posible igualdad, haciendo lotes para adjudicar a cada uno de los partícipes cosas de la misma naturaleza. Por estas razones es obligado que la vivienda sea valorada por el precio real de mercado.

Para centrar el punto esencial que estos dos motivos plantean, debe estudiarse la doctrina de esta Sala en relación con los negocios jurídicos relativos a los precios de la venta de viviendas de protección oficial y su relación con la valoración de las mismas cuando se trata de bienes gananciales y deba procederse a la liquidación por haberse disuelto la sociedad.

1.º Ciertamente este Tribunal ha venido declarando de forma bastante unánime en sentencias pronunciadas sobre esta cuestión, que la validez de los contratos de compraventa de viviendas calificadas como de protección oficial no quedaba afectada por el hecho de que se hubiese pagado el precio de mercado, superior al tasado oficialmente. Así ocurre en las Sentencias de 14 de octubre de 1992, 4 de mayo de 1994, 4 de mayo y 26 de junio de 1995, 21 de noviembre de 1996 y 4 de febrero de 1998. En todas ellas se afirma que el contenido del contrato es el libremente pactado entre las partes y ello determina su validez, con independencia de las sanciones administrativas en que se puede incurrir al vulnerar las prohibiciones relativas al precio. Sin embargo, estas sentencias no pueden ser utilizadas para resolver el presente recurso, porque en ellas se trata de la validez de contratos de compraventa, cuestión distinta de la que debe resolverse ahora.

2.º El punto central de este recurso es el valor que debe ser atribuido en la liquidación de los bienes gananciales a las viviendas calificadas como de protección oficial mientras está vigente esta calificación. La recurrente aporta la Sentencia de 11 de julio de 1995 que, precisamente en una liquidación de gananciales, atribuye por primera vez el valor de mercado a una vivienda de protección oficial con el argumento que «En resumen, la parte no está conforme con la valoración dada al piso en cuestión que está calificado como vivienda de “protección oficial”, sin reparar que, en ocasiones, el valor real de un bien, no coincide con su precio autorizado, en este caso, por limitaciones de orden administrativo. La posibilidad, sin embargo, de la descalificación, con las consecuencias legales inherentes a la misma, no puede razonablemente desconocerse, y, con ello, tampoco puede ignorarse que el precio entonces en el mercado sería notablemente mayor al autorizado. No se incurre, por tanto, en ningún acto contrario a norma imperativa que conduzca a una nulidad de pleno Derecho, en tanto que sólo se previenen las consecuencias de una posible descalificación y su repercusión sobre el valor real, y entonces libre del inmueble (...)». Este criterio fue confirmado por la Sentencia de 16 de diciembre de 1995, que señalaba que, con independencia del tratamiento de este tipo de viviendas, «[n]o se está, pues, en el supuesto de hecho de que se trate de vender dicha vivienda, sino, estrictamente, en el cómputo de su valor a efectos de que las adjudicaciones al esposo y a la esposa reflejen este criterio de igualdad», por lo que aceptaba el valor de mercado.

Sin embargo, la anterior Sentencia de 9 febrero 1995, después de señalar que lo único que puede ser acogido en el caso de la valoración de estos bienes en la liquidación de los gananciales es que «el requisito del precio cierto de estos pisos lo determina la disposición legal que los autoriza y determina», argumenta lo siguiente: «Este Tribunal y para el concreto supuesto en el presente recurso ofrecido, decide la estimación del motivo, ya que: a) nos hallamos a presencia de la liquidación de una sociedad de gananciales, en cuya operación es fundamental determinar el valor de su bien principal, el piso que ha motivado este proceso; b) dicho inmueble está sujeto a la legislación de Viviendas Protegidas, ya que así fue adquirido; c) habiendo sido hecha la calificación definitiva del mismo el 31 de mayo de 1971, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º III del Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Viviendas de Protección Oficial, el régimen legal de dichas viviendas se mantiene durante 30 años, lo que implica que en el presente momento sigue vigente; d) la doctrina de esta Sala en orden a la observancia de los precios

establecidos por la normativa vigente en materia de Viviendas de Protección Oficial es, cual se ha expuesto constante y reiterada; e) si bien existen sentencias favorables a la validez del contrato en que se pactan precios superiores (Sentencias de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992), las mismas vienen referidas, cual se ha indicado en el fundamento tercero, a los supuestos de contratos de compraventa de dichos pisos y con base en una serie de consideraciones aquí no aplicables».

Debe añadirse la Sentencia de 16 de mayo de 2000 que dice que «las viviendas de protección oficial en los casos de liquidación de la sociedad de gananciales habrán de ser valoradas conforme a su precio real y sin tener en cuenta las limitaciones establecidas para su venta en la legislación especial, a los efectos de evitar el enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges, máxime cuando se trata de un régimen temporal», y la de 14 de noviembre de 2002, que dice que «se ha de procurar en la liquidación guardar en lo posible la igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, según el artículo 1061 referido a la partición de la herencia, pero aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales. En tal supuesto, se hace preciso evitar que una calificación jurídica diferente, viviendas de protección oficial y otras viviendas puede determinar distorsiones en esta igualdad que se pretende y el motivo debe ser acogido (...)».

De aquí que deba señalarse que la doctrina de este Tribunal no es unánime en relación a las pautas de valoración de las viviendas sujetas al régimen de protección oficial cuando el problema se plantea en la liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que debemos pronunciarnos en esta cuestión.

El artículo 47.1 CE establece que «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». El desarrollo de esta norma ha sido asumido por algunas Comunidades autónomas, cuya competencia ha sido confirmada por la STC 170/1989, de 19 de octubre; por ello, una parte de las normas reguladoras de la vivienda corresponde a la competencia autonómica y diferentes Comunidades Autónomas han venido aprobando diversas leyes en las que no existe unanimidad acerca del mantenimiento de la calificación como VPO de una determinada vivienda.

Uno de los desarrollos de la norma constitucional lo constituyen los planes estatales y

autonómicos para la vivienda y el suelo, que establecen unas determinadas características para las viviendas que podrán gozar de la protección. Estas características suelen ser: a) la superficie limitada; b) el precio tasado; c) el acceso a su titularidad mediante sorteo, y d) el control de la administración sobre la facultad de disposición. En algunas leyes se añade un derecho de tanteo y retracto de la Administración, como ocurre en el caso del País Vasco (Ley 7/1988, de 15 de abril, de Derecho preferente de la Administración en las transmisiones de VPO a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y STS), Galicia (artículos 35-37 de la ley 4/2003, de 29 de julio, de vivienda de Galicia) y Cataluña (artículos 78.4 y 87-91 de la ley 18/2007, de 28 diciembre, del dret a l'habitatge) entre otras. Por tanto, este tipo de viviendas participan de unas características determinadas que no permiten equipararlas a las que se encuentran en el libre mercado.

Otra de las cuestiones que deben tenerse en cuenta a los efectos de la decisión sobre la valoración es la posibilidad de que en un plazo más o menos largo, estas viviendas, que originariamente tienen limitadas las facultades de disposición debido a su calificación como viviendas de protección oficial, pasen a ser viviendas libres, por haberse producido lo que se denomina la descalificación, que consiste en la extinción de la calificación que determinaba las características de la vivienda. En este punto, las diferentes legislaciones vigentes tienen normas distintas en relación a la descalificación. Así el artículo 9 del Decreto 315/2002, de 30 de diciembre, de régimen de VPO y medidas financieras en materia de vivienda y suelo de Euskadi, establece que las «viviendas que hayan sido objeto de calificación definitiva con arreglo a lo previsto en el presente Decreto, mantendrán permanentemente la misma, y por lo tanto, su naturaleza de protección oficial», estableciéndose un régimen transitorio en la Disposición Transitoria Primera. 2 para las viviendas construidas con anterioridad al Decreto, mientras que en Cataluña, el artículo 78.5 de la Ley 18/2007 prohíbe la descalificación por interés del propietario, pero no la excluye «por razones de interés público vinculadas a las necesidades de la vivienda».

A la vista de los anteriores argumentos, debemos ahora examinar los criterios que se han utili-

zado hasta ahora para adoptar la solución relativa a la valoración a precio de mercado; éstos son:

1.º La temporalidad de las limitaciones a la libertad de disposición. Sin embargo, este criterio ha dejado de tener un valor absoluto, porque en el momento actual hay algunas legislaciones autonómicas que mantienen la limitación de la facultad de disponer y sólo excepcionalmente permiten la descalificación.

2.º Si se valorara la vivienda de protección oficial exclusivamente de acuerdo con el precio tasado, se produciría un enriquecimiento injusto del adjudicatario cuando se descalificara. Pero este argumento choca con el criterio de que las cosas hay que valorarlas por el valor que tienen en el momento de la disolución y los aumentos y disminuciones que sufran los bienes posteriormente deben ser soportados por quien ha sido su adjudicatario, tal como se deduce, por analogía, de lo dispuesto en el artículo 1045.2 CC.

3.º Un tercer argumento que se suele utilizar es que no se respeta el régimen de la igualdad. Pero volvemos a las razones ya expuestas, relativas al momento de disolución que es cuando cesan los gananciales.

En consecuencia, para proceder a la valoración en la liquidación de los gananciales, de las viviendas de protección oficial debe partirse de un dato imprescindible, cual es la posibilidad de que en un plazo determinado dicha vivienda deje de tener la condición de vivienda protegida y sea, por tanto, descalificada, para entrar en el mercado libre. De aquí que: 1.º La vivienda no descalificable debe ser valorada de acuerdo con el valor oficial. 2.º La vivienda descalificable debe ser valorada de acuerdo con un criterio ponderado, porque en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, la vivienda no es de libre disposición, aunque debido a su naturaleza, lo será en el tiempo establecido en el concreto plan, que ambos cónyuges conocen. Por tanto, en los casos de vivienda descalificable se aplicará el valor del mercado en el momento de la extinción del régimen, rebajado en la proporción que resulte en relación al tiempo que falte para la extinción del régimen de protección. Éste es el criterio que debe aplicarse en el presente litigio, por lo que se estiman los dos primeros motivos del recurso.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Aplicación de la jurisprudencia sobre la extinción de la sociedad de gananciales cuando existe una separación de hecho a pesar de que en testamento ológrafo el esposo dejase a la esposa el tercio de libre disposición y que durante dicho período comprase junto a aquélla un inmueble adquiriendo él la nuda propiedad para su sociedad de gananciales, ya que se trata de hechos que en nada afectan a la pérdida del fundamento de la existencia de dicha sociedad cuya razón de ser se encuentra en la convivencia matrimonial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

- ◉ Don José Francisco y doña Valentina se encontraban separados de hecho y el primero convivió con doña Pilar hasta el día de su fallecimiento.
- ◉ Doña Valentina interpuso demanda de menor cuantía contra doña Pilar solicitando que se dictase sentencia por la que «1.º Declare la nulidad radical y absoluta de las entregas de dinero efectuadas con carácter gratuito por don José Francisco a favor de don Pilar con cargo a sus cuentas corrientes núms. NÚMooo y NÚMoor abiertas en el Banco de Santander que se relacionan en el Hecho Segundo de esta demanda y cuyo importe total de 46.395.968 pesetas debe la demandada restituir inmediatamente a la actora en los conceptos en que ésta acciona, junto con los intereses legales devengados por cada una de las cantidades integrantes de aquella suma detalladas en los apartados A y B del hecho segundo desde las respectivas fechas en que la señora Pilar las recibió hasta aquella en que tenga lugar su total devolución. 2.º Alternativamente, para el caso de que la demandada probara que las cantidades de dinero dispuestas a su favor con cargo a las citadas cuentas, lo fueron a título de préstamo oneroso, se declare que aquélla viene obligada a devolverlas inmediatamente a mi mandante en los conceptos en que acciona junto con los intereses pactados, en cada caso, desde la fecha en que recibió cada entrega hasta aquella en que tenga lugar su total devolución. 3.º Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al pago de las costas del juicio».
- ◉ Doña Pilar contestó a la demanda, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, en definitiva, se «... dicte Sentencia, en su día, por la que, se desestime la demanda, absolviendo a mi representada de los pedimentos de la misma, con expresa condena en costas a la actora...»
- ◉ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 11 de Madrid dictó Sentencia el 11 de marzo de 1999 estimando íntegramente la demanda.
- ◉ En grado de apelación, la Sec. 19.ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 27 de octubre de 2000 desestimando la recurso interpuesto por doña Pilar.
- ◉ Doña Pilar interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien acordó la desestimación de la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia impugnada aborda en su fundamento de derecho quinto la que considera cuestión «nuclear» del proceso, que es la de si puede entenderse producida una extinción de hecho de la sociedad de gananciales por la situación de separación en que se encontraban los cónyuges don José Francisco y doña Valentina, en cuya virtud las cantidades de que dispuso el primero a favor de la demandada doña Pilar no debieran considerarse como integrantes del patrimonio ganancial. Alude la sentencia de apelación a la reiterada doctrina de esta Sala según la cual la separación de hecho libremente consentida excluye el fundamento de la sociedad conyugal pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho, que no puede ser acogido por los tribunales en una interpretación acorde con la realidad social, citando en concreto las Sentencias de esta Sala de 13 de junio de 1986, 17 de junio de 1988, 23 de diciembre de 1992 y 11 de octubre de 1999.

A partir de tal reconocimiento, la sentencia impugnada prescinde de la fijación del dato acerca del tiempo en que tal separación de hecho existió y concluye que, en este caso, no puede entenderse producida la finalización de la sociedad de gananciales por tal causa, ya que: a) Las entregas de dinero a la demandada por parte del Sr. José Francisco, en total treinta y seis, se producen entre el 7 de enero de 1988 y el 11 de diciembre de 1991; b) El Sr. José Francisco en fecha 23 de julio de 1988 redacta un testamento ológrafo en el que deja a su esposa —demandante— no sólo la cuota viudal correspondiente, sino también el tercio de libre disposición; c) En fecha 20 de mayo de 1990 se amplía dicho testamento ológrafo a los solos efectos de señalar que en documento privado de fecha 15 de mayo anterior había vendido el testador a la demandada doña Pilar el usufructo de determinados bienes y enseres por precio de 4.000.000 de pesetas y que si la citada venta fuera impugnada por sus herederos y la impugnación prosperase, el usufructo referido se habría de imputar al tercio de libre disposición con reintegro por parte de los herederos a la demandada de lo pagado por aquel derecho de usufructo; d) Mediante escritura pública de 20 de diciembre de 1989 la demandada y el Sr. José Francisco compran una vivienda y plaza de garaje en la CALLEooo núm. NÚMoo2 de Madrid, haciéndolo aquélla del usufructo y éste de la nuda propiedad, constando que el Sr. José Francisco compra en estado de casado con la demandante y para su sociedad conyugal; y e) El Sr. José Francisco falleció el 29 de enero de 1992.

De lo anterior extrae la Audiencia la inaplicación al caso de la señalada doctrina jurisprudencial en orden a la disolución de hecho de la sociedad de gananciales, al no haber existido voluntad por parte del Sr. José Francisco ni por su cónyuge de extinguir tal sociedad, estimando relevante para considerar extinguida de hecho la sociedad el que los propios cónyuges actúen como si aquella sociedad hubiera finalizado, lo que no ocurre en el caso. Por ello confirma la sentencia de primera instancia que, como ya se dijo, era estimatoria de la demanda.

La doctrina de esta Sala sobre la finalización de la sociedad de gananciales por la separación de hecho de los cónyuges parte de las Sentencias de 13 de junio de 1986 y 17 de junio de 1988, destacándose que el fundamento de la sociedad es la convivencia mantenida entre los cónyuges; doctrina reiterada por la de 27 de enero de 1998, según la cual «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges», y por la de 14 de marzo de 1998. En igual sentido se pronuncian las Sentencias de 24 de abril y 11 de octubre de 1999, afirmando esta última que «no existe desde el momento del abandono ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales» y que no se puede exigir en tales casos la declaración judicial «para estimar extinguida la sociedad de gananciales». En igual sentido se han manifestado otras sentencias posteriores como las de 26 de abril de 2000 y 4 diciembre 2002. En consecuencia debe entenderse que, producida de modo irreversible la ruptura de la convivencia, los bienes obtenidos por cada uno de los cónyuges no se integran en la sociedad de gananciales, sin perjuicio del derecho de cualquiera de los citados cónyuges a instar su extinción en los términos previstos en el artículo 1393.3.º del Código Civil así como la facultad que les asiste para solicitar las medidas oportunas de carácter económico previas a la solicitud de separación o divorcio.

Sentado lo anterior, ha de considerarse infringida tal doctrina por la sentencia hoy recurrida, pues la actuación del Sr. José Francisco al redactar un testamento ológrafo en el que atribuye a la que aún era su esposa, la actora doña Valentina, el tercio de libre disposición, y comprar junto con la demandada un piso adquiriendo él la nuda propiedad para su sociedad de gananciales, en nada afecta a la pérdida del fundamento de la existencia de dicha sociedad cuya razón de ser se encuentra en la convivencia matrimonial y por ello se hace atribución conjunta a los cónyuges de lo adquirido a título oneroso por uno de ellos en cuanto

se entiende que tal adquisición se produce con la colaboración y sacrificio del otro; de modo que, faltando la convivencia por ruptura matrimonial, puede afirmarse que la sociedad de gananciales ha dejado de existir. El hecho de que se haga testamento y se favorezca en él al cónyuge del que se vive separado de hecho puede responder a diversas razones, incluso de compensación económica o también, como resulta muy frecuente, de mantenimiento *ad extra* de una apariencia de normalidad familiar, al igual que sucede con la atribución del carácter ganancial de la nuda propiedad del piso adquirido en situación de separación de hecho, que formalmente viene atribuido a dicha sociedad (artículo 1347.3.º Código Civil), cuando el usufructo lo adquiriría la parte demandada. Lo que resulta insostenible es que la misma voluntad de atribución de carácter ganancial existiera para las ganancias obtenidas por el Sr. José Francisco en estado de separación de hecho de su esposa, de parte de las cuales dispuso a favor de la demandada, cuando precisamente amplió su testamento ológrafo para «advertir» a sus herederos de la improcedencia de impugnar la venta del usufructo de determinados bienes que había hecho a la demandada doña Pilar en 15 de mayo de 1990.

En consecuencia el motivo ha de ser estimado, lo que releva del examen concreto de los restantes que integran el recurso. Dicha estimación comporta que esta Sala haya de resolver la cuestión según

los términos en que aparece planteado el debate, según dispone el artículo 1715.1.3.º de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil.

En primer lugar es preciso determinar la fecha en que se produjo la ruptura de la convivencia matrimonial entre don José Francisco y doña Valentina, dato al que no se refiere la demanda y que cabe extraer de la prueba practicada, ya que las propias hijas del primer matrimonio de don José Francisco –anterior al contraído con la demandante– doña Flora y doña Margarita manifiestan, al contestar a la cuarta pregunta de las que se les formularon en prueba testifical, que desde el año 1988 existía separación de hecho entre los cónyuges y don José Francisco convivía desde entonces ininterrumpidamente con doña Pilar. Por tanto, si desde esa fecha cabe entender que había cesado la sociedad de gananciales y las entregas de dinero por parte del Sr. José Francisco a la Sra. Pilar se produjeron con posterioridad, estando acreditado por los informes bancarios obrantes en los autos que durante ese período el Sr. José Francisco había ingresado en sus cuentas bancarias cantidades superiores a los doscientos cincuenta millones de pesetas procedentes de sus diversas actividades profesionales, es claro que lo entregado a la demandada no disminuyó el caudal de la sociedad de gananciales por no haber entrado a formar parte de la misma y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda.

UNIONES DE HECHO

Inexistencia de comunidad de bienes entre los convivientes ya que, pese al dilatado período de convivencia, no se ha acreditado voluntad de constitución expresa, o simplemente «intitulación» directa de los bienes a favor de la demandante quedando la conclusión, por tanto, pendiente de meras conjeturas o posibles intenciones, insuficientes y contrarias a la seguridad jurídica que debe imperar en materia tan trascendente.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Doña Isabel interpuso demanda de menor cuantía contra don Eugenio en su calidad de heredero del difunto don Gustavo, los desconocidos demás herederos o en su defecto, la herencia yacente del difunto don Gustavo solicitando que «se dictase sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: a) Declare que entre mi mandante y el fallecido don Gustavo, existió una convivencia para-

matrimonial; b) Declare que dicha convivencia paramatrimonial generó la creación de una comunidad de bienes regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil; c) Declare que todos y cada uno de los bienes, derechos y obligaciones adquiridos por los cónyuges de hecho, constante su unión, pertenecen a ambos por iguales mitades indivisas; d) Condene a los demandados a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y, a practicar en ejecución de sentencia, junto con la actora, la liquidación de la comunidad de bienes, disuelta por el fallecimiento del señor don Gustavo adjudicándose cada parte la mitad del patrimonio de dicha comunidad. Condena a los demandados al pago de todas las costas del juicio».

⊙ Admitida a trámite la demanda, y ante la incomparecencia de los demandados, esta parte procesal fue declarada en rebeldía. Posteriormente, se personaron en autos los cónyuges don Eugenio y doña Camila.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de Almería dictó Sentencia el 11 de junio de 1997 estimando la demanda.

⊙ En grado de apelación la Sec. 2.^a de la AP de Almería dictó Sentencia el 24 de enero de 2000 estimando el recurso interpuesto por los demandados y desestimando en su integridad la demanda.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La parte demandante, alegando la existencia de una unión extramatrimonial con el fallecido don Gustavo que duró cerca de ocho años, solicitó la aplicación de la normativa de la comunidad de bienes para aquellos adquiridos conjuntamente frente a los herederos de éste.

El Juzgado estimó la demanda, pues consideró que había un pacto tácito de tenencia en común de los bienes adquiridos durante la unión. Sin embargo, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado, y, valorando de modo distinto la prueba, llegó a la conclusión que tal pacto tácito era inexistente pues «pese al dilatado período de aquélla (léase convivencia), no hay conocida voluntad de constitución expresa, o, simplemente “intitulación” directa de los bienes a favor de la demandante quedando la conclusión, por tanto, pendiente de meras conjeturas o posibles intenciones, insuficientes y contrarias a la seguridad jurídica que debe imperar en materia tan trascendente, no sólo respecto de los interesados, sino también respecto de sus posibles causahabientes, como sea la atribución patrimonial de bienes».

Al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 de la LEC, el recurrente considera infringidos los artículos 392 a 496 del Código Civil sobre comunidad de bienes, el artículo 1.1 del CC, artículos 10, 14 y 39 de la Constitución, así como la interpretación de las normas y jurisprudencia sobre parejas de hecho o *more uxorio*. Por otro lado, hay que entender que la

referencia a la normativa sobre comunidad de bienes lo es de los artículos 392 a 406 del CC y no 496, pues ni las propiedades especiales, ni la posesión, ni el usufructo, uso y habitación (comprendidos en el resto de los artículos) tienen relación con el objeto del pleito. Cabe mencionar, por último, que la cita indiscriminada de todos los preceptos del Título III del Libro II del Código Civil, relativos a la comunidad de bienes, hace adolecer al recurso de una falta de precisión de la concreta infracción producida por la sentencia recurrida. En todo caso, del recurso se extrae que la recurrente, partiendo de una errónea valoración de la prueba por la Audiencia, considera que ha quedado acreditada la existencia de una relación *more uxorio* entre don Gustavo y la recurrente, con datos fácticos que acreditan la existencia de un pacto tácito de confusión del patrimonio y bienes entre las partes. En consecuencia solicita, dada la finalización de la relación, por el fallecimiento de su pareja, la aplicación de la normativa de la comunidad de bienes para proceder a la disolución de la comunidad con los herederos del fallecido.

El motivo no puede acogerse porque ninguna infracción de la normativa alegada y de la jurisprudencia de esta Sala se ha producido por la sentencia recurrida al partir ésta de la inexistencia de pacto entre las partes de confusión de patrimonio y bienes. Incurre el recurrente en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión.

CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

Nulidad de la escritura pública de compraventa de un inmueble celebrada entre una hija y sus padres, no pudiendo considerarse válida la donación 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.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 2008

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

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Sandra interpuso demanda de menor cuantía contra su hermana doña Ana solicitando se dictase sentencia condenando a la demandada a: estar y pasar por la declaración de nulidad de la escritura de compraventa de fecha de 2 de marzo de 1995 otorgada ante el Notario de Valencia don Manuel Ángel Rueda Pérez; la cancelación de los asientos registrales amparados en la anterior escritura pública, a su cargo; al pago de las costas causadas y que se causen.
- Admitida a trámite la demanda, doña Ana compareció en debida forma y contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas de contrario, alegando, con carácter previo, la falta de litisconsorcio pasivo necesario, y seguidamente, cuantos hechos y fundamentos de derecho estimaba de aplicación, suplicando al Juzgado «se dicte sentencia en cuya virtud se absuelva a mi mandante de todos los pedimentos contenidos en la demanda, incluida la cancelación registral de anotación de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora».
- Encontrándose los presentes autos en este estado procesal, se acordó acumular la demanda que con fecha 25 de septiembre de 1998 se turnó al Juzgado de Primera Instancia núm. 11, y que dio origen a los autos de menor cuantía 617/1998, demanda en este caso promovida por la actora contra don David (esposo de doña Ana) y de idéntico tenor que la anterior.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Valencia dictó Sentencia el 10 de noviembre de 1999 desestimando ambas demandas.
- En grado de apelación, la Sec. 7.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 22 de septiembre de 2000, estimando el recurso interpuesto por la actora y estimando en su integridad ambas demandas.
- Doña Ana y don David interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alegaba la actora que su hermana Ana, con intención de defraudar los derechos legítimos que correspondían a la demandante en la herencia de su padre difunto, había simulado adquirir a sus padres, por compraventa, la vivienda que constituía el domicilio familiar de éstos, lo que en realidad

encubría una donación por no haberse satisfecho precio alguno. Los demandados se opusieron a la nulidad pretendida, defendiendo la validez de la compraventa y el pago del precio estipulado de 2.580.000 pesetas. Seguido el pleito por sus trámites, éste finalizó en primera instancia con

Sentencia desestimatoria, frente a la que se interpuso recurso de apelación por la parte actora, que fue estimado, acogiendo la Audiencia los pedimentos de la demandante en su totalidad, declarando la nulidad de la compraventa y del negocio disimulado. La Sala de segunda instancia razona la nulidad de la compraventa señalando que, comprobada la confusión patrimonial de los patrimonios de los compradores y el vendedor, no queda acreditado que se pagara precio alguno, careciendo el contrato de causa; además, se declara también nula la donación encubierta, en este caso porque la inexistencia del negocio simulado y la total carencia de eficacia jurídica acarrea la nulidad del disimulado, por no constar la aceptación del donatario, y, en todo caso, por su carácter fraudulento, al haberse buscado de propósito la donación, con la apariencia de una compraventa, para extraer del caudal relicto un inmueble y perjudicar de esta forma la legítima de su hermana.

El primer motivo, lo formula la parte recurrente con apoyo en el artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se denuncia la infracción del artículo 359 de dicha ley procesal, en relación con el artículo 372.4 de la dicha Ley procesal y el artículo 24.1 de la Constitución, aduciéndose que la sentencia recurrida incurre en vicio de incongruencia al declarar la nulidad tanto del negocio simulado de compraventa como del disimulado de donación, a pesar de que, según aducen los recurrentes, la parte actora pretendió en su demanda sólo la nulidad de la compraventa por simulación relativa, es decir, por ser falsa su causa, (no por inexistencia de ésta), sin cuestionar en modo alguno la eficacia y validez de la donación disimulada y el desplazamiento patrimonial a que ésta había dado lugar. El motivo debe ser desestimado.

Y así es, ya que todo el planteamiento de la parte recurrente se basa en que la donación encubierta bajo la escritura de compraventa reputada nula es válida por tener causa lícita, lo cual resulta incompatible con la doctrina vigente en esta materia. Es cierto que, al examinar la causa del negocio y la sanción contemplada en los artículos 1275 y 1276 del Código Civil, la doctrina ha venido distinguiendo tradicionalmente —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 que en varias Sentencias —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 de 1993, 20 de julio de 1993, 14 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 1999— esta Sala 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.

Sin embargo, 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, y así, partiendo de lo declarado en la Sentencia de 3 de marzo de 1932, la referida sentencia del Pleno, dictada también en un caso en que sólo se interesaba la nulidad de la compraventa por simulación y nada se pedía respecto de la donación encubierta, manifiesta con rotundidad 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 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 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 descubre no reúne para su validez y eficacia aquéllos». La doctrina expuesta supone que, incluso de admitirse, (en contra del propio *factum* de la sentencia aquí recurrida, que lo descarta en el FJ 7), 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 esencial cual es la forma *ad solemnitatem* que impone el artículo 633 del Código Civil, 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».

El segundo motivo se encauza a través del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y denuncia la infracción de los artículos 1249, 1281 –éste en relación con los artículos 1253 y 1445– y 1277, todos ellos del Código Civil. La argumentación del motivo que reprocha a la Audiencia haber errado en la valoración de la prueba, se construye sobre la base de dar por ciertos únicamente los datos que extrae la parte recurrente a partir de los que se consideran probados por el Juzgado, los cuales dice compartir, y ello con objeto de convencer a la Sala de que sí existió precio y, consecuentemente, de que no hubo simulación. El motivo se desestima.

Examinándolo desde una perspectiva estrictamente formal, la parte incurre, en primer lugar, en el defecto de acumular preceptos heterogéneos, al mezclar artículos sobre la prueba de presunciones artículos 1249 y 1253, con otros como el artículo 1277 que aluden a la causa de los contratos, e incluso a la interpretación de los mismos artículo 1281, todos ellos del Código Civil, lo que, en línea con la doctrina de esta Sala, está vedado en casación en la medida que no permiten un examen conjunto y una respuesta unitaria, insistiendo en este criterio las recientes Sentencias de 13 de junio, 2 y 11 de julio, 24 de septiembre, 2 de octubre y 5 de diciembre de 2007, al manifestar que la mezcla de preceptos heterogéneos «está vedada por la doctrina jurisprudencial, lo que constituye causa de inadmisión y ahora de desestimación (Sentencias de 29 de enero, 29 de octubre y 16 de diciembre de 2002, 21 de febrero, 11 de junio, 16 de octubre y 14 de noviembre de 2003, 9 de diciembre de 2004 y 13 de diciembre de 2006, entre muchas otras), por contrariar lo dispuesto en el artículo 1707 LEC, todo lo cual es contrario a la más mínima exigencia de claridad, siendo obligación de la parte la exposición clara, ordenada y separada de las infracciones que denuncia (Sentencia de 31 de octubre de 2006), sin que incumba a esta Sala suplir los defectos expositivos en que se incurra en la formulación del recurso, debiéndose advertir, para concluir, que el rechazo de la mezcla en un motivo de preceptos o cuestiones heterogéneas no constituye un rigor formal innecesario, sino que deriva de la propia naturaleza extraordinaria del recurso de casación y ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias núms. 7/1989, 29/1993 y 125/1997 y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 19 de diciembre de 1997 (caso Brualla Gómez de la Torre contra España)». A mayor abundamiento, en la misma falta de claridad se incurre al mencionar el artículo 1281 del Código Civil sin precisar cuál de sus dos párrafos es el que ha resultado infringido, pues este proceder es casacionalmente inadmisibile al contener cada uno de ellos una regla interpretativa diferente.

Por otra parte, el motivo se aparta también del sustrato fáctico en que se asienta la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, intentando combatir los hechos probados de una forma que se sitúa a extramuros de la necesaria ortodoxia casacional. Para empezar, constituye doctrina de esta Sala recopilada en Sentencia de 21 de julio de 1998, después citada en otras más recientes –Sentencia de 17 de abril de 2007– que cuando la controversia pivota en torno a la existencia o no de simulación contractual «es facultad peculiar del Juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los que ha de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud (SSTS de 20 de octubre de 1966, 11 de mayo de 1970 y 11 de octubre de 1985); igualmente, la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del Juzgador de instancia (SSTS de 3 de junio de 1953, 23 de junio de 1962, 20 de enero de 1968, 3 de junio de 1968, 17 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1985, 5 de marzo de 1987, 16 de septiembre y 1 de julio de 1988, 12 de diciembre de 1991, 29 de julio de 1993 y 19 de junio de 1997); que la simulación se revela por pruebas indiciarias que llevan al Juzgador a la apreciación de su realidad (SSTS de 24 de abril de 1984 y 13 de octubre de 1987); y que ha de tenerse en cuenta que es reiterada doctrina de esta Sala (SSTS de 2 y 5 de noviembre de 1988, 23 de septiembre de 1989, 17 de junio de 1991 y 15 de noviembre de 1993, por citar algunas) la de que, al ser grandes las dificultades que encierra la prueba directa y plena de la simulación de los contratos por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad se hace preciso acudir a la prueba indirecta de las presunciones, que autoriza el artículo 1253 del Código Civil (STS de 24 de noviembre de 1988), declarando la STS de 6 de marzo de 1999, con abundante cita jurisprudencial, que la apreciación de la existencia o no de la simulación contractual (absoluta o relativa), en cuanto integrante a una cuestión de hecho, es de la exclusiva incumbencia de los Juzgadores de instancia, cuya apreciación probatoria ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello».

También debe significarse que, ante la dificultad de acreditar mediante prueba directa la existencia de simulación, cabe su acreditación sirviéndose de la prueba indirecta, y asimismo, que la resultancia probatoria obtenida, al igual que ocurriría de haberse logrado por pruebas directas, ha de mantenerse incólume en casación en tanto no resulte desvirtuada por el medio impugnatorio adecuado, que no es otro que el planteamiento de un motivo en que se denuncie la existencia de error de derecho en la valoración, con la cita, como

infringida, de la norma que contenga la regla de prueba que se considere vulnerada, y la subsiguiente exposición de la nueva resultancia probatoria según el recurrente (Sentencias de 8 de marzo y 28 de noviembre de 2007, entre muchas otras), pues, en la actualidad, al haber desaparecido el antiguo número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo un error de derecho relativo a la valoración de la prueba legal permitiría la alteración del hecho base del que se deduce la presunción *stricto sensu*, reservándose la cita del artículo 1253 del CC a los casos en que lo que se combata sea la inferencia obtenida por el tribunal a partir de aquéllos, y por considerarse que el hecho presunto no se ha extraído de forma racional y lógica, «sin que sea admisible servirse de los artículos 1249 y 1253 CC para combatir la valoración conjunta de pruebas efectivamente practicadas a instancia de una u otra parte, que es lo que en definitiva se pretende en este motivo (Sentencias de 29 de julio de 1996, 31 de diciembre de 1996, 22 de abril de 1997, 6 de marzo de 1998, 31 de diciembre de 1998, 5 de marzo de 1999, 3 de mayo de 2000, 20 de octubre de 2001 y 21 de diciembre de 2001, entre otras). Por ello, resulta vano el intento de los recurrentes de revisar el juicio fáctico y de convencer a la Sala de que existió el precio y la compraventa tuvo causa verdadera y lícita, aunque para ello se valgan del cauce excepcional del error de derecho en la valoración, debido a que, en lugar de ampararse en la cita de una concreta norma legal de prueba que se considere vulnerada, (y cuya correcta aplicación, de estimarse el *error iuris* denunciado, permitiría fijar unos hechos base diferentes) el motivo se contrae a la invocación de los artículos 1249 y 1253 del Código Civil; por una parte, es doctrina pacífica que tales preceptos no pueden citarse juntos como infringidos en el mismo motivo (Sentencias de 26 de abril de 2001, 25 de julio de 2000 y 12 de marzo de 1998) dada su naturaleza heterogénea en cuanto, como señala la primera de las sentencias citadas «el primero de tales preceptos combate la realidad y existencia como probado del hecho base de la presunción, al paso de que el otro se refiere al enlace entre este hecho ya acreditado en su existencia y el hecho consecuencia»; por otra, la alegación de la infracción del artículo 1243 CC se torna hoy en casacionalmente irrelevante, al referirse a un

«error de hecho», cuya denuncia sólo antiguamente era posible en base al desaparecido ordinal 4.º del artículo 1692 LEC, siendo doctrina reiteradísima de esta Sala que en la actualidad dicho precepto «no es idóneo para combatir los hechos base de una presunción ni, desde luego, la presunción misma (SSTS de 6 de marzo de 1998, 5 de febrero de 1998, 5 de marzo de 1999, 20 de octubre de 2001 y 31 de diciembre de 2002)», y, finalmente, ya se dijo que, circunscrito el alcance casacional del artículo 1253 CC a los supuestos en que la Sala ha colegido el hecho presunto con ausencia de la más elemental lógica, no es posible utilizar dicho precepto para impugnar la resultancia probatoria obtenida por vía de presunciones, con el fin de sustituir los propios hechos base o indiciarios que la sentencia menciona (la movilidad de fondos y disposición de los mismos a cargo de la hija autorizada, sin que tales extracciones de numerario estuvieran justificadas por gastos sanitarios —cubiertos por la sanidad pública— ni por la asistencia personal, así como la transferencia a la cuenta del marido, en fechas próximas a la venta, del plan de renta mensual del causante) y colocar en su lugar unos hechos que se dicen probados, propios de la parte o unilateralmente fijados por ella, que sólo son fruto de las valoraciones propias del recurrente a partir de la sentencia de Primera instancia («ha reiterado esta Sala, Sentencias, entre otras, de 9 y 27 de mayo, y 21 de diciembre de 2007, que no puede fundamentarse un recurso de casación en la comparación argumental entre los razonamientos de la sentencia de primer instancia y los de la sentencia de apelación»), «de los que pretende extraer determinadas conclusiones probatorias que se convertirían así en las presunciones probatorias de la misma parte».

En conclusión, la resultancia probatoria debe ser mantenida, pues los argumentos vertidos por la parte recurrente, lejos de poner de manifiesto un error de derecho en la valoración, o la falta de lógica en la actuación deductiva del tribunal, revelan tan sólo la intención de marginar los hechos probados que le perjudican, proponiéndose una nueva valoración probatoria que conduzca a esta Sala a fijar en su lugar otros hechos acordes a los intereses de dicha parte recurrente.

DERECHO AL HONOR

Habiéndose dictado auto teniendo por desistida a la hija menor de edad de la acción que interpuso contra su padre por intromisión ilegítima en su derecho al honor, la condena en costas que lleva el desistimiento no puede hacerse recaer sobre la madre que la representó legalmente, sino directamente sobre la hija de 15 años de edad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2008

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

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Sara, de 15 años de edad, ha comparecido ante Notario para otorgar el pertinente poder general para pleitos en favor de Procurador y Abogado asistida por su madre, Leticia, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5.º de la Compilación de Derecho Foral de Aragón.
- ⦿ Sara, representada por su madre doña Leticia interpuso demanda de menor cuantía contra su padre don Alejandro solicitando que se dictase sentencia por la que «se declara que las acciones de don Alejandro constituyen un ataque al honor y la intimidad de doña Sara, y por tanto, condene al demandado a estar y pasar por esta declaración y, en su virtud, condene al mismo al pago a la actora de 601,78 euros en concepto de indemnización por los daños originados a su persona por el descrédito sufrido, y el menoscabo causado a su imagen, ante sí misma y ante terceros, por los cuantiosos daños morales ocasionados y por los gastos que ha debido afrontar, a raíz de aquéllos».
- ⦿ Admitida a trámite la demanda, por el Ministerio Fiscal se procedió a contestar a la misma, concluyendo, en cuanto al fondo de la cuestión objeto del litigio, que «... considera que no se han producido hechos constitutivos de una intromisión ilegítima en el honor». En cuanto al procedimiento seguido, procedía acomodarlo al trámite de los incidentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 13/1978; y añadiendo, en cuanto a la legitimación, que «la capacidad para contratar que la Compilación de Derecho Civil de Aragón concede a los mayores de catorce años no supone capacidad procesal para ejercitar acciones en su nombre, por lo que, atendiendo a la normativa establecida en el artículo 2 de la LEC y en el artículo 4 de la LO 1/1996 la legitimación corresponde a los representantes legales».
- ⦿ Don Alejandro contestó a la demanda solicitando que se dictase sentencia por la que se desestime la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte actora por su temeridad y mala fe.
- ⦿ Acto seguido, el Letrado y la Procuradora que asistían y representaban, respectivamente, a Sara presentaron escrito por el que renunciaban a dicha dirección letrada y representación procesal, lo que determinó que el Juzgado dictara Providencia por la cual se dispuso la comunicación a la parte demandante de dicha renuncia, concediéndole un plazo de diez días para designar nuevo Abogado y Procurador, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 2, y en el artículo 9, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo apercibimiento de tenerla por desistida de la acción ejercitada —*sic*—, y disponiendo asimismo que, en tanto no transcurriese el señalado plazo, el abogado y la Procuradora renunciantes debían seguir con la defensa y la representación de los intereses de Sara. Dicha Providencia fue notificada a Leticia, madre de la destinataria del acto de comunicación, en el domicilio que era de ambas.
- ⦿ Con fecha 18 de marzo de 2000 el Juzgado dictó Auto por el que, ante el transcurso del plazo concedido a la parte demandante para que nombrara nuevo Abogado y Procurador sin que se

hubiese efectuado dicha designación, acordó tener por desistida de la demanda a Sara, representada procesalmente por su madre Leticia, imponiendo las costas a la parte demandante, y teniendo por renunciados a la Procuradora y al Abogado designados por ésta.

- ⊙ Habiéndose notificado dicha resolución a las partes –a la menor, en la persona de su madre– y al Ministerio Fiscal, la representación procesal del demandado Alejandro presentó escrito solicitando la aclaración del Auto para que dejase constancia de que quien accionaba no era la menor de edad representada por su madre, sino esta última, única con capacidad para ello, supliendo la falta de personalidad procesal de la hija menor de edad, de forma que sólo aquélla debía responder en todo momento de la results del litigio.
- ⊙ Notificadas las anteriores resoluciones, compareció ante el Juzgado Leticia, quien, en nombre propio, otorgó poder de representación procesal *apud acta* en favor del Procurador, para, seguidamente, y a través de dicha representación, presentar escrito de interposición de recurso de apelación contra el Auto del Juzgado y contra la resolución aclaratoria posterior.
- ⊙ Con fecha 25 de marzo de 2000 el Juzgado dictó Auto por el que se aclaró el Auto anterior en el sentido interesado por la parte promovente de la aclaración, indicando que la capacidad procesal y la legitimación activa para ejercitar las acciones en nombre de la hija menor de edad correspondía a su madre, como representante legal de la misma, siendo ella, por lo tanto, la responsable de las costas procesales causadas en el proceso.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Zaragoza dictó Sentencia el 12 de diciembre de 2000 estimando el recurso revocando el auto de aclaración y dejando subsistente en su integridad el auto original.
- ⊙ Don Alejandro interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Distingue la Sala de instancia, siguiendo la doctrina procesalista clásica, entre la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, identificando la primera con la personalidad jurídica, que atribuye la facultad de ser titular de derechos y obligaciones, y que surge con el nacimiento con las condiciones descritas en los artículos 29 y 30 del Código Civil, y la segunda con el pleno ejercicio de los derechos civiles, que el artículo 322 del mismo Código reserva a los mayores de edad, sin perjuicio de la mención especial que el artículo siguiente, el 323, hace respecto de los menores emancipados. Cuando, ostentando la primera de dichas capacidades, no se ostente, sin embargo, la segunda –precisa el tribunal sentenciador–, y por tanto, se carezca de capacidad para comparecer en juicio, actúan los mecanismos de representación o complemento de la capacidad establecidos en el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya operativa en modo alguno implica una alteración de la relación procesal. En el caso de los menores de edad

–continúa señalando la resolución recurrida–, las normas comunes de aplicación son los artículos 166 y siguientes del Código Civil, conforme a los cuales corresponde su representación a quienes ejerzan la patria potestad de los mismos, en tanto que en el ámbito del derecho foral, rige el artículo 5 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, según el cual «el menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con la asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, el Tutor o de la Junta de parientes. Los actos o contratos celebrados sin la debida asistencia serán anulables», siendo opinión común de los autores que entre aquellos actos se comprende la comparecencia en juicio con la debida asistencia; de todo lo cual –concluye la Audiencia– se desprende que, dada su edad, quien encabezó la demanda como actora ostentaba la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer en juicio con la debida asistencia, y, consiguientemente, era ella quien ostentaba la

cualidad de parte, y asumía, como tal la eventualidad de la condena en costas, como definitivamente se produjo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por razones de lógica procesal será procedente el estudio conjunto de los dos primeros motivos del actual recurso de casación; ambos los fundamenta la parte recurrente en el artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, según opinión de dicha parte, se han infringido –en ambos motivos– el artículo 359 de dicha Ley procesal y el artículo 24.1 de la Constitución Española.

En conclusión razona el recurrente que la Sentencia de la Audiencia Provincial, al haber tenido como parte apelante a la madre de la menor, y no a ésta, que había desistido de la demanda, y al haber estimado el recurso, considerando que la condición de parte procesal legítima la ostentaba esta última, incurre en el alegado vicio de incongruencia y genera indefensión, ya que se hace figurar a una demandante –la hija– que o aparece en el litigio como tal, y a una recurrente –la madre– que no fue parte en el proceso, y que comparece a los meros efectos de recurrir una resolución careciendo de la condición de demandante o de demandada.

Ambos motivos estudiados de consuno deben ser desestimados.

Y así es, ya que dejando al margen otras cuestiones colaterales, que han de quedar necesariamente fuera del ámbito revisor de este recurso, en atención a su objeto, configurado por el contenido de la pretensión impugnatoria, y por la necesidad de mantener el sentido de la decisión recurrida –que, ya se anuncia, es el que se ajusta a Derecho–, el rechazo de los dos primeros motivos del recurso se impone desde el momento en que, en modo alguno, cabe tachar de incongruente a la resolución que decide el recurso de apelación dentro de los términos en que quedó delimitada la apelación, habiendo sido interpuesto el recurso por quien se veía directamente afectada por el contenido del Auto del Juzgado, una vez fue objeto de aclaración, que pasó a considerar a la madre de la menor parte procesal a todos los efectos, incluidos los correspondientes a la condena de las costas procesales de la primera instancia, la cual, en realidad, se revela como la razón que ha determinado la interposición tanto del recurso de apelación como de este recurso de casación. La resolución de la Audiencia Provincial, al decidir acerca de la cuestión procesal que constituía el único objeto de controversia en la alzada, cual era la determinación de quien ostentaba la cualidad de parte procesal legítima, se atuvo, pues, a los términos en que a partir de las alegaciones de las partes –y fue el demandado, ahora recurrente, quien opuso la falta de capacidad procesal de la

demandante–, y desde la resolución de primera instancia, quedó configurado el debate, y, por lo tanto, se movió dentro de los límites del deber de congruencia, que se resume en el ajuste, siempre racional y flexible, de la decisión a las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. No hay, pues, incongruencia de ningún tipo, ni siquiera interna, en la resolución recurrida, y no cabe ver indefensión alguna por esa razón, ya que no puede confundirse la incongruencia con aquella cuestión, de índole procesal, a que se contrajo la controversia en la alzada, como no puede sustentarse un motivo de casación en la infracción del deber de congruencia como antesala, para plantear en sede casacional, la infracción procesal consistente en haber tenido por parte en el proceso a quien, según el recurrente, no ostentaba dicha cualidad, cuestión nuclear de la controversia, y objeto, en fin, del tercer y último motivo del recurso, cuyo examen a continuación se aborda.

El tercer y último motivo, también encauzado por la vía del artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia, en la sentencia recurrida, la infracción del artículo 2 de la misma Ley procesal, y del artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Reproduce la parte recurrente de este modo sus argumentos acerca de la falta de capacidad procesal y de la legitimación *ad processum* de la menor de edad para comparecer en juicio y ejercitar la acción de protección de su honor e intimidad, residiendo, a juicio del recurrente, dicha capacidad y legitimación en su madre, dada su condición de representante legal, por más que ésta litigue en interés de la hija menor de edad.

El motivo debe seguir la suerte desestimatoria de sus precedentes. Los razonamientos que se recogen en la Sentencia de la Audiencia Provincial, en punto a la capacidad procesal de los menores de edad, llevan al Tribunal *a quo* a considerar debidamente configurada la relación procesal, en su aspecto subjetivo, son, en efecto, enteramente correctos, los menores de edad tienen indiscutiblemente capacidad para ser parte en el proceso, en tanto que son titulares de derechos y obligaciones, por más que para ejercitarlos dentro del mismo deban hacerlo por medio de sus representantes o necesiten de la asistencia de terceras personas, según los casos, la distinción entre capacidad para ser parte, capacidad procesal y la condición de parte procesal legítima, se encuentra nítidamente recogida en los artículos 6, 7 y 10 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La comparecencia en juicio se reserva a quienes se hallan en el pleno ejercicio de sus derechos civiles –artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y artículo 7.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero–, lo que no cabe predicar de los menores de edad no emancipados, de conformidad con lo

dispuesto en el artículos 315 y 322 del Código Civil, en relación con el artículo 12 de la Constitución, regla, que ciertamente, encuentra su excepción, fuera del derecho común, en el artículo 5.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón –de aplicación indiscutida al caso examinado, dada la vecindad civil de la menor–, que extiende la capacidad del menor, mayor de catorce años, para realizar válidamente cualquier acto o contrato con la asistencia de cualquiera de sus padres, tutores o de la Junta de Parientes.

En el caso examinado, la menor de edad, mayor de catorce años, otorgó, con la asistencia de su madre, poder notarial para pleitos en favor de Abogado y Procurador, a fin de ejercitar judicialmente los derechos de los que era legítima titular. La eficacia material del acto de apoderamiento, así como del mandato subyacente, en cuanto a la capacidad del otorgante, queda fuera de toda duda a la vista de lo dispuesto en el ya citado artículo 5.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. En el plano procesal, la comparecencia en juicio de la menor debe entenderse completada –en línea con lo declarado, entre otras, en la Sentencia de 1 de septiembre de 2006– con la intervención de la madre de la menor, habiéndose efectuado a través de la Procuradora designada por aquélla con la asistencia de ésta, como representante legal de su hija, y así se hizo constar en la Propuesta de Providencia de 9 de febrero de 2000, y, sobre todo, en el Auto del Juzgado de 18 de marzo de 2000, en cuyo Hecho Segundo se deja constancia de la notificación a Leticia, en su condición de representante legal, a efectos procesales, de la menor, de la Providencia por la que se requería a la parte actora para que designara nuevo Abogado y Procurador,

ante la renuncia presentada por los inicialmente designados, y en cuya parte dispositiva se insiste en la representación procesal que ostentaba la madre. La capacidad para ser parte, por tanto, residía en la menor de edad, en cuanto persona física, titular, por ello, de derechos y obligaciones; la comparecencia en juicio, dada su minoría de edad, se hizo contando con la representación de su madre, en tanto que ostentaba la representación legal de la menor, quien, en definitiva, debía ser considerada como parte procesal legítima, al ser titular de la relación jurídica y haber comparecido en juicio como tal con la debida representación, anudándose a ella todas las consecuencias derivadas del proceso. Al haberlo considerado así la sentencia recurrida, no ha infringido norma de procedimiento alguna, y su decisión, por encima de la estricta literalidad de los términos de su fundamentación, es ajustada a derecho.

Además tampoco se ha vulnerado la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias de esta Sala de 13 de julio de 1898, 12 de junio de 1984 y 3 de diciembre de 1985, citadas al desarrollar la argumentación del motivo de recurso examinado, pues, por encima del contenido y del alcance que deba darse al repetido artículo 5.º de la Compilación aragonesa, se ha de convenir en este caso que la menor contó con la representación de su madre, con la subsiguiente observancia de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 162 del Código Civil, y aquí, con el artículo 4, apartados primero y cuarto, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

SUCESIONES

La partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso, pero no se trata de una igualdad matemática o absoluta sino de una igualdad cualitativa, teniendo la norma un carácter orientativo y un grado de imperatividad sólo relativo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don David, doña Guadalupe, don Juan Ignacio, y don Plácido interpusieron demanda de menor cuantía contra don Jorge, don Luis Francisco, doña Estela y doña María Rosario, ampliada pos-

teriormente contra don Germán, dimanante del juicio voluntario de testamentaría con el mismo número del matrimonio formado por don César, doña Inmaculada y su hija Carmen, promovido por don Jorge, don Luis Francisco, doña Inmaculada y doña María Rosario contra don David, doña Guadalupe, don Juan Ignacio, don Plácido, y don Germán, sobre impugnación de operaciones particionales del contador-partidor dirimente.

⊙ En la demanda se solicitaba que se dictase sentencia por la que «1. Se determinen los bienes que han de formar el Inventario. 2. Se determinen los bienes colacionables por don Jorge y por don Luis Francisco para computar su valor en el reparto. 3. Se determinen los gastos y mejoras realizados por don David y don Plácido en la casa de Andino y la cuota parte a compensar por los demás coherederos. 4. Mandar que en ejecución de sentencia se proceda a la liquidación del caudal, dividiéndole en dos lotes adjudicando a mis representados *pro indiviso* aquél en que se incluya la Casa con huerta en Andino y las fincas rústicas necesarias para completar sus haberes, y el otro lote constituido por el resto de las fincas rústicas se adjudique a los demandados también *pro indiviso*. 5. Condenando a los demandados a estar y pasar por todo lo anterior. 6. Imponer a los demandados las costas procesales.»

⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Jorge, don Luis Francisco, doña Estela y doña María Rosario contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, en definitiva, «... se dicte sentencia en su día en la que se desestime íntegramente la demanda formulada, bien por estimarse la excepción formulada, bien entrando en el fondo del asunto, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora...»

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villarcayo dictó Sentencia el 22 de febrero de 2000 desestimando la demanda y aprobando las operaciones particionales realizadas por el contador-partidor dirimente.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Burgos dictó Sentencia el 18 de septiembre de 2000 desestimando el recurso y confirmando la sentencia.

⊙ Don David, don Plácido, doña Guadalupe y don Juan Ignacio interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se denuncia por los recurrentes la infracción de lo dispuesto en los artículos 1061 y 1062, párrafo primero, del Código Civil, mostrando su disconformidad con la distribución de los bienes hereditarios efectuada por el contador-partidor. En primer lugar ha de hacerse constar que, siguiendo el desarrollo posterior del motivo, ninguna razón de ser tiene la invocada vulneración del artículo 1062 del Código Civil, pues el mismo, en su párrafo primero que se estima infringido, se limita a establecer que «cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero». Ninguna imputación se hace a la sentencia impugnada que pudiera venir a contrariar lo dispuesto en la refe-

rida norma en relación con el cuaderno particional formado, ya que en el mismo no se ha efectuado la división de ninguno de los bienes inmuebles que integran la herencia y, como dicha norma prevé, los mismos se ha mantenido en su integridad estableciendo las oportunas compensaciones en dinero derivadas de las adjudicaciones; siendo así que, por otro lado, ni en la demanda ni ahora en el recurso interesan los demandantes la división de algunos de los referidos inmuebles.

El artículo 1061 del Código Civil, que también se estima vulnerado, dispone que «en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o

especie». La reciente sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 2006, que cita la de 25 de noviembre de 2004, se pronuncia en los siguientes términos: «La jurisprudencia ha declarado, en la interpretación de este precepto, que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación (SSTS de 30 de enero de 1951, 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998). Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990), sino de una igualdad cualitativa (STS de 13 de junio de 1992); que la norma tiene un carácter orientativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991); está dotada de un grado de imperatividad sólo relativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 2005); y no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991)».

En el presente caso, la posición de los recurrentes en contra de la partición realizada no se basa en la existencia de una distribución de bienes no igualitaria entre los coherederos, que supusiera perjuicio de carácter económico para ellos, sino que viene a interesar algo que en realidad resulta ajeno a lo dispuesto por el artículo 1061, ya que su pretensión —en la que concretan su protesta casa-

cional— es la de que se les atribuya a ellos y no a los demandados un determinado bien de la herencia —concretamente el inmueble urbano existente— que se asignó a estos últimos en proindivisión. Es ésta una cuestión que queda fuera del ámbito del recurso de casación, el cual está ordenado a corregir las posibles infracciones legales cometidas en las instancias, sin que se extienda a la concreción de una nueva y distinta partición entre los coherederos eligiendo una de las posibles entre las que pudieran haberse realizado por el contador-partidor. En tal sentido se ha de resaltar que, ante la oposición manifestada por los coherederos a las operaciones divisorias, el Juez convocó a junta a todos los interesados y al contador-partidor a los efectos de que, como establecía el artículo 1086 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se den las oportunas explicaciones y se acuerde lo que más convenga, sin que en el desarrollo de tal junta los hoy recurrentes requirieran del contador-partidor explicación alguna.

Como ya resolvió la Sentencia de esta Sala de 6 de octubre de 2000, también en el caso presente, tras un juicio ordinario en el que las sentencias de ambas instancias fueron totalmente conformes en considerar correcto el proyecto del contador dirimente, se insiste por determinados coherederos en mantener sus propios criterios de partición dando por supuesto que son los más justos y equitativos «lo que equivale a servirse del recurso de casación como medio para que sea el Tribunal Supremo quien finalmente haga la partición, algo que, evidentemente, desconoce su rango constitucional y legal de órgano de casación al que se le encomienda revisar la aplicación del derecho dejando intocados los hechos (STC 37/1995)».

SUCESIONES

El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del CC. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2008

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Sonia, es hija de don Vicente, ya fallecido, el cual era hijo de un primer matrimonio de la causante doña María Inmaculada con don Vicente (fallecido). De un segundo matrimonio contraído

por la causante Sra. María Inmaculada con don Íñigo, nacieron dos hijos, doña Rocío y don Iván. Por lo tanto, las personas con derecho a legítima respecto de la herencia de la Sra. María Inmaculada, son su nieta doña Sonia, que ocupa en dicha herencia el lugar de su padre por derecho de representación y sus hijos doña Rocío y don Iván.

⦿ Respecto a la porción legítimaria que corresponde a doña Sonia se rige por el último testamento de doña María Inmaculada de fecha 13 de marzo de 1990, otorgado ante el Notario de Oliva don Francisco Peral Ribelles, con el número 233 de su protocolo, en el que se establecía expresamente la validez del testamento otorgado el 21 de noviembre de 1974 ante el Notario de Denia don Paulino Giner Fayos, salvo determinadas cuestiones acerca del nombramiento de albacea-contador-partidor. Y en el referido testamento de 21 de noviembre de 1974 en sus cláusulas quinta y sexta se disponía expresamente que: Quinta. «En todo caso, lega y mejora a sus hijos Rocío y Iván, a partes iguales entre ellos, el resto de los tercios íntegros de mejora y libre disposición» Sexta. En el tercio de legítima estricta, instituyen herederos universales por iguales partes a sus hijos Rocío y Iván y a su nieta Sonia. Ordena la testadora que el pago de legítima a su nieta Sonia se haga efectivo con el metálico existente en libreta número 1174, cartilla de ahorros en la sucursal en Oliva del Banco de la Exportación. Si ello no alcanzase a cubrir lo que por legítima le corresponda, sus tíos doña Rocío y don Iván a partes iguales y en metálico le abonarán el complemento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 815 del Código Civil».

⦿ Doña Sonia, interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía, contra doña Rocío, don Iván y don Juan Ramón ejercitando una acción de suplemento de la legítima debiendo colacionarse las donaciones que hizo la causante.

⦿ Doña Rocío, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se tenga a esta parte por allanada respecto de las siguientes pretensiones de la actora: «1.ª Respecto del extremo A.a).1 de la súplica, que se declare y determine la cuota legítimaria individual que corresponda a la actora en la Herencia de autos. 2.ª Respecto del extremo A.a).2 de la súplica, que se declaren computables todas las donaciones. 3.ª Respecto del extremo A.a).4 de la súplica, que se declare que, para la computación legítimaria, tanto los bienes integrantes del *relictum* como del *donatum*, sean computados según su valor a la fecha de presentación de la demanda. 4.ª Respecto del extremo A.a).5 de la súplica se declare que, en el supuesto de resultar déficit de la actora en la herencia de autos, sea pagado en dinero. Y por cuya sentencia se desestime el resto de las pretensiones de la demanda y se absuelva de las mismas a mi mandante y, especialmente, en las pretensiones de declaración: 1.º De existencia de un déficit de legítima no satisfecha (por cuando no existe tal déficit). 2.º De que se considere a la finca sita en Valencia como parte del patrimonio hereditario (porque no procede). 3.º De que las donaciones sean reducidas (por ser improcedente). 4.º De la relativa a los frutos, rentas o intereses (por ser improcedente). 5.º De que los legados sean reducidos o anulados (por ser improcedente). 6.º De que la demandada doña Rocío haya de pagar cantidad alguna a la actora (puesto que no debe para nada). Igualmente pido se desestime la demanda y se absuelva a mi poderdante de las pretensiones de condena correspondientes, incluyendo la relativa a costas que pido sean impuestas a la actora».

⦿ El demandado Iván fue declarado en rebeldía por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos. El demandado don Juan Ramón se allanó a la demanda.

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gandía dictó Sentencia el 4 de noviembre de 1999 estimando en parte la demanda y condenando a doña Rocío a que pague a la demandante la cantidad de quinientas cincuenta y cinco mil novecientas setenta y cinco pesetas (555.975 pesetas), como déficit legítimario de la demandante en la herencia de su abuela doña María Inmaculada, más los

intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la presentación de la demanda, que se verán incrementados en dos puntos desde la fecha de esta sentencia, por imperativo del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y debo absolver y absuelvo al demandado don Iván de la totalidad de los pedimentos formulados en su contra. Todo ello sin realizar expresa imposición de las costas procesales, debiendo pagar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad, entre las que se incluyen los honorarios de los distintos peritos que han intervenido en las dos pruebas periciales practicadas.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 7.^a de la AP de Valencia dictó Sentencia el 1 de septiembre de 2000 estimando en parte el recurso planteado por la parte demandante, revocando la sentencia de Instancia en el punto relativo, con relación a la procedencia de la inclusión del valor de todas las donaciones para el cálculo del caudal hereditario, así como las operaciones relativas al montante global, y los tercios correspondientes de legítima, mejora y libre disposición, y lo percibido por el padre de la demandante a cuenta de la legítima estricta y el alcance de la dispensa de la colación respecto de la tercera donación, debiendo imputarse a la legítima estricta. Pero en todo caso, se deben mantener los pronunciamientos condenatorios de la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia, dado el aquietamiento de la codemandada a los mismos, y el principio de prohibición de *reformatio in peius* respecto de la apelación de la demandante.

⦿ Doña Sonia interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien acordó estimar parcialmente la demanda formulada por la referida recurrente y declaramos su derecho a percibir su cuota-parte de la legítima estricta que le corresponde por derecho de representación, de la herencia de su abuela paterna doña María Inmaculada que es la novena parte y consiste en el cálculo aritmético de sumar, con las valoraciones declaradas en la sentencia de instancia, el *relictum* y el *donatum*, incluyendo en éste el valor de todas las donaciones (las de 19 de abril de 1966 en cuyo cálculo no sólo se incluye el valor de lo donado a los herederos José, –padre de la demandante– y Julia, sino también un valor equivalente a lo recibido por cada uno de ellos, por Guillermo que declaró que lo había recibido con anterioridad); tras ello, se restará lo que los demandados ya le han abonado, como consta en la sentencia de instancia. Todo ello, siendo como mínimo la cifra que en la sentencia de primera instancia condena a pagar a la codemandada. Se añaden los intereses legales de la cantidad de dicha sentencia, desde la fecha de la misma, incrementado en dos puntos y los que resulten del cálculo antedicho, desde la de la presente sentencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En vista de la disposición testamentaria de doña María Inmaculada y por el artículo 808 del Código Civil, a la demandante doña Sonia le corresponde un tercio del tercio de legítima estricta, o lo que es lo mismo, una novena parte de la herencia de doña María Inmaculada y se reclama el suplemento de legítima, solicitando la parte demandante que, para calcular el déficit no percibido, se deben colacionar las distintas donaciones efectuadas por la causante, para así, junto al *relictum* o bienes que quedan a la muerte del testador, determinar el montante total de la herencia.

Se producen con frecuencia ciertas confusiones de conceptos que se han dado en el presente caso y es preciso aclarar a los efectos de quedar perfilada la *quaestio iuris* de la misma forma que la *quaestio facti* queda concretada en la instancia y es inamovible en casación:

– El cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de ésta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*; así lo dicen expresamente las Sentencias de 17 de marzo de 1989 y 28 de septiembre de 2005

y se refieren a ello las de 21 de abril de 1990, 23 de octubre de 1992 y 21 de abril de 1997. Artículo 818 del Código Civil.

– La atribución es el pago de la legítima, por cualquier título; como herencia, como legado o como donación. Artículos 815 y 819 del Código Civil.

– La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las sentencias citadas, de 31 de abril de 1990 y 28 de septiembre de 2005. Artículo 819 del Código Civil, que se refiere a la imputación de las donaciones.

– Distinto de todo ello es la colación. Éste es un tema de cálculo de legítima, cuando hay varios legitimarios y es, sencillamente, como la define la Sentencia de 17 de diciembre de 1992, la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado; o, más precisamente, la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurren en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de éste, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición, como dice el artículo 1035 del Código Civil.

– El causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimarios, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código Civil. La colación lleva simplemente a una menor participación de uno o varios legitimarios en la herencia equivalente a lo que recibió en vida del causante, pero no evita las operaciones de computación e imputación.

La demanda, larga y confusa como hay pocas, se reduce a una cuestión esencial: el ejercicio de la acción de suplemento de legítima, proclamada en el artículo 815 del Código Civil, derivada del principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima y contemplada en la jurisprudencia, como la sentencia de 28 de septiembre de 2005. La sentencia de primera instancia condenó a uno de los colegitimarios a abonarle una cantidad en metálico, desestimando el resto de los pedimentos, tras calcular el valor del *relictum* y el del *donatum*, fijando éste por su valor al tiempo en que hace la valoración, que lo determina en la fecha de la presentación de la demanda. El recurso de apelación, se concreta en los puntos no estimados en la sentencia de primera instancia, con relación a la computación de la totalidad de las donaciones para el cálculo de la legítima estricta del padre de la demandante recurrente y el cálculo de los intereses y frutos. La sentencia de segunda instancia advierte la confusión de la anterior entre computación e imputación, hace la valoración

de los bienes (cuestión fáctica) y tras entrar en el tema de la colación, llega a la conclusión de la necesidad de colacionar (*rectius*, computar) que alcanza la totalidad de las donaciones y, como dice literalmente, «se debe revocar la sentencia de primera instancia, con relación a la procedencia de la inclusión del valor de todas las donaciones para el cálculo del caudal hereditario, así como las operaciones relativas al montante global, y los tercios correspondientes de legítima, mejora y libre disposición, y lo percibido por el padre de la demandante a cuenta de la legítima estricta y el alcance de la dispensa de la colación respecto de la tercera donación, debiendo imputarse a la legítima estricta. Pero, en todo caso, se deben mantener los pronunciamientos condenatorios de la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia, dado el aquietamiento de la codemandada a los mismos, y el principio de *reformatio in peius* respecto de la apelación de la demandante». Por lo cual el fallo de la sentencia mantiene el pronunciamiento condenatorio de la de primera instancia y añade la procedencia de la inclusión del valor de todas las donaciones hechas por la causante.

El recurso de casación, tan confuso como la demanda, en los dos primeros motivos, basados en el artículo 1692, el primero en el núm. 3.º y el segundo en el núm. 2.º, alegan incongruencia y falta de competencia; los motivos tercero, cuarto y quinto, fundados en el núm. 4.º del artículo se refieren a una concreta revocación de la dispensa de colacionar; el motivo sexto, se limita a impugnar la valoración de la prueba pericial; los motivos séptimo y octavo se refieren a los frutos y rentas.

El recurso de casación, en su primer motivo, como se ha apuntado, alega la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ordena con carácter imperativo que las sentencias deben ser claras...; el fallo de la sentencia objeto de este recurso, de la Audiencia Provincial, aunque consta en los antecedentes, no es baldío reproducirlos aquí; dice así: Que debemos estimar en parte el recurso planteado por la parte demandante, contra la Sentencia de fecha 4 de noviembre de 1999, dictada por el Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia núm. 1 de Gandía, en el procedimiento de menor cuantía núm. 183/1997, y revocar parcialmente la citada resolución, en el punto relativo, con relación a la procedencia de la inclusión del valor de todas las donaciones para el cálculo del caudal hereditario, así como las operaciones relativas al montante global, y los tercios correspondientes de legítima, mejora y libre disposición, y lo percibido por el padre de la demandante a cuenta de la legítima estricta y el alcance de la dispensa de la colación respecto de la tercera donación, debiendo imputarse a la legítima estricta. Pero en todo caso, se deben mantener los pronunciamientos condenatorios de

la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia, dado que el aquietamiento de la code mandada a los mismos, y el principio de prohibición de *reformatio in peius* respecto de la apelación de la demandante. No es procedente realizar especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Cuando se refiere a la procedencia («con relación a la procedencia...») a las donaciones («todas»), a las operaciones («relativas al montante global») y a los tercios («de legítima, mejora y libre disposición») y a lo percibido («por el padre de la demandante») ¿qué significa realmente? no se entiende si es un cálculo que se deja a ejecución de sentencia o es una simple declaración de derechos y, desde luego, no se sabe si debe incluirse en la condena hecha por el Juez de Primera Instancia o se declara, además de la condena, sin saber si se ejecuta o no. Ciertamente, la falta de claridad viene del confusio nismo de la demanda, confusión que se acrecienta, si cabe, en el recurso de casación.

Alegada la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y vista la falta de claridad del fallo de la sentencia, débese acoger este primer motivo de casación y asumir la instancia, tal como ordena el artículo 1715.1.3 de la misma ley, al estimarse el motivo comprendido en el primer inciso del número 3.º del artículo 1692 y resolver lo que corresponda en los términos en que aparece planteado el debate, lo que no es otra cosa que resolver la acción de suplemento de legítima partiendo de los hechos y valoraciones que obran en la instancia.

Lo cual implica que no procede entrar a resolver los demás motivos de recurso, ya que se entra directamente en el fondo.

Lo que no obsta para advertir que el motivo segundo, que se funda nada menos que en el número 2 del citado artículo 1692 carece totalmente de sentido y el motivo sexto carece de procedencia al querer llevar a la casación una nueva valoración de la prueba pericial que, precisamente el artículo 632 atribuye a la sana crítica del órgano de instancia. Los motivos tercero a quinto, pese a no examinarse formalmente, se toman en cuenta ya que no cabe una revocación de la dispensa de colacionar deducida del texto de un testamento posterior y, asimismo, deberá analizarse el tema de frutos y rentas a que se refieren los motivos séptimo y octavo.

Para el cálculo de la legítima, tal como se desprende de lo dicho hasta ahora, se toma el valor del *relictum* y el valor del *donatum* (de todas, sin excepción, donaciones) y para el pago a la sobrina se resta

lo que los demandados han adelantado a la misma, la demandante; la donación que hizo la causante a los tres hijos (el padre de la demandante y los dos demandados, uno de los cuales no era donatario, pero declara que había recibido con anterioridad un valor equivalente) en fecha 19 de abril de 1966, con prohibición expresa de colacionar; esta dispensa de la colacionar fundada en el artículo 1036 del Código Civil no ha sido revocada —en contra de lo que declara la sentencia de la Audiencia Provincial— ya que no cabe deducir, en perjuicio de la legitimaria, causahabiente del donatario, que se le revocó tácitamente la dispensa de colacionar, deducido de que en el testamento se le deja sólo la legítima estricta; lo cierto es que no revocó, pudiendo hacerlo, la dispensa en dicho testamento.

Así, correspondiendo, como se ha hecho efectivamente, los cálculos aritméticos a la instancia, la acción ejercitada queda, como se ha dicho: la novena parte de *relictum*, más *donatum* de todas las donaciones, colacionables o no y la indicada donación de 19 de abril de 1966 no se colaciona en la legítima de ninguno de los tres hijos (no plantea problema al no darse colación en ninguno de los legitimarios) y de tal suplemento se descuenta lo que los hermanos demandados han adelantado a su sobrina demandante. En todo caso, lo mínimo será la condena de la sentencia de primera instancia, a la que se ha aquietado la parte demandada, que no la apeló ni ha acudido a casación.

Los frutos y rentas también se reclaman en la demanda en aplicación de lo dispuesto en el artículo 847 del Código Civil. Es de observar, en primer lugar, que efectivamente se ha procedido a valorar los bienes al tiempo de liquidar la porción correspondiente, que se ha concretado en el momento de la presentación de la demanda, lo que no plantea cuestión alguna, ni podía plantearla dada la claridad de la norma y la jurisprudencia recaída: Sentencias de 20 de junio de 2005, 21 de octubre de 2005 y 14 de diciembre de 2005. En segundo lugar, no cabe incrementar la cuota de legítima estricta de la demandante con los frutos y rentas producidos por razón de que no constan probados en los autos de instancia. En tercer lugar, desde la fecha de la sentencia de primera instancia, la cantidad que ha sido acordada por la misma devengará el interés legal incrementado en dos puntos y la que resulte del cálculo aritmético según las bases de esta sentencia, desde la fecha de la misma.

SUCESIONES

No procede declarar la nulidad del testamento porque el valor de los lotes de los distintos herederos no sean igualitarios, ya que no se ha acreditado que ello constituyese un error, toda vez que de las disposiciones testamentarias se deduce que la testadora era consciente de que había diferencia en el valor de los lotes.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ La disposición quinta del testamento notarial abierto de 22 de julio de 1981 contiene la partición de sus bienes que la testadora practicaba entre sus hijos Inmaculada y Jesús María, y su nietos Andrea y Evaristo, hijos de su fallecido hijo Evaristo, adjudicándoles bienes inmuebles, con su contenido mobiliario y pertenencias, urbanos y rústicos, y acciones de determinadas sociedades anónimas. Esta disposición iba precedida de otra, posterior a los legados que ordenaba, en la que los instituía herederos suyos únicos y universales del remate de sus bienes, considerando a sus nietos como una sola stirpe en representación de su fallecido hijo, si bien «con sujeción todo ello a lo dispuesto en la siguiente disposición (la quinta), y en la proporción que para cada uno de ellos se derive de la misma».

⦿ En la disposición sexta, la testadora explicaba así las adjudicaciones hechas a cada heredero: «La testadora ha formado las anteriores hijuelas procurando la mayor justeza y equidad, y los herederos deberán respetarlas sin modificación alguna, aunque existiera alguna diferencia de valor. Si a pesar de la voluntad de la testadora de mantener la justicia y equidad a que se hace mención, existiera alguna diferencia de valor, los herederos deberán respetar las hijuelas realizadas por la testadora conforme a la presente disposición sin modificación alguna aun en el caso de que concurriera cualquiera de los supuestos contemplados en la disposición séptima siguiente, toda vez que ninguno de ellos ha podido ser perjudicado en su legítima en virtud de la indicada partición, y deberá cualquiera de ellos soportar, si la hubiera, por causa de las hijuelas y adjudicaciones hechas, que deberán mantenerse en todo supuesto, una menor participación en los tercios de mejora y libre disposición».

⦿ Doña Inmaculada, representada procesalmente en forma debida, demandó por las reglas del juicio declarativo de mayor cuantía a su hermano don Jesús María; a sus sobrinos doña Andrea y don Evaristo; a don Sebastián y don Ignacio, albaceas mancomunados y el último también contador-partidor de la herencia de doña Julia, madre de la actora y del demandado don Jesús María, y abuela paterna de doña Andrea y don Evaristo, hijos de don Evaristo, que premurió a su madre doña Julia; a Finanzas Inmuebles Cisneros, SA; y a Dibú, SA. Estas dos últimas sociedades por ser, al parecer de la actora, las actuales propietarias de gran parte de los inmuebles integrantes del caudal relicto y no gozar de la condición de tercero hipotecario. En la susodicha demanda, la actora formuló con carácter principal la pretensión de que se declarase la nulidad de la disposición testamentaria quinta del testamento notarial abierto otorgado por doña Julia el 22 de julio de 1981, por haberla realizado la causante en la manifiesta creencia de que estaba distribuyendo de forma igualitaria sus bienes, debido a error inducido por el demandado don Jesús María, y, en todo caso, sustancial. Igualmente solicitaba la declaración de nulidad de los cuatro testamentos notariales abiertos otorgados con posterioridad al citado anteriormente, y en los que con motivo de ventas efectuadas en vida de bie-

nes inmuebles que se distribuyeron en el testamento de 1981, se procedía a su sustitución por otros bienes. También se solicitaba la nulidad del cuaderno particional protocolizado notarialmente por el contador-partidor demandado. Subsidiariamente, y para el caso de que no se estimase la acción de nulidad, se declarase la rescisión por lesión de tal partición causada a la legítima de la actora, y, en todo caso, por no haber sido respetada voluntad real de la causante y haberle ocasionado una lesión en más de la cuarta parte de su derecho hereditario. Por todo ello, se solicitaba la nulidad y las correspondientes cancelaciones registrales en favor de los distintos herederos, así como las inscripciones posteriores que traigan causa de la misma y, en concreto, las efectuadas en favor de Finanzas Inmuebles Cisneros, SA y Dibu, SA. Por último, la actora solicitaba la condena de los demandados a estar y pasar por las declaraciones anteriores, y, en consecuencia, que se aviniesen a la realización de una partición de acuerdo con el valor de mercado de los bienes hereditarios al tiempo de practicarse, incluidos todos los bienes muebles (alhajas y obras de arte) descritos en el testamento ológrafo de la causante, compatible con el de 1981. Todo ello sin perjuicio de que en el caso de que se apreciase dolo por parte del demandado don Jesús María, sea él mismo condenado a la devolución de los bienes recibidos con los frutos y rentas percibidos desde el fallecimiento de la causante.

⊙ Por cada una de las representaciones procesales de los demandados se presentó escrito contestando a la demanda contra ellos formulada, interesando todos ellos su desestimación, a excepción de la Procuradora de los Tribunales doña María José de Victoria Fuester que solicitó que se dictase sentencia declarando: 1. Que doña Julia no pretendió en sus testamentos mejorar a ninguno de sus herederos, considerados por estirpes, salvo en los legados que instituyó. 2. Que doña Julia con la partición que se practica en la cláusula quinta de su testamento abierto el día 22 de julio de 1981 no consigue su fin manifestado en la cláusula sexta de procurar la mayor justeza y equidad pues con los valores reales, por ella ignorados, y con ese error en el consentimiento, no se produce la justicia y equidad que ella pretendía. 3. Que el contador-partidor Sr. Ignacio no ha interpretado la voluntad real de la testadora pues del resultado de su partición no se produce la justicia y equidad de valor de las hijuelas de los herederos de las que la testadora autoriza con el vocablo «alguna»; y además, omitió deliberadamente, en su momento, la existencia del testamento ológrafo. Declarando, por tanto, nula la partición efectuada en fecha 28 de diciembre de 1990. Y condenando a todos los herederos de doña Julia a que practicasen una nueva partición que respetase la voluntad de la testadora de conseguir la mayor justeza y equidad y previa deducción de los legados, respete en lo posible, las adjudicaciones hechas por la testadora, compensándolas con el resto de los bienes hasta alcanzar, con valores reales, y por estirpes, la justicia y equidad que pretendía la testadora. Y condenando a quien se opusiese al pago de las costas. Por Providencia de 16 de diciembre de 1992 se tuvo por contestada la demanda en nombre de todos los demandados, dándose traslado a la actora para réplica por término de diez días, presentándose por la demandante escrito renunciando a tal trámite, dictándose Auto el 11 de enero de 1993 teniendo a la misma por renunciada al trámite de réplica y acordando el recibimiento del pleito a prueba, declarando abierto el término de proposición de recibimiento a prueba.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Valencia dictó Sentencia el 28 de julio de 1999 desestimando la demanda. La sentencia se basó en que no se había probado dolo por parte del demandado don Jesús María; que la disposición quinta de su testamento no obedece a una voluntad de la testadora de igualar a todos sus herederos; que el criterio desigualitario que preside la partición hecha por la testadora no perjudicaba la legítima de sus hijos y descendientes; que no ha existido lesión en más de la cuarta parte.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 8.^a de la AP de Valencia dictó Sentencia el 18 de octubre de 2000 desestimando el recurso interpuesto por la actora.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La fundamentación jurídica de la Audiencia Provincial para desestimar el recurso de apelación fue la siguiente:

A) El error provocado por un tercero encaja en la figura del dolo testamentario, al cual se le han de aplicar analógicamente los artículos 1269 y 1270 del Código Civil. Consistiendo aquél, según la actora, en que su madre suscribió la disposición quinta de su testamento notarial abierto de 22 de julio de 1981 en la creencia errónea, a la que había sido inducida por su hijo don Jesús María, de que estaba distribuyendo sus bienes de forma igualitaria cuando en realidad no era así. Sin embargo, no es cierta la premisa sobre la que basa la actora su pretensión de nulidad, porque la testadora no quiso la igualdad entre todos los herederos.

B) La interpretación de la disposición quinta impugnada no da como resultado aquella igualdad, pues los herederos no han sido instituidos por partes iguales sino en la que resultase de la partición de sus bienes que hacía la testadora en la susodicha disposición. Además, previó el supuesto de que hubiera diferencias en el valor de los bienes, y ordenó que, no obstante, los herederos habrían de pasar por la partición que practicaba, reduciendo incluso su participación en los tercios de mejora y libre disposición. Por tanto, las importantes diferencias de valor entre los lotes adjudicados a la actora doña Inmaculada y a los nietos en contraste con el que se atribuye a don Jesús María, que resulta notablemente favorecido, no puede atribuirse a ningún error de la testadora, ya que su voluntad no fue la de igualar a los herederos. La Audiencia encuentra corroboración de este criterio en que la misma otorgó el citado día 22 de julio de 1981 testamento ológrafo complementario del notarial abierto, en el que en uso del artículo 1056, hace una partición desigual de sus bienes muebles entre los herederos, y la actora no ha pedido su nulidad.

C) La partición efectuada por la testadora respeta la legítima de la actora, analizando al efecto su crítica a la valoración de la prueba pericial practicada, que ha quedado reducida, según la sentencia, a la de los inmuebles con sus ajuares. Tal crítica la basaba la actora en que la sentencia de primera instancia se inclinó, para hallar el valor real de los bienes, por promediar el de los informes periciales, combatiéndose por ilógico el criterio. Sin embargo, la Audiencia lo considera correcto, a la vista de que en los informes de distintos peritos se dan valoraciones dispares. Destaca la Sala de instancia que: «Esta solución ha sido cuestionada por la parte apelante, considerándola desacertada, sin embargo ahí se ha terminado su impugnación,

en cuanto que ni ha concretado las razones por las que juzgaba incorrecto dicho criterio ni ha ofrecido otra alternativa que la de tener en cuenta como prueba pericial que ilustrara la controversia existente el informe emitido en su ramo de prueba por la entidad Tinsa, Tasaciones Inmobiliarias, SA, argumento este que, por motivos obvios, resulta escasamente convincente».

Contra la sentencia de la Audiencia interpusieron recursos de casación doña Inmaculada, y don Jesús María, no superando el de este último el trámite de admisión.

El motivo primero del recurso de casación acusa infracción de los artículos 673, 767 y 743 del Código Civil. Combate la afirmación de la sentencia recurrida de que el error no es causa de nulidad del testamento, al no estar recogido en el citado artículo 673, porque entiende que es una interpretación errónea y absolutamente superada del precepto legal, y apoya su aseveración con citas de tres tratadistas de derecho civil.

El motivo se desestima, pues en absoluto está superado el mandato del legislador, por lo menos por él, contenido en el artículo 673, de que el error no es causa de nulidad del testamento. Aunque es objeto de agudas controversias en la doctrina si la omisión del mismo en aquel precepto debe ser corregida por una aplicación del artículo 1265, en el que se conceptúa como vicio de la voluntad de los contratos. Otra cosa es el error en singulares disposiciones de un testamento, que el Código Civil toma en cuenta, disponiendo sin embargo el artículo 743 la ineficacia en todo o en parte de las disposiciones testamentarias «sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código», con lo que implícitamente ordena que el error no las haga ineficaces en los demás casos, y la identidad que ha de tener el que se juzga con los previstos legalmente.

De ahí que sea totalmente gratuita la cita de los artículos 767 y 743 del Código Civil como preceptos infringidos. En primer lugar, porque no han constituido la *ratio decidendi* de la sentencia que se recurre, sino que se enumeran (junto con el artículo 862) como supuestos legales en que el error del testador es tenido en cuenta. En segundo lugar, porque en ningún momento la sentencia ha identificado el error alegado por la recurrente, en su día actora, con los previstos legalmente en los que podría tener relevancia jurídica. Es más, ni siquiera considera probado el error de la testadora, ni que al mismo haya sido inducida por su hijo don Jesús María.

El motivo segundo, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción de la doctrina juris-

prudencial según la cual no se está en presencia de una verdadera partición sino de meras normas particionales, cuando falta inventario de los bienes de la herencia apreciados en su valor real, así como determinación del pasivo, para poder fijar el saldo partible resultante. Dicha doctrina jurisprudencial viene recogida, entre otras en las Sentencias de esta Sala de 19 de febrero de 1960, 9 de marzo de 1961, 25 de enero de 1971 y 16 de septiembre de 1998.

El motivo se desestima por coherencia con la del anterior. Sea una partición practicada por la testadora en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 1056 del Código Civil (como declara la sentencia recurrida), o sea, como quiere la actora, unas meras reglas de adjudicación al efectuarse la partición por el contador-partidor que designó, no existe error inducido o sustancial con relevancia jurídica anulatoria, que fue la principal causa de nulidad que se recogía en la «súplica» de la demanda.

El motivo tercero, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción de los artículos 1261 y siguientes del Código Civil, y específicamente del artículo 1265 sobre los vicios del consentimiento y del artículo 1266 sobre el error invalidante del consentimiento. En su fundamentación se sostiene que el error con relevancia jurídica anulatoria puede cometerse en todas las particiones, sin excepcionar la hecha por el propio testador, y ello ocurrirá cuando en la valoración de los bienes que haya efectuado se haya equivocado. En su apoyo cita las Sentencias de esta Sala de 26 de noviembre de 1974 y 31 de mayo de 1980.

El motivo se desestima porque no tiene en cuenta la especial naturaleza de la partición practicada por la testadora de sus bienes, con las correspondientes adjudicaciones de los mismos a los herederos en su testamento notarial de 1981, ya que lo interpreta en el sentido de que la testadora tuvo la voluntad de igualar a los herederos con la consecuencia de hacer lotes de igual valor para cada uno de ellos, y ello no se efectuó por error en la valoración de los bienes que componían cada lote. Pero soslaya que la sentencia recurrida lo ha interpretado de manera contraria; la testadora no tuvo aquella voluntad igualatoria. En realidad, lo que se pretende con este motivo es que prevalezca la interpretación subjetiva e interesada de la recurrente. Ciertamente que en la disposición sexta de aquel testamento manifestó que había realizado las adjudicaciones procurando la mayor justicia y equidad, pero como subraya la sentencia recurrida, ello no es equivalente a igualdad. Además, en la misma disposición es consciente la testadora de que haya diferencias de valor en los lotes, pero ordena que las adjudicaciones deben respetarse sin modificación alguna, y la diferencia de valor

ha de ser soportada por quien la padezca con una menor participación en tercios de mejora y libre disposición.

El motivo cuarto, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 675 CC. Se apoya, en sustancia, en que la sentencia recurrida interpreta la manera ilógica la voluntad testamentaria de doña Inmaculada, porque mantiene que no quiso la misma igualar a todos sus herederos, y, en contra la recurrente sostiene lo contrario: que quiso la igualdad.

El motivo se desestima porque es doctrina reiteradísima de esta Sala que la interpretación de los testamentos es facultad de la instancia, que debe ser mantenida en casación salvo que se demuestre que es ilógica, arbitraria o incurra en evidentes errores de hecho (Sentencias de 30 de enero de 1997 y 21 de enero de 2003, entre otras muchas). Nada de esto sucede aquí, pues la Sala realiza un minucioso análisis de las pruebas practicadas en el procedimiento para sentar los hechos que con firmeza avalan su conclusión en pro de que la testadora no tuvo la intención de instituir a sus herederos por iguales partes.

Razonablemente entiende la sentencia recurrida que si bien en la disposición sexta del testamento manifestó la testadora que había procurado la mayor justicia y equidad, ello no es equivalente a igualdad. Por otra parte, en la misma disposición es consciente la testadora de que haya diferencias de valor en los lotes, pero ordena que las adjudicaciones deben respetarse sin modificación alguna, y la diferencia de valor ha de ser soportada por quien la padezca con una menor participación en tercios de mejora y libre disposición. En fin, subraya la Audiencia, la tesis de la actora se contrapone a la conducta de la causante, pues en el testamento ológrafo, luego protocolizado, que redactó el mismo día en que otorgó el notarial abierto (22 de julio de 1981), procedió a la partición de sus bienes muebles en base al artículo 1056, y en él los atribuyó desigualmente a los herederos.

El motivo quinto, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 1075 CC. Descansa en la creencia, una vez más repetida, de que la testadora quiso igualar en la institución a sus herederos, y la desigualdad la introdujo al partir entre ellos los bienes hereditarios.

El motivo se desestima, pues el precepto citado como infringido abarca dos supuestos, y la recurrente no se refiere más que al segundo de ellos y no al primero, pues no justifica los más mínimo la lesión en la legítima producida a la actora. La sentencia recurrida lo había negado porque no estaba probada. Esta Sala no puede analizar de nuevo todo el material probatorio, pues el recurso de casación no es la tercera instancia del pleito (Sentencias de

9 y 14 de noviembre de 2001 y 23 de noviembre y 20 de diciembre de 2002, entre otras).

Respecto de la concurrencia invocada del segundo supuesto previsto en el artículo 1075, hemos de remitirnos a las razones expuestas en la desestimación de los motivos anteriores, respecto a que la igualdad en la institución de los herederos no fue querida por la testadora.

El motivo sexto, al amparo del artículo 1692.4.º LEC, acusa infracción del artículo 632 de dicha Ley Procesal en relación con el artículo 1243 CC y con la doctrina de esta Sala recogida en las sentencias que cita, conforme a la cual podrá combatirse la sentencia recurrida con fundamento en tales preceptos si la misma prescinde por completo e injustificadamente de la pericia o valoración de forma ilógica, absurda, o contraria a la común experiencia. A juicio de la recurrente ello es lo que ha ocurrido aquí, con las consecuencias perjudiciales para ella desde el punto de vista jurídico, porque se le ha desestimado la petición subsidiaria formulada en la «súplica» de la demanda de que la partición se rescindiese por lesión.

El motivo se desestima, pues de nuevo solicita en casación lo mismo que se alegó en la apelación de la sentencia de primera instancia, sin tener en cuenta la fundamentación extensa y minuciosa que tanto dicha sentencia como la de apelación realizaron de la prueba pericial practicada por varios peritos, acogiendo, debido a la discrepancia de los dictámenes periciales sobre el valor de las fincas, único extremo a que se redujo la apelación en este punto de impugnación de la pericia. La sentencia de primera instancia siguió para superar tal discrepancia, el criterio de hallar el valor medio, a partir de los asignados por cada perito, y este criterio lo encuentra racional la Audiencia.

En realidad, de lo que se trata es de que prevalezca el juicio valorativo del informe técnico acompañado por la recurrente a su demanda, en que se efectúa una valoración obviamente favorable a sus intereses, lo que no puede ser aceptado [no como prueba pericial, que no lo es sino documental] por su carácter parcial e interesado, frente al emitido dentro del proceso con todas las garantías legales por los peritos designados de común acuerdo por las partes.

SUCESIONES

El heredero carece de legitimación *ex novo* para instar la revocación de la donación que pudo ejercitar en vida el donante.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 2008

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

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El matrimonio en régimen de separación de bienes, formado por don Gabino y doña Regina, eran propietarios por mitad y *pro indiviso* de dos fincas; en fecha 1 de junio de 1991, en escritura pública, don Gabino hace cesión en vitalicio condicional y donación, de la mitad indivisa de dichas fincas a don Constantino. En dicho contrato se acuerda que don Gabino cede y transmite a don Constantino la mitad indivisa de las fincas y se acuerda: En contraprestación a esta cesión, el cesionario queda obligado a prestar al transmitente y su esposa doña Regina, sustento y manutención diaria de ambos, habitación confortable, ropa, vestidos, y cuidar de todas sus necesidades para bienestar personal, procurarles asistencia médica y especialistas en caso que fuera necesario, compañía moral en todo momento, como familiar, hasta el fin de sus días, e incluso a proporcionarles digno lugar para ser enterrados. Si alguno de los dos beneficiarios no sobreviviera más de cinco años a partir de esta fecha, el cedente considera la presente transmisión bien realizada como donación pura, perfecta, irrevocable, a, en este caso donatario, su sobrino por afinidad a todos los efectos. El Sr. Constantino para este supuesto la acepta.

⊙ Poco después, el 16 de septiembre de 1994, doña Regina fallece, con testamento a favor de su esposo, que acepta la herencia. En fecha 9 de mayo de 1995, don Gabino otorga ante Notario testamento

abierto instituyendo heredero a don Alexander y, bien poco tiempo después, el 22 de septiembre de 1996, fallece.

⊙ Don Constantino interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra la herencia yacente de don Gabino y de don Alexander solicitando que se dictara sentencia por la que se declare haber lugar al cese de la situación de indivisión de propiedad entre los titulares de las fincas registrales descritas en el hecho primero de esta demanda, declarando, con carácter principal, que tal cese se practicará por medio de venta en pública subasta de ambas fincas y posterior reparto por iguales partes del precio obtenido entre los aquí litigantes, o declarando, subsidiariamente, que tal cese de indivisión se practicará por adjudicación de una finca a cada una de las partes litigantes, con compensación económica en su caso, condenando a la parte demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, imponiéndole las costas del pleito en caso de oposición a la pretensión aquí deducida.

⊙ Don Alexander contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia en la que se declare: «Desestimar íntegramente la demanda formulada de adverso, en base a la falta de validez y eficacia del título de propiedad del actor. Con carácter subsidiario y para el caso de que se estimase la validez del título del actor, se proceda a la división de la cosa común mediante la adjudicación de una de las fincas, a cada uno de los comuneros, compensándoles las diferencias de valor a metálico. Condenar al actor al pago de las costas que se causen». Y formulando demanda reconvenzional, suplicó se dictase en su día sentencia por la que se condene a don Constantino, a tenor de los pronunciamientos siguientes: A) Se reconozca y decrete la nulidad de la escritura pública otorgada por don Gabino y don Constantino, en fecha 1 de junio de 1991 y autorizada por el Notario de Girona, don Arturo Pérez Morente, bajo el núm. 1324 de su protocolo, y de los negocios jurídicos contenidos en la misma, en base a la inexistencia del consentimiento de don Gabino y de su esposa, doña Regina. B) Alternativa o conjuntamente se tenga por revocada y resuelta la donación efectuada por don Gabino en dicha escritura, a favor de don Constantino, y que tiene por objeto una mitad indivisa de las fincas números NÚM000 y NÚM001 del Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, con motivo del incumplimiento de la carga de prestar alimentos civiles a los consortes Sres. Gabino. C) Alternativa o conjuntamente se tenga por resuelto el contrato oneroso suscrito en dicha escritura, por el que don Gabino cedía a don Constantino una mitad indivisa de las fincas números NÚM000 y NÚM001 del Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, por incumplimiento de la obligación recíproca de prestar alimentos civiles a los consortes Sres. Gabino Regina. D) Se condene a don Constantino al pago a mi mandante de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, en concepto de daños y perjuicios causados, por los hechos que se aprecien como causa de nulidad o resolución contractual. e) Se acuerde la cancelación de la inscripción del título del dominio de una mitad indivisa a favor de don Constantino, por nulidad o extinción de dicho título, relativo a las fincas siguientes: Urbana en Lloret de Mar inscrita al Tomo NÚM002, Libro NÚM003 de Lloret, Folio NÚM004, finca núm. NÚM000, inscripción 3.ª Urbana en Lloret de Mar, inscrita al Tomo NÚM005, Libro NÚM006 de Lloret, folio NÚM007, finca núm. NÚM001, inscripción 2.ª Para ello se solicita la expedición de mandamiento dirigido al Registro de la Propiedad de Lloret de Mar. F) Se condene al demandado al pago de las costas».

⊙ Don Constantino contestó a la demanda reconvenzional y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que «desestimando íntegramente la demanda reconvenzional formulada de adverso, se absuelva a mi principal de todas las peticiones en la misma deducida, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante reconvenzional».

⊙ El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Blanes dictó Sentencia el 11 de enero de 2000 estimando íntegramente la demanda y desestimando la reconvenzional.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Girona dictó Sentencia el 2 de noviembre de 2000 desestimando el recurso interpuesto por don Alexander.
- ⊙ Don Alexander interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Audiencia confirmando la sentencia del juzgado desestimó la reconvencción formulada por don Alexander, respecto a la nulidad, por entender que no se ha destruido la presunción de capacidad; la revocación de la donación modal porque el causante pudo ejercitar la acción de revocación y no lo hizo, por lo cual carece de legitimación su heredero, el demandante reconvenccional; la anulabilidad, también por falta de legitimación activa, ya que sólo la tiene el propio cónyuge cuyo consentimiento se ha obviado.

Señala el Tribunal Supremo que para resolver correctamente el recurso de casación se hace preciso en primer lugar calificar el negocio jurídico que celebró el causante de la donación y de la sucesión, don Gabino, el 1 de junio de 1991. En la escritura pública de esta fecha se hallan dos contratos diferenciados. El primero es un contrato atípico y sinalagmático de vitalicio: se ceden unos bienes, a cambio de cubrir física y moralmente las necesidades vitales del cedente y su esposa. Cuyo contrato ha sido objeto de numerosas sentencias de esta Sala que han formado una uniforme doctrina. La de 18 de enero de 2001 lo considera un contrato autónomo, atípico, que participa en parte del carácter del de renta vitalicia aunque no es enteramente el mismo, por el que se hace cesión de bienes a cambio de la obligación de dar asistencia y cuidados durante toda la vida de los cedentes, lo que reitera literalmente la de 1 de septiembre de 2006; y las de 1 de julio de 2003 y 26 de febrero de 2007 reiteran el anterior concepto y resaltan las similitudes con instituciones de otros países o forales de nuestro país; todas ellas con citas de otras sentencias anteriores. En el caso presente es un contrato sometido a condición: «si alguno de los dos beneficiarios no sobreviviera más de cinco años a partir de esta fecha...» se extingue la relación contractual.

El segundo es un contrato de donación pura y simple, «... donación pura, perfecta, irrevocable» dice el contrato, que nace si se cumple aquella condición. Efectivamente se cumplió, uno de los dos beneficiarios, doña Regina, esposa del cedente y donante, falleció antes de los cinco años; por lo cual, aquel contrato quedó como donación pura, perfecta, irrevocable. Y si se interpreta a la inversa, es decir, que uno de los dos beneficiarios sí sobrevive más de cinco años, interpretación más acorde

con el espíritu del contrato (la anterior apenas tiene sentido), a su muerte aquel vitalicio deviene donación pura, perfecta, irrevocable, lo cual era necesario expresarlo pues a la muerte de los cedentes, los bienes quedan en propiedad del cesionario. En definitiva, el donatario demandante en la instancia y demandado reconvenccional, con una u otra interpretación, es el propietario de la mitad indivisa de las dos fincas y tiene, como condómino, la facultad de pedir la división de la cosa común.

Los motivos relativos a la acción de resolución y revocación de la donación son el segundo y el tercero. La sentencia objeto de este recurso rechaza esta acción por falta de legitimación del demandante reconvenccional, don Alexander, heredero del donante fallecido (sin ejercitar la acción) don Gabino: dice textualmente que «si el donante ha podido instar la revocación y no lo ha hecho, sus herederos no podrán *ex novo* incoar la acción». Lo cual es así. Si en vida no ejercitó la acción de revocación porque no quiso hacerlo, no pueden ejercitarla sus herederos. Ciertamente, el causante vertió el mismo día y ante el mismo notario ante quien otorgó testamento, unas manifestaciones acerca de que no recordaba la donación, de que debía tener mermadas sus facultades mentales y de que nunca había recibido auxilio económico o material; pero no ejercitó acción alguna. Ésta es la fundamentación del fallo. Además, a mayor abundamiento y *obiter dicta* añade que cuando el demandante reconvenccional ejerció la acción, ésta había ya caducado.

En consecuencia, no cabe atender al motivo tercero que se limita a combatir la caducidad de la acción y considera que «partiendo de la transmisibilidad de la acción al heredero» (*sic*) no ha caducado. No es así: no hay transmisión, por lo que no tiene interés entrar en el tema de la caducidad. No hay infracción alguna de los artículos que se citan como infringidos (647, 659, 1257, 1299 del Código Civil) y el motivo se desestima.

Tampoco cabe estimar el motivo segundo que, relativo a la revocación, a la que agrega la resolución, parte de un supuesto fáctico no declarado en la sentencia recurrida, hace supuesto de la cuestión, mezcla los casos de revocación y resolución y, especialmente, parte de donación modal: la sentencia recurrida habla, erróneamente, de «donación

modal u onerosa» lo que no tiene sentido, pues son distintas y, antes de la muerte no hay donación y después de la muerte hay transmisión definitiva de los bienes, lo que el contrato califica de donación pura. La resolución, como tal, independiente de la revocación, ni la plantea el recurrente en la demanda reconvenicional, ni la tratan las sentencias recurridas, ni siquiera la plantea autónomamente el motivo del recurso, que tampoco presenta motivo alguno sobre la interpretación del contrato. Todo ello impide la estimación del motivo.

Respecto a la acción de anulabilidad de aquel contrato de donación por referirse a la vivienda conyugal, hay que precisar que en ella siguieron viviendo hasta su respectivo fallecimiento tanto el donante como su esposa. Ésta no prestó explícitamente el consentimiento *uxoris* pero ni ejerció acción contra la donación, ni, tras su muerte, tampoco su heredero que era el propio esposo donante; lo cual es evidente, pues no habría podido hacerlo siendo así que él había consentido al hacer la propia donación. No pretenda ahora el heredero de éste, el demandante reconvenicional, ejercerla.

Por ello, es conforme a derecho la solución dada por las sentencias de instancia que le niegan legitimación y desestiman su pretensión. No aparece infracción de los artículos 659, 1320 y 1322 del Código Civil pues la esposa aceptó o por lo menos no impugnó la donación y su heredero, su esposo, evidentemente consintió pues la hizo él. Carece de acción el heredero de este último para impugnar tal negocio jurídico.

Todo ello, relativo a la anulabilidad del negocio jurídico de disposición de derechos sobre la vivienda habitual que contempla el artículo 1320 del Código Civil. Pero no cabe aplicar la nulidad a que se refiere el segundo párrafo del artículo 1322 pues

éste alcanza al acto dispositivo a título gratuito sobre bienes comunes (léase gananciales: Sentencia de 19 de noviembre de 1997), pero en el caso presente no los había, ya que el donante, casado en régimen presuntivo en Derecho catalán de separación de bienes, dispuso a título gratuito de su mitad indivisa del inmueble, que era de su propiedad exclusiva. Por todo lo cual, el motivo se desestima.

El motivo cuarto del recurso de casación del demandado-demandante reconvenicional don Alexander, por infracción de los artículos 401 y 404 del Código Civil es relativo a la división de cosa común. Esta acción, desde el Derecho romano, es de estimación obligada, así se ha hecho en la instancia y en ello, como no podía ser menos, están conformes las partes. Lo que se discute en este motivo es la forma de practicarse. Las sentencias de instancia han declarado la cosa objeto de la acción (que son dos fincas limítrofes), indivisible y, partiendo de ello, «determinada la indivisibilidad» dice la sentencia de primera instancia y acepta explícitamente la de la Audiencia Provincial, se dan tres soluciones, en forma subsidiaria: las dos primeras, con acuerdo de las partes y el tercero, si falta el acuerdo. En el desarrollo del motivo, se pretende que se dividan entre sí las dos casas y ello no cabe frente a la declaración de indivisibilidad de las mismas, cuestión de hecho que permanece incólume en casación. En el motivo se dice textualmente «resulta notorio que como tal conjunto es divisible en las dos indicadas fincas registrales...» y las sentencias de instancia, con base en la prueba pericial declaran, como cuestión fáctica, la indivisibilidad de ambas fincas, tanto por una imposibilidad de división administrativa como económica. Por ello, el motivo que pretende, en casación, que se declare lo contrario, es inviable y debe ser desestimado.

SUCESIONES

Ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero se aplica el derecho español para resolver la problemática surgida en la partición de herencia.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Los esposos don Alberto y doña Asunción, de nacionalidad norteamericana, adquirieron por compra al Ayuntamiento de Colmenarejo (Madrid), en escritura otorgada en Collado Villalba el 31

de agosto de 1971 ante el Notario don Carlos Prieto de Arozamena, por mitad y proindiviso, la finca urbana parcela de terreno en término de Colmenarejo, al sitio llamado Chaparral del Alcornoque, conocido también por Colonia de Santiago.

⦿ Sobre dicha parcela los adquirentes construyeron, a sus expensas y por mitad e iguales partes, un chalé de dos plantas, otorgando escritura de declaración de obra nueva ante el mismo Notario el 1 de septiembre de 1973 (Finca núm. NÚMooo, inscripciones primera y segunda, del Registro de la Propiedad núm. 2 de San Lorenzo de El Escorial).

⦿ Don Alberto falleció en Yuma (Arizona) el 16 de noviembre de 1985, en estado de casado con doña Asunción y bajo testamento firmado, publicado y declarado el 13 de septiembre de 1977 ante dos testigos con conformidad con la legislación del Estado de Arizona, por el que legó todos los bienes inmuebles por él usados como lugar o lugares de residencia que le pertenecieran al tiempo de su muerte, juntamente con sus accesorios, derechos y gastos anticipados para la propiedad, a su esposa, si le sobreviviese por un período de cuatro meses.

⦿ A la fecha de fallecimiento de don Alberto se encontraba también en vigor la Declaración de «Trust» formulada en fecha 13 de septiembre de 1977 por él mismo y por su esposa doña Asunción en calidad de «Trustors». En dicha Declaración acuerdan que ambos esposos son los «Trustees» y que en caso de fallecimiento de cualquiera de ellos el superviviente continuará siéndolo, y constituyen el «Trust» sobre determinadas pólizas de seguros de vida, a las que, según manifiestan los otorgantes, podían incorporarse otras propiedades. En el artículo III del docuemnto se dan disposiciones para la formación, administración y destino de los bienes de cada uno de los siguientes Trusts: a) trust del esposo sobreviviente [apartado C)]; b) trus del difunto [apartado D)], en que se contiene la indicación literal de que «En el caso de que yo tenga cualquier interés en bienes raíces o inmuebles en España al tiempo de mi fallecimiento, dispongo que dicho interés se atribuya en su totalidad al «trust» del que es beneficiaria Julia»; c) «trust» separados para cada hijo [apartado E)]; d) «trust» separados para la descendencia de los hijos fallecidos [apartado F)].

⦿ En ejecución del referido testamento, la esposa del causante doña Asunción se adjudicó la mitad indivisa del chalé en cuestión que pertenecía a su esposo, el cual vendió a doña Sandra.

⦿ Doña Julia interpuso demanda de menor cuantía contra doña Asunción y doña Sandra solicitando se dicte sentencia por la que se declare: «1.º Que la Escritura de adjudicación de herencia otorgada ante el Notario de Madrid don José Luis Álvarez Álvarez el 6 de junio de 1991 por don José en nombre y representación de doña Asunción es nula e ineficaz por tanto la adjudicación de la mitad indivisa del chalé sito en Colmenarejo propiedad indivisa de dicha señora y de su marido difundo don Alberto debiendo considerarse como propiedad indivisa de la señora enajenante y de los herederos de su difunto esposo, hasta tanto se proceda a su división o adjudicación a una de las partes con la conformidad de la otra. 2.º Que se declare nula e ineficaz la Escritura de compraventa otorgada por la representación de la Sra. Asunción ante el Notario de Madrid citado don José Luis Álvarez Álvarez con fecha 7 de febrero de 1991 procediéndose a reintegrar a los titulares registrales, según la inscripción segunda, de sus derechos inscritos. 3.º Declarar la nulidad y ordenar al Registro de la Propiedad número 2 de San Lorenzo de El Escorial proceda a la cancelación de las inscripciones tercera y cuarta de 10 de octubre de 1991 y 23 de enero de 1992, respectivamente, relativas a la finca señalada en dicho Registro con el número NÚMooo inscripciones que figuran en el tomo NÚMoor, libro NÚMoo2, folio NÚMoo3 y siguientes. 4.º Declarar la vigencia del contrato de arrendamiento celebrado por don Alberto y don Víctor en 1 de julio de 1972 obligando al ocupante a permitir la posesión arrendaticia del arrendatario. 5.º Condenar al pago de las costas causadas en este proceso a las dos demandadas doña Asunción y doña Sandra solidariamente...»

- ⊙ Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de doña Sandra contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que «... dicte Sentencia por la que se rechace en su totalidad los pedimentos de la demanda, con imposición de las costas a la demandante y alternativamente se declare válida y eficaz la escritura de compra-venta de fecha 7 de febrero de 1991 en cuanto a la mitad indivisa de la que la transmitente era titular registral en el momento de la transmisión, declarando igualmente válida la inscripción registral en cuanto a la transmisión de esa misma mitad, por ser todo ello de Justicia...»
- ⊙ La representación procesal de doña Asunción contestó asimismo la demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado «... dicte sentencia por la que estime las excepciones dilatorias propuestas o subsidiariamente desestime totalmente la demanda, con toda clase de pronunciamientos favorables a esta parte y condenando a la demandante a estar y pasar por estas declaraciones, con expresa imposición de las costas del juicio».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de San Lorenzo de El Escorial dictó Sentencia el 30 de junio de 1997 desestimando la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 21.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 23 de noviembre de 2000 desestimando el recurso.
- ⊙ Doña Julia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primero de los motivos del recurso, con amparo en el núm. 4.º del artículo 1692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la vulneración de los artículos 6.3 y 9.8 en relación con el artículo 12.2 y 12, párrafo último, del Código Civil y jurisprudencia, al aplicar la sentencia recurrida el derecho español a las cuestiones sucesorias objeto de debate, en vez de aplicar el derecho norteamericano, que era el propio de la nacionalidad del causante.

Olvida la parte recurrente que la sentencia impugnada reconoce que el derecho aplicable a la sucesión del Sr. Alberto es el propio de su nacionalidad, y concretamente el vigente en el estado de Arizona por aplicación de lo dispuesto en la norma de conflicto contenida en el artículo 9.8 del Código Civil en relación con el 12.1 del mismo código, aun cuando la sentencia no llegue a aplicar la normativa de dicho estado por afirmar que la parte actora no ha cumplido con la carga probatoria que le incumbe en orden a acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española (artículo 12.4 Código Civil).

A este respecto ha de recordarse lo razonado

por la Sentencia de esta Sala de 27 diciembre 2006 que, reiterada por la de 4 de julio de 2007, se pronuncia en los siguientes términos: «... el derecho extranjero es una cuestión de hecho, y es necesario acreditar y probar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, pues de otro modo, cuando no le sea posible al Tribunal español fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrá de juzgar y fallar según el Derecho patrio, de acuerdo con el artículo 12.6 II del Código Civil (texto entonces vigente), cuyo inciso final y la interpretación en base a jurisprudencia consolidada (*sic*). Lo que no puede ser confundido con la aplicación de oficio de la norma de conflicto, además de que la jurisprudencia ha declarado que quien invoca el Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso, y la facultad que se concede al juez en el artículo 12.6.II, inciso final (texto hoy derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero) no constituye una obligación». Esto es en definitiva lo resuelto por la sentencia impugnada que, en consecuencia, no ha infringido ninguno de los citados preceptos al aplicar correctamente

al caso la norma de conflicto y, posteriormente, lo previsto en el derecho español ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero, extremos que el juzgador no estaba obligado a investigar de oficio.

Los motivos segundo y tercero coinciden en denunciar, bajo el amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española, y al amparo del núm. 3.º del artículo 1692 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, la vulneración del artículo 372.3 de la propia Ley ritual y los artículos 238.3, 240.1 y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La denuncia se refiere en ambos casos a la falta de motivación de la sentencia impugnada en cuanto a la admisión de la plena validez de la escritura de adjudicación de herencia, otorgada por doña Asunción ante el Notario de Madrid Sr. Álvarez Álvarez el 6 de junio de 1991 (motivo segundo) y a la falta de consideración sobre el contenido del trust del causante, admitido como prueba por el tribunal de instancia (motivo tercero).

Ambos motivos han de ser rechazados pues, como ya se ha adelantado, la Audiencia, al confirmar la solución desestimatoria dada por el Juzgado, ha partido de la consideración de que efectivamente el derecho aplicable a la sucesión del Sr. Alberto era el propio del estado de Arizona por aplicación de la norma española de conflicto (artículo 9.8) pero, al no haber sido acreditado el contenido y alcance de la normativa material aplicable en relación con el caso presente, se imponía la aplicación del derecho español, pues necesariamente había de resolverse la cuestión planteada como exige el artículo 1.7 del Código Civil; siendo así que en tal sentido habían de aplicarse las disposiciones contenidas en el testamento del Sr. Alberto y no las del trust, instituido por el mismo en la misma fecha, al tratarse en el caso de un negocio sucesorio no previsto en el derecho español.

El trust constituye una figura por la que se establece una relación fiduciaria en la que una persona es el titular del derecho de propiedad sujeto a una obligación de equidad de mantener o usar la propiedad en beneficio de otra. Se puede constituir el trust tanto por acto *inter vivos* como *mortis causa*. Se trata de un negocio jurídico ampliamente utilizado en los países del Common Law con diversas finalidades; pero resulta desconocida en derecho español, tanto material como internacional privado. De su importancia e implantación da muestra la existencia del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre ley aplicable al trust y su reconocimiento, que pretende hacer frente a los problemas derivados del desconocimiento de la institución en muchos ordenamientos jurídicos.

El Convenio entró en vigor el 1 de enero de 1992 y ha obtenido hasta ahora escasa ratificación, sin que haya sido suscrito por España. El artículo 2 del Convenio define los elementos que han de concurrir en una institución para poder ser calificada como trust a efectos de su aplicación y así reza lo siguiente: «A los efectos del presente Convenio, el término “trust” se refiere a las relaciones jurídicas creadas –por actos *inter vivos* o *mortis causa*– por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un “trustee” en interés de un beneficiario o con un fin determinado. El “trust” posee las características siguientes: a) Los bienes del “trust” constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del “trustee”; b) El título sobre los bienes del “trust” se establece en nombre del “trustee” o de otra persona por cuenta del “trustee”; c) El “trustee” tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del “trust” y las obligaciones particulares que la ley le imponga».

Partiendo de que en el caso se trataba de un trust constituido *mortis causa*, resulta claro que la inexistencia de norma específica de conflicto en derecho español determinante de cuál sería el derecho material aplicable a la figura ha de suplirse acudiendo a la norma de conflicto propia de la sucesión *mortis causa* que, contenida en el artículo 9.8 del Código Civil, remite al derecho representado por la ley nacional del causante; en este caso, la propia del estado de Arizona.

Sentado lo anterior, no puede prosperar ninguno de los anteriores motivos ya que, falto de prueba el contenido del derecho extranjero aplicable, ha de rechazarse la validez del «trust», desconocido en el derecho español, y, aplicándose éste, dar validez al legado testamentario del causante en cuya virtud la mitad indivisa del chalé sito en Colmenarejo, que pertenecía en vida al Sr. Alberto, pasaba en propiedad a su esposa, la demandada doña Asunción, que consolidaba así el dominio sobre la totalidad del bien y, en consecuencia, podía disponer del mismo como efectivamente hizo mediante la venta efectuada a la codemandada doña Sandra. Todo lo anterior aparece en el contenido de la sentencia impugnada a la que, por ello, no puede imputarse falta de motivación.

Igualmente se ha de rechazar el motivo cuarto, que se formula por infracción de los artículos 675 y 1256 en relación con los artículos 1281 y siguientes, todos ellos del Código Civil, y atribuye a la sentencia recurrida una interpretación arbitraria y errónea de las disposiciones testamentarias de don Alberto, que habrán de dar lugar a la nulidad de la escritura de adjudicación de herencia otorgada en España, pues se ha procedido –según razona la

parte recurrente— a interpretar las disposiciones testamentarias del causante olvidando que existe, como parte integrante de las mismas, un trust irrevocable y aceptado por todos los herederos.

Hay que reiterar la necesidad en que se encuentra el juez español de aplicar al caso su propio ordenamiento jurídico a falta de prueba adecuada sobre el derecho extranjero, que resultaría aplicable según la norma de conflicto; por lo que, no siendo reconocida la figura jurídica del trust ni compatible con nuestras normas de derecho sucesorio, se ha de limitar a aplicar las disposiciones del causante contenidas en su testamento en cuanto resultan válidas y conformes con nuestro derecho, a partir de las cuales resulta correcta la adjudicación de la mitad indivisa del chalé a que se ha hecho referencia.

De lo hasta ahora razonado se desprende como necesaria consecuencia la desestimación de los siguientes motivos quinto al octavo, ya que si, como se ha dicho, resulta válida la adjudicación del chalé a favor de doña Asunción, también ha de serlo la venta efectuada por la misma a la codemandada doña Sandra mediante escritura pública de fecha 7 de febrero de 1991, aunque la misma se produjera incluso antes de la escritura de adjudicación de 6 de junio de 1991, ya que se trataba de un legado referido a la totalidad de los bienes inmuebles de determinada clase —los usados como lugar o lugares de residencia— de modo que sobre los mismos no se constituía una comunidad entre los coherederos que hubiera de conducir a la posterior partición y, en consecuencia, no era necesario el concurso de persona distinta del legatario para disponer de los mismos. De ahí que deba rechazarse el motivo sexto, que denuncia por ello la infracción de los artículos 399, 1068, 1257, 1258 y 1300 del Código Civil, así como el quinto que se refiere a la infracción del artículo 79.3 de la Ley Hipotecaria por no haber acordado la cancelación de la inscripción 3.^a de la referida finca registral núm. NÚMooo, que el recurrente considera consecuencia de un negocio nulo cuando, por el contrario, tal nulidad no ha sido declarada.

Del mismo modo habrá de decaer el motivo séptimo, formulado a partir de la afirmación de la parte recurrente de que la demandada doña Sandra no podría ser considerada como «tercero hipotecario» ya que, en el momento de su adquisi-

ción, su causante no era aún titular registral y únicamente lo fue con posterioridad, denunciando así la vulneración de los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 399, 1068, 1257, 1258, 1261 y 1300, todos del Código Civil. Con independencia de otras consideraciones acerca de si en el caso podía sostenerse o no la condición de «tercero hipotecario» en la adquirente, lo cierto es que no puede achacarse a la sentencia impugnada vulneración alguna en tal sentido ya que, expresamente, negó tal condición a la compradora, si bien es claro que ninguna influencia habría de tener ello en el resultado del litigio cuando no se ha anulado ni resuelto el derecho de su transmitente. E igualmente resulta rechazable el motivo octavo en cuanto vuelve a incidir en denunciar la infracción del artículo 79.3 de la Ley Hipotecaria por no haber sido decretada la cancelación de la inscripción cuarta de la finca, que reflejaba la venta efectuada por doña Asunción a doña Sandra, la cual finalmente se ha considerado válida.

El último motivo, noveno, afirma la infracción de los artículos 1254, 1255 y 1261, en relación con los artículos 1543 y 1556, todos del Código Civil, al considerar la recurrente que debió declararse la validez y plena vigencia del contrato de arrendamiento de fecha 1 de julio de 1972 sobre el chalé litigioso, celebrado entre don Alberto y don Víctor, esposo de la demandante. En primer lugar, se ha de hacer constar que la legitimación para solicitar la declaración de validez y cumplimiento de un contrato corresponde a los contratantes y a sus causahabientes y en el caso presente no es el arrendatario el que demanda, sino su esposa. Además, al denunciar la infracción de los artículos de que se trata, se hace supuesto de la cuestión ya que la sentencia impugnada declara, tras el examen de la prueba practicada —testifical y por presunciones extraídas de determinados datos fácticos— que la finalidad de la suscripción del contrato fue meramente formal o, lo que es lo mismo, que se trató de un supuesto de simulación absoluta del negocio por falta de causa, sin que correlativamente la parte impugnante combata la valoración de la prueba que ha llevado a la Audiencia a obtener tal conclusión. Es por ello que también este motivo ha de ser desestimado.

PENAL

Condena por un delito de estafa al esposo que, después de haberle revocado la esposa un poder, dispuso de dinero propiedad de aquélla que estaba ingresado en una cuenta bancaria.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 2008

Ponente: Excmo. Sr. don Luciano Varela Castro

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Los cónyuges Rubén y doña Valentina, casados en régimen de separación de bienes, venían arrastrando desde finales de 2004 una profunda crisis en su relación que, pese a seguir viviendo bajo el mismo techo en el domicilio familiar, vivienda de la propiedad exclusiva de la esposa, les había llevado a la ausencia de todo trato y comunicación personal. Por dicha razón y pensando la esposa en separarse de su marido e iniciar una vida independiente de él ya que hasta la fecha toda la familia dependía de la única fuente de ingresos del marido que constituían sus negocios, ocultándolo a su esposo solicitó un préstamo hipotecario en la entidad Caja Granada, sucursal de la plaza de Mariana Pineda de Granada capital, parte de cuyo dinero dejó depositado en la cuenta núm. NÚM001 abierta por ella como única titular en dicha sucursal, expresando al director de la oficina el temor de que su esposo pudiera enterarse y disponer del dinero al tener un amplio poder de representación notarial que le otorgó años atrás con fecha 15 de mayo de 2001, aunque no se adoptó por la Caja ninguna medida precautoria al respecto.
- ⊙ A continuación doña Valentina revocó a su esposo dicho poder de representación mediante escritura pública de fecha 21 de octubre de 2004, revocación que fue notificada por la notaria al Sr. Rubén en el domicilio conyugal el mismo día mediante cédula que entregó a su hija mayor de edad doña Gabriela al no encontrar al interesado, cédula en sobre cerrado que la hija dejó en el lugar acostumbrado de la casa donde se depositaba el correo de su padre y que éste recogió al día siguiente, enterándose de su contenido.
- ⊙ Cesados los cónyuges definitivamente en su convivencia el día 11 de enero de 2005 tras abandonar el Sr. Rubén el domicilio conyugal al que ya no volvió tras conocer la intención de la esposa de separarse judicialmente, éste, tan pronto como se enteró ignorándose la fuente de información de que su esposa disponía de dinero en metálico suficiente en dicha cuenta, utilizando el poder de su esposa y ocultando la revocación del mismo al director de la oficina de Caja Granada en la localidad de Cenes de la Vega (Granada) donde tenía una cuenta propia, el día 25 de enero siguiente transfirió a su propia cuenta 18.000 euros de la cuenta de su esposa, dinero que empleó en pagar unas obras de rehabilitación de la fachada y pintura de la vivienda familiar que se habían llevado a cabo por su propia decisión durante el verano anterior cuyo alcance y precio sólo él contrató con un albañil y un pintor que antes habían trabajado para la empresa de promoción inmobiliaria de su propiedad, y que tácitamente ante la esposa se comprometió a abonar a su propio cargo.
- ⊙ El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Granada, instruyó Procedimiento Abreviado núm. 29/2006, contra Rubén, por un delito de estafa, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada, que con fecha 16 de abril de 2007, dictó sentencia «condenando a Rubén, como autor responsable de un delito de estafa ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas, a las penas

de dos años de prisión, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y ocho meses de multa a razón de una cuota diaria de veinte euros (4.800 euros en total), con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas, en su caso, previa la exacción de sus bienes, a que indemnice a doña Valentina en dieciocho mil euros, suma que devengará el interés prevenido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta fecha hasta su completo abono, y al pago de las costas procesales causadas incluidas las de la Acusación Particular.»

- ⦿ Don Rubén interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

No cabe sino convenir con el Tribunal de instancia en la racionalidad de la conclusión inferida y en su asiento en una base debidamente acreditada. Así, habiéndose limitado este motivo a discutir si el acusado supo que, cuando dispuso del dinero privativo de su esposa, sabía que el poder que aquélla le había otorgado ya había sido revocado, tal conciencia deriva de datos que lo acreditan: notarialmente consta la revocación en fecha de octubre de 2004, esta revocación fue notificada por cédula entregada a la hija del acusado en su domicilio, por no estar éste en ese momento en el mismo, que la hija dejó el sobre que la contenía en el lugar en que habitualmente se depositaba el correo recibido teniendo al acusado por destinatario, que al día siguiente dicho sobre no estaba en el lugar en que la hija lo había depositado, y la misma hija encontró poco después el sobre notarial abierto. Tales declaraciones de la hija son tenidas, sin que quepa cuestionarlo en este recurso, por veraces por el Tribunal de Instancia. Y, como la sentencia advierte, aunque ignorase la revocación del poder, lo que el esposo no ignoraba es que, al tiempo en que lo usó para disponer del dinero de la esposa, ésta, de la que ya se había separado días antes, en modo alguno autorizaba la operación de disposición del dinero depositado en el banco en cuenta privativa de la esposa. En consecuencia la base fáctica no cuestionable se ha establecido desde la valoración de prueba existente, lícita, practicada en el juicio oral y de significado incriminador evidente. El motivo debe ser rechazado.

Existe perjuicio ajeno y beneficio propio si se obtiene un desplazamiento patrimonial que disminuye el patrimonio ajeno y aumenta, sin causa legítima, el propio del autor. El segundo motivo se ampara en una supuesta infracción de ley, alegando el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el 248 del Código Penal. Se justifica la pretensión en que falta el doble elemento típico del perjuicio ajeno y el lucro del acusado.

En la peculiar tesis del recurrente el dinero de la esposa de que dispuso el acusado es el pago de la obra hecha en el edificio privativo de la esposa, única beneficiaria de la obra costeada. El cauce elegido pasa por el pleno respeto a la declaración de hechos probados. Éstos establecen que: a) el esposo adoptó la decisión de ejecución de dicha obra; b) pactó con su esposa que asumía a su privativo patrimonio el pago de su importe. Sentada tal premisa, ha de convenirse en que el eventual beneficio reportado por las obras es anterior a la disposición de fondos de la esposa por el acusado, que dicho beneficio pasó al patrimonio de la esposa con esa misma anterioridad, que el acusado no adquirió ningún derecho a ser compensado por ello y que, cuando ingresa en su patrimonio el dinero de la esposa, genera simultáneamente un perjuicio al patrimonio de aquélla y un beneficio en el suyo. Y dado que ni lo uno ni lo otro tenía causa legítima, el lucro obtenido es ilícito constituyendo el elemento del tipo que, injustificadamente denuncia el motivo como ausente.

GUARDA Y CUSTODIA

Beneficios de la custodia compartida y condiciones que deben darse para su establecimiento.

TSJ DE CATALUÑA, SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Ramos Rubio

Así las cosas, resta por dilucidar si en las condiciones sancionadas en la sentencia recurrida, en la que se acepta un amplio régimen de visitas a favor del recurrente —cinco días de cada quince—, que éste llega a calificar de custodia compartida *de facto*, y sin modificar este régimen en absoluto o, al menos, en lo esencial, cabe otorgarle al mismo el derecho a la custodia conjunta o, al menos, con carácter alterno o rotatorio, en base a lo preceptuado en los artículos 76.1.a) y 82 CF.

Debe tenerse en cuenta que, frente a la alusión contenida en la sentencia recurrida que describía la cuestión como meramente «nominalista», el recurrente alega razonablemente, y en ello está de acuerdo el equipo de especialistas que informó en la primera instancia, que la atribución de custodia conjunta —rotativa— permitiría posicionar a ambos progenitores «en situación de igualdad» frente a los hijos, con el consiguiente y beneficioso impacto en la evolución educativa y evolutiva de los hijos, siempre que ello no supusiere una modificación de las condiciones actuales que se estiman satisfactorias por todos.

Pues bien, abstracción hecha de las opiniones que desde planteamientos militantes se han emitido profusamente en los últimos tiempos, no cabe duda de que la llamada «custodia compartida» o conjunta por ambos progenitores presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, en la medida en que evita la aparición de los «conflictos de lealtades» de los menores para con sus padres, favorece la comunicación de éstos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos —tampoco puede afirmarse que las acentúe— y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos ni culpables e inocentes, y por otro, a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas

de la relación paterno-filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos.

En este sentido, resulta clarificadora la enumeración de efectos positivos contenida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 18ª) de 20 de febrero de 2007, conforme a la cual:

«a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación, etc.; c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de (los padres frente a los hijos); e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) hay una equiparación entre ambos progenitores en

cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.»

En la misma línea, el Informe de 1995 de la División 16 de la American Psychological Association ante la Comisión USA de Bienestar Infantil y Familiar concluía que «la custodia compartida se asocia con ciertos efectos favorables en los niños», sobre todo cuando se complementa con la mediación y los programas de educación parental, por lo que recomendaba «favorecer el incremento de la mediación, la custodia compartida y la educación de los progenitores». Lo mismo se desprende de otros estudios ampliamente difundidos, tales como el Informe Bauserman –Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review (2002)–, el Informe Kelly –Children’s adjustment in conflicted marriage and divorce. A decade review of Research (2000)–, o el documento Bailly –Etat des connaissances scientifiques sur la résidence alterneé (2002)–, entre otros muchos.

Sin embargo, no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos, sin perjuicio de que *de lege ferenda* pudiera construirse en el futuro como una solución preferencial, como viene haciéndose en otros países de nuestro entorno, aunque tampoco puede afirmarse que dicha solución radique en el sistema de la custodia monoparental acompañado de un régimen de visitas más o menos amplio, que es el que inexorablemente viene imponiéndose en la gran mayoría de las sentencias dictadas en los últimos años por los Juzgados y las Audiencias Provinciales de nuestra Comunidad Autónoma.

Por lo pronto, se ha dicho que la custodia compartida está llamada a satisfacer una demanda residual, puesto que el número de solicitudes constituyen una excepción en la dinámica de los procesos matrimoniales, incluso en los de mutuo acuerdo. Por otra parte, su conveniencia es muy discutible cuando se trata de niños de corta edad (al respecto, la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14.^a Sesión Plenaria de la ONU de 20 de noviembre de 1959 recuerda que, «salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre»). Tampoco es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan

malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento –nosotros mismos nos pronunciamos en tal sentido en la STSJC 2/2007, de 26 de febrero–, en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados (ATC 336/2007, de 18 de julio); sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (artículo 79.2 CF). En este sentido, deben celebrarse algunas soluciones adoptadas por nuestras Audiencias Provinciales (SAPB 18.^a 131/2008, de 21 de febrero).

En definitiva, en su aplicación habrán de ser ponderadas las circunstancias de cada caso, tales como la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras similares.

Sexto. Por lo que se refiere al presente supuesto, sin embargo, la valoración del interés de los menores y de la conveniencia de establecer un sistema de custodia compartida, conjunta o rotatoria, se halla mediatizada por las limitaciones que impone el carácter extraordinario del recurso de casación y el planteamiento limitado asumido por el recurrente en su recurso.

En efecto, a este respecto debe tenerse en cuenta que no ha sido interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, simultáneo al de casación, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC en relación con el artículo 24 CE y el artículo 348 LEC, que permita ahora cuestionarse la racionalidad de la valoración del informe de los especialistas efectuada por el tribunal de apelación, por el que se destaca que «el que resulta mes transcendental és que les dues pericials consideren mantenir la mateixa organització actual “pensant en els menors”», razón por la cual concluye que «compartim el criteri de la jutgessa que el millor pels infants es seguir en la situació física i organitzativa queja s’ha qualificat de satisfactoria per tothom».

Por otra parte, desde un planteamiento simplemente casacional, la valoración de si el interés de unos concretos menores ha quedado adecuadamente salvaguardado, dada una determinada situación de hecho indiscutible, sólo podría afrontarse en aquellos casos en que la solución aplicada por la Audiencia Provincial se encontrase irracional,

ilógica o arbitraria, o, en su caso, claramente atentatoria contra el interés de los menores, lo que no puede advertirse en el presente supuesto, sin perjuicio de las soluciones que puedan aplicarse en

el futuro a la vista de la evolución que experimente el conflicto.

Es por ello, que el único motivo del recurso de casación debe ser desestimado.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Fijación de pensión alimenticia en casos de atribución de la custodia compartida.

TSJ DE CATALUÑA, SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Ramos Rubio

En el desarrollo del único motivo subsistente de su recurso, el recurrente precisa que, al formular la demanda e interesar en ella la guarda y custodia compartida de sus hijos, ya dejó constancia de que, una vez otorgada, debía procederse a modificar la pensión alimenticia establecida a su cargo y en favor de los hijos, que en la sentencia recurrida se fija en la cuantía de 280 euros mensuales.

Por ello, concluye solicitando que a la estimación del recurso, una vez otorgada la guarda y custodia compartida, se acuerde por esta Sala que «de la manutención y vestido de los hijos se haga cargo cada progenitor cuando los tenga consigo –incluyendo el gasto de comedor escolar– y respecto a los demás gastos fijos ordinarios y extraordinarios de los menores... cada progenitor se haga cargo de la mitad, abriéndose una cuenta corriente a tal fin, donde cada uno ingrese 181 euros al mes...», dejando a salvo, en su caso, los gastos por estudios superiores, que deberán pagarse por mitad.

A este respecto debe tenerse en cuenta que en el recurso –ni en la preparación ni en la interposición– no se denuncia la infracción, como hubiera sido obligado, de los artículos 76.1.c), 143, 264 ó 267 CF, por lo que no puede resolverse ahora como se pide.

De todas formas, tampoco hubiera sido posible estimar como un efecto necesario o ineludible de la guarda y custodia conjunta o compartida la extinción de la obligación de uno de los progenitores –o de los dos– de abonar una pensión de alimentos en favor de los hijos, en razón a que la obligación de cuidarlos mientras permanezcan en la compañía de

cada uno de los padres y la asunción de los correspondientes gastos constituiría, en la práctica, una adecuada satisfacción de los alimentos correspondientes, que cada uno de ellos debería atender en la medida de sus posibilidades individuales.

En efecto, teniendo en cuenta que bajo la denominación equívoca de custodia «compartida» pueden hallar amparo diversas situaciones de convivencia de los hijos con sus progenitores –partida, repartida, rotativa, alterna, conjunta–, que supongan un reparto no necesariamente igual del tiempo de convivencia con cada uno de los padres y/o de las tareas o funciones que en relación con su cuidado diario cada uno de ellos se obligue a asumir, en razón a muy diversos factores (la diferente edad de los niños, su comodidad y confort, su aprovechamiento escolar, sus problemas evolutivos particulares, el horario laboral y la disponibilidad efectiva de los padres, etc.), no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación habrá que tener en cuenta, además y en su caso, las diferencias de ingresos que puedan existir entre los obligados a su pago (artículo 267 CF), puesto que, permaneciendo inalterable la necesidad de los alimentistas, sería contrario a la regla arriba mencionada (artículo 82.2 CF) no procurar un cierto equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios.

CUESTIONES PROCESALES

Aunque después de iniciarse el procedimiento de protección de menores, éstos cambien de domicilio, la competencia la mantiene el juzgado que comenzó a conocer del mismo.

TSJ DE ARAGÓN, AUTO DE 21 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch

Se plantea la presente cuestión de competencia negativa por entender el Juzgado de Ejea de los Caballeros que el procedimiento para resolver sobre la adopción de medidas relativas a los menores Pedro Jesús y Julia corresponde al partido judicial de Jaca, por haber acordado el propio Juzgado de Ejea de los Caballeros el otorgamiento de la guarda y custodia provisional de los menores a sus abuelos maternos y ser éstos residentes en Jaca.

Cuando el procedimiento comienza, la competencia para conocer correspondía al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ejea de los Caballeros, por pertenecer el término municipal de Mianos, domicilio de los menores y su madre, al partido judicial de Ejea de los Caballeros. Conforme a tal atribución de competencia el Juzgado dictó el día 12 de julio de 2007 auto de adopción de medidas provisionales sobre la atribución de la guarda y custodia de los menores y luego acordó, por Auto de 18 de septiembre de 2007, la prórroga de las medidas provisionales en su momento decididas.

La atribución de competencia para resolución que correspondía al inicio del expediente al Juzgado de Ejea de los Caballeros, donde residían

los menores, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 52 apartado 1, punto 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede entenderla modificada por el hecho de haber sido trasladados los menores a otro partido judicial, porque, como ordena el artículo 411 de la misma Ley de Enjuiciamiento, y ha indicado tanto el Tribunal Supremo como este mismo Tribunal Superior (por ejemplo, Auto de TS de fecha 31 de mayo de 2006 y Auto de este TSJ de fecha 14 de junio de 2006), una vez constituida la relación jurídico-procesal se produce, a efectos de competencia, la llamada perpetuación de jurisdicción, de modo que las alteraciones de domicilio de las partes no modifican la jurisdicción y competencia que quedaron determinadas según lo acreditado en el momento inicial de la litispendencia.

Por tanto, el Juzgado de Ejea de los Caballeros mantiene la competencia que tuvo desde el principio para conocer del asunto litigioso, por lo que, en consecuencia, procede resolver la presente cuestión de competencia en el sentido de que sea tal Juzgado el competente para continuar conociendo del procedimiento de Jurisdicción Voluntaria número 37 /2007.

UNIONES DE HECHO

La circunstancia de que la Ley de Parejas de Hecho contemple como carga de la pareja la alimentación de hijos no comunes, no implica que el progenitor biológico con quien no conviven los hijos quede exonerado de su obligación de pago de la pensión alimenticia.

TSJ DE ARAGÓN, SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez

Aduce el recurrente como motivo único de casación que la sentencia impugnada ha infringido el artículo 5.3, inciso segundo, de la Ley Aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no casadas, según el cual «tendrán la consideración

de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho de alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda, así como (una vez que la Sra. María con-

trajo nuevo matrimonio) el artículo, 36.1, apartado a), de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico-Matrimonial y Viudedad, el cual establece que son de cargo del patrimonio común «las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio».

Doña María y don Valentín constituyen una pareja estable desde el mes de marzo de 2006 (extremo no discutido), a tenor de lo prevenido en el artículo 3 de la Ley Aragonesa 6/1999, según el cual «se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo...», entendiéndose el Sr. Ángel Daniel que una vez adquirieron la condición de pareja estable su ex esposa no tiene derecho a reclamarle pensión alimenticia alguna en favor de los hijos que convivan con ella y su nueva pareja, dado que les corresponde a ellos, de forma exclusiva, atender a sus necesidades, de conformidad con lo establecido en el transcrito inciso segundo del artículo 5.3 de la mentada Ley aragonesa 6/1999, y lo mismo ocurre, en su opinión, tras la celebración del matrimonio entre ambos, a tenor de lo prevenido en el artículo 36.1, apartado a), de la Ley aragonesa 2/2003, en razón a lo cual pide se declare la extinción de su obligación alimenticia desde el mes de marzo de 2006, imponiéndose a partir de dicha fecha «la obligación de pago de alimentos, con respecto a los menores Eva, Javier hasta el mes de abril de 2007 y Lorena, a la Sra. María y su pareja».

La postura del actor recurrente se basa en una interpretación errónea de la normativa aplicable, pues las personas obligadas a prestar alimentos a los hijos menores son sus progenitores, de cuyo deber no les exime ni la separación, ni el divorcio, ni la nulidad del matrimonio (artículo 92 del Código Civil), y dicha obligación subsiste incluso aunque hayan sido privados de la autoridad familiar (artículos 110 y 111 del Código Civil y artículos 58.4 y 79.1 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona —entró a regir el 23 de abril de 2007—), manteniéndose «durante toda su vida» (artículo 55 de la mentada Ley 13/2006).

El artículo 92 del Código Civil regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, y lo hace en base a dos principios, a saber: a) El mantenimiento de las obligaciones de los padres para con sus hijos, lo cual es un reflejo de lo establecido en el artículo 39.3 de la Constitución española, precepto que dice así: «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda»; y b) El beneficio e interés de los hijos, de forma

que la decisión del juez sobre la guarda y custodia debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores y en los hijos, buscando siempre lo que estime mejor para éstos.

Aunque las obligaciones de velar por los hijos y prestarles asistencia son propias y típicas de la autoridad familiar, el hecho de persistir aunque el progenitor no ostente la autoridad familiar evidencia que son, en puridad, manifestación y consecuencia directa de la relación paterno-filial, y es que ésta, caracterizada fundamentalmente por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con los hijos, necesita como elemento auxiliar un principio de autoridad en los padres.

Pues bien, como los deberes de protección y asistencia de los padres van ligados a la filiación, son, lógicamente, independientes tanto de las vicisitudes de la autoridad familiar, continuando en caso de privación de la misma (artículos 110 y 111 del Código Civil y artículos 58.4 y 79.1 de la Ley aragonesa 13/2006), como de las situaciones de crisis matrimonial en que se encuentren los padres, tal como recoge el artículo 92 del Código Civil («la separación, el divorcio y la nulidad no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos»), subsistiendo aunque uno o ambos progenitores hayan contraído nuevo matrimonio o formado una pareja estable no casada, a diferencia de lo que ocurre con la pensión por desequilibrio económico, que sí se extingue en caso de nuevo matrimonio del cónyuge acreedor o de vida marital con otra persona (artículo 101 del Código Civil).

Por lo tanto, ni el nuevo matrimonio de la Sra. Mari Trini, ni la anterior situación de pareja estable con el Sr. Valentín, determinan la extinción de la obligación alimenticia del otro progenitor (el Sr. Ángel Daniel), pues dicha obligación no va ligada a la situación matrimonial en que se encuentren los padres, sino que es una consecuencia de la procreación, debiendo cumplirse por los progenitores sean cuales fueren las vicisitudes de su matrimonio y aunque hubiesen sido privados de la autoridad familiar.

En suma, la pretensión del actor-recurrente de hacer caer en parte el indeclinable deber alimenticio del padre sobre quien no lo es (el Sr. Valentín) carece de justificación, pues supondría que una persona haya de alimentar los hijos de otra, procediendo la desestimación del presente recurso.

Nada en contra de la solución desestimatoria adoptada supone la regulación contenida en los artículos que el actor-recurrente alega como infringidos por la sentencia dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, a saber, el artículo 5.3, inciso segundo, de la Ley 6/1999, y el artículo 36.1, apartado a), de la Ley 2/2003, por cuanto dichos preceptos no se ocupan

de la extinción de la obligación alimenticia de los progenitores sino de una cuestión distinta: contemplan el supuesto en el que uno de los progenitores haya pasado a formar una pareja estable no casada con otra persona o contraído nuevo matrimonio, regulando la posición de la nueva pareja (casada o no) respecto de la obligación alimenticia de dicho progenitor, pues hay que determinar en caso de consorcio conyugal si es o no una deuda común, y en caso de pareja no estable o de separación de bienes, si se trata o no de una carga común, y en caso afirmativo cómo se contribuirá a su levantamiento.

Es indudable que la situación de conflicto matrimonial entre los progenitores (separación, divorcio o nulidad matrimonial) incide en las relaciones paterno-filiales, y si bien en ningún momento los padres quedan exonerados de sus obligaciones para con los hijos, sí se hace necesario acomodar a la nueva situación el deber de crianza y educación, así como el ejercicio de la adecuada autoridad familiar establecida para cumplirlo.

Por lo que se refiere a la obligación de alimentos, la situación nueva creada por la ruptura de la convivencia de los hijos con ambos progenitores y la atribución de la guarda y custodia a uno de ellos hace inevitable una adaptación y reorganización de dicha obligación, y requiere se determine la participación de cada cónyuge, tal como dispone el artículo 93 del Código Civil, según el cual, «el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos...». A este respecto, lo que se hace es fijar la pensión alimenticia que el progenitor que no tiene la guarda y custodia del hijo debe pasar periódicamente al que la tiene, ya que éste contribuye con todo lo demás que fuere preciso para cubrir sus necesidades alimenticias.

Pues bien, puede ocurrir que uno o ambos progenitores pasen a formar una pareja estable con otra persona, o a contraer nuevo matrimonio. Esta nueva situación de vida en común plantea el problema de determinar cuál es la posición de la nueva pareja (casada o no) en relación con la obligación alimenticia del progenitor que forma parte de ella, cuestión a la que dan respuesta el artículo 5.3 de la Ley aragonesa 6/1999, en caso de pareja estable no casada, el artículo 36.1, apartados a) y d), de la Ley aragonesa 2/2003, en caso de matrimonio sujeto a las normas del consorcio conyugal, y el artículo 22, en relación con el 5.1 y 2, de la mentada Ley 2/2003, en caso de matrimonio sujeto al régimen de separación de bienes.

Obviamente, la regulación contenida en tales preceptos en modo alguno supone la extinción de la obligación alimenticia del otro progenitor (el Sr. Ángel Daniel), pues no se ocupan de dicha cuestión, sino que dan respuesta a un tema distinto, a saber, en el caso de autos, si la obligación alimenticia de la Sra. María para con los hijos habidos con don Francisco-Javier (distinta de la obligación alimenticia de éste) es o no una carga común de la nueva pareja constituida con el Sr. Valentín, con el que primero formó una pareja estable no casada y luego contrajo matrimonio.

Por lo tanto, no se incurrió en la infracción denunciada, ya que los preceptos indicados se ocupan de una cuestión distinta, sin que exoneren al actor-recurrente, como es lógico, de su obligación alimenticia respecto de los hijos menores que están bajo la guarda y custodia de la madre, pues dicho deber no va ligado a la situación matrimonial en que se encuentren los padres, sino a la procreación.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Se desestima la acción de nulidad matrimonial dado que la convivencia fue admitida por el demandado en el interrogatorio, donde afirmó que convivían desde mediados de 2005 fines de semana y algún día durante la semana y que tenían contacto diario. Ambos piden la nulidad, pero ello no es causa de exoneración de la carga de la prueba, máxime teniendo en cuenta el carácter excepcional de la institución de nulidad al negarse validez *a posteriori* a un contrato matrimonial aparente.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

Existe falta de consentimiento cuando éste se presta con reserva mental o de manera simulada, considerando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de noviembre de 1999 que debe apreciarse la concurrencia de esta circunstancia cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordancia, mantenida conscientemente, entre el querer interno y el querer manifestado en la celebración, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos a través de la prestación de ese consentimiento aparente. La reserva mental ha de ser acreditada por quien alega, señalando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de julio de 2005 que «por una parte ante la dificultad de probar la falta de consentimiento producida por reserva mental en uno de los contrayentes, y dado el carácter restrictivo con que debe ser examinada la causa legal de nulidad matrimonial, es preciso analizar los datos fácticos y elementos probatorios con especial cautela, debiendo estarse a los hechos previos, coetáneos y posteriores a la celebración del matrimonio y al comportamiento de los contrayentes simuladores, para lo cual, ante la carencia de material probatorio directo será necesario acudir a las presunciones que acompañadas de otros

indicios permiten formar la convicción judicial sobre la verosimilitud del hecho que se trata de probar». Del material probatorio no se desprende la concurrencia de la causa de nulidad invocada en el recurso de apelación y la existencia de una convivencia previa al matrimonio no apunta a la existencia de reserva mental en el demandado, dicha convivencia fue admitida por el demandado en el interrogatorio, donde afirmó que convivían desde mediados de 2005 fines de semana y algún día durante la semana y que tenían contacto diario.

En el recurso de apelación se destaca que ambos piden la nulidad, pero ello no es causa de exoneración de la carga de la prueba, máxime teniendo en cuenta el carácter excepcional de la institución de nulidad al negarse validez *a posteriori* a un contrato matrimonial aparente, lo que determina que sólo cuando conste de modo inequívoco la concurrencia de circunstancias susceptibles de integrarse en alguna de las previsiones contempladas en el artículo 73 del CC puede llegar a proclamarse la declaración de nulidad matrimonial que entra en colisión con el principio *favor matrimonii*.

En base a todo lo expuesto procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución recurrida.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Se declara la nulidad del matrimonio contraído en forma civil en Málaga por poderes entre un colombiano y una española al concurrir error más que relevante en las condiciones personales del esposo, pues de haber tenido constancia la esposa de que su proyecto de vida en común iba a quedar reducido a la nada, limitándose a hacer tareas de asistenta para esposo e hijo nacido de otra unión, posiblemente otra decisión hubiese adoptado antes de contraer matrimonio.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Javier Díez Núñez

Por sentencia de veintisiete de junio de dos mil siete el Juzgado de Primera Instancia número Cinco (Familia) de Málaga en procedimiento especial verbal número 1505/2006 se desestimó la nulidad del matrimonio contraído en forma civil en Málaga entre el súbdito colombiano don Luis Miguel y doña Camila, el nueve de abril de dos mil uno, pronunciando que es combatido por la representación procesal de la esposa actora manteniendo idéntica tesis en alzada que la defendida en la anterior instancia, conforme a la cual el matrimonio que concertaran por poderes los cónyuges era nulo por concurrir en el mismo las causas previstas en los números 1.º y 4.º del artículo 73 del Código Civil, concretamente afirmando que el Sr. Luis Miguel, residente en Colombia, concibió la idea de contraer matrimonio de complacencia con la finalidad de poder venir a España donde tenía varios hijos mayores de edad, disponiendo así de tarjeta de ciudadano comunitario por ser esposo de española, trayendo consigo a su hijo menor, a lo que añadía haber padecido la demandante error sobre la identidad de la persona con quien contraía matrimonio, todo ello propiciado por la intervención del hermano y cuñada del Sr. Luis Miguel en las comunicaciones que mantuvieran vía internet o telefónicamente antes de contraer matrimonio, presentando una imagen de persona cariñosa, atenta, enamorada, con ganas de hacer feliz y estar en compañía e iniciar una vida en común con su futura esposa, personalidad que no se dio al revelar a su llegada a España con el preceptivo visado una vez contraído el matrimonio civil por poderes, razones que llevaban a la parte a interesar la revocación de la sentencia de instancia mediante el dictado de otra por la que se decretara la nulidad matrimonial solicitada.

Planteado el debate en los precisos términos anteriormente expresados, con carácter preliminar procede traer a colación decir que la nulidad del

matrimonio es la sanción civil por ausencia o imperfección de alguna de las condiciones legalmente requeridas para la formación del vínculo matrimonial, apareciendo la situación de inexistencia en el artículo 45.1 del Código Civil al proclamar –con reflejo del artículo 1261– que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial», especificándose en el artículo 73.1 que «es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial», lo cual nos lleva a precisar qué es lo que debe entenderse por consentimiento prestado con reserva mental, debiendo considerarse que, como dice la Sentencia de 8 de noviembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Barcelona, la concurrencia de esta circunstancia en el matrimonio se da cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordancia, mantenida conscientemente, entre el querer interno y el querer manifestado en la celebración, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos a través de la prestación de ese consentimiento aparente, de lo que se colige que los presupuestos necesarios que han de concurrir para apreciar dicha situación serán: a) la gestación consciente en el fuero interno de uno de los contrayentes, de la divergencia entre lo internamente querido y lo manifestado; b) dada la unilateralidad en la reserva mental, el secreto y desconocimiento para el otro contrayente matrimonial, lo que conlleva un engaño a éste, y normalmente para terceros, sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental, y c) la existencia de una verdadera intención oculta, un fin realmente querido –*propositum in mente retentum*–, que se pretende conseguir mediante la celebración de un matrimonio aparente, por lo que no coincide con la voluntad negocial declarada, no querida realmente, siendo meridianamente claro que ante la dificultad probatoria acerca de la falta de consentimiento producida por reserva mental en uno de los contra-

yentes matrimoniales y el carácter restrictivo con que debe ser examinada la causa legal de nulidad matrimonial, se hace exigible analizar los datos fácticos y elementos probatorios con especial cautela, de modo que sólo cuando conste de modo inequívoco la concurrencia de condicionantes fácticos susceptibles de integrarse en alguna de las previsiones contenidas en aquél, puede llegar a proclamarse la radical solución sanadora propugnada que entra en colisión con el principio *favor matrimonio*, bastante más atenuado en instituciones como la separación o divorcio, que no niegan la existencia del matrimonio, sino que partiendo necesariamente del mismo, sancionan con uno u otro alcance, la crisis surgida en las relaciones posteriores de los cónyuges, debiendo estarse a los hechos previos, coetáneos y posteriores a la celebración del matrimonio y al comportamiento del contrayente simulador, para lo cual, ante la carencia de material probatorio directo será necesario acudir a las presunciones, teniendo manifestado al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo que en tanto las pruebas directas prueban concluyentemente el hecho, las indirectas o indiciarias no son, por regla general, por sí mismas, suficientes para probar el hecho a demostrar, aunque acompañadas de otros indicios permiten formar la convicción judicial sobre la verosimilitud del hecho –SS. de 24 de noviembre de 1993 y 23 de enero, 16 de septiembre y 21 de octubre de 1996–, entendiéndose por el tribunal *ad quem* que la respuesta a la cuestión de fondo contenida en la sentencia ahora impugnada en apelación en relación con la simulación matrimonial es acorde y plenamente ajustada a derecho y que, consecuentemente, habrá de ser confirmada en sus extremos, dado que del material probatorio practicado y del propio relato fáctico contenido en el escrito rector iniciador del procedimiento, no se deduce la existencia del requisito de la reserva mental en uno de los cónyuges y la ocultación al otro de cuáles eran sus reales intenciones, lo que hace derivar la cuestión a precisar si es factible calificar el matrimonio civil concertado entre los cónyuges litigantes de «complacencia» o «blanco» –*marriage blanc*, en terminología francesa–, para lo cual debe traerse a colación que la Dirección General de los Registros y del Notariado viene definiendo en diversas Resoluciones (de 13 y 20 de junio de 2001) tales uniones como aquellas en las que no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de dicha institución, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente, enlace que ha de reputarse nulo en nuestro ordenamiento jurídi-

co por falta de verdadero consentimiento matrimonial (artículos 45 y 73.1 del Código Civil), planteándose el problema a resolver de cómo constatar esa ausencia de consentimiento ante la carencia de medios probatorios directos acerca de la voluntad simulada, de manera que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es tarea difícil para lo cual es perfectamente admisible acudir a indicios o presunciones judiciales a que se refiere el artículo 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para alcanzar la certeza moral de la inexistencia del contrato impugnado, siempre y cuando tales presunciones resulten de toda evidencia, ya que existe una presunción general de buena fe y el *ius nubendi* pasa por constituir un derecho fundamental de la persona reconocido constitucional e internacionalmente, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien debe decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido, de suerte que como remedio excepcional para las crisis matrimoniales, sólo podrá apreciarse cuando conste de manera inequívoca la concurrencia de condicionantes susceptibles de integrarse en la previsión legal del artículo 73.1 expresado; presunciones del hombre a través de las cuales se puede conseguir la probanza de las intenciones, ordinariamente a recaudo del conocimiento ajeno en el arcano del sujeto –SSTS de 24 de noviembre de 1983 y 23 de enero de 1996, entre otras muchas–; indicios estos que han sido rectamente valorados negativamente por el juzgador de primer grado, habida cuenta que la tesis argumental defendida por la recurrente en relación con la declaración reservada realizada por el marido contrayente se desvanece a partir del momento en el que consta acreditado en las actuaciones que si bien el matrimonio civil fue contraído el dos de diciembre de dos mil cinco por poderes, al actuar en nombre del contrayente demandado, residente por aquel entonces en Colombia, su hermano Yilmer, dicha circunstancia, por sí sola, no implica que el consentimiento matrimonial se prestara en forma simulada, ajustándose plenamente a las formalidades prevenidas por el artículo 55 del Código Civil, pues la intencionalidad que se le imputa haber tenido con ello de poder residir en España junto con su hijo Isidro, queda desvirtuada a partir del momento en el que se acredita que tenía autorización de residencia por reagrupación familiar interesada con anterioridad a la celebración del matrimonio, concretamente el veintinueve de julio de dos mil cinco en Albacete, tramitada en la oficina de extranjeros de la Subdelegación del Gobierno de dicha localidad –expediente 7310/05– concedida el once de octubre de dos mil cinco, igualmente, antes de la celebración del matrimonio (documentos cuatro a siete de la contestación a la

demanda) –folios 69 a 74–, por lo que se hace difícil poder inferir del material probatorio estar en presencia de un matrimonio de los denominados de «complacencia» o «blancos», lo cual no quita que la nulidad pueda ser contemplada en base a la segunda de las causas invocadas en base al artículo 73.4 del Código Civil –error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento– que del mismo modo son alegadas por la representación procesal de la esposa demandante, ahora recurrente en apelación, extremo este sobre el que procede apuntar como se trata el vicio en la identidad de un caso de error optativo que supone propiamente ausencia de consentimiento por falta de concordancia entre la voluntad y la declaración, pero que en la primera de sus manifestaciones –error en la identidad de la persona del otro contrayente– difícilmente es constatable en el caso analizado, pues si bien es verdad que los contrayentes no se conocieron personalmente en forma física sino a través de internet –denominados por la doctrina «matrimonios por computadora»– y que el matrimonio se contrajera por poderes, no lo es menos que la esposa no tuvo ninguna duda acerca de con qué persona en concreto estaba casándose, siendo de mayor envergadura el problema que suscita la segunda de las hipótesis anulatoria que recoge la norma –error en las cualidades personales del otro contrayente determinantes del consentimiento–, siendo en este apartado en donde entiende el tribunal colegiado de la segunda instancia que quiebra el razonamiento judicial del juzgador *a quo*, ya que si bien matrimonio de las características del concertado implicaba un «riesgo» de fracaso mayor que el convencional, dada la sustitución –«sucedánea»– de la utilización de las nuevas tecnologías para conocerse en lugar del sistema directo y personal, cara a cara, no es admisible de ello extraer la consecuencia de condenar de futuro a la indisolubilidad del vínculo matrimonial, pues debe ser conjugada dicha circunstancia fáctica con los restantes factores introducidos –«sucedánea»– a lo largo del proceso judicial para definitivamente poder resolver si ciertamente en la esposa se produjo error, cualquiera que fuera la forma en que conociera a su marido, en sus cualidades personales y si dicho error fue de entidad tan relevante como para desprenderse de él la prestación del consentimiento; error que como causa de nulidad matrimonial, como afirma la doctrina jurisprudencial, si bien tiene un carácter subjetivo, pues depende de la persona que lleva a cabo la apreciación de las cualidades del otro contrayente, por otro lado también lo tiene objetivo, ya que esa serie de cualidades personales han de ser lo suficientemente relevantes para que su ausencia hubiere impedido la celebración del matrimonio, lo que se hace depender de las condi-

ciones sociales y morales del momento y del lugar en que se realiza el matrimonio, presentándose a tales fines como hechos reconocidos por los cónyuges que antes de la concertación del matrimonio telefónicamente y por internet en su fase preliminar de conocerse mutuamente se cambiaron expresiones de cariño y fotografías, período este en el que, al parecer, no cabe deducir que el esposo ocultara a la demandante la existencia de un hijo menor que con él conviviera, pues aunque así lo afirmara en su escrito de demanda, el hecho cierto es que a presencia de la fedataria pública, doña Catalina el dieciséis de febrero de dos mil seis se otorgó acta de manifestaciones de la Sra. Camila por la que hacía «invitación» a favor del en aquel momento su cónyuge para que en compañía de su hijo Isidro pudiera viajar a España y domiciliarse en su casa (documento número uno de la contestación a la demanda) –folios 59 a 62 y 131 a 135–, sin que pueda aducirse en su defensa su situación de analfabetismo, pues, en cualquier caso, la fedataria pública debió proceder a dar lectura del acta levantada a fin de que tomara conocimiento la interesada de la constatación e importancia de sus manifestaciones, pero, sin embargo, resulta incuestionable que desde su llegada a España el quince de abril de dos mil seis en que marido e hijo pasaran a instalarse en el domicilio de la demandante, aquella situación idílica que con distanciamiento de miles de kilómetros se había creado con complicidad entre los esposos pasa a desaparecer desde un primer momento procediendo el demandado a alojarse, junto con su hijo, en una de las habitaciones, prácticamente sin ningún tipo de contacto con la esposa, no solamente en el carnal de consumación de matrimonio, pues tras conseguir trabajo en «Horas Capital, SL» el ocho de mayo siguiente como peón albañil, su relación con la esposa se redujo a ir a dormir a la casa, como se ha dicho en habitación aparte con su hijo y entregar una cantidad de dinero, aproximadamente unos quinientos euros (500 €) mensuales, haciendo las comidas en el domicilio de uno de sus hermanos, sin conversar, pasear, tener la mínima relación con quien había contraído matrimonio en fechas próximas, no dando explicación veraz y convincente en el acto del juicio sobre su extraño comportamiento, pretendiendo por el contrario mantener un vínculo conyugal sin ningún tipo de sentido, cuando él mismo afirmara al ser interrogado que tenía varios hijos de otras uniones –no matrimoniales– por ser usual dicha circunstancia en su país y que si bien sus padres estaban casados, venía a decir no ser ése su deseo, pero, sin embargo, sin acceder tras su marcha del domicilio conyugal en octubre de dos mil seis a ejercitar acciones judiciales de separación o divorcio de su matrimonio, lo que a juicio del tribunal es sumamente demostrativo del error más que relevante que en sus condiciones personales produjera en el

consentimiento de la esposa, pues de haber tenido constancia de que su proyecto de vida en común iba a quedar reducido a la nada, limitándose a hacer tareas de asistenta para esposo e hijo nacido de otra unión, no siendo la convivencia conyugal a que se refiere el artículo 68 del Código Civil tan sólo la consistente en «unidad de techo» sino también la de «lecho», pues cohabitar, según el Real Diccionario de la Lengua Española es «vivir juntamente con otro u otros» y «hacer vida marital», extremo este sobre el que la esposa hizo especial hincapié en su interrogatorio y sobre el que debemos afirmar que, dejando al margen la definición doctrinal que de cohabitación se diera por autorizados filósofos como unión para recíproco goce de las cualidades sexuales, debiendo irse más lejos en la conceptualización del término al proceder incluir en el mismo todos los caracteres que completan una perfecta

comunidad de vida, es lo cierto que a ninguna de dichas expectativas respondió el comportamiento del esposo demandado, por lo que es más que probable que la esposa de haberlo sabido no hubiera tomado la decisión de contraer matrimonio, demostrándose con lo expuesto que el demandado no tuvo deseo de crear una comunidad de vida, ni de asumir los fines propios y específicos de la unión matrimonial deseados por su consorte esposa, es decir, lo que se viene en llamar en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2006 un *consortium omnis vitae*, lo que debe llevarnos a resolver la cuestión analizada a favor de la tesis recurrente y a la que se adhirió el Ministerio Fiscal, decretando la nulidad matrimonial en la forma que se especificará en la parte dispositiva de la presente resolución.

PATRIA POTESTAD

Se priva de la patria potestad al padre al acreditarse su despreocupación absoluta respecto de los hijos, en todos los órdenes, y en especial, de la hija menor, quien, a la sazón, una vez explorada, ha manifestado su rechazo a tener cualquier contacto o comunicación con el padre, a quien no ve, según se dice, desde hace siete años, no habiéndose probado por otro lado que la madre haya puesto impedimento alguno a las visitas.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

Conforme viene manteniendo esta Sala (entre otras, Sentencia de 27 de enero de 1998), de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 30 de abril de 1991, 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, superada ya la vieja concepción del poder omnímodo sobre los hijos, queda definida como una función en la que se integran un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados; en definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos, conforme subyace en el artículo 154 del Código Civil, y en este sentido, en tal concep-

ción se insiste en la Ley 1/1996, de 15 de enero, al proclamar la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (artículo 2.º), lo que se reitera en el artículo 11.2, en cuanto principio rector de la actuación de los poderes públicos.

Así las cosas, la privación de la patria potestad que contempla, dentro de la *litis* matrimonial, el artículo 92 en relación con el artículo 170, ambos del Código Civil, reviste un carácter excepcional, y debe basarse en circunstancias extremas en las que la continuidad de las relaciones paterno-filiales vengán a poner en peligro la educación o formación, en sus distintos aspectos, del sujeto infantil, de manera que cuando se habla del incumplimiento de los deberes inherentes a tal potestad, en cuanto causa de privación de la misma, ello no conlleva un significado de pura censura o sanción de una conducta omisiva, habiendo de valorarse ésta en

función del antedicho principio del *favor filii* que imponga o aconseje, en favor del interés a proteger, tal drástica medida.

Dicho lo anterior, es lo cierto que no existen razones para dejar sin efecto los argumentos expuestos en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia apelada, en lo que se refiere a la doctrina aplicada y a las circunstancias fácticas que se hacen constar en dicha resolución, en cuanto que han quedado perfectamente acreditados todos los extremos a que se hace mención en los apartados 1 a 6 del párrafo sexto del citado fundamento jurídico cuarto, coincidiendo la Sala en la valoración que de tales circunstancias se hace para determinar la privación de la parte potestad, y en lo referente a la fecha de la separación de hecho, a la despreocupación absoluta del padre respecto de los hijos, en todos los órdenes, y en especial, de la hija menor, quien, a la

sazón, una vez explorada, ha manifestado su rechazo a tener cualquier contacto o comunicación con el padre, a quien no ve, según se dice, desde hace siete años, por lo que ha de entenderse, afirmando que la madre nunca ha puesto impedimento a su esposo para la relación con los hijos, que tal alejamiento, permanente en el tiempo, del padre para con los hijos ha sido voluntario, lo que ha implicado, necesariamente, una intencionada desatención, en todos los aspectos, de los hijos.

Tales incumplimientos de los deberes del recurrente para con los hijos y, en concreto, para con la hija menor, que cuenta ya con 16 años, determinan el mantenimiento del pronunciamiento establecido en la sentencia apelada, en relación a la privación de la patria potestad de aquél para con dicha hija, única y exclusivamente, dada la mayoría de edad de los demás hijos.

PATRIA POTESTAD

Si no existen circunstancias graves que puedan redundar en perjuicio de la hija hay que extremar las precauciones en el momento de determinar si procede la privación de la patria potestad, y sin desconocer que el demandado debió rectificar su conducta para posibilitar esa relación inexistente hasta el momento, y contribuir económicamente al mantenimiento de su hija, resultaría desproporcionado acordar la privación de la patria potestad a la vista de que últimamente se ha iniciado la relación paterno-filial.

AP ALICANTE, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

La sentencia de divorcio pronunciada en la instancia, rechazó la pretensión de la madre de privar al padre de la patria potestad de su hija menor, razonando el Juez *a quo* que tratándose de una medida de evidente gravedad, cuya adopción habría de exigir motivos muy cualificados según doctrina del TS reflejada en la Sentencia de 9 de julio de 2002, interpretando de manera restrictiva el artículo 170 del Código Civil, era preciso valorar las circunstancias especiales que habían impedido a aquél mantener una relación con su hija, destacando en este particular los diversos períodos en los que, con motivo de su ingreso en prisión o en un centro psiquiátrico, a lo largo de los años 2000, 2004, 2005 y hasta mayo de 2007, se vio impedido de hacerlo.

Frente a ello, la demandante insiste en que no ha existido, salvo la propia decisión del demandado, una causa realmente impeditiva para que éste no pudiera haberse preocupado de su hija, ya que nunca ha estado dispuesto a atenderla ni a comunicarse con ella; sirviendo de meras excusas

exculpatorias las razones invocadas en este aspecto relativas a sus períodos de ingreso en prisión o los pretendidos obstáculos planteados por la madre y su familia para obstaculizar dicha relación.

Realmente, la medida que se postula por la madre, a pesar de su intento de hacerla valer por el incumplimiento de los deberes de asistencia material y moral del padre respecto de su hija, no puede ser acordada de manera automática como sanción frente a aquél, sino más bien ha de serlo ponderando las consecuencias de tan drástica decisión en el desarrollo integral de la menor, y lo que supone en este aspecto la total ausencia de conocimiento y relación con la figura paterna; de manera que si, como acontece en este caso, no existen circunstancias graves que puedan redundar en perjuicio de aquélla, hay que extremar decretar tal privación. En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala (Sentencia de 18 de julio de 2000), recogiendo la doctrina de las SSTs de 2 de abril de 1996 y 19 de septiembre de 1999, donde se ha puntualizado que

la adopción de esa medida debe basarse en causas o motivos graves que redunden en perjuicio de la relación paterno-filial y de los derechos que la conforman, no debiéndose utilizar aquélla como mero instrumento de sanción ante el impago de la pensión alimenticia, que además tiene un ámbito penal específico. Por tanto, y sin desconocer que el demandado debió rectificar su conducta para posibilitar esa relación inexistente hasta el momento, y contribuir económicamente al mantenimiento de su hija, resultaría desproporcionado acordar la privación de la patria potestad a la vista de las circunstancias expuestas. Así lo ha entendido con buen criterio el Juez *a quo*, con informe favorable del Ministerio Fiscal, valorando objetivamente los dictámenes periciales practicados al efecto, y estableciendo, además de la correspondiente pensión alimenticia a favor de la hija, un limitado régimen

de visitas los sábados, en fines de semana alternos, desde las 12 a las 13 horas, en forma tutelada a través del Punto de Encuentro, con informes periódicos al Juzgado para su evaluación y convalidación posterior.

Conviene señalar, por último, que obra ya en autos, después de haber recaído sentencia, un parte del PEF de Alcoy sobre comunicación de inicio de visitas en fecha 1 de marzo de 2008, sin incidencias, lo cual viene a refrendar la conveniencia de que padre e hija, que ya tiene 9 años de edad, puedan comenzar una relación en beneficio de la menor, y que aquél se responsabilice del cumplimiento de sus deberes paterno-filiales en el orden moral, afectivo y económico, tal y como previenen los artículos 93 y 154 del Código Civil, en relación con el artículo 39 de la Constitución.

PATRIA POTESTAD

Para dirimir las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad, lo que acontece en el presente caso, el procedimiento establecido por la Ley es el recogido en el artículo 156 y, ante la presentación de demanda ejecutiva por parte de la contraria, el juzgado se limitó a seguir el procedimiento señalado en dicho artículo.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, AUTO DE 9 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier José Morales Mirat

En cuanto a la nulidad pretendida, ésta como se dijo se basaba en la inadecuación de procedimiento así como en la inobservancia de los presupuestos procesales de procedimiento seguido, señalar que el amparo judicial de la invocada inadecuación de procedimiento (artículo 416.4) conlleva la declaración de nulidad de todo lo actuado en el mismo y para que tal consecuencia se produzca es preciso, conforme previenen los artículos 225.3.º LEC y 238.3.º LOPJ, que se haya producido efectiva indefensión a la parte que opone dicha excepción. En consecuencia, no puede limitarse dicho litigante a invocar la misma, debiendo además acreditar que se han vulnerado sus derechos constitucionales en dicho procedimiento, en su conexión con la concreta pretensión ejercitada, esto es los derechos de efectiva contradicción, defensa, asistencia letrada, prueba, etc., al haberse utilizado una concreta vía procesal, y no la que legalmente viene contemplada. De no ser así, y como proclama el Tribunal Supremo (Sentencias de 21 de septiembre de 1985, 14 de octubre de 1989 y 18 de marzo de 1994, entre otras), debe mantenerse un criterio de máxima flexibilidad, más acorde con los principios de tutela judicial efectiva, proclama-

do por el artículo 24 de nuestra Constitución, y de conservación de los actos procesales, recogido en los artículos 11.3, 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicho lo anterior señalar que para dirimir las controversias surgidas del ejercicio de la patria potestad, lo que acontece en el presente caso, el procedimiento establecido por la Ley es el recogido en el artículo 156 CC en el que se imita a señalar que «en caso de desacuerdo cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuir sin ulterior recurso la facultad de decidir a padre o a la madre», y esto es lo que en definitiva ha acontecido en el presente caso en el que la Juzgadora de instancia, y ante la presentación de demanda ejecutiva por parte de la contraria se limitó a seguir el procedimiento señalado en el artículo 156 CC pues después de oír a ambas partes y después de escuchar a la menor decidió lo procedente. Manifiesta la recurrente que se le causó indefensión por no haber podido proponer la oportuna prueba que, en su caso entiende habría convencido al Juzgador de la bondad de su pretensión, sin embargo tal afirmación no es cierta

pues dicha parte (al igual que la contraria) aportó prueba documental, la cual no fue rechazada, sin que en algún momento del proceso solicitara práctica de prueba alguna –aparte de que en el procedimiento que señalamos como el adecuado para dirimir estas controversias no se establece dicho trámite– por lo que difícilmente puede habersele causado la indefensión denunciada, y si bien es cierto que el artículo 156 CC señala que el Juzgador se limitará a determinar cuál es el progenitor al que se le concede la facultad de decidir, en el presente caso al resolver el Juzgador a lo solicitado por el instante no causa indefensión a la contraria pues dicho pronunciamiento no hace sino confirmar la decisión plasmada en su petición. Por último tampoco puede acordarse la nulidad de actuaciones por no haberse seguido los trámites señalados para el procedimiento de ejecución de sentencias, en primer término porque como señala la recurrente dicho procedimiento no es el adecuado; en segundo término por cuanto en ningún momento se siguió el mismo luego difícilmente se pudieron contravenir las normas procesales que rigen dicho procedimiento; y en tercer lugar ninguna de las resoluciones dictadas por el juzgador al tramitar el procedimiento fueron recurridas ni denunciada, en ningún momento, infracción de normas procesales (artículo 459 LEC).

En cuanto al fondo del asunto señalar que el artículo 156 del Código Civil, la norma procesal aplicable en el presente caso, establece que contra el acuerdo del Juez de primera instancia relativo a esta materia no cabe recurso alguno. Así dice en el segundo párrafo del mencionado artículo «En caso de desacuerdo ... el Juez ... atribuirá “sin ulterior recurso” la facultad de decidir al padre o a la madre». En el caso enjuiciado no procedía por tanto, la admisión del recurso de apelación inter-

puesto sobre este extremo, si bien el Juez *a quo* lo tuvo por preparado y por admitido, ello no es óbice para que su inadmisibilidad pueda declararse en esta alzada, máxime cuando el legislador lo ha previsto y ha contemplado en el propio artículo 457.5 de la LEC la posibilidad de que la parte recurrida pueda alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso, lo que determina que, efectivamente, deba declararse mal admitido el recurso en su día formulado por la parte actora y como quiera que las causas de inadmisión devienen en causas de desestimación, según reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial, sin necesidad de más argumentación, procede desestimar la apelación interpuesta por la demandada contra el auto de primera instancia, así como el interpuesto por el instante no ya por lo señalado anteriormente sino por cuanto el recurso debe recaer sobre pronunciamientos del fallo y no sobre los motivos de los fundamentos cuando éstos no trascienden al fallo (artículo 448 LEC) y, respecto al pronunciamiento en cuanto a las costas por este Tribunal no se aprecia la mala fe denunciada debiéndose señalar que la guarda y custodia la tenía conferida la madre y que ningún pronunciamiento se contenía en la sentencia de separación acerca del «ejercicio de la patria potestad» limitándose dicha sentencia a señalar que «ambos cónyuges conservarían la patria potestad» por lo que al cambiar a la menor del colegio la madre no contravenía ninguna decisión previa judicial siéndole obligado al padre acudir al proceso judicial para impetrar el cambio de la decisión adoptada la cual le era permitida a la madre, como titular de la guarda y custodia (artículo 156.5 CC), y no existir pronunciamiento previo respecto al ejercicio de la patria potestad.

PATRIA POTESTAD

La madre reconoció en el interrogatorio que para el cambio del colegio no se puso de acuerdo con el padre, ni solicitó autorización judicial. Y esta decisión unilateral de la madre de cambio del colegio al que asisten los hijos vulnera la patria potestad compartida que ostentan los litigantes, por lo que procede requerirla para que, de inmediato, vuelva a escolarizar a los menores en el antiguo colegio.

AP MADRID, SEC. 22.^a, AUTO DE 31 DE MARZO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

Con fecha 10 de octubre de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Torrejón de Ardoz se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que en beneficio de los menores

se acuerda requerir a ambos cónyuges a fin de que ejerzan la patria potestad en interés de sus hijos. Así mismo se requiere a doña Luisa para que de forma inmediata vuelva a escolarizar a los meno-

res Eduardo y Carlos en el colegio NORFOLK y que cumpla con la sentencia de separación en sus estrictos términos».

La dirección letrada de doña Luisa se alzó contra la resolución de instancia reclamando su revocación y que estime la petición de no obligar a los menores a volver al colegio antiguo, con condena en costas al apelado, mientras que la dirección letrada de don Ángel Jesús pidió la confirmación íntegra con expresa imposición de costas a la apelante, junto a lo demás que en Derecho proceda.

La patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos, queda definida como una función en la que se integran un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores o incapacitados; en definitiva lo que prima en tal institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece el artículo 154 del CC y declara el Tribunal Supremo en Sentencias de 8 de abril de 1975 y 5 de octubre de 1987, entre otras muchas. La estipulación segunda del Convenio de separación conyugal de 10 de mayo de 2002, aprobado por la sentencia de 11 del mismo año establece que es compartida por ambos cónyuges la patria potestad de los hijos.

La demandada doña Luisa en el interrogatorio reconoció que para el cambio del colegio no se puso de acuerdo con el padre, ni solicitó autorización judicial. Y esta decisión unilateral de la madre de cambio del colegio al que asisten los hijos vulnera la patria potestad compartida que ostentan los

litigantes, la cual implica que todas las decisiones importantes que afectan a los hijos, entre las que se encuentra la asistencia a un determinado centro escolar debe ser decidida conjuntamente por ambos padres y en caso de desacuerdo debe decidir el Juez, tal como se establece en el artículo 156 del CC. Esa necesidad de auxilio judicial en caso de discrepancia de los progenitores es admitida en el último párrafo del propio recurso de apelación.

A mayor abundamiento hay que señalar que los litigantes que son privilegiados conocedores de la realidad familiar establecieron en la cláusula segunda del Convenio citado que «El cambio de colegio de los menores deberá ser aceptado expresamente por ambos cónyuges». Por lo tanto la decisión unilateral de la madre vulnera no sólo la patria potestad compartida, sino también el artículo 18.2 de la LOPJ.

Esta conclusión no queda desvirtuada por el aumento del recibo escolar, ya que ante un incremento radical del coste del colegio la demandada podía haber acudido al procedimiento de modificación de medidas para conseguir una mayor pensión alimenticia. Por otra parte la afirmación contenida en el recurso de apelación consistente en que el psicólogo del hijo menor aconsejó un cambio de colegio ha carecido de corroboración probatoria. El demandante don Ángel Jesús admitió en el interrogatorio que los hijos no se han quejado del nuevo colegio y el menor Carlos en la exploración manifestó que prefiere estar en el nuevo colegio, pero lo decisivo en esta materia no es la voluntad de los descendientes, sino el beneficio de ellos.

En base a todo lo expuesto y de conformidad con el artículo 158.4 del CC, hay que concluir que la decisión de la resolución que nos ocupa es ajustada a Derecho y el recurso de apelación debe ser desestimado.

PATRIA POTESTAD

Una persona en las circunstancias del padre, relacionado con el ámbito delictivo, consumidor de drogas y con orden de alejamiento de su pareja ante la situación objetiva de riesgo que su conducta comporta, no reúne condiciones para participar en la educación y formación integral del hijo de dos años de edad, por lo que procede privarle de la patria potestad.

AP GIRONA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Isidro Rey Huidobro

En primer lugar ha de significarse que habiendo nacido tanto los padres como el hijo en Catalunya, no es de aplicación al caso el artículo 170 del Código Civil, sino los artículos 132 y siguientes

del Codi de Família de Catalunya que regulan la *potestat del pare i de la mare* y en particular el artículo 136 de dicho Codi que disciplina la privación de la *potestat* al padre o la madre que incumplan grave o

reiteradamente sus deberes, sin que ello afecte a la obligación de hacer todo lo que sea necesario para asistir a los hijos menores y la de prestar alimentos en el sentido más amplio.

Si los deberes inherentes a la patria potestad consisten en tener cuidado de los hijos y mantener en relación con los mismos los deberes de convivencia, de alimentos en el sentido más amplio, de educación y de formación integral, que establece el artículo 143.1 del CFC, resulta evidente que el padre demandado no ha venido actuando en relación con el hijo, de manera acorde a los presupuestos que la norma considera integradores del contenido personal de la patria potestad. Así, además de las numerosas detenciones que constan en los antecedentes policiales acompañados con el recurso, se aporta a los autos copia de la resolución que establece orden de protección integral para la demandante ante los indicios fundados de omisión de un delito de malos tratos por parte del demandado y la situación objetiva de riesgo ante la posible reiteración de actos violentos.

Se aporta documentación de la que se desprende que el Sr. Carlos es consumidor habitual de cocaína, habiendo acudido al servicio de urgencias hospitalarias de Blanes por consumo en dos días de 20 gramos de cocaína fumada y esnifada con intención de autolisis.

Se acredita también el incumplimiento de prestación de la pensión de alimentos del hijo por haberse promovido ejecución de las medidas civiles adoptadas en el Auto de 1 de diciembre de 2006 de orden de protección (pensión de alimentos), al no haberse proporcionado la prestación alimenticia por el padre, habiéndose despachado ejecución por la suma reclamada.

Se afirma que el padre no ha cumplido con el régimen de visitas y que se ha desentendido en todo momento del hijo, lo cual no ha sido desvirtuado de adverso puesto que el demandado ha permanecido en situación de rebeldía procesal.

Finalmente, la actitud mantenida por el padre demandado, no sólo antes de iniciarse este procedimiento, sino también durante su tramitación, muestra un absoluto desinterés por el hijo, su educación, bienestar y desarrollo integral pues no puede inferirse otra cosa del padre que ante una demanda en la que se solicita su condena al pago de una determinada pensión de alimentos para el hijo, e incluso se propugna la privación de la patria potestad, permanece impasible no contestando a

la demanda ni compareciendo al juicio en el que se han de dilucidar unos derechos y deberes de tal trascendencia.

Una persona en las circunstancias del Sr. Carlos, relacionado con el ámbito delictivo, consumidor de drogas y con orden de alejamiento de su pareja ante la situación objetiva de riesgo que su conducta comporta, no reúne condiciones para participar en la educación y formación integral del hijo de dos años de edad, al evidenciarse una condición psicofísica inconveniente e incompatible con una convivencia total o parcial con el hijo menor, pues la adición del padre a la droga le ha llevado incluso a intento de autolisis, lo cual refleja un estado de desequilibrio que ha de ser perjudicial para el menor.

Si a ello añadimos que no cumple con el régimen de visitas, que no proporciona la prestación alimenticia a la que viene obligado por resolución judicial, (sin que haya comparecido alegando alguna razón justificativa para ello), que no se preocupa por su formación y que muestra una absoluta desidia ante las circunstancias que rodean la vida de su hijo, hasta el punto de permanecer en rebeldía injustificada en este procedimiento en el que se cuestiona su patria potestad, sólo cabe concluir que ha incumplido gravísimamente sus deberes familiares lo cual ha de conllevar la privación de la patria potestad y de cualquier derecho de visitas, la revocación de la sentencia apelada y la estimación de la demanda en este concreto extremo, sin perjuicio por un lado de mantenerse la obligación de pago de alimentos en la cantidad y términos establecidos en la sentencia de primera instancia, artículo 136.1 *in fine* del CFC, y por otro de poder recuperar la patria potestad, caso de desaparecer la causa que motivó su privación artículo 396.2 CFC.

Ante la prueba de que el progenitor ha dejado de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, que sus circunstancias personales revelan una latente peligrosidad y un estado psicológico de desequilibrio que no puede garantizar la plena indemnidad del conviviente o acompañante, la medida de protección que la privación de la patria potestad comporta está plenamente justificada en beneficio del hijo menor, rechazándose de este modo los argumentos del Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso.

GUARDA Y CUSTODIA

En contra del criterio del equipo técnico se atribuye la custodia a la madre, dado que el padre adopta, ante las menores, ciertas posturas victimistas, mostrándose como el progenitor débil, intentando conseguir la lástima de aquéllas, situación que obliga a éstas a ocupar una posición que no les corresponde, en un intento de protección de dicha figura que puede originar, a medio plazo, inestabilidad emocional en las niñas y crearles algún complejo de culpabilidad.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

En el caso que hoy examinamos, partiendo de la aptitud y condiciones de uno y otro litigante para asumir la función debatida, la dirección Letrada del apelante ha puesto, en el acto de la vista del recurso, especial énfasis, en cuanto apoyo de su pretensión revocatoria, en los deseos que manifiestan las menores de permanecer con dicho progenitor, y en las conclusiones del informe emitido por el Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado.

Cierto es que, en la exploración que de las hijas se llevó a efecto en la fase de medidas provisionales, ambas expresaron su preferencia por mantener su residencia habitual al lado del padre, como de hecho así venía acaeciendo desde mediados del año 2006. De otro lado, en el informe pericial incorporado a las actuaciones se concluye que «no es conveniente para las dos menores un cambio en la Guarda y Custodia, pues el deseo de las niñas es convivir con su padre, además de que las menores ahora están adaptadas, estables emocionalmente y no presentan dificultades de relación, ni conductuales».

No puede, sin embargo, dejar de recordarse que, como se ha expuesto, la voluntad manifestada por un menor, en orden a la convivencia en uno u otro entorno, constituye uno de los varios factores, eso sí importante, que deben ser ponderados en orden a la decisión que, al efecto, han de adoptar los tribunales que, como se ha dicho, debe estar presidida necesariamente, por encima de cualquier otro condicionante, por el principio del interés preferente del sujeto infantil, el que no tiene que identificarse necesariamente con la voluntad exteriorizada por el mismo.

Tampoco la opinión de los Peritos vincula ineludiblemente la resolución judicial del conflicto suscitado pues, conforme previene el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los tribunales valorarán tales dictámenes según las reglas de la sana crítica.

En el caso, la Juzgadora *a quo* realiza una correcta aplicación de dichas previsiones legales, para llegar a unas conclusiones respecto de las que

no puede afirmarse, en modo alguno, que sean contrarias a la racionalidad o conculquen las más elementales reglas de la lógica, para caer en una hipotética arbitrariedad.

En efecto, la ponderación judicial de un dictamen pericial ha de tener en cuenta no sólo las conclusiones a las que llega el perito, sino también los antecedentes que, expuestos por el mismo, constituyen premisa necesaria de su final criterio. Y es lo cierto que, sin dudar de la aptitud del Sr. Ismael para el desempeño de la función objeto de debate, y que de hecho había venido desarrollando con anterioridad al inicio del pleito y, posteriormente, con el refrendo judicial del Auto de medidas provisionales, se contienen en dicho informe datos que hacen dudar seriamente de que la alternativa paterna sea la más adecuada en orden al cuidado, desarrollo y formación, en sus distintos aspectos, de las comunes descendientes.

Así, se recoge en el informe emitido que don Ismael adopta, ante las menores, ciertas posturas victimistas, mostrándose como el progenitor débil, intentando conseguir la lástima de aquéllas, situación que obliga a las mismas a ocupar una posición que no les corresponde, en un intento de protección de dicha figura que puede originar, a medio plazo, inestabilidad emocional en las niñas y crearles algún complejo de culpabilidad. Observan los Peritos indicios de una posible manipulación por parte del padre, respecto de la visión que éste tiene de la figura materna, lo que puede desarrollar, a medio o largo plazo, un trastorno o síndrome de alienación.

En definitiva los informantes detectan, en la situación de convivencia habitual de las menores con el padre, ciertos riesgos que no pueden dejar de ser valorados desde la resolución judicial, de conformidad con lo prevenido en el artículo 158 del Código Civil, a cuyo tenor los tribunales deben adoptar las disposiciones que consideren oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

De otro lado, ha de tenerse en cuenta la permanencia de las menores con la madre desde que se dictó la sentencia recurrida, sin que, en el acto de la vista del recurso, se haya expuesto a nuestra consideración circunstancia alguna que desaconseje la permanencia de tal situación convivencial, por lo que se hace preciso crear, en torno a las hijas un marco de estabilidad, en evitación de los continuos cambios al efecto producidos en el pasado reciente.

Por todo lo cual no podemos concluir que, en la coyuntura examinada, el pronunciamiento que

se impugna sea contrario al principio del *bonum filii* ni que, al momento presente, la alternativa paterna ofrezca mejores condiciones para un desarrollo armónico y equilibrado de la prole, lo que hace decaer la pretensión revocatoria al efecto articulada y arrastra la suerte de aquellas otras, cuales las concernientes al régimen de visitas en favor de la madre y aportación alimenticia a cargo de ésta que, lógica y legalmente, están subordinadas al sistema de custodia.

GUARDA Y CUSTODIA

Se descarta la custodia compartida y se opta por la custodia a favor de la madre dado que la convivencia con la figura materna desde siempre ha creado un fuerte vínculo afectivo significándose esta figura como el progenitor psicológico modelo referente que cubre sus necesidades a todos los niveles y la relación cotidiana se explicita en una gran empatía y complicidad entre las tres, creándose un clima de armonía y equilibrio.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La dirección letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida pide como medidas la guarda y custodia compartida junto con las expresadas en la alegación tercero y en su caso que se amplíe el régimen de visitas y se reduzca la pensión de alimentos junto con las medidas de la alegación quinta dejando sin efecto la cláusula quinta, párrafo quinto, cláusulas 6 y 8 del CR y aquellas disposiciones del convenio que sean contrarias a las pretensiones de la parte y alega que adolece la sentencia de incongruencia y refiere que las hijas acuden a un colegio concertado y pide se fijen 500 euros por los alimentos.

Por su parte doña Filomena pide se confirme la sentencia y alega que el apelante reconoce mantener una relación amplia y afectuosa con sus hijas y que las niñas están perfectamente cuidadas y atendidas por su madre.

Se cuestiona en esta alzada la guarda y custodia de las hijas de 8 y 4 años de edad al haber nacido el 21 de enero de 2000 y 3 de junio de 2003.

Y la primera cuestión así suscitada relativa a la guarda y custodia de las 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 la Juzgadora de la primera instancia resolvió fijar la guarda y custodia de las hijas a favor de la madre, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre respecto a las citadas menores, en fines de semana alternos, desde el viernes

a la salida del centro escolar hasta la hora de entrada el lunes por la mañana en el centro escolar donde las reintegrará y dos tardes entre semana desde las 16 horas hasta las 18 horas manteniendo en el resto las medidas acordadas en sentencia de separación del año 2004, y fijadas por convenio regulador.

El examen de lo actuado revela, en líneas generales, la pertinencia de lo acordado en la primera instancia a la vista de las diligencias practicadas, 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 el hijo, presupuesto básico inexistente, en el conflicto y relación contradictoria resuelta en la contienda judicial, lo que hace decaer la pretensión apelante, en los términos solicitados, de tiempos tan cortos y reducidos, al pretenderse períodos alternativos quincenales, lo que determina en este punto la confirmación de la sentencia recurrida.

De esta forma la Juzgadora de la primera instancia resolvió como ya se argumentaba, fijar la guarda y custodia de las hijas a favor de la madre manteniendo la situación fáctica ya existente, lo que al parecer de la Sala es conforme a derecho y a las circunstancias del caso acreditadas en las actuaciones.

En efecto, consta en la causa y en concreto en el informe pericial practicado en la primera instancia que la convivencia con la figura materna desde siempre ha creado un fuerte vínculo afectivo significándose esta figura como el progenitor psicológico modelo referente que cubre sus necesidades a todos los niveles y allí se señala que la relación cotidiana se explicita en una gran empatía y complicidad entre las tres, creándose un clima de armonía y equilibrio destacando también que la figura paterna es muy querida y se aprecia una relación muy buena con ella. «Saben que vive solo en otra casa, les gusta ir a verle y compartir días con él, etc. Valoran el tiempo que están con él como bueno y también suficiente en los términos y circunstancias actuales. Tienen una imagen positiva de ambos padres y Hada no marca diferencias significativas respecto a los estilos educacionales parentales salvo una mayor autoridad en el estilo del padre».

En dicho dictamen se considera finalmente que nunca han dialogado los progenitores en compartir la guarda y custodia de sus hijas y no existe actualmente un acuerdo al respecto y señalando que «con ello no ha existido un proyecto común de compartir equitativamente los días de convivencia ni hay voluntad de ambos a organizar un guarda y custodia compartida. No existe tampoco necesidad ni un deseo de las menores a realizar cambios en su cotidianidad. Analizamos que la guarda se ha ejercido por doña Filomena de forma adecuada sin que existan circunstancias objetivas que motiven un cambio. Sus características de personalidad favorecen la cercanía y la relación vincular con las niñas. Efectivamente las dos menores tienen aceptada la actual situación familiar y la relación con sus dos padres es satisfactoria apreciando el cuidado que los dos tienen hacia ellas. Todo lo expuesto junto con la mayor vinculación de las menores a la figura materna nos lleva a que la orientación psicosocial sea la de mantener la guarda y custodia legal a doña Filomena de sus dos hijas menores».

GUARDA Y CUSTODIA

En casos como en el de autos, en el que existen varios informes periciales que sí estiman beneficiosa la custodia compartida, no puede cederse a la exclusiva voluntad de una de las partes en contra tanto de la opinión unánime de dos peritos y del Ministerio Fiscal, como de la voluntad del otro progenitor.

AP VALENCIA, SEC. 10.^a, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

A nadie se le oculta que a través del sistema de custodia compartida se garantiza a los hijos la

posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de la relación de

aquéllas; siendo tal presencia similar a la familiar y que constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura es menos traumática.

Asimismo, tampoco se puede discutir que a través de este sistema se pueden evitar sentimientos negativos de los menores, entre los que, por ejemplo, cabe mencionar el sentimiento de abandono, el de lealtad, incluso el sentimiento de culpa, de negación, y otros.

Pero es que, además, de esta forma se está garantizando a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así el sentimiento de pérdida que, ineludiblemente, tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abandonarse no ya el domicilio conyugal sino el hijo que queda dentro, y que viene a ser, poco menos, que una persona a la que, con suerte, se verá cada 15 días durante breves horas, sin tiempo para ser partícipe de su crecimiento.

Pero tampoco cabe desconocer, sin embargo, los inconvenientes que puede acarrear la custodia compartida —y, sobretodo aún más, cuando uno de los progenitores es contrario a la misma—, como son la de adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando, la posible inestabilidad de los menores por los cambios de domicilio, y especialmente si existe falta de comunicación de los progenitores por las dificultades de éstos para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los hijos.

Pero, no obstante todos esos inconvenientes, estima la Sala que, en casos como en el de autos, en el que existen varios informes periciales que sí estiman beneficioso dicho tipo de custodia, no puede cederse a la exclusiva voluntad de una de las partes en contra tanto de la opinión unánime de dos peritos y Ministerio Fiscal, como de la voluntad del otro progenitor, no por la suma de opiniones o votos, sino por la coincidencia en que ello es lo mejor para la menor, estimándose, por ello, más beneficioso acordar la custodia compartida en los mismos términos que los recomendados por el Gabinete Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia, tanto en la forma de llevarlo a cabo como en cuanto al régimen de visitas.

GUARDA Y CUSTODIA

Propone el padre bajo el nombre de custodia compartida que el menor conviva con él durante la semana y el fin de semana lo pase con su madre en Valencia, pero es el interés de los menores y no la conveniencia de los padres lo que ha de primar la decisión sobre la custodia y por ello se considera adecuado el mantenimiento de la guarda y custodia en la madre, al no existir razones de conveniencia para el menor que justifiquen alterar la situación actual.

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Dolores López Garre

Antes de entrar en el examen del recurso de apelación interpuesto por la representación del demandado don Augusto, es preciso resolver la petición que realiza sobre la práctica de prueba pericial psicológica a los efectos de la custodia compartida que propone en la contestación a la demanda.

Hay que tener en cuenta que el derecho fundamental a la prueba que opera en cualquier tipo de proceso no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes se hallen facultadas para exigir que sean admitidos cualesquiera medios

probatorios que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la proposición y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, 211/1991, 233/1992, 351/1993, 131/1995, 1/1996, 116/1997, 190/1997, 198/1997, 205/1998, 232/1998, 26/2000, 96/2000), entendida como la pertinencia entre los hechos a acreditar, previamente alegados probados y el *thema decidendi* y además que se presenten como útiles y relevantes para decisión de la *litis*, siendo el juzgador ordinario el que está facultado por la Ley para que llevando a cabo tal juicio de pertinencia, o relación de la prueba propuesta con los hechos sobre

los que verse el debate y que hayan de ser objeto de prueba y de relevancia o utilidad de los medios de prueba articulados a dicho fin, declarar la procedencia o improcedencia de los medios de prueba en cada caso articulados y acordar en el primer supuesto lo oportuno con relación a su práctica.

Que tal derecho es de configuración legal, por lo que es preciso que el medio probatorio se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, 212/1990, 87/1992, 94/1992, 1/1996, 190/1997, 52/1998, 26/2000), siendo admisibles los medios de prueba autorizados por el Ordenamiento (SSTC 101/1989, 233/1992, 89/1995, 131/1995, 164/1996, 189/1996, 89/1997, 190/1997, 96/2000).

Que el derecho a la práctica de la prueba en la segunda instancia es excepcional, restrictivo y limitado, así lo señala entre otras la STS de fecha 16 de junio de 2000, que con cita de la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional, de modo que sólo es posible en los concretos supuestos que la Ley Procesal, en los diversos párrafos del artículo 460 previene, y sin que en consecuencia sea procedente subsanar en la fase de apelación las carencias u omisiones imputables a la parte en la articulación de la prueba, cumpliendo en su caso la carga que pudiera corresponderle de acreditar los hechos constitutivos de su pretensión el actor, o que integren su defensa y excepciones el demandado, hechos que en todo caso han debido ser previamente alegados, puesto que de todos es conocido que el objeto y finalidad de la prueba en el proceso civil es acreditar los hechos que previamente, en la fase de alegaciones, hayan sido aducidos por las partes y no por ello la introducción o alegación de hechos nuevos a través de los medios de prueba.

La práctica de prueba que propone la parte apelante, es una prueba inútil puesto que del examen de las actuaciones, se evidencia que la prueba propuesta en nada contribuye a esclarecer los hechos controvertidos en la *litis*, por lo que no se admite la práctica de la prueba propuesta de conformidad con el artículo 283.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto al tema de la guardia y custodia que propone el apelante, denominándolo custodia compartida, siendo más bien un cambio en la custodia del menor pues lo que propone es que el menor conviva con él durante la semana y el fin de semana lo pase con su madre en Valencia. Teniendo en cuenta los principios rectores de protección familiar, que define el artículo 39 de nuestra Constitución, permiten al juzgador una mayor intervención en aras a la búsqueda de la solución que sea más idónea y menos perjudicial en orden a los derechos de los menores; a tal fin, el juez debe ponderar no sólo las circunstancias que concurran en los progenitores, sino también las que atañen a la unidad familiar y fundamentalmente a los propios menores, valorando, por principio de *favor filii* cuál sea el ambiente más propicio para el desarrollo de sus facultades intelectuales y afectivas y la voluntad del menor, atención que pueden prestarles los padres tanto en el ámbito material como también en el afectivo, su situación económica así como el hecho de que los menores puedan convivir juntos. Todas estas consideraciones las hacemos para poner de relieve que es el deber de los menores y no la conveniencia de los padres lo que ha de primar. Por ello se considera adecuado el mantenimiento de la guarda y custodia en la madre, al no existir razones de conveniencia para el menor para alterar esta situación.

GUARDA Y CUSTODIA

Los menores están mejor atendidos por el padre que cuenta con la colaboración de las personas del ambiente paterno, toda su familia extensa, ofreciendo mayores garantías de estabilidad familiar, ya que, por el contrario, la madre ha mostrado muchas limitaciones para cuidar de los menores, mostrando conductas de dejadez y falta de motivación para la educación y crianza de los niños, achacándole falta de asistencia al colegio, falta de higiene y de habitabilidad, precarias condiciones económicas, etc.

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Rives Seva

Basta observar el fallo de la sentencia de instancia para darnos cuenta cómo en ésta se viene a dar respuesta a las pretensiones de las partes cuando

han llegado a la quiebra o ruptura de su relación personal, para regular las consecuencias de su vida en pareja y especialmente en relación con los hijos

menores habidos en común, pensión de alimentos para con los mismos y régimen de comunicaciones. Pero en verdad el único objeto del recurso de alzada que se interpone frente a la sentencia por doña Silvia lo es por el extremo de haber acordado la guarda y custodia de los hijos José Luis y María Antonieta, que tienen actualmente la edad de 7 y 5 años respectivamente, con el padre don Alonso.

Como reiteradamente ya ha tenido ocasión de manifestar esta Sala, siendo de ver las Sentencias de 29 de diciembre de 2004, 7 de marzo de 2005, 2 de marzo de 2007, entre otras, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad –en cuanto a la guarda y custodia de los hijos– que juegue a favor de alguno de los progenitores, pues en principio tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos, sin que pueda apriorísticamente afirmarse que alguno de ellos posee mejores condiciones naturales para cuidar de la prole. Pero sí existe una premisa, ésta de naturaleza legal, que consiste en que todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deban ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, que no el de los padres, pues no son las condiciones psicológicas o afectivas de éstos (su satisfacción y

protección) las que determinen las medidas a adoptar, sino exclusivamente el bien de los hijos.

En autos ha quedado plenamente acreditado, por medio de la única prueba verdaderamente válida y consistente en el informe psicosocial realizado por doña Leticia, tras las oportunas comprobaciones de todos los componentes de la familia, que lo más aconsejable es la atribución de la guarda y custodia de los menores al padre y con un amplio régimen de visitas a favor de la madre, que es, por otra parte, el que señala la sentencia, y ello porque los menores están mejor atendidos por el padre que cuenta con la colaboración de las personas del ambiente paterno, toda su familia extensa, con estabilidad familiar, ofreciendo mayores garantías de estabilidad familiar, ya que, por el contrario, la madre ha mostrado muchas limitaciones para cuidar de los menores, mostrando conductas de dejadez y falta de motivación para la educación y crianza de los niños, achacándole falta de asistencia al colegio, falta de higiene y de habitabilidad, precarias condiciones económicas, etc., todo lo que podría influir negativamente en el normal desarrollo de los menores. Y por todo lo cual procede la desestimación del recurso de apelación con la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

GUARDA Y CUSTODIA

El menor muestra una alta inadaptación personal con numerosos síntomas de somatización y depresivos, mostrando miedos, infravaloración de sí mismo y la autoestima baja, en cuanto a la adaptación social, muestra desajuste con el medio, implicándose a veces en peleas y enfrentamientos, el menor en cierta manera es especial y necesita cuidados especiales que ninguno de sus dos progenitores pueden en estos momentos darle por lo que se acuerda la custodia a favor de la Comunidad de Madrid.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

La dirección letrada de don Tomás se alzó contra la sentencia de instancia reclamando su revocación y que se acuerde:

- La patria potestad compartida.
- La guarda y custodia del menor, Adolfo para el padre, don Tomás.
- El uso y disfrute del domicilio familiar de la calle DIRECCIÓNNo00 núm. NÚMoo0, NÚMoo1, de Madrid, será para el menor que queda en la compañía del padre que tiene la guarda y custodia.
- Las visitas del menor con la madre deberán ser supervisadas y las mismas se harán a través de un Punto de Encuentro.

– Se establezca una pensión de alimentos para el hijo de 450,00 euros mensuales que abonará doña Consuelo en la cuenta bancaria que don Tomás designe al efecto y la referida pensión se actualizará todos los años en el mes de enero con arreglo a las variaciones del índice del precios al consumo del Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

Mientras que el Ministerio Fiscal pidió la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

El hijo de los litigantes don Adolfo nacido el 31 de octubre de 1995 no presenta un desarrollo

adecuado a su edad. Así en el informe pericial psicosocial que obra del folio 181 al 193 ambos inclusive se afirma que presenta una capacidad de expresión y de abstracción de la realidad un poco inferior a la que le correspondería por su edad; en el TAMAI muestra una alta inadaptación personal con numerosos síntomas de somatización y depresivos, mostrando miedos, infravaloración de sí mismo y la autoestima baja, en cuanto a la adaptación social, el menor muestra desajuste con el medio, implicándose a veces en peleas y enfrentamientos, sintiendo que no da una buena imagen ante los demás, y con una alta restricción social tendiendo a la introversión, lo que se manifiesta también en la elevación de la hostilgencia, tendiendo a presentarse ante los demás de manera hostil y sintiéndose víctima de la hostilidad de otros; en las pruebas psicodiagnósticas complementarias se observa inseguridad, aislamiento, miedo, evitación del ambiente, culpa, inadecuación, rechazo, narcisismo, inmadurez, impulsividad, confirmándose que su nivel de desarrollo es menor que el que se espera para un niño de su edad; en el colegio no se encuentra plenamente integrado entre sus compañeros y según informan en el colegio el menor ha tenido problemas con el aprendizaje desde que era pequeño. La psicóloga autora del informe lo ratificó (folio 215) y manifestó que el menor en cierta manera es especial y necesita cuidados especiales que ninguno de sus dos progenitores pueden en estos momentos dar al menor.

Por otra parte el padre presenta dificultades para hacerse cargo del menor. Así en el informe pericial citado se manifiesta que se observa en él una tendencia al aislamiento y sentimientos de inadecuación personal, junto con algunos indicadores de deterioro orgánico que podría ser compatible con un consumo de alcohol significativo, si bien es verdad que su capacidad intelectual es baja, y esto también se refleja en la realización de los gráficos; sus recursos personales y sociales son escasos y pasa

mucho tiempo fuera de casa. En el informe también se señala que en el CAI informan que han visto al menor con el padre en dos ocasiones y que creen que el niño está en cierta situación de desamparo ya que el padre no es capaz de cuidarlo bien, ni de protegerlo de la madre ya que la madre se trasladó a casa con ellos.

Sentado lo anterior y teniendo en cuenta que el principio del beneficio del menor es el que predomina en esta materia tal como se desprende del artículo 92 del CC, hay que concluir, aun considerando que el padre presenta un mejor ajuste emocional que la madre, que la petición sobre guarda y custodia de la parte apelante no puede prosperar y dada la situación mental de la madre la decisión de guarda y custodia a favor de la Comunidad de Madrid es ajustada a Derecho.

El informe tantas veces citado no sólo se ha elaborado con entrevistas, sino que tiene una metodología completa que se señala al principio del mismo y sus conclusiones dadas su metodología y sus garantías de imparcialidad no pueden quedar desvirtuadas por el interrogatorio del demandado. Por otra parte hay que señalar que lo acordado en medidas cautelares no vincula a la decisión de la sentencia, máxime teniendo en cuenta la diferencia de material probatorio.

El rechazo de la petición del parte apelante en materia de guarda y custodia lleva consigo de manera inevitable la desestimación de las peticiones accesorias a ésta. La petición sobre la patria potestad tampoco puede prosperar ya que la decisión principal de la sentencia que nos ocupa implica la efectiva suspensión en los padres de las funciones que abarca la expresada potestad en tanto se resuelve definitivamente sobre el futuro del descendiente.

Finalmente hay que señalar que escapa del objeto de este proceso examinar la corrección de la declaración administrativa de desamparo.

GUARDA Y CUSTODIA

Estamos ante un llamado síndrome de alineación parental, si bien, la pretensión del padre de que se le atribuya la custodia no puede ser atendida, ya que su tratamiento pasa por un régimen gradual y nada cuadrado como no lo son los sentimientos y actitudes de cuyo cambio no puede predecirse su duración en el tiempo, siendo necesaria la intervención y ayuda de técnicos que serán quienes determinen las mejoras y los cambios que han de llevarse a cabo.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Romero Navarro

Tanto el recurso formulado por el apelante inicial como la impugnación de la sentencia realizada

por Diana, han de ser examinados bajo la misma óptica por cuanto que el primero pretende la

revisión de la resolución dictada en la instancia hacia un régimen de guarda distinto al señalado en la resolución y en el que incide de manera decisiva la puntualización de la existencia de un síndrome de alineación parental de la menor con respecto a su padre al que ha dado pie la madre y su familia extensa. Ésta por su parte pretende la supresión de las consideraciones que se efectúan en la sentencia sobre la base de dicho aserto, cuando lo cierto es que lo que se recurre en una resolución judicial son sus pronunciamientos y no los fundamentos que los sustentan. Ante estas dos posturas la Sala no puede por menos que rechazar las consideraciones expuestas por Diana en su recurso sobre la base de un informe pericial no sometido al contradictorio y de estudio incompleto y parcial como se colige por su simple lectura. Por el contrario, el informe del perito judicial, corroborado además por el psicólogo del Colegio de la menor, es no sólo completo sino absolutamente claro y diáfano al respecto señalando al respecto la presencia de una serie de indicadores ilustrativos de que estamos ante un llamado síndrome de alineación parental. Cuestión distinta es la consideración del mismo en relación con el régimen de visitas y custodia. Obviamente con la situación actual temerario es pretender establecer un régimen de visitas amplio como si de una situación normalizada se tratara. La lectura del recurso formulado por Jesús Carlos rezuma la consideración, legítima por otra parte, del progenitor que observa los efectos del meritado síndrome, mas la pretensión que en el mismo se pretende no puede ser trasladada a un pronunciamiento favorable a sus pretensiones por cuanto que el tratamiento del mismo pasa por un régimen gradual y nada cuadrado como no lo son los sentimientos y actitudes cuyo cambio

no puede predecirse su duración en el tiempo, por lo que necesariamente la resolución que aborda su guarda y custodia amén del régimen de visitas pasa no por un cambio radical, contraproducente en todo caso, sino gradual con la intervención y ayuda de técnicos que serán quienes determinen las mejoras y los cambios que han de llevarse a cabo, en el sistema de visitas, hasta que pueda llegarse a un sistema normalizado, restablecidos los afectos pues no puede perderse de vista que el epicentro de la medida y de la intervención es la menor, que hoy por hoy, no podría asumir, el régimen que su progenitor anhela. A ello que duda cabe, habrá de contribuir la madre de la menor y la familia extensa de ésta con la advertencia expresa, desde esta instancia, que la falta de colaboración o actitudes que no faciliten la restauración de los afectos de la menor hacia su padre, podrán determinar de oficio o a instancia de parte, la atribución de la guarda y custodia a una institución o a la entidad pública que tiene encomendada la guarda de menores en Andalucía, ya que actitudes negligentes o dolosas al respecto supondrían un ejercicio inadecuado de la patria potestad. Por ello será el Centro Mediante (u otro que determinen ambos de mutuo acuerdo o el Juzgado en su defecto) que hasta ahora está llevando a cabo la mediación, quien periódicamente irá informando de las novedades tanto favorables en orden a la normalización, como negativas, supuesto en el que habrá de darse cuenta al Ministerio Fiscal a fin de que adopte las medidas de protección pertinentes respecto de la menor como se han apuntado antes.

Procede por ello rechazar tanto el recurso de Diana como la pretensión que respecto de las visitas formulaba Jesús Carlos.

RÉGIMEN DE VISITAS

Dada la edad del menor –en estos momentos casi 2 años– no encuentra este Tribunal razón alguna para considerar que éste no puede tener el régimen de visitas que usual y ordinariamente viene señalándose por Jueces y Tribunales en casos similares, es decir, fines de semana alternos desde las 18 del sábado a las 20 horas del domingo.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

En cuanto al régimen de visitas debe decirse que el mismo no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, como excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de

los padres y de los integrantes del entorno familiar; al contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con el progenitor con el que no conviven, intentado, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el

que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecer un desarrollo integral de su personalidad. Este objetivo es el que, verdaderamente, ha de presidir la actuación de ambos progenitores en relación con las medidas de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y estancias con uno u otro, y por ello es recomendable, en principio siempre, que se ejerza con generosidad, adaptándose a las necesidades de los hijos, con la mira puesta en su beneficio.

En el caso concreto de autos, y dada la edad del menor –en estos momentos casi 2 años– no encuentra este Tribunal razón alguna para considerar que éste no puede tener el régimen de visitas que usual y ordinariamente viene señalándose por Jueces y

Tribunales en casos similares, máxime cuando la propia pericial aconseja la custodia compartida, y por ello estima esta Sala, que no existiendo razón alguna para señalar tan corto régimen como el acordado en la instancia, debe fijarse como régimen de visitas los fines de semana alternos desde las 18 horas del sábado, hasta las 20 horas del domingo correspondiendo al progenitor que tenga ese fin de semana a la hija el puente que va asociado a ese fin de semana así como los miércoles desde las 18 horas hasta el jueves a la entrada al colegio, así como la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano por períodos máximos de una semana hasta que la menor cumpla 4 años, debiendo los cónyuges ponerse de acuerdo en la elección de los períodos y, caso contrario, el padre elegirá los años pares y la madre los impares.

RÉGIMEN DE VISITAS

Lo que no puede aceptarse es que bajo el manto de la ampliación de las visitas y de la recogida del menor se pretenda encubrir un régimen de visitas para los referidos parientes de la parte recurrida, pues si ha estado ausente determinados períodos de tiempo, el régimen de visitas establecido para tal progenitor no puede llevarse a cabo dada tal ausencia.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Ildefonso Quesada Padrón

Mayor complejidad presenta la otra cuestión planteada, la de la recogida del menor por la madre y un hermano del actor, es decir, por la abuela y un tío paternos. No se cuestiona en modo alguno el derecho de tales familiares a relacionarse con el menor, tal como se establece en el artículo 160 del Código Civil, si bien es de precisar que el correspondiente régimen de visitas, en su caso, deberá recabarse conforme a lo previsto en el artículo 250.1.13.º de la LEC, lo que, obviamente, no es lo que sucede en el presente supuesto en el que se trata, exclusivamente, de la modificación de medidas de una anterior sentencia, por lo que no se precisa hacer más consideraciones al respecto. Sin embargo, lo que no puede aceptarse es que bajo el manto de la ampliación de las visitas y de la recogida del menor se pretenda encubrir un régimen de visitas para los referidos parientes de la parte recurrida, pues si, como consta en las actuaciones y por la propia

declaración del actor, ha estado ausente determinados períodos de tiempo, el régimen de visitas establecido para tal progenitor no puede llevarse a cabo dada tal ausencia. Por ello, partiendo de la base de que no hay obstáculo alguno para que los familiares paternos tengan relación con el menor, pues ello redundaría de forma beneficiosa en el mismo (al menos no se ha probado lo contrario), tal como se ha señalado por reiterada jurisprudencia al interpretar el referido precepto sustantivo (así SSTs de 2 de mayo de 2000, 23 de noviembre de 1999 y 11 de junio de 1998 entre otras), el mero hecho de que la madre y el hermano que se señala por la parte recurrida puedan recoger al menor cuando por razones laborales o enfermedad no pueda realizarlo personalmente, no puede conllevar la restricción del régimen de visitas a su favor, por lo que procede mantener la decisión del juzgador *a quo*.

RÉGIMEN DE VISITAS

Por cuanto que se desconoce la situación familiar de la madre, en relación al entorno de ésta en su país de origen y tampoco se acredita su imposibilidad de viajar a dicho país, Guinea, ni tampoco se acredita la realidad de su situación personal laboral y económica de aquélla en España, es procedente exigir a la apelada el consentimiento del padre o, en su defecto, la autorización judicial, para viajar a Guinea, o fuera de España, en compañía de la hija menor, en los períodos de vacaciones que tiene reconocido, debiendo expresar el motivo del viaje, su duración, acreditando, en su caso, el regreso, la fecha, aportando los oportunos billetes, o pasajes, de ida y vuelta.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado que se prohíba a la madre la salida del territorio nacional, en compañía de la hija, sin autorización judicial, con prohibición de expedición del pasaporte, debiendo entregarse al juzgado dicho documento, si se hubiere expedido. Refiere que la madre es de Guinea Ecuatorial, ha amenazado con llevarse a la menor a su país y advierte que existe el peligro de que la hija no vuelva de Guinea, si la madre se traslada a dicho país.

Cierto es que en relación al régimen de visitas, y en beneficio e interés de los hijos menores, y de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Constitución, en relación con el artículo 94 del Código Civil, se deben establecer cuantas medidas cautelares y preventivas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las medidas establecidas en la sentencia, en relación a la custodia, que viene otorgada al padre, el régimen de comunicaciones, en favor de la madre, las estancias de la hija menor con dicho progenitor no custodio, cuidando en todo momento de no propiciar situaciones que impliquen riesgos al respecto de un cambio en la situación de la hija, con respecto a su custodia, a su país de residencia y, por ende, a sus hábitos, su lugar de residencia, su domicilio, sus deberes escolares, su entorno familiar y social, etc.

Por ello, cuando el progenitor no custodio tiene nacionalidad extranjera, se hace preciso acreditar que existe riesgo de salida del país, de dicho progenitor no custodio, en compañía de los hijos menores, aprovechando la estancia de estos últimos con dicho progenitor no custodio, por medio del régimen de visitas que viene reconocido en la sentencia apelada, y ello se justifica cuando se aportan datos relativos a la falta de arraigo de dicho progenitor extranjero, en lo que se refiere a su residencia, a la falta de ocupación laboral, a su desestabilización

personal y material y a las posibilidades inminentes de dicho progenitor no custodio de abandonar el país de un modo definitivo.

En el presente caso aun constando acreditado que la madre es de Guinea Ecuatorial, esta última ha afirmado a través de la prueba de interrogatorio que reside en España, donde cuenta con trabajo y domicilio; sin embargo, y por cuanto que fue declarada en rebeldía en su momento, tampoco existe prueba sobre la realidad de la situación personal, familiar y material de la apelada, quien ni tan siquiera ha presentado escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario.

Por ello, y puesto que se trata de una medida que en modo alguno perjudica a la menor, y por cuanto que la sentencia expresamente ha acordado no prohibir la salida de la menor de España, y por cuanto que se desconoce la situación familiar de la madre, en relación al entorno de la misma en su país de origen y tampoco se acredita la imposibilidad de la misma de viajar a dicho país, Guinea, ni tampoco se acredita la realidad de su situación personal laboral y económica de aquélla en España, es conveniente dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia y, en su virtud, es lo procedente exigir a la apelada el consentimiento del padre o, en su defecto, la autorización judicial, para viajar a Guinea, o fuera de España, en compañía de la hija menor, en los períodos de vacaciones que tiene reconocido, debiendo expresar el motivo del viaje, la duración del mismo, acreditando, en su caso, el regreso, la fecha, aportando los oportunos billetes, o pasajes, de ida y vuelta, si se pretende la estancia de la menor con el progenitor no custodio en Guinea o en cualquier otro país fuera de España, resolviendo el juzgado lo que mejor convenga al interés de dicha hija menor en cada caso; no constando el domicilio de la madre en España, y en orden al cumplimiento del régimen de visitas ordinario, deberá acreditar que informa al apelante, y al Juzgado en su caso, de su actual domicilio.

En consecuencia, el pasaporte afectante a la menor, si se ha expedido, deberá ser puesto a disposición del progenitor custodio, que lo entregará

a la madre en los períodos en los que haya sido consentida o autorizada la salida del país de la citada menor.

RÉGIMEN DE VISITAS

La regulación de las visitas del modo establecido en la sentencia apelada, condicionadas al calendario laboral del padre, no vienen así fijadas por motivos caprichosos o de mejor conveniencia de los intereses paternos, sino que, por el contrario, hay que señalar que vienen determinadas por las circunstancias laborales del padre, de cuya comunicación y contacto frecuente y regular ha de beneficiarse la hija.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Es claro que la cuestión planteada con relación a tales visitas no ha de ser atendida si tenemos en cuenta que las visitas establecidas básicamente coinciden con lo que en su día acordaron las partes litigantes en el convenio regulador de la separación, sancionado en sentencia de 2004 siendo así que el cumplimiento de aquel régimen de visitas en realidad no ha producido conflictos esenciales y debiendo destacar que la regulación de las visitas del modo establecido en la sentencia apelada, condicionadas al calendario laboral del padre, no vienen así fijadas por motivos caprichosos o de mejor conveniencia de los intereses paternos, sino que por el contrario, hay que señalar que vienen determinadas por las circunstancias laborales del padre, de cuya

comunicación y contacto frecuente y regular ha de beneficiarse la hija.

Y es así que el interesado en el interrogatorio practicado en el acto de la vista oral indica que habitualmente los descansos son alternos y si varía el cuadrante él ya vería, y señala que es vigilante y si trabaja de fin de semana, explica que trabaja de noche, trabajando viernes, sábado y domingo, de modo que así libra dos fines de semana, debiendo por lo tanto trabajar de 4 de la tarde a las 7 de la mañana, y concluye que este cuadrante suele ser así, comunicando a la madre el cuadrante del mes siguiente, tal y como se hacía. En el mismo sentido se aporta documentación que corrobora tales extremos.

RÉGIMEN DE VISITAS

Para el caso de que los hijos permanezcan una larga temporada –dos, tres o cuatro semanas– realizando cursos en el extranjero o de lengua extranjera en España, lo que al parecer ha sido lo habitual en este matrimonio antes de su crisis, es procedente descontar dicho período de su calendario vacacional a los efectos de dividir el resto entre ambos progenitores.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 15 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

También procede mantener por entenderse que es una fórmula hábil de control de la estancia de los menores con ambos progenitores en sus períodos vacacionales, pues deben compartir con ambos progenitores los períodos de ocio, el que, para el caso de que éstos permanezcan una larga temporada

–dos, tres o cuatro semanas– realizando cursos en el extranjero o de lengua extranjera en España, lo que al parecer ha sido lo habitual en este matrimonio antes de su crisis, el proceder a descontar dicho período de su calendario vacacional a los efectos de dividir el resto entre ambos progenitores. Es

absolutamente improcedente, por no contar y contrariar el interés de los menores, la pretensión del

progenitor de que se descuente dicho período del que correspondería disfrutar a la madre.

RÉGIMEN DE VISITAS

Se considera adecuado que las visitas no se realicen en el punto de encuentro pues la falta de madurez que la actora achaca al demandado por su juventud no tiene fundamento alguno, estando la actora en esta misma situación pues ambos tienen la misma edad, además hay que tener en cuenta que el régimen de visitas establecido es mínimo dada la corta edad de la menor.

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Dolores López Garre

Impugna la parte actora doña Marina, la sentencia de instancia, en lo relativo al régimen de visitas para que las mismas se realicen en un punto de encuentro familiar, la cuantía de la pensión de alimentos, la fijación de la pensión con carácter retroactivo desde la interposición de la demanda, así como la inclusión en los gastos extraordinarios de los gastos escolares y educacionales.

En primer lugar se examinará la impugnación relativa a que las visitas se realicen en punto de encuentro familiar al considerar que el abandono del padre justificaría esa medida, así como la edad que tiene el padre siendo conveniente las visitas en este centro al poder ser ayudado por profesionales para aprender como tiene que ser la relación con su hija. La fijación de un régimen de estancia, visitas y comunicaciones en favor del cónyuge con el que no conviva la progenitura, tiene como función y finalidad el fomentar un vínculo de confianza y amistad entre dicho progenitor y los hijos. Desde luego, indubitado que la presencia del padre y la madre es fundamental para el crecimiento del hijo al ser soporte de las respectivas identidades, ello no implica que se olvide que el plan o régimen de visitas debe proteger los derechos del niño y del padre no custodio (configurándose como un derecho-deber) y tender a fomentar los vínculos afectivos con él para procurar así la formación integral que es espíritu y guía del ejercicio de la patria potestad (artículos 154 y ss. del Código Civil).

Sin ánimo de establecer reglas rígidas, pero con la necesaria razonabilidad que exige todo pronunciamiento judicial máxime en materia tan delicada como ésta, podemos sentar como pilares de toda resolución en la cuestión planteada que:

1. Salvo supuestos excepcionales (privación de la patria potestad, por ejemplo) habrá de fijarse un régimen de visitas.

2. Dicho régimen está sometido a fluctuaciones y cambios según la edad y el propio desarrollo afectivo del menor.

Son muchos los estudios de orden psicológico sobre la forma y duración del mentado régimen, estando generalmente admitido –y sólo, insistimos, como parámetros generales– que en bebés hasta seis meses de edad es recomendable que las visitas sean frecuentes, de corta duración y en lugares cotidianos para el menor, no siendo recomendable por contra la estancia con el progenitor no custodio por la necesidad de mantener con la máxima estabilidad los hábitos de comida y sueño del niño.

Cuando se trata de hijos en los primeros años de vida, cual es el caso sometido a nuestra consideración (hasta los dos-tres años de edad, como media) es imprescindible la proximidad y estabilidad afectuosa de uno de los progenitores (de ordinario la madre), pero el padre aparece como imprescindible para fomentar, entre otras cosas, la autonomía infantil, por lo que las visitas deben de ser también constantes y de algo más de duración pero procurando no romper la unidad del espacio hogareño del menor, lo que se consigue con la fijación de un tiempo no excesivamente amplio de estancia pero suficiente para que se produzca la identificación de la figura del padre (que es normalmente el que no tiene la custodia) y del círculo espacial donde éste desarrolla su propia vida independiente de la del otro progenitor.

Atendidos tales parámetros, y ante la ausencia de razón alguna que invalide el pronunciamiento de primera instancia, se considera adecuado el régimen establecido en la resolución recurrida no siendo necesario que las visitas se realicen en punto de encuentro pues la falta de madurez que la actora achaca al demandado por su juventud, no tienen fundamento alguno, estando la actora en esta misma

situación pues ambos tienen la misma edad, las circunstancias concurrentes y el régimen de visitas establecido que es mínimo dada la corta edad de la menor, la ausencia de discordia entre los progenitores en cuanto al horario de las visitas, no siendo la

situación entre ellos de enfrentamiento pues están de acuerdo en muchos aspectos, determinan que no sea aconsejable para la menor que las visitas se realicen en el punto de encuentro solicitado por la recurrente.

VIVIENDA FAMILIAR

Aunque el domicilio es susceptible de división material, el artículo 96 del CC no autoriza a este tipo de pronunciamiento.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Ricardo Moyano García

La única cuestión que plantea el esposo apelante en este proceso de separación es la discrepancia con la atribución del uso exclusivo de la totalidad del domicilio familiar a su esposa, dado que dicho domicilio, bien principal del matrimonio, es susceptible de división en la forma que propone adjuntando plano pericial, pudiendo satisfacer de ese modo el apelante su necesidad de vivienda, ya que de otro modo sería obligada la liquidación de la sociedad de gananciales y la venta de la vivienda, con los perjuicios para ambos cónyuges. La esposa apelada se ha negado a la división, tanto por razones de insuficiencia de la vivienda dividida para atender las necesidades de ambos esposos, como por la exigencia de obras previas, como en fin por las malas relaciones personales entre los esposos, con situaciones de violencia doméstica no denunciadas y temor de la apelada hacia el apelante.

La división de un domicilio en dos o más unidades plantea por sí misma distintos problemas de naturaleza material y jurídica, y dentro de lo jurídico, de tipo urbanístico, registral, civil, etc., que en el caso de los supuestos de crisis matrimonial se ven incrementados y agravados por los derivados de las relaciones personales de los interesados, ya que es en principio inconveniente que quienes han planteado la separación conyugal y por tanto desean la ruptura de la convivencia como pareja accedan a una relación de estrecha vecindad puerta con puerta, repartiéndose el mismo domicilio en que antes convivían. Es por ello que sólo en los supuestos de gran facilidad material y jurídica para la división

y de buenas relaciones entre los litigantes pueda accederse a una medida de este tipo, aplicándose en otro caso las normas ordinarias del artículo 96 del CC sobre un posible uso exclusivo más o menos duradero de uno de los cónyuges –y en su caso los hijos– y de la administración de los bienes gananciales en lo restante.

En este caso, nos hallamos sin duda en el supuesto ordinario: dificultades para la división, ya que implica implementación de muros divisorios, construcción de cocinas, etc., así como rechazo de la esposa por las malas relaciones personales entre los cónyuges. Pero es que, además, de por sí la división del inmueble es una operación que excede –salvo casos excepcionales de facilidad técnica, convivencial y jurídica ya expresados– del marco de la medida del artículo 96 del CC, puesto que la atribución del uso recae sobre un domicilio previamente existente como dado, no sobre hipótesis de futuro pendientes de proyectos de modificación sujetos a licencias de obras, pago de presupuestos, materialización de la división, etc. Este tipo de alteraciones podrán realizarse de común acuerdo o por decisión judicial en el marco del proceso de liquidación del patrimonio ganancial, si el bien es declarado divisible, pero no son viables para la decisión de atribución del uso exclusivo de la expresada norma del artículo 96 del CC.

Por todo lo cual, sin perjuicio de lo que resulte en el proceso de liquidación de la sociedad, y hasta ese momento, el uso exclusivo del inmueble ha de ser atribuido a la esposa por ser su interés el más digno de protección.

VIVIENDA FAMILIAR

No cabe atribuir al hoy apelante el uso que pretende de una vivienda sita en el campo porque ni se trata de la vivienda que tenía la condición de familiar ni consta que el apelante tenga previsión de ocuparla para fijar en ella su residencia, ya que vive en otra ciudad de manera estable.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Benigno Flórez Menéndez

No cabe atribuir al hoy apelante el uso que pretende de una vivienda sita en el campo, en el término municipal de Sax, porque ni se trata de la vivienda que tenía la condición de familiar ni consta que el apelante tenga previsión de ocuparla para fijar en ella su residencia, ya que vive en Monóvar al parecer de manera estable y sin que la salida del hogar familiar le haya representado la necesidad de concertar un arrendamiento. A mayor abundamiento,

del testimonio de los hijos en el acto del juicio se desprende que la finca en cuestión venía siendo utilizada en fines de semana y períodos vacacionales no sólo por el matrimonio litigante, sino por toda su familia extensa (hijos y nietos), no desprendiéndose de lo actuado causa justificada bastante para alterar esta situación de hecho, con independencia de lo que en su día proceda en función de la liquidación de la sociedad de gananciales.

VIVIENDA FAMILIAR

La esposa, unos años atrás, ya se marchó a vivir al domicilio de sus padres para cuidarlos, y ha permanecido en él después del fallecimiento de éstos, acaecido sobre el año 2005, con pleno consentimiento de su hermana, titular de dicha vivienda, la cual, a su vez, reside en otro domicilio con su esposo e hijos, por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 96 del CC, el esposo acredita un interés más necesitado de protección.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

El Juez de instancia, con evidente error en cuanto a la valoración de la prueba, decidió otorgar, de forma exclusiva, el uso del domicilio familiar a la demandante y a sus hijos de 18 y 22 años que con ella conviven, desconociendo que no existían tales descendientes, sino tan sólo una hija de 28 años, independiente de sus padres y casada, la cual residía en otro domicilio con su esposo. Así lo han venido a reconocer ambas partes a lo largo de esta *litis*. Frente a ello, hay que destacar que la actora, unos años atrás, ya se marchó a vivir al domicilio de sus padres para cuidarles, y ha permanecido en el mismo después del fallecimiento de éstos, acaecido sobre el año 2005, con pleno consentimiento de su hermana Juana, titular de dicha vivienda, la cual, a su vez, reside en otro domicilio con su esposo e hijos; en tanto que ha sido el demandado quien ha venido ocupando el domicilio familiar sin objeción alguna por parte de su esposa. A lo expuesto cabe también añadir que la demandante es propietaria

además, en un 50%, junto con dicha hermana, de otro inmueble sito en la C/DIRECCIÓN 001 núm. NÚM003 de Villena; mientras que el demandado no dispone de ninguna otra, salvo la que ocupa en este momento, y ha sido declarado en situación de IPT para su profesional habitual mediante resolución de 4 de noviembre de 2005, con derecho a percibir una prestación, cuya cuantía en 2007 es de 766,60 euros mensuales; careciendo de otros recursos económicos para poder proporcionarse otra vivienda en sustitución de la que ocupa.

En estas circunstancias, es evidente que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, el demandado acredita un interés más necesitado de protección para seguir utilizando el domicilio familiar, que, en todo caso, es preciso mantener de forma temporal hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, por un período máximo de 3 años desde la presente sentencia.

VIVIENDA FAMILIAR

Con independencia de cual sea la realidad registral, lo cierto es que ambos pisos son físicamente un todo, unidos, y que constituyeron el domicilio conyugal, y es este piso unificado sobre el que debe atribuirse su uso, no el uso de dos pisos como si se tratase de dos viviendas separadas, y otra solución –como su división material– no sería propia de un proceso matrimonial.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique de Motta García-España

Finalmente en cuanto al uso de la vivienda conyugal debe decirse que, con independencia de cual sea la realidad registral, lo cierto es que ambos pisos son físicamente un todo, unidos, y que constituyeron el domicilio conyugal, y es este piso unificado el que debe atribuirse su uso, no el uso de dos pisos como si se tratase de dos viviendas separadas, ya que los propios dueños procedieron a su unión convirtiéndolos en una sola vivienda, que es sobre la que debe decidirse el uso de la misma en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, y

otra solución – como su división material– no sería propia de un proceso matrimonial, más bien sería tema de un proceso de liquidación de gananciales, amén de ser contraproducente la proximidad de los cónyuges dada la evidente tensión existente entre ellos, procediendo por ello la revocación de la sentencia de instancia en este punto, atribuyendo el uso de la vivienda conyugal, y por tanto de los dos pisos físicamente unidos, a los hijos y a la esposa bajo cuya guarda quedan.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Se fija una pensión alimenticia para la hija mayor con una vigencia de seis meses, ya que, aun apreciando situación de cierta desidia en el ámbito de los estudios y/o incorporación al mercado laboral por parte de ésta, se evidenció situación con trascendencia económica que habilitaba a la adopción de pronunciamiento sobre temporalidad de la medida a efectos de corrección de inercia percibida.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Amor Martínez Atienza

Se analizan aquí los recursos de ambos apelantes sobre el particular de la pensión de alimentos reconocida en su día a favor de doña Remedios.

Por lo que hace referencia al recurso deducido por el demandante por más que –en los condicionamientos de la sentencia de instancia en su puesta en relación con el tiempo transcurrido desde su otorgamiento asociado a la dinámica de tramitación de ambos recursos– quede relativizado el alcance efectivo del interés vinculado al interpuesto sobre el particular ahora analizado, es lo cierto que la medida adoptada por el Juzgador de diferimiento de supresión de la pensión de alimentos a favor

de Remedios (con vigencia temporal máxima de seis meses, en cuanto medida complementaria a pronunciamiento asociado a proceso matrimonial, y sin prejuzgar acciones de futuro que pudieran corresponder con carácter autónomo a la Sra. Remedios) aparece justificada en el contexto de las propias circunstancias personales evidenciadas en la citada beneficiaria de la prestación alimenticia (y atendiendo a su naturaleza) en cuanto, aun apreciando situación de cierta desidia en el ámbito de los estudios y/o incorporación al mercado laboral por parte de la misma (nacida el 2 de junio de 1987), asimismo se evidenció situación con trascendencia económica que habilitaba –en la conjunción de

todas las circunstancias— a la adopción de pronunciamiento sobre temporalidad de medida a efectos de corrección de inercia percibida.

En cuanto al recurso deducido por la que, en su día, fue objeto de reconocimiento como hija por el demandante (más allá de las circunstancias de dicho reconocimiento, constatadas en el curso de proceso de impugnación de filiación con el resultado puesto en evidencia con carácter posterior a la sentencia de instancia), reseñar que si bien es cierto que, con ocasión del proceso de instancia, no pudo apreciarse situación de independencia económica, también lo es que, no siendo el hecho de acceso a la mayoría de edad circunstancia valorada por el juzgador *a quo* como determinante de su pronunciamiento, sí lo es el de que por la ahora apelante, se reconociera el abandono inicial de sus estudios (que primero dató en tiempo próximo al fallecimiento de su abuela, para posteriormente introducir corrección retrasando dicho abandono a los 17 años de edad), sin simultánea exteriorización de voluntad de acceso al mercado laboral; es evidente que la citada codemandada/apelante for-

malizó, dos días después de presentada la demanda de contrario, matrícula en el CP de Formación de Personas Adultas a efectos de cursar estudios al parecer de graduado escolar, pero aun partiendo de dicho dato, no puede obviarse el hecho de la no aportación —durante la sustanciación del proceso, y no obstante el período transcurrido hasta sentencia— de elemento alguno sobre el aprovechamiento de estudios y/o, incompatibilidad de los mismos —en su desarrollo— con incorporación al mercado laboral diferida en el contexto de previa actuación ligada a comportamiento vinculado al referido abandono anterior de los estudios y conducta asociada.

No cabe, en su caso, valorar a efectos de justificación meras alegaciones de parte no sustentadas (a pesar de lo manifestado) en medio de prueba alguno válidamente incorporado como tal a las actuaciones.

En base a todo lo expuesto, procede la desestimación de ambos recursos en el particular relativo a la pensión de alimentos.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El establecimiento de una pensión alimenticia ha de conciliarse tanto con la cuantía de la pensión compensatoria como con aquellas otras cantidades que el padre ha de satisfacer, como serían el pago de los gastos hipotecarios que grava la vivienda familiar, así como los generados por el acceso a una vivienda que cubra sus necesidades de alojamiento.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Luis Sanabria Parejo

Basa la apelante su recurso al igual que la apelada su impugnación, conforme alegaron sus respectivas direcciones jurídicas en los escritos de interposición e impugnación del recurso de apelación en una errónea apreciación de la prueba practicada por el Juez *a quo* en torno a los porcentajes y cuantías de las pensiones alimenticia y compensatoria que se establecen en el fallo de la sentencia apelada, lo que debe conectarse con la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás normas relativas a la carga de la prueba solicitando el apelante que se establezca el porcentaje del 30% en ambos casos sin extensión a las pagas extraordinarias, y la impugnante que se establezca el 50% para la pensión compensatoria y el 10% para los

hijos. En este sentido son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo, y por ello huelga su cita concreta y específica al ser sobradamente conocidas, las que nos dicen que el recurso de apelación es de los llamados de plena jurisdicción, por lo que permite a la Sala entrar en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en la resolución recurrida, como la revisión de todas aquellas operaciones relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez *a quo* en la sentencia apelada.

Sentado cuanto antecede y habida cuenta de los ingresos del esposo, tal y como se acreditan los mismos en las nóminas que constan a los folios 40 y siguientes de los autos, no cabe duda de que el sistema propuesto por el mismo obedece con más plenitud a la distribución de los porcentajes en ambas pensiones. Efectivamente, el establecimiento de una pensión alimenticia para los dos hijos comunes supondría una mezquindad al no alcanzar apenas para el sustento vital de los mismos, y, por otro lado, ha de conciliarse tanto la cuantía de una como de la otra pensión con aquellas otras cantidades que el esposo ha de satisfacer, como sería el pago de los gastos hipotecarios que grava la vivienda, así como en la posibilidad futura de que el esposo pueda acceder a una nueva propiedad. Asimismo, por lo que se refiere a la cuantía de la pensión compensatoria hemos de tener en cuenta que la edad de la favorecida con ella tampoco es muy elevada, que unos días antes de contestar a la demanda se dio de alta como demandante de empleo y, sobre todo, que la pensión compensatoria no puede entenderse

a modo de renta vitalicia que vaya a percibir de por vida asegurando su subsistencia.

Por todo ello, procede la estimación del motivo y la revocación parcial del fallo de la sentencia apelada en el sentido de establecer el porcentaje de ambas pensiones alimenticia y compensatoria en un 30% de los ingresos del esposo sin computar las pagas extraordinarias.

Estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Everardo y desestimada la impugnación al mismo que formula la representación de doña Valentina y revocada la sentencia apelada en el sentido de atribuir el uso de la vivienda familiar a la esposa e hijos, así como fijar el porcentaje de las pensiones alimenticia y compensatoria en el 30% de los ingresos del esposo, a pesar del principio objetivo del vencimiento regulado en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y habida cuenta de la especialidad del presente procedimiento, no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Los gastos del psicólogo responden al concepto de gasto extraordinario, que tal como ha proclamado esta Sala son aquellos que no tienen periodicidad prefijada. Ahora bien, dichos gastos no tienen carácter de urgencia, dada su naturaleza, por lo que la demandante debió haber obtenido previamente el consentimiento del demandado el cual no consta o, en su defecto, haber obtenido autorización judicial. A mayor abundamiento en las facturas que acompañan a la demanda ejecutiva figuran como pacientes no sólo el hijo sino también la madre y no está deslindada la cuantía que corresponde a cada uno.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 23 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

La dirección letrada de doña Camila se alzó contra la resolución de instancia reclamando su revocación, con estimación de los gastos solicitados por asistencia de psicólogo, mientras que la dirección letrada de don José Enrique pidió la confirmación de la resolución recurrida en todos sus extremos, con expresa imposición de costas a la parte apelante por su temeridad y mala fe.

La cuestión suscitada tiene su origen en la demanda ejecutiva presentada por la representación de doña Camila el día 18 de marzo de 2007 en la que se reclama la cantidad de 3.520,06 euros de principal, de los cuales 3.042 euros eran por trata-

miento psicológico, más 1.173,23 euros calculados para costas e intereses.

Ante dicha demanda el órgano jurisdiccional dio un traslado previo al demandado para que manifestase lo que estimase oportuno por cinco días, el cual no está previsto legalmente y una vez presentadas las alegaciones por esta parte recayó el auto que nos ocupa en el que se acordaba no despa- char ejecución en cuanto al gasto del psicólogo.

Los gastos del psicólogo responden al concepto de gasto extraordinario, que tal como ha proclamado esta Sala son aquellos que no tienen periodicidad prefijada, en cuanto dimanantes de sucesos

de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que los mismos pueden surgir o no, habiendo además de ser vinculados a necesidades que han de cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación en todos los órdenes del alimentista, y ello en contraposición al concepto de lo superfluo o secundario, de lo que, obviamente puede prescindirse, sin menoscabo para el alimentista. Ahora bien dichos gastos no tienen carácter de urgencia, dada su naturaleza, por lo que la demandante debió haber obtenido

previamente el consentimiento del demandado el cual no consta, o en su defecto haber obtenido autorización judicial.

A mayor abundamiento en las facturas que acompañan a la demanda ejecutiva que van del folio 65 al 76 ambos inclusive figuran como pacientes no sólo el hijo sino también la madre y no está deslinada la cuantía que corresponde a cada uno.

En base a todo lo expuesto el recurso de apelación debe ser desestimado.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La decisión personal del padre de formar un nuevo núcleo familiar asociado al nacimiento de un nuevo hijo y la existencia de situaciones diferenciadas entre los hijos no puede considerarse como una variación sustancial de circunstancias.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Amor Martínez Atienza

Sobre la circunstancia de nacimiento de nuevo hijo –acaecido en el año 2007–, se dio respuesta por el Juzgador *a quo* en el fundamento jurídico quinto, con referencia a doctrina de esta Sala.

La parte apelante asume en principio la atribución –con alusión al fundamento jurídico quinto de la sentencia– del carácter esencialmente correcto de lo manifestado sobre el citado particular por el Juzgador *a quo*, si bien, en su trascendencia a otras circunstancias concurrentes, alude a la presunta consagración de discriminación entre los hijos. Decir, sin embargo, que, desconociéndose el alcance último de los posibles ingresos del demandante/apelante –condicionados en parte por el carácter de la actividad profesional del actor–, es lo cierto que, en la existencia de situación diferenciada entre los aludidos hijos en función de sus posibles circunstancias personales, no cabe hablar de la consagración por el Juzgador *a quo* –en el mantenimiento de medidas recepcionadas en resolución judicial firme por la apreciación de inexistencia de variación sustancial de circunstancias– de solución arbitraria en perjuicio de los hijos en el contexto de la genérica imputación al respecto llevada a efecto por la parte apelante.

En dicho contexto no puede configurarse como variación sustancial independiente de la

voluntad de la parte demandante-apelante para la pretendida modificación en el presente proceso de medida complementaria en materia de pensión por alimentos recogida en previo proceso de divorcio, la decisión personal del demandante de conformación de nuevo núcleo familiar asociado al nacimiento de un nuevo hijo del demandante, asumiendo en su caso cargas asociadas a dicha situación. Decisión personal que, adoptada por el demandante en el marco de lo que integraría el libre desarrollo de su vida y personalidad, no obsta sin embargo a la persistencia, en función de lo expuesto, de carga anterior impuesta al demandante en previo proceso de divorcio, no susceptible de modificación por circunstancia absolutamente lícita del demandante pero íntegramente dependiente de su voluntad sin trascendencia para determinar perjuicio en relación a derechos reconocidos en favor de tercero, máxime cuando no se ha acreditado que la contribución en favor de la hija habida en el matrimonio disuelto en previo proceso de divorcio –en su puesta en relación con otras cargas susceptibles de venir siendo asumidas por el apelante– determine la imposibilidad de contribución al mantenimiento de su nuevo hijo, sin necesario establecimiento al efecto de discriminación alguna.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La mejora económica del progenitor custodio no constituye, a salvo de situaciones de demostrada estrechez económica, una condición de automática e indiscriminada aminoración cuantitativa de la aportación alimenticia a cargo del otro, debiendo, por el contrario, repercutir en una más holgada cobertura de las necesidades de los alimentistas.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 13 DE MARZO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

De otro lado, y como viene manteniendo esta Sala, la mejora económica del progenitor custodio no constituye, a salvo de situaciones de demostrada estrechez económica, una condición de automática e indiscriminada aminoración cuantitativa de la aportación alimenticia a cargo del otro, debiendo, por el contrario, repercutir en una más holgada cobertura de las necesidades de los alimentistas.

Así fue tenido en cuenta por los litigantes en el repetido convenio, en el que las posibles actividades laborales remuneradas de la Sra. Gabriela se evaluaron en orden a modificar cuantitativamente la pensión compensatoria establecida a su favor, pero sin repercusión alguna, como bien pudo hacerse, respecto de la obligación alimenticia allí sancionada.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La dificultad de la esposa para incorporarse a la vida laboral después de veintitrés años de convivencia matrimonial, en la que, salvo algún trabajo esporádico, se ha dedicado por completo a la familia y a las tareas domésticas, llevan a considerar arriesgado la fijación de un plazo tan delimitado como el de tres años para el percibo de la pensión compensatoria, considerándose más adecuado el de cinco años.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Pascual Martín Villa

En orden a la pensión compensatoria que en cuantía de doscientos euros mensuales y con una limitación temporal de tres años fue reconocida en favor de la esposa por la sentencia del primer grado, se hace preciso decir que resulta arriesgado en este caso la fijación de un plazo tan delimitado como el de tres años que se contiene en la expresada resolución.

La doctrina del TSJC sobre la fijación del límite temporal de la pensión compensatoria, establece en Sentencias de fecha 4 de marzo de 2002, 21 de junio de 2004 y 24 de febrero de 2005, entre otras, la posibilidad de la fijación de un límite temporal a la pensión compensatoria cuando puedan determinarse todas las circunstancias que se relacionan en el artículo 84 del CF, admitiendo también dicho Tribunal Superior que en el caso contrario, no se fije tal plazo, quedando entonces al devenir de posteriores modificaciones de la situación personal y económica de la persona favorecida.

Como con anterioridad se ha dejado expresado, no puede compartirse el criterio de la Juzgadora de instancia para establecer el límite temporal de la pensión compensatoria en un plazo de tres años, considerando más adecuada —dadas las características del caso— la limitación temporal de cinco años, computados a partir del momento de la sentencia de la primera instancia, pues ha de tenerse en cuenta la dificultad de la esposa para incorporarse a la vida laboral después de veintitrés años de convivencia matrimonial, en la que salvo algún trabajo esporádico, se ha dedicado por completo a la familia y a las tareas domésticas, lo que implica una falta de experiencia profesional que a sus años no hace presumir el que en un plazo tan breve como el de tres años vaya a desaparecer el desequilibrio económico ahora existente; todo ello, sin perjuicio de que si se produjese un cambio de las circunstancias en un futuro anterior a ese límite, pueda el esposo

interesar una modificación o el cese efectivo de lo ahora establecido; por lo que en este concreto

aspecto del límite temporal ha de acogerse el recurso formulado por la esposa.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La demandada carece de ingresos propios por lo que es notorio que concurren los requisitos para fijarle una pensión compensatoria. Las sentencias deben basarse en circunstancias concurrentes y no en futuras aunque haya muchas posibilidades de que vayan a acontecer, por ello no puede tomarse ahora en consideración la futura liquidación de la sociedad de gananciales o la recepción futura, en su caso, por la demandada de los bienes que componen la herencia de su madre.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

Para el análisis de la segunda cuestión suscitada hay que tener en cuenta que el artículo 97 del Código Civil no configura el derecho de pensión compensatoria con carácter automático e indiscriminado, sino sobre la base de la confluencia, imprescindible, de una doble condición comparativa, afectante la primera a la inferioridad en que el cónyuge reclamante se encuentra, a consecuencia de la separación o el divorcio, en relación con su anterior situación en el matrimonio mientras que la segunda hace referencia a la menor capacidad económica de dicho litigante en relación con el superior estatus de su consorte, y que la concesión de la pensión compensatoria no puede ser una medida automática, ni presumirse tampoco la concurrencia de tales requisitos, sino que los mismos han de quedar sometidos a la doctrina general que sobre el *onus probandi* dimana del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ello sin atenuación ni privilegio procesal de clase alguna, habiendo añadido además esta Sala que la determinación de la cuantía de esta pensión está en consonancia con los ingresos del obligado y requiere una ponderación de las necesidades de la persona que tiene derecho a ella.

La demandada carece de ingresos propios por lo que es notorio que concurren los requisitos de la pensión compensatoria, limitándose la contienda a la cuantificación de la misma. Y teniendo en cuenta la duración del matrimonio que se celebró el 22 de octubre de 1968, la edad de la beneficiaria que nació el 15 de septiembre de 1945, que ha estado dedicada exclusivamente a la familia, tal como se

admite en la propia demanda donde se reconoce asimismo que tiene una complicada proyección laboral (folio 11), que tiene reconocido el 11 de mayo de 2007 un grado de minusvalía del 37% por deficiencia del sistema osteoarticular por osteoporosis (documento que obra al folio 304), los ingresos del demandante antes descritos y que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación hay que concluir que la cantidad fijada en concepto de pensión compensatoria no vulnera por exceso los parámetros del artículo 97 del CC.

No consta que la demandada obtenga para sí ingresos procedentes del piso de la calle DIRECCIÓN002 NÚM003, DIRECCIÓN003 o del capital mobiliario de la madre de ésta, que está incapacitada totalmente por sentencia firme de 21 de febrero de 2007, reconociéndose en el recurso de apelación (folio 341) que el piso citado está ocupado por uno de los hijos del matrimonio.

Las sentencias deben basarse en circunstancias concurrentes y no en futuras aunque haya muchas posibilidades de que vayan a acontecer, por ello no puede tomarse ahora en consideración la futura liquidación de la sociedad de gananciales o la recepción futura, en su caso, por la demandada de los bienes que componen la herencia de su madre. A mayor abundamiento la liquidación de la sociedad de gananciales no sirve para reducir la pensión compensatoria dada la distribución igualatoria que hace del haber ganancial.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque la esposa carece de cualificación profesional ello no puede constituirse en un obstáculo para trabajar, máxime si tenemos en cuenta la gran cantidad de población inmigrante actualmente existente en España que desempeña trabajos no cualificados.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Romero Navarro

Ya la Jurisprudencia del TS señaló la posibilidad de fijación temporal en las Sentencias de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, dictadas en interés casacional. En el mismo sentido positivo se ha manifestado luego el legislador, pues la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

La función de la pensión compensatoria no es la de igualar patrimonios o solventar estados de necesidad, ni tampoco es una consecuencia del principio de solidaridad conyugal que fenece con la disolución de vínculo matrimonial, al menos, en el plano de las relaciones horizontales entre cónyuges, subsistiendo únicamente dicha solidaridad y obligación legal con respecto a los hijos comunes. La función de la pensión es la indemnizatoria: indemnizar a uno de los cónyuges por la merma de ingresos desequilibrante para el mismo y consiguiente disminución del nivel de vida que el fracaso del proyecto común llamado matrimonio conlleva, pero todo ello sólo en determinadas circunstancias configuradoras, en una relación causa-efecto, de un daño objetivamente resarcible, irrecuperable por otros medios y perfectamente evaluable. La determinación cuantitativa y temporal ha de establecerse conforme a las circunstancias concretas que concurran en el matrimonio en crisis y que, *ad exemplum*, cita el artículo 97 del Código Civil de una manera abierta sin desdeñar la posible existencia de otras

que puedan ayudar también a la concreción del derecho. Siendo lo cierto que el artículo 101 del Código Civil, que regula la extinción de la pensión, el que determina que la misma se extinguirá cuando cese la causa que la motivó, pudiendo el Juez o Tribunal, en consecuencia, prever que esa cesación tenga lugar por el mero transcurso del tiempo.

En el supuesto que examinamos el matrimonio se celebró el 12 de marzo de 1983 y se decretó la separación el 22 de abril de 2005, habiendo durado unos veintidós años. Al momento de la separación y establecerse la pensión compensatoria la esposa contaba con cuarenta y tres años. Ciertamente carece de cualificación laboral mas ello no es obstáculo para trabajar, piénsese en la población inmigrante actualmente existente en España que desempeña trabajos no cualificados. Teniendo en cuenta, pues, que se trata de una persona aún joven, que puede trabajar y que de hecho trabaja desde el año 2005, así como que la pensión compensatoria como se ha señalado tiene una naturaleza no precisamente alimenticia, máxime tras la disolución del vínculo matrimonial por el divorcio, por lo que atendida la actual redacción del artículo 97 del Código Civil y la naturaleza predominantemente temporal de la compensación, se considera habida cuenta el tiempo de duración del matrimonio fijar la duración de la misma con carácter prudencial en siete años, debiendo finalizar la misma en abril de 2012, que se cobrará inclusive, es decir, siete años en total desde su establecimiento.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se estima la causa de extinción de la pensión compensatoria basada en la convivencia marital de la beneficiaria al quedar acreditado que ésta hacía figurar el teléfono de la persona con la que convive en sus tarjetas profesionales. Por otro lado, es indiferente que dicha relación hubiese cesado al tiempo de celebrarse el juicio y que su duración no hubiera alcanzado el año, ya que en estas circunstancias igualmente concurriría la causa de extinción.

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Benigno Flórez Menéndez

El artículo 101 CC establece que el derecho a la llamada pensión compensatoria se extingue entre otros supuestos por vivir el acreedor maritalmente con otra persona. En el caso presente, la prueba documental y testifical acredita de manera sobrada la convivencia estable de la apelante con un tercero, quien residía de manera permanente en su domicilio (aunque no estuviera empadronado en él) y hacía figurar el teléfono del mismo en sus

tarjetas profesionales. Y aun en el supuesto de que esa relación hubiera cesado al tiempo de celebrarse el juicio y su duración no hubiera alcanzado el año, de aquellas pruebas se deduce que igualmente concurriría la causa extintiva y ya habría producido sus naturales efectos, por lo que la sentencia ha de confirmarse sin otra necesidad que dar por reproducidos sus acertados fundamentos.

CONVENIO REGULADOR

No se aprueban las cláusulas del convenio regulador relativas a la liquidación de la sociedad de gananciales dado que la liquidación del acervo común no consiste en vender los bienes que lo integran a terceros y repartirse el precio obtenido. Por otra parte, hay que resaltar la posible gran dilación temporal de las operaciones previstas en las cláusulas que no han sido aprobadas y la dificultad que podrían acarrear de instarse la ejecución judicial.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 27 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

Con fecha 23 de marzo de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 79 de Madrid se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se aprueban las cláusulas 4.ª y 7.ª parcialmente quedando redactados como sigue:

Se aprueba exclusivamente la cláusula 4.ª en el particular que señala:

“El uso y disfrute del domicilio conyugal, sito en la calle DIRECCIÓN núm. NÚMooo, NÚMoor, y el ajuar familiar ubicado en el mismo, se adjudica a doña Antonia, quien convivirá en el mismo con su hijo menor Alexander. A partir de la firma del presente acuerdo el 50% de los gastos de IBI (contribución urbana), seguro de la vivienda y

demás gastos inherentes a la propiedad serán abonados al 50% por ambos cónyuges.

Los gastos de comunidad y mantenimiento de la vivienda serán sufragados por el cónyuge adjudicatario del uso de la vivienda.”

En cuanto a la cláusula 7.ª se aprueba en los siguientes particulares:

“Los cónyuges proceden a disolver su sociedad de gananciales, y solicitarán del Juzgado que así se acuerde en la Sentencia de divorcio que se dicte aprobando el presente convenio. De los bienes que la componen ha procedido a repartir a su entera satisfacción y por mitad el metálico existente en las cuentas corrientes así como los valores y los planes

de pensiones, sin que tengan nada que reclamarse al respecto.

Los inmuebles que forman parte de la sociedad de gananciales son:

A) El domicilio conyugal sito en la DIRECCIÓN 0000 núm. NÚM 000. NÚM 001. De Madrid, que se corresponde con la finca registral NÚM 002 del Registro de la Propiedad núm. 4.

B) Vivienda señalada con la letra DIRECCIÓN 0001 de la planta primera del bloque señalado con el número NÚM 003 de la calle DIRECCIÓN 0001 de nuevo trazado en la localidad de Soto del Real, que se corresponde con la finca registral NÚM 004 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Colmenar Viejo.

La finca referida en el epígrafe A), se corresponde con el domicilio conyugal.

La finca referida en el epígrafe B), en la actualidad se encuentra alquilada y la renta será empleada para pagar el alquiler de la vivienda a la que se ha trasladado el Sr. Baltasar en base a los pactos establecidos por ambos cónyuges”.

Por último, los comparecientes consideran igualmente bien ganancial el importe correspondiente a la devolución de la declaración de la renta del ejercicio de 2006.»

La dirección letrada de doña Antonia y don Alonso se alzó contra el auto dictado el 23 de marzo de 2007 reclamando su revocación y que se apruebe el convenio regulador de fecha 16 de noviembre de 2006 con las aclaraciones introducidas en los párrafos último de la cláusula cuarta y séptima mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2007.

El convenio regulador es un negocio jurídico de Derecho de Familia que permite la manifestación o plasmación de la autonomía privada y se convierte en la primera fuente de regulación de los efectos o medidas comunes a las crisis matrimoniales por delante de la decisión judicial que sólo opera en defecto de acuerdo de los cónyuges sobre las medidas que deban adoptarse o en caso de no aprobación del mismo, hasta el punto que el artículo 90 del CC implica el reconocimiento de un auténtico contractualismo en el ámbito del derecho de familia (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1987).

Ahora bien la autonomía de la voluntad que se plasma en el convenio tiene unos límites que se pueden sistematizar en los cuatro órdenes siguientes:

1.º En primer lugar, con carácter general, los límites a la autonomía privada de los contratantes que establece el artículo 1255 del CC que son las leyes, la moral o el orden público.

2.º En segundo lugar, los límites impuestos por el principio constitucional de igualdad de los cónyuges (artículo 32.1 CE) y de los hijos (artículo 39.2 CE).

3.º En tercer lugar los límites impuestos por las normas imperativas del CC sobre cada una de las materias que pueden constituir objeto del convenio regulador y que están excluidas del ámbito de la libre disponibilidad de las partes, como las prohibiciones para transigir del artículo 1814 del CC, la irrenunciabilidad e intransmisibilidad del derecho de alimentos (artículo 151 del Código Civil), la proporcionalidad de la prestación alimenticia (artículo 146 del CC) o la irrenunciabilidad e indelegabilidad de la patria potestad.

4.º Y en último lugar, los límites de carácter específico que establece el artículo 90, párrafo 2.º del CC, que impedirán sancionar y homologar fehacientemente aquellos pactos o acuerdos que se estime causan daño a los hijos o grave perjuicio a uno de los cónyuges.

El contenido del convenio regulador, comprensivo de pactos relativos a materias de *ius cogens*, como los atinentes a los hijos menores, y de pactos referidos a materias de derecho dispositivo, impide una caracterización del convenio como algo distinto de un negocio jurídico típico del derecho de familia, abocando al fracaso cualquier intento de reconducir su naturaleza a una de las categorías de negocio jurídico ya existentes. La distinta naturaleza de las materias que integran el contenido mínimo del convenio permite hablar de una doble naturaleza del convenio, en la que priman los aspectos contractuales o los institucionales en función de las concretas materias consideradas sobre las que se suscite la controversia.

La aprobación de las cláusulas cuarta y séptima con las modificaciones introducidas por el escrito de 14 de febrero de 2007 que se pretende por la parte apelante no puede tener favorable acogida porque su contenido excede, de forma notoria, del contenido mínimo del artículo 90 en el extremo concerniente a la liquidación, que consiste en realizar todas las operaciones divisorias del caudal hasta culminar con la adjudicación del dominio de los bienes gananciales a cada uno de los cónyuges en pago del haber que les corresponda en la liquidación. La liquidación del acervo común no consiste en vender los bienes que lo integran a terceros y repartirse el precio obtenido, sino en adjudicar a cada cónyuge los bienes que le correspondan en pago de su haber en la liquidación, sin perjuicio del legítimo derecho de cada uno de los cónyuges para disponer de los bienes que le han sido adjudicados en la liquidación en la forma que estime conveniente.

Por otra parte hay que resaltar la posible gran dilación temporal de las operaciones previstas en las cláusulas cuarta y séptima y la dificultad que podrían acarrear de instarse la ejecución judicial.

CONVENIO REGULADOR

En el convenio regulador en su día suscrito por los litigantes, se acordó que la cantidad que el esposo había de pasar mensualmente por alimentos quedaría compensada con la que su esposa tenía que abonarle, por el exceso que a ésta se le adjudicó en las operaciones liquidatorias del patrimonio ganancial. Pero sobre no constar expresamente en el convenio tal pacto de compensación, es lo cierto que, de ser así, estaríamos ante una cláusula nula de pleno derecho, expresamente prohibida por los artículos 151 y 1814 del Código Civil, en relación con el último inciso del artículo 1255 del mismo texto legal.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 25 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

De la misma manera, la posible compensación de créditos tan sólo viene habilitada, como motivo de oposición, en la hipótesis de ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales (*vid.* artículo 557.1.2.ª), lo que no acaece en el caso examinado, en el que la acción ejecutiva se funda en una sentencia que, conforme previene el artículo 556, tan sólo permite oponer, frente a la ejecución despachada, el pago o cumplimiento, junto con la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos o transacciones que los litigantes hubiesen alcanzado para evitar la ejecución, siempre que los mismos consten en documento público.

Alega la dirección Letrada del Sr. Íñigo que, en el convenio regulador en su día suscrito por los litigantes, se acordó que la cantidad que el mismo había de pasar mensualmente por alimentos que-

daría compensada con la que su esposa tenía que abonarle, por el exceso que a la misma se le adjudicó en las operaciones liquidatorias del patrimonio ganancial. Pero sobre no constar expresamente en el convenio tal pacto de compensación, es lo cierto que, de ser así, estaríamos ante una cláusula nula de pleno derecho, en cuanto expresamente prohibida por los artículos 151 y 1814 del Código Civil, en relación con el último inciso del 1255 del mismo texto legal.

En definitiva, no se ofrecen a nuestra consideración razones hábiles en derecho que permitan amparar la pretensión revocatoria al efecto articulada, lo que no obsta a las acciones que puedan asistir al Sr. Íñigo para la exacción ejecutiva de lo acordado sobre liquidación del régimen económico-matrimonial.

CONVENIO REGULADOR

El título que sirve de base a la demanda presentada no establecía, en modo alguno, las condiciones en que había de procederse a dicha enajenación, limitándose el convenio regulador aprobado por dicha resolución a recoger el pacto de las partes sobre la proyectada operación, pero sin determinar precio, plazo o cualquier otro condicionante de ésta, y sí tan sólo el compromiso de ambos esposos de colaborar en todo lo concerniente a la venta, «sin dificultar la exhibición y muestra de la misma a posibles interesados en la compra». No obstante ello, en el suplico de dicha demanda no se determina la concreta actuación ejecutiva que se postula del Juzgado, limitándose, de forma genérica, a interesar que se aperciba a la demandada para cumplir de inmediato la resolución judicial.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 4 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

De conformidad con el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las sentencias se eje-

cutarán en sus propios términos. Añade el Tribunal Supremo, desde antiguas Sentencias como la de

28 de junio de 1927, que las resoluciones judiciales dirigidas a llevar a efecto una sentencia firme deben ajustarse exactamente a las declaraciones que ésta contenga, cumpliéndolas puntualmente en toda su integridad, sin ampliar ni reducir sus límites, ni hacer declaraciones contrarias o no comprendidas en ella.

El correspondiente procedimiento ejecutivo, a tenor de lo prevenido en los artículos 548 y siguientes de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de iniciarse mediante demanda en la que, conforme al artículo 549 ha de expresarse la tutela ejecutiva que se pretende, en relación con el título ejecutivo que se aduce, lo que, amén del cumplimiento de los demás requisitos específicamente recogidos en dicho precepto, nos lleva necesariamente a los exigidos, con carácter general para toda demanda, en los artículos 399 y 437 del mismo texto legal, según los cuales ha de fijarse con claridad y precisión lo que se pida.

En tal modo se condiciona la respuesta judicial a la pretensión deducida, de conformidad con el principio de congruencia que sanciona el artículo 218 del repetido texto legal, que ha de resultar de la comparación de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos del fallo de la resolución judicial, de tal modo que la misma no puede conceder más de lo pedido en la demanda, ni menos de lo admitido por el demandado, ni otorgar cosa distinta a lo pretendido por una y otra parte (*vid.* SSTs de 20 de mayo de 1985, 20 de noviembre de 1989 y 2 de noviembre de 1993, entre otras muchas).

En el caso examinado, y en lo que concierne a la venta de la vivienda familiar es lo cierto que en el suplico de la demanda rectora del procedimiento tan sólo se contenía un *petitum* genérico, al parecer afectante igualmente a otras medidas acordadas en sentencia, sobre cumplimiento inmediato de la resolución judicial.

Sin embargo, el título que sirve de base a la demanda presentada no establecía, en modo algu-

no, las condiciones en que había de procederse a dicha enajenación, limitándose el convenio regulador aprobado por dicha resolución a recoger el pacto de las partes sobre la proyectada operación, pero sin determinar precio, plazo o cualquier otro condicionante de la misma, y sí tan sólo el compromiso de ambos esposos de colaborar en todo lo concerniente a la venta, «sin dificultar la exhibición y muestra de la misma a posibles interesados en la compra».

En la demanda rectora de este procedimiento se expone que la esposa está impidiendo la venta del mencionado inmueble, aportándose al efecto la comunicación de la inmobiliaria a la que se encargó la gestión pertinente, en la que se hace referencia a la actitud «negativa, entorpecedora y totalmente falta de colaboración» de la Sra. Montserrat. No obstante ello, en el suplico de dicha demanda no se determina la concreta actuación ejecutiva que se postula del Juzgado, limitándose, de forma genérica, a interesar que se aperece a la demandada para cumplir de inmediato la resolución judicial.

Tal inobservancia de ineludibles exigencias procesales, dado el tenor del título ejecutivo, motiva la correcta respuesta del Órgano *a quo*, de conformidad con las previsiones del artículo 218, haciendo saber a la parte la inviabilidad de lo solicitado, al no concretarse en el convenio suscrito por las partes que la enajenación hubiera de ser inmediata, pues no se determina, a tal fin, fecha ni límite.

Cuestión distinta es la relativa a la obligación de facilitar la exhibición y muestra del inmueble a posibles interesados en la compra, tal como se recogió específicamente en el convenio. Sin embargo, y aunque se hace referencia a la misma en la demanda ejecutiva, no se concreta *petitum* específico alguno, a tal fin, en el correspondiente suplico, lo que tampoco se realiza en el trámite del artículo 458 LEC.

CONVENIO REGULADOR

Habiéndose ejercitado una acción de nulidad del convenio regulador que se aprobó por sentencia firme, resulta inadecuado el procedimiento utilizado, quedando a la parte exclusivamente la vía del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo al amparo del motivo previsto en el núm. 4 del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de maquinación fraudulenta. No obstante, se indica por la Sala que no existe un consentimiento viciado dado que el consentimiento existió, fue reiterado y a presencia judicial con asistencia de Letrado, sin que pueda entrarse en el estudio de la naturaleza concreta de los bienes o la valoración de éstos a través de una acción de semejante índole.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Luis Sanabria Parejo

Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de Jerez de la Frontera, en el Juicio Declarativo Ordinario de referencia al margen, se dictó Sentencia de fecha 8 de junio de 2007 cuyo fallo literalmente transcrito dice: «Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Osborne en representación de Regina contra Rubén y en consecuencia declaro la nulidad de la cláusula cuarta del convenio regulador de 1 de julio de 2003 aprobado judicialmente en Sentencia de Separación matrimonial de 5 de diciembre de 2002 dictada por el antiguo juzgado mixto núm. 1 de la localidad en autos 716/2002 y en lo relativo a la inclusión en dicha cláusula de los bienes finca registral NÚMoo0 inscrita en el RP 3 de Jerez de la Frontera al Libro NÚMoo1 tomo NÚMoo2 inscripción NÚMoo3 y finca registral NÚMoo4 inscrita al folio NÚMoo5 del Libro NÚMoo6 tomo NÚMoo7 inscripción NÚMoo8 del RP 3 de Jerez de la Frontera como integrantes del activo ganancial y finalmente adjudicados al Sr. Rubén de restituir a la actora los dos inmuebles indebidamente adjudicados o en su defecto, por imposibilidad jurídica, el valor de los mismos que será determinado en ejecución de sentencia por acuerdo de las partes y en su defecto por perito designado judicialmente y a costa del demandado.

Se condena al demandado al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.

Expídense mandamiento al Registro de la Propiedad núm. 3 de Jerez de la Frontera para constancia registral de lo resuelto.»

Frente a la Sentencia de la primera instancia estimatoria de los pedimentos deducidos por la parte actora se alza en apelación el demandado don Rubén reproduciendo su pretensión de desestimación de la acción ejercitada de nulidad de la cláusula cuarta del Convenio Regulador de Separación Matrimonial suscrito por las partes en

fecha 1 de julio de 2002 y aprobado judicialmente por Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2002.

Como cuestión previa y dadas las vacilaciones de la Juez *a quo* en torno a calificar la acción ejercitada, hemos de tener en cuenta que una somera lectura de la demanda inicial de las actuaciones, tanto por los hechos que se alegan como por lo que expone en el fundamento de derecho sexto al argumentar sobre el «fondo de la cuestión controvertida», no cabe la menor duda de que está ejercitando una acción de nulidad por vicio en el consentimiento basada en el artículo 1262 del Código Civil, y si bien manifiesta textualmente la existencia de un dolo civil (artículos 1269 y 1270 del Código Civil) entendemos que, dada la redacción de la demanda y los términos en que se expresa la misma, más bien estaríamos en presencia de la violencia o intimidación que se regula en los artículos 1267 y 1268 del aludido texto legal.

Sentado cuanto antecede y determinada cuál sea la cuestión controvertida hemos de indicar que respecto a la naturaleza del convenio regulador en los procesos matrimoniales, nuestra jurisprudencia afirma que tiene carácter transaccional sometido a la aprobación judicial, bien entendido que la aprobación del convenio no despoja a éste del carácter que tiene, con manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes, limitándose el Juez a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los progenitores o para el hijo. De esta forma podemos definir el convenio regulador como una transacción sometida a condición y es precisamente esa homologación judicial la que dota al convenio regulador de fuerza ejecutiva, circunstancia en la que coinciden tanto el artículo 90 como el artículo 1816 del Código Civil, e, incluso, al ser aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva.

De otro lado, los procesos matrimoniales se caracterizan, en relación a las medidas judiciales, por un régimen específico de cosa juzgada material caracterizado por su atenuación. Como es sabido, la cosa juzgada, tiene su fundamento en el principio de seguridad jurídica que determina la inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes, con determinadas matizaciones, según lo sea en sentido formal o material, pero evidentemente un principio elemental de justicia hace que el efecto preclusivo de la *res iudicata* no se aplique con carácter absoluto, permitiendo la excepción de su no aplicación cuando en el primer proceso no se hubieren agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño de la sentencia. Puede así mismo, argumentarse la posibilidad de la jurisprudencialmente denominada eficacia temporal de la cosa juzgada cuando por ocurrir con posterioridad en el tiempo hechos análogos a los que sustentaron una acción anterior, se estable un nuevo procedimiento en base a los mismos, a por alteración de factores que crean una causa distinta para una nueva acción. En definitiva, la llamada eficacia atenuada de la cosa juzgada material en los procesos matrimoniales está justificada por el *favor filii* (protección preferente de los intereses de los hijos) y por la vocación de futuro de unos pronunciamientos sobre prestaciones periódicas, y permite puedan modificarse las medidas definitivas de la sentencia de separación en el supuesto de alteración sustancial de las circunstancias.

Ciertamente, el Convenio Regulador no aprobado judicialmente es válido y eficaz como negocio jurídico bilateral, bien que limitado a las materias de libre disposición de las partes con exclusión de las afectantes al interés público, como es todo lo relativo a los hijos menores de edad, debiendo ser tomado en consideración como manifestación de la voluntad de las partes, como negocio jurídico bilateral que obliga a los que a él se someten. Por lo que nada obsta que el convenio no incorporado al proceso pueda ser tomado en consideración en caso de procedimiento matrimonial contradictorio por el Tribunal, como manifestación de la voluntad de las partes sobre las medidas de libre disposición y sin perjuicio que la parte interesada impugne su eficacia negocial por concurrencia de algún motivo de invalidez por vicio de la voluntad o ilicitud del objeto o causa. Sin embargo en el supuesto enjuiciado el Convenio Regulador fue aprobado judicialmente, lo que exige entre otros presupuestos comprobación por el Juez de que los acuerdos contenidos en el Convenio no sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, y determina, como se dijo, la integración del Convenio en la Sentencia que al devenir firme goza de la eficacia material de cosa juzgada, con

las particularidades ya expuestas de la llamada cosa juzgada material atenuada propia de los procesos matrimoniales.

Sentado lo anterior es evidente la inadecuación del procedimiento para solventar la acción de nulidad del Convenio Regulador aprobado judicialmente integrante de la parte dispositiva de una sentencia firme, quedando a la parte exclusivamente la vía del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo al amparo del motivo previsto en el núm. 4 del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de maquinación fraudulenta, en cuanto parece alegar que su consentimiento fue viciado en base a argucias o artificios encaminados a afectar a su voluntad, actuación maliciosa entre el proceso malicioso y la resolución final que genera indefensión.

En definitiva y resumiendo lo anterior, la nulidad del Convenio Regulador aprobado por la correspondiente sentencia judicial puede obtenerse a través de los siguientes medios: 1) la interposición de los recursos correspondientes tanto ordinarios como ordinarios, mas en el supuesto de autos, al parecer, nos encontramos ante una sentencia firme al haber transcurrido los plazos de ejercicio de los mismos; 2) el recurso de revisión que se regula en los artículos 509 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 3) el ejercicio de las acciones de nulidad contractual al amparo de los artículos 1261 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y 4) el ejercicio de las correspondientes acciones de rescisión por lesión en más de la cuarta parte, acción esta que, como bien dice la Juez *a quo* no se ejercita, y además exigiría la prueba de esa dimensión cuantitativa a la que se alude.

Una vez expuesto el régimen jurídico de las posibilidades de obtener la nulidad del Convenio Regulador, y encontrándonos ante el ejercicio de una acción de nulidad por vicios del consentimiento, violencia e intimidación o dolo civil, hemos de estar a las conclusiones a las que, tras el análisis y valoración de la prueba practicada, llega la Juez *a quo* en el último párrafo de la sentencia apelada, argumentando que no existe un consentimiento viciado dado que el consentimiento existió, fue reiterado y a presencia judicial con asistencia de Letrado, sin que pueda entrarse en el estudio de la naturaleza concreta de los bienes o la valoración de los mismos a través de una acción de semejante índole y que es desestimada por la propia Juez *a quo*, y por otro lado, tampoco no encontramos ante un acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte, en la que tampoco podría entrarse en la consideración de la naturaleza privativa o ganancial de los bienes especificados en la demanda inicial de las actuaciones, sino tan sólo en su valoración y la existencia de la lesión sufrida por la parte que habría

de ser superior a dicha cantidad, por todo lo cual procede la estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de don Rubén

y la revocación de fallo de la sentencia apelada en el sentido de desestimar el suplico de la demanda inicial de las actuaciones.

CUESTIONES PROCESALES

La solicitud y denegación efectivas del derecho de asistencia jurídica gratuita no son requisitos imprescindibles para la fijación de las *litis expensas*, sino que bastará para establecerlas con la inexistencia o indisponibilidad inmediata del caudal común y las posibilidades económicas de uno y otro cónyuge, y procederán incluso aunque el desfavorecido haya obtenido el citado beneficio por no haberse computado los bienes del otro.

AP ALICANTE, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 15 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Federico Rodríguez Mira

En segundo lugar, también debe refrendarse la petición de la demandada de que se le reconozca el derecho a *litis expensas*, puesto que, de un lado, no cabe entender, como argumenta el apelante, que al no haber sido postuladas en trámite de medidas provisionales según dispone el artículo 103.3.^a del Código Civil, la interesada haya renunciado claramente a las mismas; cuando es evidente que se trata de una medida económica que, en este caso, ha sido expresamente postulada en vía reconvenicional y no es extraña, en definitiva, a las que el Juez deba adoptar en su sentencia conforme al artículo 91 del citado Cuerpo Legal, sin violentar por ello la previsión del artículo 103.3.^a, donde se vienen a incluir dentro del capítulo de contribución a las cargas del matrimonio.

Por otro lado, de conformidad con el criterio mantenido por esta Sala en Sentencias de 31 de marzo de 2000, 1 de octubre de 2002 y 14 de diciembre de 2005, no puede servir de obstáculo a ello el que la interesada hubiera podido solicitar en su momento el beneficio de asistencia jurídi-

ca gratuita con arreglo a la Ley 1/1996, de 10 de enero. Así lo ha entendido este Tribunal, en recta aplicación del artículo 1318 del Código Civil, en relación con los artículos 3 y 36.4 de la citada Ley, señalando que la solicitud y denegación efectivas del derecho de asistencia jurídica gratuita no son requisitos imprescindibles para la fijación de las *litis expensas*, sino que bastará para establecerlas con la inexistencia o indisponibilidad inmediata del caudal común y las posibilidades económicas de uno y otro cónyuge, y procederán incluso aunque el desfavorecido haya obtenido el citado beneficio por no haberse computado los bienes del otro, sin perjuicio de que una vez reconocidas esté obligado a abonar los honorarios y derechos correspondientes a los profesionales designados de oficio, y éstos a reintegrar las cantidades percibidas con cargo a los fondos públicos por su intervención en el proceso. Por tanto, resulta procedente reconocer a la demandada ese derecho, ante la carencia de recursos propios, con el fin de poder hacer frente a los gastos derivados del presente litigio.

CUESTIONES PROCESALES

La prueba pericial que ha sido sometida a contradicción tiene mayor relevancia probatoria que aquella que simplemente se acompañó a la demanda.

AP CÁDIZ, SEC. 5.^a, AUTO DE 9 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Luis Sanabria Parejo

La motivación del recurso de la apelante se fundamenta en su discrepancia respecto de la valoración de la prueba pericial psicológica verificada en la

primera instancia, manifestando su disconformidad con ella, por lo que, en primer lugar, debe tenerse en cuenta, y recordarse, la constante y reiterada

doctrina jurisprudencial en relación a la cual la existencia de un error en la apreciación de la prueba, como motivo de apelación, sólo podrá prosperar cuando, examinada la resultancia probatoria, las inferencias o conclusiones obtenidas por el juzgador *a quo* sean ilógicas, absurdas o irracionales o cuando haya dejado de considerarse, como prueba objetiva, alguna que las contradiga, y no es esta la situación que se produce en el supuesto enjuiciado, dada la valoración de la prueba efectuada por el Juez *a quo*, que, por otro lado, comparte esta Sala, y por los motivos que se expondrán.

Para un mejor análisis de la cuestión debatida, y con carácter previo, conviene recordar, una vez más, qué criterios deben tenerse en cuenta en orden a la valoración de la prueba pericial, pues, señala en artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que: «El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica», manifestando la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de mayo de 1981 que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones, ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en su mayor o menor fundamentación y razón de esencia, debiendo tener por tanto como prevalentes en principio aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una superior explicación racional, sin olvidar otros criterios auxiliares como el de la mayoría coincidente o el del alejamiento al interés de las partes, no debiendo olvidarse que dicho medio tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador sobre determinadas materias que, por la especificidad de las mismas, requieren unos conocimientos especializados de técnicos en tales materias y de los que, como norma general, carece el órgano enjuiciador, quedando atribuido en favor de Jueces

y Tribunales, en cualquier caso, «valorar» el expresado medio probatorio conforme a las reglas de la «sana crítica», por cuanto que el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene reglas de valoración tasada que se puedan violar, por lo que al no encontrarse normas valorativas de este tipo de prueba en precepto legal alguno, ello implica atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador en cada caso para valorar estas pruebas será hacerlo en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar el resultado judicial cuando éste aparezca ilógico o disparatado.

En el supuesto contemplado en los autos nos encontramos con una prueba pericial psicológica inicialmente presentada (folios 54 y siguientes de las actuaciones) que hay que valorar en relación con otra prueba del mismo carácter realizada por psicólogo (folios 108 y siguientes) y otra realizada por trabajador social (folios 117 y siguientes), siendo estas dos últimas sometidas a los principios de inmediación judicial y contradicción de las partes al ser ratificadas por sus autores en el acta de Juicio Verbal, y en este aspecto la valoración efectuada por el Juez *a quo* es absolutamente consistente y la Sala la da por reproducida, sobre todo cuando, además, hemos de partir de la situación fáctica de la permanencia del menor con el padre desde hace bastante tiempo y que se contempla desde la adopción de las medidas provisionales, por todo lo cual procede la desestimación del recurso y la íntegra confirmación del auto apelado.

CUESTIONES PROCESALES

Teniendo en cuenta que el demandado no tiene su actual residencia en España, debe prevalecer el último de los criterios recogidos en el precepto examinado que, a la vista de las circunstancias concurrentes, evita los inconvenientes de tramitar el procedimiento ante un Juzgado alejado tanto de la residencia del demandado como del domicilio de la actora, aproximando, por el contrario, la Justicia al lugar en que, al menos, ubica su *status* residencial uno de los litigantes.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 14 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Hijas Fernández

El Juzgado de Torrejón de Ardoz declara su propia incompetencia territorial al estimar que de

la demanda se desprende que litigantes tuvieron su último domicilio conyugal en Fuenlabrada, en

tanto que el Juzgado de esta última localidad considera que, al no tener el demandado domicilio ni residencia fijos, la competencia para conocer del procedimiento de divorcio entablado corresponde al Juzgado del actual domicilio de la actora, ubicada en Torrejón de Ardoz.

El conflicto competencial así suscitado debe encontrar respuesta mediante la proyección al caso de las previsiones del artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que determina, con carácter imperativo, la competencia territorial para conocer de los procedimientos matrimoniales conforme a los siguientes criterios, por orden sucesivo:

a) Juzgado correspondiente al domicilio conyugal.

b) De residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, concede al demandante la posibilidad de elegir entre el Juzgado del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado.

c) Para el supuesto de que el demandado no tenga domicilio o residencia fijos, la demanda podrá presentarse en el lugar en que el mismo se halle, o en el de su última residencia, a elección del actor, y si tampoco pudiera determinarse así la competencia, corresponderá ésta al tribunal del domicilio del demandante.

En el supuesto examinado, siendo competentes los tribunales españoles para conocer de la litis de divorcio, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1 del Reglamento núm. 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, dado que la actora tiene su residencia habitual en nuestro país desde más de un año antes de la presentación de la demanda, no ha quedado acreditado, al menos por lo actuado hasta el presente momento, que el demandado tenga su residencia en España, ya que en el escrito rector del procedimiento se refiere

que a doña María no le consta cuál sea el actual domicilio de aquél, precisando, en posterior escrito de 7 de noviembre 2007, que dicho litigante puede ser localizado en Orán (Argentina).

El Juzgado de Torrejón de Ardoz, considera que de la demanda se desprende que el último domicilio del matrimonio radicó en la localidad de Fuenlabrada. Pero es lo cierto que lo único que se refiere en dicho escrito es que, con anterioridad a fijar su actual domicilio en Torrejón de Ardoz, la actora tenía su residencia en Fuenlabrada, pero encontrándose ya separada de hecho de su esposo, no exponiéndose, de modo directo o indirecto, que en esta última localidad radicare del domicilio común de los ahora litigantes, lo que impide, por la vía del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llegar a la convicción en la que se asienta el criterio decisorio excluyente de su competencia territorial, plasmado en el Auto dictado, en fecha 30 de enero de 2008, por el referido Órgano jurisdiccional.

Bajo tales condicionantes, y teniendo en cuenta que, conforme a lo expuesto por la actora, el demandado no tiene su actual residencia en España, debe prevalecer el último de los criterios recogidos en el precepto examinado que, a la vista de las circunstancias concurrentes, evita los inconvenientes de tramitar el procedimiento ante un Juzgado alejado tanto de la residencia del demandado como del domicilio de la actora, aproximando, por el contrario, la Justicia al lugar en que, al menos, ubica su *status* residencial uno de los litigantes.

En consecuencia, el conflicto suscitado debe resolverse declarando la competencia del Juzgado de Torrejón de Ardoz.

CUESTIONES PROCESALES

La entrada en funcionamiento de un juzgado exclusivo de violencia no hace perder la competencia para el conocimiento del procedimiento de separación al Juzgado de Instrucción ante el que se siguen actuaciones penales y que antes sí tenía competencia en materia de violencia de género.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 28 DE MARZO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Paulino Rico Rajo

Contra el Auto dictado en fecha 27 de marzo de 2007 por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de L'Hospitalet de Llobregat, exclusivo de violencia contra la mujer, que acuerda «la inhibición de la demanda de separación de mutuo acuerdo presentada por la Procuradora Sra. Virginia Capllonch Bujosa en nombre y representación de don Pedro Miguel y doña Raquel en favor del Juzgado de Violencia Exclusivo de Violencia sobre la mujer núm. 1 de esta localidad, sin más trámite», interpone recurso de apelación el Ministerio Fiscal que interesa que «se estime el presente recurso revocándose la resolución impugnada en el sentido de entender competente objetivamente para conocer de la demanda civil aludida, al Juzgado de Instrucción núm. 5 de L'Hospitalet».

Y en orden a la resolución sobre cuál de los dos Juzgados es el competente para el conocimiento de la «demanda de separación de mutuo acuerdo» basta tener en cuenta que el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su apartado primero, dispone que «cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral», en cuyo caso, lógicamente, de haberse iniciado la fase del juicio oral, el Juzgado que había iniciado la tramitación seguirá conociendo del asunto.

Y en el caso de autos se da la circunstancia especial de que hasta la creación y entrada en funcionamiento del Juzgado exclusivo de violencia contra la mujer de L'Hospitalet, el Juzgado que venía conociendo de los procedimientos relacionados con dicho tipo de violencia lo era el Juzgado de Instrucción núm. 5, el cual, según se deriva del contenido del escrito de apelación se continúa tramitando procedimiento penal en el Juzgado de Instrucción núm. 5, «siguiéndose la causa contra ambas partes como imputados y perjudicados», según aduce el Ministerio Fiscal, sin que conste que antes de la presentación de la demanda en Decanato hubiera concluido el procedimiento penal, con lo que, conforme a lo dispuesto en el antedicho artículo 49 bis, es dicho Juzgado el competente para conocer del procedimiento ya que el referido precepto legal prevé que «Cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, y verifique la concurrencia de los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente. A los efectos del párrafo anterior, el requerimiento de inhibición se acompañará de testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querella, o de la orden de protección adoptada», con lo que, es lo cierto que, según queda dicho que se deriva del contenido del recurso de apelación, y se infiere también del presentado por los demandantes en el Juzgado, en dicho Juzgado de Instrucción se sigue un procedimiento penal, sin que, por el contrario se siguiera procedimiento penal alguno en el Juzgado de Violencia, exclusivo, contra la mujer de nueva creación, con lo que al deber considerarse que concurren, en el momento de la presentación de la demanda, los requisitos

previstos en el apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en cuanto a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, previstos en el Título V relativo a la Tutela Judicial, que dispone que «tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil» para conocer de, entre otros que señala en el apartado 2, los asuntos «que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar», cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo. b) que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace

referencia el apartado 1.a) del presente artículo. c) que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género. d) que se haya iniciado ante el Juez de Violencia sobre la mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género», sin que el hecho de con posterioridad a la incoación del procedimiento penal hubiera entrado en funcionamiento un Juzgado diferente con competencia exclusiva de violencia sobre la mujer suponga la pérdida de la competencia objetiva que ya tenía atribuida el Juzgado de Instrucción número 5, procede la estimación del recurso de apelación, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el mismo.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

No existiendo requerimiento a la madre por parte del centro escolar ni del progenitor no custodio, el donativo dinerario realizado por el padre al centro académico perteneciente a la entidad eclesiástica no puede entenderse como pago en los términos acordados en el convenio y sancionado en sentencia judicial.

AP MADRID, SEC. 22.^a, AUTO DE 30 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Se resuelve en la primera instancia mandar seguir adelante con la ejecución acordada en los términos dispuestos por el Auto de fecha 26 de febrero de 2007 y condena al ejecutado al pago de las costas del incidente, lo que se estima conforme a derecho y a las circunstancias del caso, si tenemos en cuenta que el ahora recurrente no niega el impago de las cantidades que se reclaman alegando exclusivamente el pago de otros conceptos al colegio de la niña de 7 años de edad al haber nacido el 1 de febrero de 2001.

En efecto el convenio regulador objeto de ejecución estableció que el padre abonaría una pensión de alimentos de 350 euros al mes y se disponía también que la madre se hiciera cargo con esta cantidad de abonar ella los gastos escolares de la hija de ambos.

No existía en los autos una prueba en los términos del artículo 217 de la LEC, que acredite que la madre no había abonado los gastos escolares del colegio de la menor, no existiendo tampoco

ni requerimiento en este sentido de dicho centro escolar ni del progenitor no custodio, siendo así que el donativo dinerario realizado por el padre al centro académico perteneciente a la entidad eclesiástica, que certifica tales extremos al folio 36 y siguientes de los autos, no puede entenderse como pago en los términos acordados en aquel convenio y sancionado en sentencia judicial, y significando en todo caso que las cantidades reclamadas en esta ejecución se refieren o abarcan un período desde marzo de 2006 hasta enero de 2007 en tanto en cuanto dicha certificación acredita que aquellos pagos realizados por el recurrente conciernen al curso escolar 2005-2006, por lo que es evidente que tales motivos de oposición no pueden tener acogida, como tampoco han de tenerla las cantidades relativas al pago de los seguros escolares, y ello por las mismas antedichas razones, motivos todos que determinan en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conducen a confirmar el auto recurrido.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El convenio regulador establece, de forma clara y precisa en su punto D), que los gastos de comunidad del edificio y el IBI serán abonados por ambas partes por mitad iguales. Por lo tanto, y debiendo ejecutarse y cumplirse las sentencias ejecutivas en sus propios términos, ha de confirmarse la resolución recurrida que inició la vía de aprecio contra el esposo.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, AUTO DE 29 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio Morales Mateo

La segunda cuestión objeto de recurso es la relativa a que no procede la reclamación de cuotas de comunidad en la presente ejecución judicial de familia debiendo la ejecutante promover su solicitud en el correspondiente juicio declarativo.

El motivo ha de ser desestimado. El artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que las sentencias han de ser cumplidas en sus propios términos, lo que, en el caso que se enjuicia, representa que por el obligado al pago debe darse fiel cumplimiento al contenido obligacional del convenio regulador aprobado por Sentencia firme de divorcio de 4 de noviembre de 2002. El mencionado convenio establece, de forma clara y precisa

en su punto D) que los gastos de comunidad del edificio y el IBI serán abonados por ambas partes por mitad iguales.

Por lo tanto a los fines de ejecución y ejecutar lo juzgado (artículo 117.2 CE) y debiendo ejecutarse y cumplirse las sentencias ejecutivas en sus propios términos, (artículo 18.2 LOPJ), ha de confirmarse la resolución recurrida. Se alega en el recurso que la aprobación de operaciones divisorias del caudal ganancial no permite que la ejecución pueda extenderse a temas de otro tipo, argumentación que nada tiene que ver con el objeto de *litis*, cual es limitadamente el despacho de ejecución por cantidades debidas en virtud del título que se ejecuta.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En lo que respecta a la pretensión de que las cuantías fijadas en la sentencia se devenguen desde la fecha de la demanda, debe señalarse que tal petición no se solicitó en ésta, ni constituye un efecto que se produzca *ex lege*.

AP ASTURIAS, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don José María Álvarez Seijo

Finalmente, en lo que respecta a la pretensión de que las cuantías fijadas en la recurrida se devenguen desde la fecha de la demanda, debe señalarse que tal petición no se solicitó en la misma, ni constituye un efecto que se produzca *ex lege* y, en principio, al encontrarnos ante un proceso matrimonial, las medidas se adoptan como consecuencia de la declaración de separación o divorcio, el cual se produce en la resolución. Por tanto, y por este solo hecho, no puede acogerse dicha pretensión.

Cierto es que, con respecto a los alimentos, la alimentista es una hija mayor de edad, y en este sentido es sabido que el artículo 93.2 del Código

Civil se remite a los artículos 142 y siguientes (entre ellos el artículo 148 señala como fecha del débito de los alimentos la interposición de la demanda), mas tal remisión debe entenderse, a juicio de esta Sala, en cuanto a la extensión, determinación de la obligación o forma de prestarlos, pero no en cuanto a la fecha de su devengo, sin olvidar de que existe la posibilidad de plantear medidas previas o provisionales con la demanda de separación o divorcio y obtener así una previa resolución cautelar de abono, que posteriormente podrá consolidarse.

En este sentido la Sentencia de 19 de octubre de 2006 de la Audiencia Provincial de Zaragoza señaló

que «El artículo 148 del Código Civil no opera de manera automática en todos los supuestos, debiéndose estar a lo previsto en los artículos 773.5 y 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de tal manera que no habiéndose solicitado medidas provisionales

(artículo 775.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que son los que rigen durante el procedimiento deberá tener efectividad únicamente desde que son acordados por la resolución judicial, por lo que procede confirmar la Sentencia apelada».

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se estima la causa de oposición de falta de legitimación de la madre para solicitar la ejecución por los alimentos debidos a la hija, mayor de edad, en el período comprendido entre agosto de 2006 en adelante, dado que desde aquel momento la hija pasó a residir en compañía de su padre.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, AUTO DE 24 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Javier Antón Guijarro

Distinta suerte merece sin embargo el motivo de apelación basado en la falta de legitimación de la esposa para solicitar la ejecución por los alimentos debidos a la hija Lucía, mayor de edad, en el período comprendido entre agosto 2006 en adelante, dado que desde aquel momento la hija pasó a residir en compañía de su padre. Efectivamente, habiendo reconocido nuestro Alto Tribunal en STS de 24 de abril de 2000 que la legitimación para reclamar alimentos para el hijo mayor de edad también le asiste al progenitor que con él convive, no cabe aceptar la reclamación efectuada por la esposa de los alimentos para su hija Lucía, y ello con independencia de que esta nueva situación de convivencia no haya sido reconocida mediante resolución judicial, como así lo pretende la parte

apelada, pues tratándose de una hija mayor de edad no cabe disponer judicialmente acerca de su custodia. A ello se une que en caso contrario resultaría paradójico que se estuviera reclamando alimentos para una hija a la que no le puede ser destinada tal prestación precisamente porque se encuentra viviendo bajo el techo del alimentante. Es por todo ello que debe ser estimada la oposición en este extremo y por tanto reducido el despacho de ejecución correspondiente al año 2006 en 44,58 euros, y al año 2007 en 495 euros (1.320,08 por esa anualidad menos 825,05 euros que admite el apelante), lo que supone un total a reducir de 539,58 euros, quedando reducido el principal por el que se despachó ejecución a 10.051,66 euros.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La realidad de la lesión y su verdadera importancia, en orden a la aplicación del artículo 1074 del CC, pasa por calcular en primer término el valor verdadero de todos los bienes incurso en el mismo, en segundo lugar la cuota o fracción correspondiente a cada consorte, a razón de la mitad, y en tercer y último lugar el valor real de las cosas que se adjudicaron en pago de dicha cuota.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosa María Fernández Núñez

El pronunciamiento del juzgado ha de ser mantenido por sus propios y acertados fundamentos que

esta Sala comparte y no aparecen en modo alguno desvirtuados por las alegaciones del recurrente.

Ciertamente, limitado el recurso a la acción rescisoria por lesión de la liquidación y adjudicación de bienes correspondientes a la extinta sociedad de gananciales integrada por el actor y ahora disidente don Luis Pablo y la interpelada doña Nieves, hoy apelada, partición operada por convenio regulador otorgado por los meritados cónyuges el 10 de junio de 2002, aprobado por la Sentencia de separación de 15 de julio de 2002, dictada en trámite de mutuo acuerdo por el propio Juzgado *a quo*, núm. Dos de los de Algeciras, entendemos que el pronunciamiento desestimatorio de la rescisión interesada es por completo conforme a derecho, asumiendo la Sala cuanto se razona en el particular a lo largo de los fundamentos jurídicos Tercero y Cuarto del fallo apelado, al matizar el principio de igualdad cuantitativa resaltando el de autonomía de la voluntad y ausencia de una apreciable desproporcionalidad entre las atribuciones respectivas; sin desdeñar, en fin, la singular naturaleza de los pactos conyugales, que aún no exceptuados del régimen de impugnación de los contratos, al acceder al proceso matrimonial y ser ratificados a presencia judicial gozan de especial vigor y solvencia.

Por lo demás, en la medida en que insiste el Sr. Luis Pablo en la rescisión del reparto, siguiendo constante y reiterada jurisprudencia dictada en aplicación del artículo 1074 del Código Civil y concordantes, cumple añadir que:

A) Para que proceda la rescisión de las particiones se requiere la existencia de una lesión económica superior a la cuarta parte, cuya prueba incumbe a quien la afirme (Sentencias de 17 de enero y 21 de marzo de 1985, 18 de mayo y 8 de julio de 1992); no puede darse lugar a ella si no se prueba, ni tan siquiera se alega como es preciso, numéricamente, el importe de la lesión que se aduce atendiendo al valor de los bienes cuando fueran adjudicados; es más, la sentencia que declara la lesión habrá de manifestar su importe exacto a fin de que el demandado pueda hacer uso de la opción que le ofrece el artículo 1077 (Sentencia de 25 de febrero de 1980).

B) La declaración sobre la realidad de la lesión y que ésta haya sido en más de una cuarta parte, al ser una cuestión de hecho, corresponde a los tribunales de instancia (Sentencias de 24 de noviembre de 1960 y 25 de febrero de 1969). Y puesto que la rescisión de las operaciones particionales por lesión económica superior a la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, según dispone el artículo 1074 del Código Civil, descansa sobre la base de que el agravio en tal cuantía se haya efectivamente originado, obviamente exigirá la reconstrucción del acervo hereditario en su valor real referido a la época que el precepto señala, ponderado el cual, si lo adjudicado al coheredero en pago de su cuota no alcanza a cubrir el *quantum*

de las tres cuartas partes de lo que le corresponde recibir con arreglo al efectivo valor de los bienes que componen la herencia, es claro que la lesión supera el cuarto del valor de la totalidad del lote, que es el que importa (Sentencias de 16 de noviembre de 1955, 24 de noviembre de 1960), bien entendido que la averiguación del menoscabo y su importancia constituyen cuestiones de hecho, necesitadas de ordinario de prueba pericial y libremente apreciables por el Tribunal de Instancia (Sentencias de 11 de abril de 1959, 25 de febrero de 1980 y la de 21 de marzo de 1985, en que las anteriores se citan).

Y, C) La rescisión de que tratamos, contemplada en el artículo 1074 del Código Civil, es plenamente aplicable a la liquidación del régimen económico-matrimonial, no sólo por la expresa remisión que el artículo 1410 hace a las normas de la partición y liquidación de herencia, sino además porque el mismo artículo 1291.5.^a admite la rescisión por lesión en «cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley» como es el caso del citado artículo 1074 (STS de 11 de junio de 1983); procede aunque la liquidación se hiciera en convenio regulador de separación o divorcio y fuere aprobado judicialmente (Sentencia de 26 de enero de 1993) ya que la aprobación judicial no despoja al convenio regulador de su carácter de negocio jurídico, limitándose a homologarlo pero sin examinar su posible corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias; y provoca que el partícipe beneficiado pueda hacer uso del derecho de opción que confiere el artículo 1077 (Sentencia de 7 de noviembre de 1990).

Sentadas tales premisas jurídicas y en su cumplida aplicación al supuesto de autos, que ahora reclama la atención de la Sala, la conclusión adelantada se abre paso sin dificultad.

Y ello en primer lugar porque el criterio que preside la liquidación, libremente adoptado por los otorgantes, no se ajusta exactamente a las pautas de alarde y reparto sobre las que opera la sanción rescisoria de que tratamos, pues se produce la atribución de la vivienda a la esposa, con reintegro al esposo de la mitad de lo hasta entonces abonado por ella y de la mitad del importe del mobiliario y menaje, asumiendo la esposa el gravamen hipotecario, con total relevo del Sr. Luis Pablo, sin perjuicio del futuro reintegro de la plusvalía o revalorización de la finca, todo ello en términos que por su formalidad, asesoramiento y ratificación judicial y corroboraciones posteriores excusan de mayores comentarios.

Pero es que además, situados en el ámbito propio para la operatividad del instituto analizado, la conclusión desestimatoria analizada subsistiría incólume, porque al incidir actor y ahora recurrente

don Luis Pablo en la falta de equidad y agravio acusado por la liquidación de bienes y obligaciones de la sociedad conyugal, se basa en una lectura sesgada e incompleta de las estipulaciones sexta, séptima y octava del Convenio Regulador de la Separación, en que los cónyuges, debidamente ilustrados, liquidan convencionalmente la sociedad de gananciales, señalando –en definitiva– que a doña Nieves se le adjudicó la vivienda, valorada en 104.229,64 euros, el mobiliario y ajuar doméstico asumiendo al propio tiempo el préstamo hipotecario que a la sazón pesaba sobre la finca, cuyo saldo representaba 32.594,36 euros, de modo que el importe de los bienes recibidos en pago de su haber representa 71.705,28 euros; y don Luis Pablo, por su parte, obtiene bienes por total montante de 25.808,31 euros, saldo que –según la demanda rectora– se nutre de 31.553,14 euros, correspondientes, en teoría a la mitad de la vivienda; 1.502,03 euros, correspondientes al mobiliario que según el convenio quedaría en el hogar familiar; el vehículo valorado (según las tablas de valoración emitidas anualmente por el Ministerio de Hacienda) en 2.574 euros; y los dos préstamos personales, por importe total a la fecha del convenio de 9.820,86 euros (*vid.* Hecho Sexto de la demanda, folios 10 y 11). Por lo demás, en el escueto recurso, coloca nuevamente el acento en las cifras de 71.705,28 euros y 25.808,31 euros para insistir en que, resulta evidente el perjuicio económico tachando de abstracta e infundada la sentencia, que absteniéndose de efectuar los correspondientes cálculos, niega la desproporcionalidad entre ambos lotes y, en definitiva, la rescisión de las operaciones particionales practicadas.

Basta con detenernos en tales asertos para advertir el erróneo e infructuoso discurso de la parte, que parece sugerir un déficit de 45.896,97 euros –la diferencia resultante entre los 71.705,28 euros a que asciende el lote de la demandada Sra. Nieves y los 25.808,31 euros del propio– cual si el valor de todos los bienes gananciales en liza supusiera al tiempo de las objetadas atribuciones la suma de 97.513,39 euros (71.705,28 + 25.808,31).

Y es que el sencillo mecanismo que permite objetivar la realidad de la lesión y su verdadera importancia en orden a la aplicación del artículo 1074 del Código Civil, esto es, si la suma atribuida

al demandante es inferior en más de la cuarta parte de la cantidad que representa su cuota respecto del valor total del acervo ganancial, pasa como es sabido por calcular en primer término el valor verdadero de todos los bienes incurso en el mismo, en segundo lugar la cuota o fracción correspondiente a cada consorte, a razón de la mitad o 50%, y en tercero y último lugar el valor real de las cosas que se adjudicaron en pago de dicha cuota. Y siguiendo estos pasos, a partir de los propios datos sobre los bienes y cargas del consorcio, exteriorizados en los pactos conyugales y en la propia demanda, el criterio adoptado por el actor y ahora apelante no puede ser habido en consideración.

Así, los bienes conyugales se contraen a la vivienda unifamiliar sita en la Avenida de la Diputación núm. 1 de Algeciras, valorada al tiempo de la partición en 104.299,64 euros; el mobiliario y ajuar doméstico de dicha vivienda, a razón de 3.005,06 euros; y un vehículo Ford-Fiesta, CA-4666-AG, valorado en 2.574 euros (total 109.878,7 euros). El pasivo de la sociedad se concretaba en 32.594,36 euros a que ascendiera el principal –no se computan los intereses– del préstamo hipotecario constituido sobre la vivienda conyugal; y sendos préstamos personales concertados con Unicaja por total importe de 9.820,86 euros (42.415,22). La diferencia entre activo y pasivo asciende, pues a 67.463,48 euros; la cuota correspondiente a cada uno de los cónyuges a 33.731,74 euros (67.463,48 : 2); y la lesión de la cuarta parte relevante a los efectos de que tratamos 8.432,93 euros (33.731,74 : 4). En esta perspectiva, habiendo recibido el Sr. Luis Pablo en pago de su haber la suma total de 25.808,31 euros, es visto que la diferencia entre su cuota –33.731,74– y los bienes recibidos en pago de la misma –los meritados 25.808,31 euros– se sitúa en 7.823,43 euros, sin alcanzar, por tanto, la lesión la cuarta parte exigida para operar la rescisión de las operaciones realizadas.

En cualquiera de las perspectivas, pues, debe claudicar el recurso, y procede la imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte apelante, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1 de la Ley Procesal Civil.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La ganancialidad del bien no puede deducirse de la fe pública derivada de la inscripción pues en ésta no figura que la titularidad de la finca sea ganancial sino antes al contrario que la titularidad de la misma corresponde al esposo el cual está casado bajo el régimen de gananciales, por lo que para llegar a la conclusión que pretende la apelante es necesario determinar si existe en las actuaciones prueba que desvirtúe la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC y la respuesta es afirmativa pues ésta no discute que la construcción de la primera planta se hizo por el marido antes de contraer matrimonio.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier José Morales Mirat

En segundo término muestra su disconformidad con el hecho de haberse considerado en la sentencia, como privativa, la primera planta construida sobre el solar que según dicha sentencia se dice ser ganancial. Señala la recurrente que durante el matrimonio la totalidad de la finca se inscribió como ganancial en virtud de expediente de dominio instado por ambas partes por lo que la presunción derivada de la inscripción en el Registro debe mantenerse al no haberse destruido por prueba alguna en contra, afectando dicha presunción a la totalidad de la finca, no debiendo incluirse en el inventario de la sociedad el importe actualizado de la construcción de dicha planta por cuanto la misma fue aportada por el contrario a dicha sociedad de gananciales, solicitando se deje sin efecto lo dispuesto en el fundamento de derecho tercero.

El motivo no puede tampoco admitirse y ello por cuanto la recurrente parte de una premisa errónea cual es que la finca figura inscrita en el Registro como bien ganancial, lo que no es cierto pues lo que figura en el Registro como inscrito, según certificado emitido por el Sr. Registrador en el apartado relativo a la titularidad de la finca es que «Según la inscripción NÚM005 de fecha 12 de diciembre de 1998, al folio NÚM001, del libro NÚM002 del término municipal de la finca, Tomo NÚM003 del Archivo, la totalidad de esta finca figura inscrita a favor de don Álvaro, casado con doña Luisa, con ganancial; en virtud de testimonio literal del auto que dicta el 27 de octubre de 1998, el Juzgado de Primera Instancia Numero Siete de los de San Bartolomé de Tirajana, subsanado mediante diligencia de adhesión de 3 de diciembre de 1998». La

ganancialidad del bien no puede deducirse, como señala la apelante, de la fe pública derivada de la inscripción pues en ésta no figura que la titularidad de la finca sea ganancial sino antes al contrario que la titularidad de la misma corresponde a Álvaro en cual está casado bajo el régimen de gananciales, por lo que para llegar a la conclusión que pretende la apelante es necesario determinar si existe en las actuaciones prueba que desvirtúe la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC y la respuesta es afirmativa pues ésta no discute que la construcción de la primera planta se hizo por el marido antes de contraer matrimonio luego es claro que, al menos, cuando se construyó dicha planta el terreno sobre el que se levantó la misma no pertenecía a la sociedad de gananciales, al menos por el hecho de que la misma aún no había nacido, luego al constituirse la misma, mediante el matrimonio, ni el solar ni la primera planta podrían pertenecer a la sociedad de gananciales, cierto es que pueden plantearse dudas sobre si el solar es propiedad del marido, pues al haber manifestado que dicho solar le fue donado por sus padres no consta en las actuaciones que la donación se haya hecho en escritura pública, pero ello no debe llevar indefectiblemente a considerar que dicho solar sea ganancial dado que la nulidad de la donación, en su caso, revertiría la propiedad del mismo a su legítimo propietario que en todo caso no sería la sociedad de gananciales la cual ninguna prueba aportó, antes al contrario ni siquiera lo menciona, de haber adquirido dicho solar, por ello y no dándose el presupuesto establecido en el artículo 1359 CC para considerar que la planta primera se construyó sobre terreno de la sociedad el motivo debe ser rechazado.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Respecto a la cuestión planteada por la opositora al recurso, esto es, la no inclusión de la totalidad de las cantidades abonadas por el recurrente dado que sobre él pesaba, al menos, el pago de la mitad del crédito hipotecario, ésta no puede acogerse y ello por cuanto la deuda no era, como erróneamente señala la opositora, del marido sino de la sociedad de gananciales y el pago se hizo por éste con dinero privativo por lo que será acreedor de dicha suma y frente a la extinta sociedad.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier José Morales Mirat

Respecto a la primera cuestión planteada por la opositora al recurso, esto es la no inclusión de la totalidad de las cantidades abonadas por el recurrente dado que sobre él pesaba, al menos, el pago de la mitad del crédito hipotecario, la misma no puede acogerse y ello por cuanto la deuda no era, como erróneamente señala la opositora del marido sino de la sociedad de gananciales y el pago se hizo por éste, con dinero privativo por lo que será acreedor de dicha suma y frente a la sociedad extinta lo cual tendrá su repercusión una vez se liquida la misma, y en cuanto a la cuantificación del crédito señalar que el inventario, de cualquier modo, consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio, de modo que si éste está integrado por elementos tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios —como ha sucedido en el caso examinado en el segundo moti-

vo del recurso— debe procederse, dentro del inventario, a la determinación del importe de dichos créditos, cuentas o depósitos, pues ello deviene imprescindible para la identificación del bien. Otra cosa distinta es la valoración de bienes, cual es el caso de los inmuebles, que a efectos de formación de inventario son identificables sin necesidad de que se establezca su valor, siendo ésta una cuestión que debe plantearse en una fase posterior a la de inventario, que no es otra que la de avalúo, por ello y no discutiéndose el importe abonado por el recurrente ascendente a la suma de 8.057,14 euros en el período comprendido entre el 1 de octubre de 1905 al 4 de diciembre de 2006, dicha suma debería figurar en el pasivo de la sociedad así como las cargas que éste vaya haciendo hasta la liquidación de dicha sociedad.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El hecho de dictarse auto de medidas provisionales no implica que los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales deba retrotraerse a dicha fecha.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier José Morales Mirat

Varias son las partidas del inventario con las cuales la apelante manifiesta su disconformidad haciéndose necesario, para dar respuesta a varias de las planteadas determinar en qué momento se debe entender que la sociedad de gananciales ha quedado disuelta, teniendo presente que caben dos opciones, bien la fecha de la sentencia de separación bien la efectiva separación de hecho porque es doctrina reiterada (que recuerdan entre otras

las SS del Tribunal Supremo de fechas 27 de enero de 1998 EDJ 1998/16 y 11 de octubre de 1999 EDJ 1999/32569) que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges, por lo que una vez rota no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no se contribuyó pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso

de derecho, pero ello debe obedecer a una separación fáctica, seria, prolongada y acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia.

De la sentencia de instancia parece deducirse, pues a dicha fecha les anuda las consecuencias correspondientes de la disolución de la sociedad, que la fecha a tener presente es la correspondiente al dictado del auto de medidas provisionales, lo que tuvo lugar en febrero de 2001, fecha esta con la que se muestra de acuerdo el apelado, sin embargo la misma no puede tomarse en consideración dado que la Sentencia de separación es de fecha 16 de abril de 2002 y ninguna prueba existe, ni siquiera

se alega, que permita deducir que al momento de producirse la crisis matrimonial los cónyuges mantuvieran economías separadas lo que permitiría deducir que la comunidad existente entre ellos había cesado, es más, el único argumento del que podría deducirse tal consecuencia es el hecho de haberse dictado en el mes de febrero de 2001 auto de medidas hecho este insuficiente para deducir el efecto pretendido pues ello implicaría que siempre que se dictase Auto de Medidas habría que retrotraer la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales a ese momento, y eso no es lo que ha querido el legislador ni el TS que en su voluntad correctora de los dictados del Código Civil en el artículo 1392.3 del Código sustantivo, ha querido atender a supuestos de efectiva existencia de economías separadas a la fecha de la separación o divorcio judiciales.

REGÍMENES ECONÓMICOS

A la sentencia de formación del inventario que quedó firme al no interponerse recurso de apelación no le es aplicable el artículo 787.5 de la LEC, que sí lo es en cambio a la que pone fin a este proceso de liquidación.

AP VALENCIA, SEC. 10.^a, SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina

La demandada interpone recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 8 de Valencia el día 3 de diciembre de 2007, que desestimó la oposición formulada por la recurrente y aprobó el cuaderno particional de 28 de mayo de 2007.

Para resolver el presente recurso debe partirse necesariamente de la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Requena el día 6 de octubre de 2000, confirmada por la de esta sección de 29 de marzo de 2001, que incluyó la vivienda sita en la calle del DIRECCIÓN 000 número NÚM000, de Valencia, en el activo de la sociedad de gananciales y determinó el valor de la mencionada vivienda a los efectos de la liquidación

del régimen económico; este pronunciamiento no fue recurrido por la demandada, y, en consecuencia, ganó la firmeza. A esta sentencia de formación del inventario, no le es aplicable el artículo 787.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sí lo es en cambio a la que pone fin a este proceso de liquidación; por ello, no puede ahora, en el momento de la liquidación pretender asignar otro valor a dicho bien, pues tal cosa supondría infringir la fuerza de cosa juzgada de la sentencia que determinó el inventario, de acuerdo con los artículos 222 y 809.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que se haría además prescindiendo del valor que se ha asignado a los demás bienes comprendidos en la liquidación. Procede por ello la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Es necesaria la concurrencia personal de los cónyuges a la comparecencia de liquidación en la que se trata de conformar su voluntad u obtener su aquiescencia en orden a una solución pactada a la liquidación. Dicha necesidad no se satisface con la presencia del Procurador, menos aun cuando su intervención delata que la poderdante conoce cabalmente el señalamiento y sus exigencias, hasta el punto de impartir las instrucciones concretas que trata de hacer valer ante el fedatario.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, AUTO DE 22 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosa María Fernández Núñez

El pronunciamiento del juzgado ha de ser mantenido por sus propios y acertados fundamentos que esta Sala comparte y no aparecen desvirtuados por las alegaciones de la disidente doña María Purificación.

Ciertamente, divorciados los litigantes doña María Purificación y su esposo don Romeo, y habiendo adquirido firmeza la sentencia por la que se aprueba el inventario de bienes pertenecientes a la extinta sociedad conyugal, promueve el Sr. Romeo la liquidación, acompañando su solicitud de la oportuna propuesta, y admitida a trámite, por providencia de 18 de octubre de 2007 se señala la comparecencia ante el Fedatario Judicial, ordenando citar a los interesados a través de sus respectivas representaciones procesales, bajo la admonición de comparecer personalmente al objeto de alcanzar un acuerdo y, en su defecto, designar contador y peritos para llevar a cabo las operaciones divisorias. Cumplimentada la diligencia con el Procurador don Juan Carlos Gómez Jiménez —de que se había valido doña María Purificación en los pleitos matrimoniales e inventario ganancial seguidos ante el propio juzgado— llegados el día y hora señalados, 9 de noviembre de 2007, comparecen —amén del actor, con su Procurador y Letrado— el Procurador Sr. Gómez Jiménez en representación de la Sra. María Purificación, quien no comparece personalmente aún habiendo sido advertida al efecto» (Sic). Denunciada que fuera la situación e interesando el letrado de la parte demandante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 810.4 de la Ley Procesal Civil, el Procurador Sr. Gómez Jiménez manifiesta que no ha podido asistir su representada personalmente, pero que ha recibido instrucciones de ésta de oponerse a la propuesta presentada de contrario, por lo que se interesa el nombramiento de contador y peritos.

Sentadas tales premisas, la solución adoptada por el juzgador, dictando auto por el que en aplicación de la precitada norma procesal se aprueba de plano la liquidación formulada por el Sr. Romeo

es por completo conforme a derecho y ha de ser confirmada.

Y es que dirigida primera y prioritariamente la comparecencia de los cónyuges ante el Secretario Judicial prevenida en el apartado 3 del artículo 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al objeto de alcanzar un acuerdo y sólo en su defecto al nombramiento de los profesionales correspondientes para la efectividad de la división y adjudicación, la necesidad de concurrencia personal al acto que trata precisamente de conformar su voluntad u obtener su aquiescencia en orden a una solución pactada a la liquidación pendiente se abre paso sin dificultad. Y exteriorizado sin ambages el requisito mediante la notificación de la providencia judicial por la que se ordena la convocatoria y se cita a las partes a través de sus representantes procesales, es evidente que no se satisface con la presencia interpuesta del Procurador, menos aun cuando su intervención delata que la poderdante conoce cabalmente el señalamiento y sus exigencias, hasta el punto de impartir las instrucciones concretas que trata de hacer valer ante el Fedatario, eludiendo —por lo demás— la oportunidad convencional, de modo las tachas y objeciones que vertebran el recurso de la interpelada a partir del acto de comunicación entendido con el Procurador, deben necesariamente claudicar a la luz de lo dispuesto en el artículo 166.2 de la Ley Procesal, que purga los posibles vicios de la diligencia y le confiere plena eficacia, cuando la persona notificada, citada, emplazada o requerida se hubiera dado por enterada en el asunto sin denunciar su nulidad en un primer momento ante el órgano judicial.

En todo caso, aún prescindiendo de la obligada concurrencia personal y de la mayor o menor idoneidad de la fórmula adoptada en la convocatoria, lo cierto y verdad es que la presencia del Procurador de doña María Purificación, sin intentar siquiera excusar a ésta, enunciando el motivo o acontecimiento que hubiere impedido su asistencia, avala clara y cumplidamente la solución

adoptada ex artículo 810.4 de la Ley, no ya porque para conjurarla, necesariamente ha de mediar causa justificada de la incomparecencia o desentendimiento del llamamiento judicial; sino además porque el solo concurso del Procurador de la parte, sin asistencia letrada, en un procedimiento como el presente no exceptuado de postulación técnica, mediante Abogado y Procurador, cual resulta de lo dispuesto en los artículos 23.2 y 31.2 de la Ley Rituaria, es por completo ineficaz, de modo que la comparecencia será por medio de procurador legalmente autorizado para actuar en el tribunal

que conozca del caso (punto 1 del artículo 23), y los contendientes serán dirigidos obligatoriamente por letrados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto, sin que pueda proveerse ninguna solicitud que no llene tales requerimientos, así que en cualquiera de las alternativas dialécticas barajadas el recurso debe claudicar, con total confirmación de la resolución pronunciada, como al principio se adelantaba y se dirá en la parte dispositiva, procediendo la imposición de costas a la parte apelante (artículo 398.1 de la Ley).

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

El momento en el que se declara la situación de desamparo es el que hay que tener en cuenta para ponderar las circunstancias fácticas que evidencien si se han cumplido los deberes inherentes a la patria potestad.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Ángel Luis Sanabria Parejo

Frente a la sentencia desestimatoria de la oposición se alza la apelante alegando su dirección jurídica en el escrito de interposición del mismo que consta unido a las actuaciones una errónea apreciación de la prueba practicada por el Juez *a quo* en lo referente a las circunstancias personales de la apelante a la hora de evaluar si estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad, lo que debe conectarse con la infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás normas relativas a la carga de la prueba. En este sentido son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo, y por ello huelga su cita concreta y específica al ser sobradamente conocidas, las que nos dicen que el recurso de apelación es de los llamados de plena jurisdicción, por lo que permite a la Sala entrar en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en la resolución recurrida, como la revisión de todas aquellas operaciones relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez *a quo* en la sentencia apelada.

Centrado el debate en los expuestos términos, lo primero que debe resaltarse es que el presente juicio tiene por objeto simplemente estudiar si los padres biológicos del menor han de prestar

el consentimiento a la adopción de su hijo o por el contrario basta con que sean simplemente oídos, cuestión que debe discernirse, cuando no nos consta sentencia firme que les haya privado de la patria potestad, en el juicio contradictorio regulado en el artículo 781 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme ordena el artículo 177.2.2.º del Código Civil, debiendo decidirse la controversia atendiendo a si la madre y apelante pudiera estar incurso en causa de privación de la patria potestad.

Esta última ponderación requiere tener presente tres ideas fundamentales siendo la primera de ellas que la patria potestad se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un conjunto de derechos y deberes que la Ley confiere e impone a los padres para con sus hijos no emancipados en beneficio de éstos con una finalidad esencialmente tuitiva, habiendo exigido por dicha razón que su privación requiere la concurrencia de circunstancias gravemente perjudiciales para los hijos, suficientemente acreditadas, de tal suerte que su supresión en abstracto sea beneficiosa para ellos, no cabiendo imponerla a los progenitores como censura o sanción por el incumplimiento de tales deberes. La privación de la patria potestad se torna en un instrumento útil de tutela de los hijos menores en evitación de que, quien no se siente vinculado a ellos y actúa con total apatía, pueda

inmiscuirse en su vida y perturbar su formación integral y, en definitiva, en el desarrollo pleno de su personalidad, participando en su educación y en la toma de decisiones que por su envergadura y trascendencia exigen verdadera implicación, garantía que se cumple cuando la relación paterno-filial se sustenta en vínculos afectivos sólidos nacidos del contacto cotidiano.

En segundo lugar y a hilo de lo anteriormente expuesto, en materia de acogimiento y adopción, como en general todas las relativas a intereses de menores, la posición preferente es la del menor afectado, el *favor filii*, cuyo interés se halla en el centro de gravedad de las resoluciones judiciales que se adopten, siendo innecesario, por notorio, fundamentar jurídicamente este principio. La Ley Orgánica 1/1996, de 16 de enero, de Protección Jurídica del Menor se inspira en diversos Convenios y Tratados Internacionales tales como La Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (Convenio ratificado por España el 30 de noviembre de 1990) y Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0772/92), contiene una serie de principios que se pueden sintetizar en la prevalencia del interés del menor frente a todos los demás que entren en juego. A tenor de lo dispuesto en el artículo 172 del Código Civil «se considera como situación de desamparo, la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material», de manera que el desamparo ha de considerarse, en primer lugar, como una situación fáctica querida o no en la que se encuentran los menores y que se caracteriza, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias, y ello determina, por ministerio de la Ley, la tutela automática de dichos menores por parte de la entidad pública a quien en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores, e implica por ende, la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera corresponder, a sus padres naturales o biológicos.

Y aun cuando se ha reiterado doctrinal y jurisprudencialmente que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés

del menor, sin desconocer, empero, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 39.1 de nuestra Constitución, por lo que se hace necesario estimar que la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación.

Y, finalmente, en tercer lugar que el referente temporal en que ha de ponderarse la concurrencia de las circunstancias fácticas que evidencian si se han cumplido los deberes inherentes a la patria potestad y, por ende, si los padres biológicos están o no incurso en la privación de la patria potestad es aquél en el que se decreta el desamparo. La jurisprudencia se inclina decididamente por el momento en que se produce la declaración de desamparo, punto de partida de la ulterior decisión de darlo en adopción, si bien es cierto que alguna Audiencia Provincial entiende que debe prevalecer la situación actual, el de tramitación del expediente de adopción, argumentando que, de no ser así, el juicio de valor que esta decisión requiere devendría superfluo dado que la propia declaración de desamparo lleva implícito un comportamiento por parte de los padres que implica una valoración negativa sobre el ejercicio de sus derechos inherentes a la patria potestad, y por tanto se produciría un automatismo no querido obviamente por el legislador a la hora del expediente de adopción. Sin embargo, no podemos compartir dicho criterio por dos razones, porque difícilmente puede valorarse el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad en un momento en que los padres ya no lo ejercen ni pueden ejercerlo al haber sido sustituidos en esas funciones por la entidad pública tras la declaración de desamparo y porque las situaciones de desamparo no siempre son imputables a los progenitores.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La dirección letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida pide que se deniegue la adopción del menor y alega que no ha podido estudiar la idoneidad o no de los adoptantes, ni proponer prueba ni participar en la práctica de diligencia alguna, pero tal alegación debe ser desestimada ya que dicha valoración corresponde exclusivamente al tribunal.

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 23 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La dirección letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida pide que se deniegue la adopción del menor Juan Alberto y alega que no ha podido estudiar la idoneidad o no de los adoptantes, ni proponer prueba ni participar en la práctica de diligencia alguna.

Por su parte la letrado de la Comisión de Tutela del Menor pide se ratifique el auto y alega que ha existido otro procedimiento señalando que la recurrente puede en el referido procedimiento acreditar que no estaba incurso en causa de privación de la patria potestad.

Se resuelve en la primera instancia constituir la adopción del menor Juan Alberto por don Tomás y doña Elena, disponiendo que en lo sucesivo ostentará como primer apellido el de Tomás y como segundo apellido el de Elena, acordando también la entrega de testimonios para la inscripción de la adopción en el registro civil correspondiente.

Hay que señalar al respecto la aplicación del artículo 176 del CC, según el cual «la adopción se constituye por resolución judicial que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad».

Continúa disponiendo el citado precepto que para iniciar el expediente de adopción es necesaria

la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta. No obstante no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurren una serie de circunstancias que la norma señala.

Y como quiera que en el presente procedimiento han prestado su consentimiento o asentimiento las personas a que hace mención el siguiente artículo del CC, valorando que quienes aparecen como adoptantes según la propuesta de la comisión de tutela del menor reúnen aquellos requisitos de idoneidad teniendo en cuenta el beneficio del menor y examinando los antecedentes del caso y en especial el contenido de la resolución que dictó esta misma Sala, en fecha 30 de mayo de 2006 que confirmaba la dictada en la primera instancia a su vez declarando a la madre biológica del menor, incurso en causa de privación de la patria potestad, se está en el caso de confirmar el auto recurrido desestimando así el recurso planteado, sin que por otra parte se aprecie infracción de garantías constitucionales o quebranto de la normativa procesal todo ello en los términos del artículo 24 de la CE, por cuanto si bien escueta y parca la resolución apelada cubre las exigencias de motivación que proclama la doctrina del TC.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Frente a la denegación del certificado de idoneidad por motivación inadecuada e idealización del proyecto, lo cierto es que los recurrentes se casaron en el año 1980, no se les conoce crisis de pareja alguna durante los más de treinta años de matrimonio, tienen en la actualidad alrededor de 52 años él y 50 años ella, han sido y son padres de dos hijos, de alrededor de 25 y 21 años de edad que conviven en el mismo domicilio junto a la abuela materna. En consecuencia, procede declararles idóneos para la adopción.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

Establece el artículo 176 del Código Civil que la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. Es en base a ese interés y a la convicción de que, en su superior interés, ha de ser valorada la idoneidad de quien solicita su patria potestad, a través del proyecto adoptivo, en base a lo que se procede a revisar la declaración administrativa de declarar a los solicitantes inidóneos, con la también convicción de que de no serlo no se estará privando a un menor de esa alternativa sino a los solicitantes de ese concreto proyecto, pues aquél puede alcanzar ese mismo estatus de entre otros padres con idéntico proyecto.

Pues bien, para resolver el delicado problema de la idoneidad o no de unas personas para poder ser padres adoptivos, de acuerdo con el artículo 176 del Código Civil, es necesario hacer una ponderada apreciación de las circunstancias del caso que evite tanto abrir las puertas de esta forma de filiación a personas que no reúnen las condiciones idóneas para ello, como la frustración de las legítimas aspiraciones de ser padre o madre, —encuadrable en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la Constitución—, y del propio éxito de una adopción, que podría verse abortada por un enjuiciamiento excesivamente riguroso de las peculiaridades de los seres humanos.

Pues bien, realizando esa ponderación hay que partir de los obstáculos contenidos en los informes en los que fundamenta la administración su declaración de inidoneidad. Y a este respecto dichos informes sociales que sirvieron de base a la resolución administrativa, y que vienen a ser ratificados por el informe elaborado en sede judicial por el equipo sicosocial adscrito a los Juzgados de familia, que fundamentó la resolución desestimatoria judicial, consideran que existe falta de motivación

o resulta inadecuada la motivación de la adopción por priorizar expectativas personales, derivadas del vacío de la independencia de sus hijos biológicos, e idealización del proyecto adoptivo, a la que hay que añadir la diferencia generacional con los propios hijos de la pareja. Respecto de esto último no puede hoy conforme al artículo 3 del Código Civil interpretarse esa diferencia generacional entre padres y hermanos por nacimiento de hijos habida cuenta de cada vez más demorarse ésta en la sociedad actual.

Más frente a dichas opiniones —motivación inadecuada e idealización del proyecto— lo cierto es que los recurrentes se casaron en el año 1980, no se les conoce crisis de pareja alguna durante los más de treinta años de matrimonio, tienen en la actualidad alrededor de 52 años él y 50 años ella, han sido y son padres de dos hijos, de alrededor de 25 y 21 años de edad que conviven en el mismo domicilio junto a la abuela materna. Según informes de la propia Generalitat, el núcleo de convivencia es favorable a la adopción y la actitud ante el proyecto adoptivo es muy positiva. El matrimonio cuenta con una amplia red social y familiar y gozan de buena salud. Por otro lado, han dado pruebas de haber sabido ser padres y no puede predecirse que el proyecto adoptivo pueda frustrarse por inadecuada motivación. Si la filiación adoptiva tiende a parecerse y debe ser tratada como la biológica no puede excluirse de una paternidad adoptiva a padres que con respecto a sus hijos biológicos se han comportado como tales.

La inexistencia de condiciones objetivas excluyentes de su capacidad para ser de nuevo padres, junto con el resto de las conclusiones contenidas en el informe sicosocial, que para la Sala no pueden ser interpretadas como tales, determinan la estimación del recurso de apelación al que se ha adherido la representación del Ministerio Fiscal.

FILIACIÓN

En un procedimiento de reclamación de paternidad, el demandado cuestiona el resultado de la prueba biológica señalando que se debieron realizar también pruebas de contraste con sus hermanos que igualmente podrían ser los padres de la menor, pero dicha alegación no puede ser atendida.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Guillermo Sacristán Represa

La sentencia que impugna el demandado, don Juan Francisco, estima en parte la demanda de doña Julia, declarando que el demandado es padre biológico de la menor registrada como Sara, condenándole al abono, en concepto de alimentos, de 550 euros mensuales.

El recurso del condenado critica que no se hayan realizado pruebas de contraste con los hermanos del demandado, así como la declaración como no pertinentes de determinadas preguntas dirigidas a éstos. Discute al mismo tiempo la cuantía de los alimentos, considerando que se ha fijado con error en la valoración de la prueba. La actora, a su vez, también impugna la cantidad establecida como alimentos, y reproduce su inicial petición de 900 euros mensuales.

Ni qué decir tiene que la primera crítica que dirige el recurso a la sentencia no puede admitirse. Cualquier procedimiento de filiación, como es natural, se dirige contra una persona determinada, precisamente aquella a quien se considera padre o madre, y a quien se pretende se declare como tal. No sólo no es posible, como se alude en el escrito del recurso con cierta frivolidad, «pruebas de contraste con los hermanos», sino que la afirmación también contenida en el mismo en relación con que «los elementos que se toman para determinar la filiación serán similares en todos los casos», es

absolutamente acientífica. Lo cierto y verdad es que la huella genética es única y exclusiva de cada individuo, y diferenciada respecto de los restantes. Tan sólo existe un caso en el que el patrón de ADN es el mismo en dos individuos, se trata de los gemelos univitelinos, los que proceden del mismo óvulo fecundado por un único espermatozoide. Pero puesto que no existe tal en el caso sometido a enjuiciamiento, la afirmación que se realiza y la consideración de «ligereza» en la valoración del resultado de la prueba biológica, se presenta como extemporánea y que no debe ser tomada en consideración.

La prueba practicada dio el siguiente resultado: «Los valores obtenidos de Probabilidad de Paternidad ($W=99.99997\%$) y de Índice de Paternidad ($IP=4.859.2312.1$) se encuentran en el rango considerado por K. Hummel y otros como «Paternidad Prácticamente Probada»» (folio 127). Si se tiene en cuenta que el demandado al oponerse a la demanda no rechaza la existencia de relaciones sexuales con la actora, si bien sí que se produjeran en el año 1999, la consecuencia de dicha prueba de ADN deja las cosas suficientemente claras en el sentido de que la paternidad está acreditada con el grado y porcentaje que permite una conclusión sin excesivas dudas, motivo por el cual el primer motivo del recurso debe decaer.

FILIACIÓN

La exclusión de las funciones de la patria potestad se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión.

AP ALICANTE, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Dolores López Garre

Contra la sentencia estimatoria de la demanda de reclamación de filiación paterna extramatrimonial,

se alza la parte actora, alegando en primer lugar la omisión que contiene la sentencia en relación con

la exclusión de la patria potestad y demás funciones tuitivas respecto de la menor, así como no ostentar derechos respecto del hijo o sus descendientes, o sus herencias y el hijo no ostentará el apellido del progenitor, conforme al artículo 111.2.º del CC. Al haber solicitado la actora este pedimento en el suplico de la demanda, y haberse opuesto al demandado al reconocimiento de la menor, siendo declarada judicialmente la filiación.

El STS de 2 de febrero de 1999 (RJ1999/746) ha considerado que la exclusión se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión, bien que, como no podrá ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso.

No se diga que la solución que surge de esta interpretación legal perjudica al menor, cuyo inte-

rés debe ser siempre prevalente, puesto que la exclusión del ejercicio no equivale a privación; basta leer el artículo 111 cuando concluye que sobre los padres excluidos del ejercicio «quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos, «y con el cumplimiento de tales deberes y el ejercicio materno de la patria potestad, queda cubierto el interés preponderante del menor; amén de que las restricciones podrán cesar, como también prevé el citado artículo 111».

Consecuencia de los razonamientos anteriores es la estimación del motivo primero del recurso, pues la parte actora realizó su petición en el suplico de la demanda, y no fue atendida por el juzgador de instancia, dándose los requisitos que prevé el artículo 111 del CC para la exclusión de la patria potestad del demandado y demás funciones tuitivas.

FILIACIÓN

Si bien es cierto que no existió reconvencción expresa, por parte de la demandada, en orden a su pretensión de adopción de medidas personales y económicas sobre la menor cuya paternidad se reclama, no es menos cierto que no se aprecia indefensión alguna, ni infracción del derecho de tutela judicial efectiva que ampara al apelante, pues, por un lado, ha tenido plena capacidad de intervención y alegación frente a las peticiones formuladas y ha podido emitir sus conclusiones.

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Ramón Romero Navarro

Si bien es cierto que no existió reconvencción expresa, por parte de la demandada, en orden a su pretensión de adopción de medidas personales y económicas sobre la menor cuya paternidad se reclama, no es menos cierto que no se aprecia indefensión alguna, ni infracción del derecho de tutela judicial efectiva que ampara al apelante, pues, por un lado, ha tenido plena capacidad de intervención y alegación frente a las peticiones formuladas, ha podido emitir sus conclusiones, con plenitud de *cognitio* sin que la resolución adoptada por la Juez sea intempestiva y novedosa; y, en fin, es que principio de economía procesal hace innecesario tener que plantear un nuevo procedimiento para discutir y decidir sobre lo que ya se ha podido discutir en este proceso, máxime cuando las normas de Derecho de Familia, en un sentido amplio y también estricto, que no sólo engloba los procesos matrimoniales y de filiación matrimonial, sino también los procesos

de reclamación y negación de paternidad y de filiación, son de derecho cogente, como lo demuestra la protección constitucional de los hijos (artículo 39 CE) y la regulación de las consecuencias de la paternidad reconocida y de la filiación declarada (artículos 159, 160, 142, 143 y 146 y concordantes del CC) igualmente, las normas procesales (artículos 748 y ss. de la LEC), vienen a demostrar que este tipo de procedimientos no están sometidos estrictamente a los principios dispositivos y de aportación de parte, lo que permite un cierto margen de actuación *ex officio* al juzgador, por lo que, en fin, el hecho de que no se haya formulado una demanda formal de reconvencción, en ninguna manera ha causado indefensión al ahora apelante.

La congruencia exige únicamente que haya conformidad entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas por las partes, lo cual aparece aquí cumplido, no siendo preciso para que la

misma exista una rígida y absoluta acomodación entre las solicitudes de las partes y el fallo, sin que pueda articularse dicho vicio cuando la regulación

establecida de la atribución de la guarda y custodia y el régimen de visitas y estancias no es sino consecuencia legal de la paternidad declarada.

UNIONES DE HECHO

Se trata de una unión de hecho que no llega a convivir ni siquiera dos años y antes de transcurrir seis meses desde el nacimiento del hijo sus progenitores suscriben un acuerdo al que dan forma de acta de manifestaciones ante Notario y en dicha acta se hacen constar las circunstancias personales de los comparecientes y respecto al actor un domicilio que resulta ser distinto del que fuera familiar, por lo que no procede atribuirle el uso de la vivienda.

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Manzana Laguarda

La segunda cuestión impugnada es la atribución de la vivienda a la progenitora y a su hijo; vivienda que es de titularidad privativa del recurrente. Pues bien, son datos necesarios para resolver la cuestión planteada, por un lado el que se trata de una unión de hecho que no llega a convivir ni siquiera dos años, bien se tomen las fechas ofrecidas por el actor –sensiblemente inferiores– bien se tomen las ofrecidas por la demandada –sensiblemente superiores, considerándose acreditado al ser manifestación de ambos ante Notario, el que aquella unión duró desde el mes de junio de 2005 hasta enero de 2006. En segundo lugar, que fruto de esa unión nace Alberto el 31 de agosto de 2005, y antes de transcurrir seis meses desde su nacimiento, sus progenitores suscriben un acuerdo al que dan forma de acta de manifestaciones ante Notario de Valencia don José Antonio de Otegui Tellería, en fecha 16 de febrero de 2006 y número de su protocolo 673. En tercer lugar, que en dicha acta se hace constar de los comparecientes, sus circunstancias personales y un domicilio que resulta ser distinto, y en concreto, el que fuera familiar se designa como domicilio del actor. En tercer lugar, que en dicha acta se manifiesta que cada uno de ellos ha fijado su propio domicilio siendo el que consta en la presente comparecencia. En cuarto lugar, también se manifiesta en la estipulación primera el que ambos progenitores se comprometen a notificarse mutuamente sus cambios de domicilio a fin de garantizar la perfecta comunicación con su hijo. En quinto lugar, no se hace alusión alguna al que fuera domicilio familiar, y, en consecuencia, no se atribuye un uso distinto del que resulte de las reglas ordinarias de propiedad. En sexto lugar, en abril de 2007 se insta la presente demanda, siendo contestada por la demandada en junio de 2007 en el sentido de solicitar se le atribuya a ella el domicilio que fuera familiar.

El Juzgador de instancia ha aplicado el criterio contenido en el artículo 96 del Código Civil consistente en atribuir la vivienda a la madre e hijo por constituir el interés más necesitado de protección. El argumento es impecable, pero la Sala considera que la concurrencia de los datos antes consignados, y sobretodo el pretenderse año después de haber firmado ese documento la recuperación de una vivienda que, sin duda, al tiempo de la ruptura pudo responder a perseverar el interés del menor, es ir más allá de lo pretendido por el legislador al establecer como criterio preponderante para la atribución de su uso la atribución de la custodia. Y es que, en efecto, el acuerdo homologado por el Juez acerca del uso de la vivienda puede alterar como dice el mencionado precepto ese criterio de atribución. De lo que, por lo menos, se infiere que el legislador admite excepciones a la automática asignación. Y ello es porque la atribución de la vivienda por razón de los hijos no es sólo una medida económica –proveer al menor de una habitación–, sino que se trata fundamentalmente, y sobre todo cuando éstos alcanzan determinada edad, de mantener a los menores en su entorno habitual donde existen relaciones de vecindad y convivencia entre ellos y la gente que los rodea, intentando que la ruptura de sus padres les afecte lo menos posible. En el presente caso con la atribución del uso de la vivienda solicitado no se está preservando más que el derecho del menor a una habitación, no a que esa habitación concreta fue la que un día tuvo, pues desde hace ya tiempo ya no vive en esa vivienda, por ello y sobre todo por la conflictividad que puede generar en los padres, a repercutir sobre el menor, en base a un interés que es protegible de otra forma, se está en el caso de hacer coincidir la titularidad de la vivienda con su uso, sin perjuicio de la procedencia de reclamar las

cantidades que hayan sido invertidas en su adquisición por parte de la demandada o de los objetos de su propiedad que en ella se encuentren.

En la medida en que ha de proveerse de ese derecho de habitación al menor, y atendidos los

ingresos del recurrente, se está en el caso de oficio y sin que ello suponga quebranto alguno de los principios que prohíben la *reformatio in peius* o dispositivos propios del proceso civil, a incrementar la cuantía de la pensión en la suma de cuatrocientos euros mensuales.

UNIONES DE HECHO

En una pareja de hecho, se consideran que los desembolsos realizados para la compra del inmueble tienen carácter común habida cuenta que ambos contribuyeron al pago del precio, una parte antes del inicio de la convivencia y otra una vez iniciada ésta, sin que pueda considerarse que el conviviente abonó más cantidad porque los pagos del préstamo hipotecario se hiciesen desde su cuenta bancaria, ya que los gastos que generó la convivencia se atendían con el dinero de la cuenta bancaria de la conviviente.

AP MÁLAGA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Joaquín Ignacio Delgado Baena

Por la representación procesal de don Humberto, se presentó recurso de apelación alegando que había existido error en la valoración de la prueba, ya que no ha resultado acreditado pago alguno, excepto el para gastos lúdicos, por parte de la Sra. Elisa, no concurriendo además los requisitos para que la relación entre las partes sea considerada como *more uxorio*.

Por todo lo expuesto solicita que se revoque la sentencia recurrida y se dicte otra conforme a lo solicitado en el escrito de recurso.

Por la representación procesal de doña Elisa, se presentó escrito de apelación alegando que no procede condenar a la recurrente al no haber existido mora, ni al pago de intereses legales desde el momento que puso a disposición del acreedor la cantidad reclamada, por lo que procede la desestimación de la demanda, y la imposición de las costas procesales causadas a la parte actora.

Por la representación procesal de doña Elisa se presentó escrito de oposición al recurso planteado de contrario, impugnando todas las alegaciones contenidas en el mismo, y solicitando la confirmación de la resolución recurrida por entender que la misma es ajustada a derecho.

Analizando las alegaciones de la primera parte recurrente se observa que en primer lugar solicita la nulidad del contrato de compraventa de fecha 14 de septiembre de 2002, en el sentido de que se declare que el único comprador fue don Humberto, siendo inexistente la situación de condominio respecto de doña Elisa. Y en segundo lugar, con carácter

subsidiario, se condene a la demandada a abonar al actor la mitad de las cantidades desembolsadas, al haber satisfecho el mismo la totalidad de las cantidades pagadas. En el citado contrato el actor y la demandada adquirirían, en estado de solteros, una vivienda, junto a una plaza de garaje, por un precio de 217.959,02 euros, pagándose 21.795,89 euros por los compradores al momento de suscribir el contrato, estando gravado el inmueble con una hipoteca por importe de 162.960 euros. Que en el mes de julio de 2003 aproximadamente las partes rompen su relación sentimental y a su vez, la convivencia en común que mantenían desde aproximadamente dos años antes. Pues bien *a priori* el contrato firmado reúne todos los requisitos legales para que sea válido, no pudiendo considerarse el contrato nulo ya que como reconoce la jurisprudencia, la fiducia parte del presupuesto de la atribución patrimonial que el fiduciante lleva a cabo de cosa o derecho de su propiedad en favor del fiduciario (propietario sólo formal), para la finalidad que ambos pactan y cuando la misma se cumple el fiduciante, por retransmisión, recobra lo cedido (Sentencias de 5 de julio de 1993, 15 de octubre de 1993, 22 de febrero de 1995, 2 de diciembre de 1996 y 4 de julio de 1998). Si bien es cierto que entre el negocio fiduciario y el afectado de simulación relativa (artículo 1276 del Código Civil), existe convergencia en cuanto a la discordancia que presentan entre las voluntades declaradas y las internas (Sentencia de 15 de junio de 1999), tampoco concurre aquí situación de simulación relativa, que se da cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o

disimulado, el que ha de reunir todos los requisitos legales para reputarse válido y entre ellos que se dé causa verdadera y lícita y las condiciones formales precisas y de exigencia.

Pues bien en el caso de autos el contrato es válido y ha resultado acreditado que las partes llevaban 8 años de novios, que después estuvieron aproximadamente dos años de vida en común, que su intención era contraer matrimonio, y, como aparece reconocido por todas las partes, con tal intención compraron los inmuebles, para vivir en él como matrimonio, recogiendo la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005 el resumen de la doctrina jurisprudencial, declarando que la unión de hecho se rige primordialmente por la voluntad de los convivientes y, en consecuencia, los efectos que produzca la ruptura de la unión «serán efectos jurídicos derivados o propios de la institución que en cada caso proceda y no precisamente del matrimonio. Así, en la actualidad es frecuente la adquisición de vivienda en proindiviso, incluso por personas que piensan contraer matrimonio en un futuro más o menos próximo, y en tal caso lo procedente será aplicar las reglas de la disolución de la comunidad de bienes o “división de la cosa común”, según los artículos 400 y siguientes del Código Civil». En consecuencia, la demostración de una voluntad expresa o tácita de los convivientes de hacer comunes todos o alguno de los bienes adquiridos durante la convivencia puede determinar la existencia de una comunidad en sentido jurídico, en concordancia con nuestra jurisprudencia más reciente sobre la naturaleza y efectos de las uniones de hecho, la jurisprudencia más reciente de esta Sala, en cuanto ésta, en la sentencia indicada, ha destacado que «la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio –Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 y la 222/1992, por todas–, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huírse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación

comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad».

El Juez de Instancia llegó a la conclusión de que la compraventa de los inmuebles objeto de este proceso tienen su causa en la aportación económica de ambos convivientes para contribuir a los gastos comunes y obtener una vivienda familiar, ya que ambas partes reconocen que sus respectivos padres les dieron dinero en metálico para realizar la reserva y compra de la casa, testimonio refrendado por éstos que declararon como testigos, si bien no queda reflejo documental fehaciente de dichas aportaciones, al haberlas realizado en metálico a sus respectivos hijos (según sus propias declaraciones). Por otra parte también consta que, durante el período de vida en común, aunque los pagos de las cuotas de la hipoteca de la casa iban a la cuenta del actor, también consta que los gastos de la casa iban a la cuenta que la demandada tenía abierta en la entidad la Caixa núm. NÚMooo, donde no sólo se cargaban gastos lúdicos, como pretende la parte actora, sino que se observa que existen también gastos domésticos y extracciones de dinero en el cajero, constando en la documental aportada en esta alzada, que efectivamente el actor tenía tarjeta de la citada cuenta, y por lo tanto podía disponer de cantidades pertenecientes a la misma. Por lo tanto y, siguiendo con el criterio marcado, por la citada Sentencia de 12 de septiembre de 2005, según la cual, para apreciar la existencia de enriquecimiento injusto a raíz de la disolución de la unión, «Habrà que estar (...) a la existencia de pactos, promesas o la creación y el sostenimiento de situaciones *de facto* de las que, por la vía de los *facta concludentia* se pueda deducir que hubo ese proyecto de vida en común y que se ha producido lo que se denomina la “pérdida de oportunidad”, que sería, aquí, el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de “empleo-ramiento” que ha de calificar el desequilibrio». Produciéndose en el caso de autos ese desequilibrio que ha llevado a la Juez de Instancia a considerar comunes todos los desembolsos realizados desde la adquisición de los inmuebles hasta el cese de la convivencia, no pudiendo entenderse como exclusivos de uno u otro.

UNIONES DE HECHO

Los pleitos entablados entre los convivientes sin hijos comunes litigando acerca de las consecuencias económicas derivadas de su ruptura deberán ventilarse en el juicio declarativo que corresponda ante el Juzgado de Primera Instancia.

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª, AUTO DE 8 DE ABRIL DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Javier Antón Guijarro

Versa la presente cuestión negativa de competencia objetiva por actos de violencia sobre la mujer (artículo 49 bis LEC) en determinar si el Juzgado de Violencia sobre la Mujer es competente en el orden civil para conocer de una demanda como la presente en que se reclama por doña Natalia frente a su compañero don Felipe una pensión vitalicia de 1.500 euros mensuales como compensación a la atención y dedicación a las tareas domésticas y de la familia durante el tiempo de 11 años que se prolongó la convivencia *more uxorio*, así como una indemnización de 120.000 euros por el perjuicio que para ella se deriva de la ruptura de la relación y el enriquecimiento injusto para su pareja con aprovechamiento del trabajo y del esfuerzo de la demandante. Partimos para ello de la regulación que la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha dado al artículo 87 ter de la LOPJ y más concretamente del enunciado de las materias del orden civil contenidas en su núm. 2 y que se atribuyen al conocimiento exclusivo y excluyente de tales órganos cuando además concurren simultáneamente los requisitos recogidos en su núm. 3. Entre las materias civiles se recoge con una deficiente técnica legislativa en el apartado d) del núm. 2 «Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar», precepto que según el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo permite acoger, en una interpretación amplia o extensiva, la demanda que aquí nos ocupa, mientras que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Oviedo entiende, por el contrario, que tratándose de una norma que es reproducción de la empleada por el artículo 748 LEC únicamente resultará aplicable a los procedimientos relativos a medidas provisionales, coetáneas o definitivas – propias de los procesos de separación o divorcio– a adoptar o a modificar, en su caso, en los supuestos en que exista o haya existido una «relación matrimonial», pero no así cuando se trate de una pareja de hecho.

La cuestión de competencia planteada admite ciertamente diversas interpretaciones. Así se ha defendido desde algunos sectores la llamada inter-

pretación amplia o extensiva de las competencias civiles introducidas por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en el artículo 87 ter LOPJ, y más concretamente del término «familiar» a que alude el apartado d) del núm. 2 del 87 ter. Cabe señalar primeramente que en su Exposición de Motivos ya se dice que «El ámbito de la Ley abarca tanto (...), como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia», a lo que se añade el criterio sentado por la STS de 17 de junio de 2003 al establecer que «Las uniones *more uxorio*, cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos –constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial– han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio». Esta visión amplia del concepto jurídico de familia llevaría a entender que aun cuando el litigio se redujera a las relaciones económicas entre adultos, sin hijos menores, le seguiría siendo aplicable el repetido apartado d) referido a los asuntos «que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar» y que se convertiría de esta forma en una suerte de regla de competencia residual. Éste es además el criterio seguido por la Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, elaborada por el Consejo General del Poder Judicial, por la Circular núm. 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, y asimismo fue asumido en el encuentro celebrado entre Jueces de Familia, Secretarios judiciales, Fiscales y Abogados celebrado en la sede del CGPJ los días 23 a 25 de noviembre de 2005.

Entiende no obstante esta Sala que no parece ser ése el espíritu de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, pues no puede desconocerse el *iter* parlamentario seguido hasta su aprobación, en cuanto que antecedente legislativo autorizado por el artículo 3.1 Código Civil como uno de los criterios hermenéuticos, y que en dicha tramitación parlamentaria fueron expresamente rechazadas aquellas enmiendas que proponían ampliar las

competencias civiles a «los procedimientos que versen sobre derechos entre uniones estables de pareja» y no sólo a los que «versen sobre la guarda y custodia de hijos menores». Se suma a lo anterior un criterio lógico, pues de admitir la interpretación del término «familiar» que emplea el apartado d) del artículo 87 ter.2 LOPJ como comprensivo de cualquier unión, de hecho o de derecho, carecería de todo sentido que el apartado e) de la norma se refiera seguidamente a los asuntos «que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e

hijas menores», pues su mención parece destinada precisamente a albergar la única pretensión posible ante los Juzgados de Violencia entre los integrantes de parejas de hecho. En definitiva, las razones apuntadas conducen a entender que el legislador ha utilizado en el apartado d) del artículo 87 ter.2 LOPJ un concepto de familia restringido a las uniones matrimoniales, por lo que los pleitos entablados entre los convivientes sin hijos comunes litigando acerca de las consecuencias económicas derivadas de su ruptura deberán ventilarse en el juicio declarativo que corresponda ante el Juzgado de Primera Instancia.

CUESTIONES PENALES

Aunque el Juzgado de lo Penal la condenó a un año de prisión se absuelve a una madre del delito de desobediencia al no apreciarse la existencia del síndrome de alienación parental.

AP VIZCAYA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 2008

Ponente: Ilma. Sra. doña Nekane San Miguel Bergaretxe

De estos razonamientos se deduce que la sentencia de instancia valora la alegación de «ausencia de dolo» en el comportamiento de la mujer condenada, descartándola.

Este elemento del injusto ha sido definido de múltiples maneras y desde diversas perspectivas filosóficas, pero básicamente implica la presencia incontestada de una conducta realizada voluntariamente por el sujeto al que se le atribuye, y, además, a sabiendas de su ilicitud. En la sentencia de instancia se considera a la Sra. X culpable de un acto típico, antijurídico y no justificado. No se considera causa de justificación ni de exención de culpabilidad esa especie de estado de necesidad exculpante que la misma alega, y que supone que ante el conflicto que se le plantea, opte por respetar la voluntad de su hijo adolescente. La sentencia (y las acusaciones, previa y obviamente) consideran que a la acusada le era exigible que obedeciera la orden del juzgado, obligando a su hijo a ejecutar un acto que X no deseaba; sin embargo, la percepción va más allá, puesto que se descarta absolutamente la existencia de voluntad autónoma en el hijo, juzgando a X como un pelele en manos de su madre, que es quien le induce. No considera la resolución judicial al joven como una persona en pleno proceso de madurez, ni como un ser no autónomo, a pesar de su edad.

No es función de esta resolución el examen de la sentencia emitida por el Juzgado de Familia, pero

dado que la valoración de la situación de X en esta jurisdicción y en este procedimiento se sustenta, con fuerza, en la sentencia emitida el veintiséis de octubre de dos mil siete por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de los de Bilbao (folios 707 a 730) para llegar a la conclusión de que el menor es manipulado por su madre, sí se hace necesario expresar una serie de cuestiones determinantes en relación con tales referencias:

a) El recurso, como se ha dicho, insiste en que es el deseo del menor el no ver a su padre, y frente a ello, las acusaciones y los órganos judiciales (Familia y Penal núm. 5) deciden que el menor está afectado por lo que se denomina «síndrome de alienación parental».

El SAP no ha sido reconocido por ninguna asociación profesional ni científica, habiendo sido rechazada su inclusión en el DSM-IV por la Asociación Americana de Psiquiatría, y en la CIE-10 de la OMS. Estas y otras instituciones que priman los objetivos clínicos y de investigación, basan la inclusión de una nueva entidad diagnóstica en la existencia de sólidas bases empíricas, no cumpliendo el SAP ninguno de los criterios necesarios. Según una declaración de 1996 de la Asociación Americana de Psicología (APA) no existe evidencia científica que avale el SAP. Esta Asociación critica el mal uso que de dicho término se hace en los casos de violencia de género. En su informe titulado la Violencia y la Familia, afirma: «Términos tales

como “alienación parental” pueden ser usados para culpar a las mujeres de los miedos o angustias razonables de los niños hacia su padre violento». La Guía de Evaluación para jueces de los casos de custodia infantil en contextos de violencia doméstica, editada por el Consejo nacional de Juzgados Juveniles y de Familia, creado en EEUU en 1937, advierte en su edición de 2006 sobre el descrédito científico de dicho síndrome.

Es sobradamente conocido que quien acuñó el término fue Richard A. Gardner, definiéndolo como un proceso destinado a romper el vínculo de los hijos con uno de los progenitores (casi siempre referido al padre y protagonizado por la madre) y según el citado Gardner es un proceso de alienación que únicamente puede ser combatido por una terapia de desprogramación.

La «popularidad» e invocación que de este denominado síndrome se está realizando en los últimos tiempos, y las (calificadas como) peligrosas consecuencias que está llegando a tener en relación con los procesos de separación y divorcio, llevaron a que en diciembre de dos mil siete un muy numeroso grupo de solventes profesionales de Medicina y Salud Mental suscribieran un manifiesto «ante el fenómeno psicológico-legal del pretendido «síndrome de alienación parental», en el que, entre otras afirmaciones, se expresa de forma contundente que la «ideología que sustenta el SAP es abiertamente pedófila y sexista», siendo un instrumento de peligroso fraude pseudo-científico, que está generando situaciones de riesgo para los niños, y está provocando una involución en los derechos humanos de los menores y de sus madres (mujeres). En cualquiera de las disertaciones y/o cursos que, sobre la cuestión pueden seguirse, se hace mención a la actitud e ideología de su «creador» o formulador, puesto que es igualmente «popular» que éste escribió cuestiones que se han asociado con esa imputada pedofilia (Gardner, True and false accusations of child sex abuse, 1992, p. 549) y el enfoque de la madre (mujer) como alienadora y que hace invisible al padre. Los riesgos de la asunción de esta teoría y de la práctica de la terapia indicada por su creador y seguidores han sido igualmente advertidos por la Asociación Española de Neuropsiquiatría [«La construcción teórica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP) como base para cambios judiciales de la custodia de menores— Análisis sobre su soporte científico y riesgos de su aplicación»].

Son cada vez más numerosos los profesionales de la psicología y psiquiatría que valoran la formulación del síndrome como un modo más de violencia contra la mujer, y que recuerdan que «La ciencia nos dice que la razón más probable para que un niño rechace a un progenitor es la propia conducta

de ese progenitor. Etiquetas como el “SAP” sirven para desviar la atención de estas conductas (Dr. Paul Fink) y olvidan que la ambivalencia o el rechazo hacia un progenitor puede estar relacionada con muchos factores diversos» (Dr. Gaber) que no son del caso ni reseñar ni examinar en esta resolución; sin embargo, su imputación y formulación está sirviendo para culpabilizar a las madres de conductas «anormales» de los hijos.

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

La sentencia emitida por esta Audiencia (Sección Segunda) el diez de enero de dos mil dos (las partes aquí lo eran allí) tiene unos antecedentes en los que se lee que, el Juzgado de lo Penal núm. Cinco de los de Bilbao, declaró probados unos hechos constitutivos de abuso sexual del aquí apelado hacia la persona de su hijo (sujeto de las visitas; no únicamente objeto de las mismas). Desde la inmediatez así lo valoró el Juez *a quo*. La sentencia de la audiencia, que, pese a no practicar prueba con inmediatez, no consideró suficiente la que se le ofrecía en la resolución como practicada, examinada y valorada, no dice que los hechos no ocurrieran. El fundamento de su absolución es otro, y dice expresamente: «... todo lo relatado por el menor no puede ser fantasía (...) se puede llegar a la conclusión de que hay algo de cierto en lo que dice el menor, pero no se sabe muy bien qué. Existió algún tipo de estímulo pero no necesariamente tuvo que ser sexual, pudo ser neutro», y la Sala concluye que «no se puede decir que no se haya practicado prueba de cargo, pero la Sala ha de aplicar el principio de *in dubio pro reo*, puesto que la practicada no es bastante para formar convicción de que haya de condenar al acusado».

Ni formal ni materialmente (ni substantivamente) cabe reproche alguno a esta sentencia (firme ya) pero en el complejo mundo de la mente humana

nadie podrá mantener que, por las razones que fueren, X no viviera lo acaecido (y relatado: no todo inventado) del modo en que se refleja en los informes del Dr. ... (aparecen a lo largo de la instrucción y de las diversas causas –sus testimonios incorporados– las valoraciones de este perito) y que tuvo consecuencias (concretas) en las conductas que el joven (entonces niño) desarrolló y que fueron objetivadas fuera de la percepción y/o relato de su madre (en la guardería, con otros niños ... así se indica en los informes y que permiten establecer que no es mera y pura invención ni inducción materna).

Hemos expresado en más de una ocasión que «cada persona es un mundo, y cada persona responde de diferente manera ante las situaciones que son conflictivas y/o traumáticas; en ocasiones, lo que para una persona hunde su vida, en otra no deja ni huella» y en relación con la imposibilidad de que «nadie recuerde algo que acaece cuando tiene tres años de edad» no creemos que estemos en condiciones de mantener tal afirmación sin ningún matiz: A las teorías (diversas, variadas y todas ellas con «sesgo científico») que nos indican que la memoria no «ES» hasta los cinco o seis años, otros estudiosos de la mente humana la relacionan con la capacidad de verbalización del sujeto, y otros van incluso más «atrás» en la edad cronológica del «escondite y manifestación» de la memoria en la persona, pero una cuestión sí es evidente: si un episodio se vive con tres años («algo hubo») y luego la actitud del entorno lo hace recordar de modo reiterado (el juicio por los abusos se celebra cuando X tiene siete años) es evidente que, por las razones que fueren, si no se «deja» que el niño olvide, lo seguirá recordando (con todas las connotaciones y consecuencias que un proceso judicial conlleva).

Hace mención la sentencia, en este orden y en relación con la atribuida manipulación de la madre al menor, que «doña Beatriz sospecha que el menor ofrecía un discurso aprendido (...) y además del parte de incidencias (del punto de encuentro) considera como revelador de la manipulación y presión que la madre condenada ejerce sobre el joven, que «es absolutamente anómalo que un niño de 11 ó 12 años» llame para decir que no va porque no quiere. O los jóvenes que conocemos de esa edad «hacen actos impropios» de la misma, o el juicio manifestado es erróneo. Una persona de 11 ó 12 años es capaz de tomar decisiones (aspecto diverso es su cuestionabilidad) y de ejecutarlas, pese a la prohibición, oposición (...) Pero la sentencia va más allá cuando entiende que un joven de catorce años que se presenta en el juicio diciendo que es él el que no quiere ver a su padre, «es reflejo de la alienación parental» sin mención concreta a prueba pericial consistente que permita mantener tal afirmación.

No olvidemos que el único perito que ha examinado a X es el Dr. ..., y como explica el Juez de Familia en su sentencia, las apreciaciones respecto de las relaciones de X con su madre y su padre son juicios de inferencia del juzgador (posibles y asumidas en el proceso y como valoración de la prueba) pero no sustentadas en informe que no ha podido ser llevado a cabo por la negativa de un joven de ya catorce años (folio 718: no se ha practicado tal prueba pericial).

En el acta de juicio se lee que X comparece en el juicio y dice: «que la madre le obligaba a ir, pero que él se negaba a ir, no se movía del sitio, no quería ir (...) que era él el que no quería estar con el padre; que de pequeño en Arrancudiaga y en Portugalete le decía que se desnudase y él también lo hacía. Esto con tres años». Ni el Fiscal ni la Acusación preguntan (y esto también ha de ser interpretado) a pesar de que (folio 657) en el acta de juicio ya se contaba con el informe de quien le trata, quien nos indica aspectos importantes: a) que las circunstancias que envuelven el caso son sumamente complejas; b) se constata por el médico que la interrupción de las visitas con el padre (para él «obligadas») es un alivio; c) vive el intento continuo del padre por reencontrarse con él como una forma reiterada de sadismo («palabras textuales»); d) X ya ha cumplido trece años (en la fecha de ese informe) y su inteligencia y capacidad de análisis es «grande» (al folio 718 –sentencia del Juzgado de Familia– se hace igualmente mención a estos aspectos del informe). Esta inteligencia parece ser conocida y reconocida por su padre (folio 617: «ya he hablado con los profesores y me han dicho que eres muy inteligente») y su evidencia contrasta con la atribuida manipulación (la cuestiona, como mínimo).

No consideramos que una persona de catorce años que acude al juzgado a explicar que es él el que no quiere ver a su padre diga lo que no es. Por otro lado, aparece (lo asume el denunciante) que hubo visitas en un inicio, pero que luego fue el propio joven (manipulado por su madre según el denunciante) el que se negó a ir. No consideramos que una persona de catorce años (con todos los problemas que pueda tener en este supuesto concreto) sea incapaz de tomar decisiones por sí mismo, máxime si, una vez con su padre, reacciona en el modo en que éste explica en el juicio («durante las visitas su hijo le decía que le odiaba y otras cosas horribles») y si éste (el denunciante) ahora, mantiene que la «situación es complicada, porque la madre cumple con el régimen de visitas (ahora la custodia es del denunciante, según la sentencia del Juzgado de Familia) y cree que esto le perjudica» (acta de juicio). A pesar de residir ya con el acusador, X acude al juicio y mantiene que es él quien había tomado la decisión de no ir con su padre.

El punto fundamental de discusión, como se ha expresado reiteradamente, no es sino si la voluntad de X ha sido manipulada por su madre para que no quiera ver a su padre, y de los antecedentes que se observan, no se comparte el criterio expresado en la sentencia de instancia: Aparecen elementos consistentes suficientes para considerar que X expresaba su propia voluntad (folio 638: «me han pasado la pelota a mí— ¿no es lenguaje propio de un adolescente? Sí lo parece) y sus propias razones («la forma de demostrar que me quieres es que reconozcas lo que me has hecho».— folio 616, entre otras múltiples referencias de los motivos del rechazo) para negarse a ver a su padre (al margen de otras valoraciones) y que la madre (apelante) intentó que su hijo fuera de visita con su padre, pero las ocasiones en que acudió (tres) el rechazo hacia don X se llegaba a verbalizar en presencia de éste y la conducta obstativa del joven hacía que la madre no tuviera otra alternativa que acceder a lo manifestado por su hijo: No se observa el dolo, la voluntad de incumplir; ni es de exigir a una madre un acto de fuerza (física o psíquica) para obligar a un adolescente a acudir en el modo descrito («X le decía que prefería morirse a ir» ... acta de juicio; «no podía llevarle a rastras...» declaración en instrucción.— folio 234, además de la manifestación recogida en esa página relativa a las amenazas de su hijo con suicidarse si le llevaba con su padre).

Ni compartimos la existencia del «denominado» síndrome de alienación parental (ya se ha explicado más arriba, y la literatura científica al respecto es abundante, además de múltiples referencias en informes periciales sólidos) ni que, en este caso

concreto, doña X manipulara a su hijo para que rechazase relacionarse con su padre: Existen unas vivencias y una serie de episodios objetivados que difícilmente se solucionarían con el recurso a la fuerza (folio 202 de las diligencias) como hemos expresado en múltiples ocasiones (en otros procesos de similar efecto) en que se acude a la (insita) fuerza del poder judicial para imponer relaciones, sentimientos, afectos.

En las fechas en que consta (folios 615 a 657) no consideramos sino que X manifestó su voluntad, sin que, por todo ello sea atribuible a su madre el delito de desobediencia por el que ha sido condenada: Cuando se está planteando el conflicto que se evidencia, el mal causado (privación del derecho del padre, incumplimiento de la resolución judicial) parece de inferior entidad que el que se trata de proteger (el equilibrio del hijo que, con su padre ha tenido la relación que se deriva del procedimiento núm. 168/1998 del Juzgado de lo Penal, y la amenaza de suicidarse, entre otros aspectos) no habiéndola provocado la madre.

Cierto es que la Jurisprudencia es reacia a dotar a estas situaciones del efecto de eximir de responsabilidad a la acusada, pero no lo es menos que cuando la salida al conflicto normativo y existencial planteado se ve de la dificultad de la observada en el presente, no podemos cerrar el paso a la decisión de absolución. Precisamente con la finalidad de posibilitar soluciones jurídicas conformes con el principio de la dignidad humana. En todo caso, y siendo esta consideración relacionada con otro de los elementos del delito, el primero reseñado: el dolo, lo consideramos ausente en este supuesto.

RÉGIMEN DE VISITAS

Suspensión del régimen de visitas ya que en los últimos cinco años, el padre ni llamó por teléfono al hijo, ni pagó la pensión, ni siquiera le ha mandado un regalo por Reyes o cumpleaños.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco Serrano Castro

En lo que concierne a las consecuencias y efectos derivados de dicho pronunciamiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 91 y siguientes del Código Civil, procede adoptar las medidas definitivas consensuadas en el acto de la vista en lo que concierne a la atribución de la guarda y custodia del hijo menor, Pedro, y la contribución económica del padre a las necesidades alimenticias de dicho hijo.

Sólo ha sido objeto de discusión la determinación de las medidas sobre el ejercicio de la patria potestad y la conveniencia del mantenimiento de un régimen de relación, contacto y visitas entre padre e hijo.

Al respecto ha quedado en evidencia, así lo ha expresado el propio menor, de 12 años de edad, con total rotundidad y coherencia, que el Sr. Manuel se ha venido despreocupando y desentendiendo de su hijo en el aspecto afectivo y relacional desde hace más de cinco años, y en lo relativo a su obligación de contenido económico (pago de pensión alimenticia) desde hace más de cuatro. El pequeño Pedro ya no recuerda a su padre, ha desaparecido, por demérito propio, del ámbito de sus vinculaciones afectivas, no se acuerda ni de su cara, ni de su voz porque en más de cinco años (casi la mitad de la vida del menor) su padre ni siquiera se ha preocupado de llamarle por teléfono, nunca le ha mandado un regalo por su cumpleaños, día de Reyes..., nunca ha sentido la necesidad de saber si su hijo tenía problemas de salud o en su educación y desarrollo. El propio padre ha generado una situación de desapego que, a su vez, ha terminado creando en el hijo un sentimiento de orfandad, porque lo cierto es que durante más de cinco años ha sido la madre quien se ha ocupado en exclusiva de criar, atender, cuidar y educar a su hijo.

De ahí que no resulte extraño que el niño, en este momento, rechace volver a tener cualquier

tipo de contacto con ese padre al que no conoce y a quien le reprocha su olvido inexcusable. En el presente caso, si nos encontramos ante una interferencia parental, en la que el rechazo hacia la figura de su progenitor está claramente fundado en la conducta de ese progenitor.

El Sr. Manuel no puede pretender reaparecer en la vida de su hijo, como si nada hubiera ocurrido. Por consiguiente, como luego se indicará, procede suspender el régimen de relación que el propio menor rechaza, mas sin perjuicio de que esa suspensión no impida que el padre, si de verdad es sincera su intención de recuperar su cariño, pueda comenzar a demostrarle que le quiere, llamándole por teléfono por las tardes y fuera del horario escolar (aun asumiendo que su hijo, al menos en principio, no quiera hablar con él), acordarse de que es su cumpleaños, participar de sus estudios acudiendo a hablar con sus profesores y tutores (aun cuando el ejercicio de patria potestad se le atribuirá a la madre), cumpliendo puntualmente su obligación de contribuir a los alimentos de su hijo (aunque esa contribución se garantice mediante una orden de retención) y mandándole regalos y presentes que hagan reconsiderar a su hijo Pedro que no es tan huérfano de padre como él mismo le ha hecho creer.

Si al final, con humildad y poniendo en práctica habilidades parentales, de las que hasta ahora ha carecido totalmente, consiguiera que su hijo, llegara el momento, en que cambiara la opinión que tiene de él, podría en un futuro dejar sin efecto esa suspensión, valorando la conveniencia de un reencuentro paterno-filial.

Mas, por ahora, resulta evidente que el interés superior del menor aconseja, por un lado, por las razones expuestas y en base a lo dispuesto en el artículo 94 párrafo 1.º del Código Civil, la suspensión del Sr. Manuel a relacionarse físicamente y visitar

a su hijo. Asimismo ante el gran incumplimiento durante tantos años, de todas las obligaciones que computa el ejercicio de la patria potestad, procede privarle de ese ejercicio, atribuyendo en exclusiva a la madre, quien, en definitiva, ha sido quien se ha ocupado de adoptar en solitario todas las decisiones que han afectado a su hijo. Ello a tenor de lo establecido en el artículo 170 del Código Civil.

Se suspende el derecho del Sr. Manuel a contactar y relacionarse físicamente con su hijo,

quedando suprimido el régimen de visitas que se estableció en la Sentencia de separación de 19 de septiembre de 2002. No obstante, el Sr. Manuel podrá llamar a su hijo por las tardes y fuera de horario escolar, acudir a hablar con profesores y tutores y mandarle regalos y presentes, procurando poner en práctica habilidades parentales que, en un futuro, permitan la existencia de factores que favorezcan, al menos, un mínimo reencuentro paterno-filial.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Resulta casi ofensivo que el padre pretenda desentenderse de su responsabilidad como padre y como padre acaudalado, abonando como pensión alimenticia la ridícula cuantía de 300 euros y atendiendo a sus medios económicos se fija una pensión mensual de 3.500 euros, evitando de esta manera que en un futuro pueda producirse el SAP invertido.

JUZGADO DE 1.ª INSTANCIA NÚM. 7 DE SEVILLA, SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2008

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco de Asís Serrano Castro

La pretensión de la demandante se dirige a obtener un pronunciamiento judicial por el que, en lo sucesivo, se regulen los derechos y obligaciones de ambos progenitores litigantes en relación con su hijo ... Dicha acción, por tanto, tiene un fundamento material en lo dispuesto en los artículos 154 y siguientes del Código Civil en los que se establece todo lo relativo a las relaciones y obligaciones paterno-filiales que se deriven del propio ejercicio de la patria potestad y en la responsabilidad parental que ambos progenitores ostentan sobre su hijo menor de edad, que el próximo 30 de diciembre cumplirá 3 años de edad.

Se trata de fijar y regular unas obligaciones de carácter ineludible que bien los mismos padre y madre podían haber consensuado sin necesidad de su imposición a través de un proceso judicial, que, no obstante se hace preciso con el fin de preservar los derechos de orden público del niño, cuando las discrepancias surgidas entre sus progenitores, a raíz de su ruptura de pareja, han puesto en peligro su interés, felicidad y expectativas de desarrollo integral. En cualquier caso, esa intervención pública, representada en la tutela judicial que se impetra, resulta oportuna y necesaria, haya o no existido relación estable de pareja, de mayor o menor duración, pues lo cierto es que los hijos son iguales ante la Ley, aun con independencia de su origen y circunstancias de nacimiento, vinculando

desde ese instante a que su madre y su padre, en la medida de sus posibilidades, se preocupen de su atención, cuidado, educación y crianza. No pueden existir hijos de primera y segunda categoría, no pudiendo el hecho puntual de un alumbramiento imprevisto, fruto de embarazo no deseado, ya sea para uno o ambos progenitores, servir de justificación y pretexto para eludir el cumplimiento de las responsabilidades que comporta el ejercicio de la patria potestad. En el presente caso, resulta muy significativo el anterior recordatorio, ante la actitud que ha puesto de manifiesto el padre demandado en su escrito de contestación e incluso en la prueba de interrogatorio de parte.

Segundo. Una vez que se han destacado las anteriores premisas, y subrayando también que las medidas que se adopten se acordarán teniendo en cuenta el interés superior del pequeño Pablo (artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor), se ha de pasar a examinar las cuestiones que son objeto de controversia por parte de ambos progenitores litigantes:

A) En primer lugar en lo que respecta a la atribución de guardia y custodia, resulta evidente que es la madre quien reúne mayor idoneidad para hacerse cargo de su hijo, como de hecho ha venido haciéndolo desde que nació. Aun cuando lo solicitare en su escrito de contestación, el Sr. ... no ha persistido en esa pretensión, reconociendo que

resultaría contraproducente para el niño, apartarle de su madre para llevarse a un entorno geográfico y familiar extraño, privándole del cuidado afectivo y material que le brinda esa madre perfectamente capacitada y dispuesta a la atención de su hijo, y ofreciéndose una alternativa de un padre mayor, sin esa capacidad material (de la afectiva no se duda) y que no reúne las cualidades precisas para encargarse de la brega y dedicación que exige un niño de corta edad.

B) En segundo lugar en lo que atañe al régimen de relación, visitas y contacto del padre con su hijo, también existió, y así se reflejó en el acta audiovisual del juicio, un principio de acuerdo, que ha partido del convencimiento común de que es necesario una progresiva y paulatina adaptación del niño a la figura paterna. De ahí que durante un plazo no se establezca ese contacto con pernocta, normalizándose el régimen de estancia con el progenitor no custodio una vez que concluyan las próximas vacaciones de Navidad, y siempre con la particularidad ineludible que comporta la distancia entre los domicilios de la madre y el padre. En la parte dispositiva de esta sentencia, se concretará ese régimen de relación, comunicación y visitas.

C) Con todo, el principal, y casi exclusivo, escollo que ha imposibilitado una solución consensuada, ha sido el representado por las diferencias de contenido económico en la cuantificación de la pensión alimenticia a la que vendría obligado el padre demandado con relación a su hijo.

La cuantía de los alimentos, establece el artículo 146 del CC, que será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

Dicho precepto introduce un concepto jurídico indeterminado de difícil valoración, pues el cálculo se habrá de hacer depender de una compleja y variada casuística que fluctuará en cada caso concreto.

Dos son los parámetros que han de ser objeto de esa valoración: por un lado el caudal o medios del alimentante, y por otro las necesidades del alimentista.

Seguidamente se analizarán ambos referentes en relación al caso concreto que nos ocupa: en primer lugar, se estima importante destacar que el legislador en su intención de establecer un principio de proporcionalidad entre capacidad económica del alimentante y necesidades del alimentista, no se ha limitado a tomar en consideración los ingresos, el caudal, la liquidez de la que, en un momento dado, disfruta el que ha de dar los alimentos (en el presente caso el padre, Sr. ...), sino también los medios y recursos económicos con los que cuenta. Porque en caso contrario, podrían producirse situa-

ciones injustas, por no decir incluso fraudulentas, y en claro perjuicio de los intereses del hijo; ya que un padre, por ejemplo en situación de desempleo, sin derecho a cobrar la correspondiente prestación del INEM, podría alegar una supuesta insolvencia e imposibilidad de atender a una obligación alimenticia al carecer de ingresos, emolumentos, salarios o pensiones. Mas podría suceder que ese miserable desempleado fuera titular de un patrimonio ingente, un capital en bienes inmuebles y otros activos que ya quisieran para sí muchos asalariados, lo que desde luego, no justificaría el incumplimiento de esa obligación alimenticia que se habría de cuantificar en proporción a esos medios y recursos con los que en realidad dispone.

Tal es la circunstancia que se aprecia en el Sr. ..., ya que, al margen de estar lejos de ser un indigente desempleado, puesto que es un afamado Catedrático con un sueldo mensual que supera los 3.500 euros, resulta acreditado que es cotitular, de un patrimonio inmobiliario muy importante. Como administrador solidario de la Mercantil ... SL, junto con su ex esposa, ostenta la propiedad de viviendas (24 pisos en el mismo bloque y 6 viviendas en Santa Cruz de Tenerife y 1 vivienda en Madrid de 120 metros cuadrados), locales comerciales y 2 plantas enteras de garajes. Como titular de pleno dominio, junto con su ex mujer, ostenta la propiedad de fincas, solares urbanos, fincas rústicas, locales, garajes, y 2 viviendas en Santa Cruz de Tenerife. Al margen de ello en el acto del juicio reconoció que él y su hermano, recientemente, y tras el fallecimiento de sus padres, habían adquirido por herencia otras 6 viviendas en Tenerife y 2 en Madrid. Por último, también consta y se reconoce que el Sr. ... es propietario de una Farmacia también ubicada en Tenerife, que tiene cedida gratuitamente a su ex esposa, quien se encuentra cercana a la edad de jubilación, lo que conllevará la reversión de ese negocio a su propietario. Ciertamente también consta que la Mercantil ... SL (y por tanto el Sr. ... es un 50%) está haciendo frente a una elevada hipoteca de la que queda por amortizar 1.326.273 euros (constituida para la construcción del bloque de 24 pisos y 2 plantas de garaje en Santa Cruz de Tenerife), mas la verdad es que a los ingresos íntegros reconocidos del padre alimentante, 71.931,18 euros a tenor de su escrito de contestación, se han de sumar los que reportan los medios y propiedades de los que dispone.

El Sr. ..., indudablemente, se estima que se encontraba en una fase de su vida en la que legítimamente había planeado «hacer caja», recoger beneficios y disfrutar de una riqueza acumulada e invertir en activos inmobiliarios, esperando, en definitiva, el disfrutar de una acomodada jubilación y vivir el resto de su vida del desahogo que le proporcionaría el rendimiento y rentas devengados

por su sustancial patrimonio. Mas el nacimiento de su hijo, se considera que ha trastocado esos planes, resultando casi ofensivo que pretenda desentenderse de su responsabilidad como padre y como padre acaudalado, abonando como pensión alimenticia la ridícula cuantía (en su caso) de 300 euros. La cuantía de esa pensión se ha de fijar, por tanto, teniendo en cuenta todo ese potencial y capacidad económica que representan los medios y patrimonio de los que dispone y de los que, si hiciera falta, podría desprenderse, obteniendo con el precio de la venta de sólo una ínfima parte de esos bienes, la liquidez suficiente para asumir que su hijo pueda vivir con su madre con la calidad de vida correspondiente a la que su padre puede proporcionarle, una calidad que ya le brindó el Sr. ... a sus hijos mayores.

Se estima crucial que se establezca la cuantía de la pensión en correlación a esa real capacidad económica del padre, dado que en caso contrario, se sufriría el riesgo de que cuanto el niño sea mayor (10 u 11 años), cuando el Sr. Darías tenga más de 70 años y no reúna idoneidad alguna para asumir la educación, disciplina y control de un adolescente, se produzca una situación de Alineación Parental invertida, que, lamentablemente, resulta común cuando existe un profundo desequilibrio entre la situación económica y riqueza de ambos progenitores. Porque los niños, cuando adquieren uso de razón, y su egoísmo supera sus vinculaciones afectivas y de apego, confunden su verdadero interés con el de una voluntad manipulada, alienada y marcada por un puro y libertino capricho. Se ha de procurar, por tanto, que, en la medida de lo posible, ese desequilibrio se nivele para que la calidad de vida del menor no experimente un brusco y patente cambio, puesto que esa apreciación le conduciría a optar por el núcleo familiar paterno o materno que más le convenga, en el que obtenga más beneficio, en el que disfrute de una vida más regalada y con menos limitaciones. Lamentablemente cada vez más se reproducen esos episodios que causan estragos en la estabilidad emocional y psicológica de los adolescentes. Dicho perjuicio, y con el ánimo de garantizar el interés superior y auténtico del menor, es el que se pretende evitar estableciendo una cuantía de pensión proporcionada al caudal, medios, recursos, bienes y poder económico del padre.

En segundo lugar, en lo que concierne al otro referente que se ha de tomar en consideración para el cálculo de la pensión, es decir, las necesidades del hijo alimentista, se ha de precisar que constituye una variable que dependerá no sólo de lo que requiera el niño para cubrir esas necesidades en el sentido amplio reconocido en el artículo 142 del CC, sino también del entorno familiar en el que se dé cobertura a dicha obligación. Porque aun cuando todos seamos iguales ante la Ley, y no pueda

existir discriminación por razón de nacimiento, lo cierto es que ese principio, elevado a la categoría de derecho fundamental en nuestra Carta Magna, constituye una mera abstracción y entelequia, pues en nuestra sociedad, siguen existiendo pobres, ricos y clase media, y en cada una de esas categorías sociales el concepto de cobertura y satisfacción de necesidad es muy distinto.

Esa desigualdad real que impregna el tejido social, por un lado, y por otro el referido objetivo de intentar reequilibrar la calidad de vida ya viva con su madre o con su padre, es lo que conlleva a considerar que se valoren las necesidades del menor en la medida que puedan ser atendidas por ambos. Dado que la madre trabaja, requerirá de auxilio y apoyo doméstico para ocuparse del niño, se le habrá de garantizar una vivienda digna, adecuada y proporcional a la que podría ofrecerle su padre, una educación privada reservada a una élite social, que no asegura el éxito pero sí multiplica sus posibilidades, ropa cara, atención sanitaria privada. Lujos de los que nunca podría disfrutar un niño de un barrio marginal ni que tampoco podría brindar a un hijo con su digno salario.

En atención a todo ello se considera proporcional y adecuada la cuantificación de la pensión en la suma de 3.500 euros, si bien con la obligación de la Sra. Moreno de matricular a su hijo para el curso que viene en el Colegio Bilingüe en el que también el padre ha expresado conformidad que curse estudios.

Una cuantía superior se reputaría excesiva, ya que, por un lado, esa pensión cubriría los gastos ordinarios del menor, y no los gastos extraordinarios que también serían afrontados por ambos progenitores, en una proporción del 75% el padre y 25% la madre, en atención al desequilibrio existente entre los recursos de uno y otro. Por otra parte, se ha de tener en cuenta que la pensión se establece para atender las necesidades exclusivamente del hijo, no de la madre, en cuyo favor no se ha solicitado pensión indemnizatoria o compensatoria de ningún tipo, como se ocupó de recordar el letrado de la demandante en el acto de la vista. Porque por muy vinculado que se encuentre el concepto de necesidades del alimentista al caudal y medios del alimentante, existe un límite en cuanto a la pensión de gastos ordinarios de alimentos (no para los extraordinarios) que se corresponde con la cuantificación de lo que resulte preciso para cubrir todas esas necesidades en el contexto familiar y económico analizado.

En los gastos extraordinarios, que se concretarán en la parte dispositiva, se englobarán los que resulten imprevisibles, excepcionales, necesarios, acomodados a las circunstancias económicas de ambos progenitores y previamente consensuado

expresa o tácitamente. Los gastos de desplazamiento del menor en períodos vacacionales serán satisfechos por ambos progenitores.

Por último se ha de indicar que la obligación del pago de la pensión alimenticia se retrotraerá al momento de presentación de la demanda, tal y como se ha interesado expresamente por la demandante en escrito de ampliación, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil. En todo caso, de la cuantía fijada se descontará lo satisfecho por el demandado en ese período (300 euros mensuales).

Tercero. No cabe pronunciamiento sobre uso de vivienda familiar, al no constar que haya existido ningún domicilio que revista ese carácter. En todo caso, la Sra. ... podrá seguir disponiendo del inmueble que actualmente ocupa al amparo de la facultad que le confiere el artículo 394 del Código Civil, en su condición de copropietaria del mismo. Esa condición es la que le faculta para exigir al otro copropietario el pago de la mitad de las amortizaciones de hipoteca, reclamación que, no obstante, resulta ajena a la competencia objetiva de este juzgado.

Revista de **Derecho de** **familia**

RESOLUCIONES DE LA DGRN

RESOLUCIONES DE LA DGRN

VIVIENDA FAMILIAR

Si la vivienda familiar cuyo uso se ha atribuido a los hijos es titularidad exclusiva del progenitor custodio no es preciso la anotación de aquella atribución en el Registro de la Propiedad.

RESOLUCIÓN DE 10 DE OCTUBRE DE 2008

1. En cuanto a la cancelación de la anotación preventiva de embargo, que la recurrente estima se ha tomado por error, como dice el Registrador, no es la instancia título suficiente, pues, al no tratarse de un simple error material –ya que nunca lo puede ser aquel que acarree la cancelación por nulidad de un asiento, tal y como se pretende– es preciso, bien mandamiento expedido por el mismo órgano que ordenó la anotación, bien resolución judicial ordenando la cancelación (cfr. artículo 40 *in fine* de la Ley Hipotecaria).

2. En cuanto a la solicitud de que se haga constar el derecho al uso de la vivienda familiar a favor de la solicitante y de los hijos que enumera, ha de ser también confirmada la calificación, pues, como ha dicho este Centro Directivo (cfr. Resolución citada 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, pues 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 exclusivamente 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. Del mismo modo, siendo el contenido del derecho de uso el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, no es precisa su expresión cuando corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En el caso de adquisiciones por extranjeros casados no requiere la acreditación del régimen matrimonial en el momento de la adquisición, sino en el de la enajenación.

RESOLUCIÓN DE 26 DE AGOSTO DE 2008

1. El recurso ha de ser estimado. Como dice el Notario recurrente, la doctrina hipotecarista y la de este Centro directivo, en el caso de adquisiciones por extranjeros casados no requiere la acreditación del régimen matrimonial en el momento de la adquisición, sino en el de la enajenación. Es generalmente conocido que en el Reino Unido

existe una ausencia de régimen, razón por la cual el Notario asevera conocer por notoriedad tal circunstancia.

2. En consecuencia, no habiéndose desvirtuado tal afirmación, el registrador ha de pasar por ella, lo que trae consigo la pertinencia de la inscripción.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Procedencia de la inscripción del convenio regulador en el que los cónyuges, sujetos al régimen de separación de bienes, liquidan los bienes comunes que les pertenecían en pro indiviso al 50%.

RESOLUCIÓN DE 29 DE OCTUBRE DE 2008

1. En el supuesto de hecho del presente recurso se presenta en el Registro de la Propiedad testimonio de la sentencia dictada en procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo que declara disuelto el matrimonio de los cónyuges demandantes y aprueba el convenio regulador aportado a los autos en el que, después de expresarse que se había sustituido el régimen de gananciales por el de separación de bienes mediante capitulaciones matrimoniales de 1995 (sin que conste que se hubiera practicado anteriormente la liquidación del primitivo régimen matrimonial de gananciales), se inventarían diversos bienes sin indicar ni la fecha ni el carácter de su adquisición, aludiéndose, no obstante, a que se procedía «a la liquidación del patrimonio común del matrimonio.», a la vez que se convenía la adjudicación de los mismos en determinada forma.

El Registrador de la Propiedad decidió inscribir la adjudicación relativa al bien inventariado en el convenio bajo la letra «B)» (que ostentaba regístralmente la condición de bien consorcial), y suspender la inscripción de los demás inmuebles inventariados que figuran inscritos por mitad, pro indiviso, en favor de los cónyuges al haberlos adquirido constante el régimen convencional de separación absoluta de bienes. Dicha suspensión se fundamenta, a juicio del Registrador, en las siguientes razones:

a) Dichas fincas no forman parte del patrimonio ganancial, y al ser de titularidad privativa de ambos, no son susceptibles de inclusión en la liquidación del consorcio conyugal, pues al existir sentencia firme de divorcio ha cesado ya, como consecuencia de la admisión de la propia demanda, la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, por lo que el procedimiento adecuado no será el convenio regulador, sino el consentimiento prestado por ambos ex cónyuges en escritura pública de extinción de condominio al amparo de los artículos 102 y 400 del Código Civil.

b) La adjudicación de bienes privativos en favor del cónyuge no titular materializada en el convenio regulador excede del objeto del procedimiento utilizado, por lo que no existe adecuación entre dicho procedimiento y el carácter de los bienes, lo que

origina incongruencia entre el mandato judicial y el cauce formal seguido.

2. Limitado necesariamente este recurso al examen de los defectos consignados en la nota de calificación (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), la cuestión planteada debe resolverse según la doctrina de este Centro Directivo, de la que resulta que el criterio que expresa el Registrador de la Propiedad en su calificación no puede ser mantenido (cfr. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente, especialmente la de 21 de enero de 2006).

3. Ciertamente, la redacción del convenio regulador al que se refiere la calificación impugnada no es precisa en la terminología empleada; como, por ejemplo, ocurre con la forma en que se inventarían los bienes (se limita a agrupar todos los bienes sin más aclaraciones ni indicaciones sobre la práctica o la falta de la liquidación de la sociedad de gananciales que rigió en su momento, y sin precisar debidamente la titularidad de los mismos).

No obstante, el referido convenio regulador sí que es explícito al señalar que a partir de un determinado momento el matrimonio se sujetó al régimen de separación de bienes, dato no cuestionando el Registrador. Y, precisamente, lo que debe ahora determinarse es si procede o no la inscripción de la adjudicación que mediante el convenio regulador se realiza respecto de los bienes adquiridos constante dicho régimen de separación de bienes.

4. El régimen de separación de bienes está basado en la comunidad romana pero ello no autoriza a identificar ambas regulaciones. Esta diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento, del hecho de que el régimen económico-matrimonial de separación de bienes sólo pueda existir entre cónyuges, así como de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro, de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge y de las limitaciones que para disponer se derivan del destino a vivienda habitual de un inmueble. Nada de esto sucede en una comunidad romana en la que en ningún momento existen consecuencias patrimoniales derivadas de las circunstancias personales de los titulares, pues

ni los bienes integrantes de esta comunidad se sujetan a afectación especial alguna ni sufren especiales limitaciones a su disposición.

5. Por otra parte, la regulación legal del convenio de separación y divorcio no limita su contenido a la liquidación del régimen de gananciales sino que se refiere, sin más, a la liquidación del régimen económico-matrimonial. Ciertamente, en el régimen de separación es posible que dicha liquidación sea innecesaria (por no existir deudas pendientes o por su conversión en una comunidad ordinaria), pero puede ocurrir lo contrario cuando existe un patrimonio activo común que no se desea seguir compartiendo o deudas de las que no se desea seguir respondiendo.

En el presente supuesto los cónyuges, además de un bien adquirido constante la sociedad de gananciales, inventarían varios bienes adquiridos una vez pactada la separación de bienes, así como una deuda hipotecaria que grava uno de ellos, conviniendo determinadas adjudicaciones; operaciones de

evidente contenido liquidacional que alteran la titularidad de tales bienes y que deben tener su reflejo en los libros registrales. No puede olvidarse, en fin, que el régimen de separación de bienes es de primer grado en buena parte del territorio nacional y que los convenios de separación y divorcio que a ellos se refieren son tan ordinarios como aquellos que se refieren a cónyuges casados en régimen de gananciales en territorio de Derecho común. Y, en consonancia con este carácter, convenios relativos al régimen de separación de bienes son pactados y aprobados judicialmente todos los días sin que se cuestione si son contenido normal del convenio regulador.

6. A las anteriores consideraciones se une la doctrina de este Centro Directivo relativa a la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de las sentencias por las que se aprueban los convenios reguladores en los procedimientos de separación y divorcio sin necesidad del otorgamiento de una ulterior escritura pública.

Revista de **Derecho de** **familia**

SECCIÓN PRÁCTICA

Problemática de la pensión de viudedad de los separados y divorciados

La reforma del artículo 174.2 de la LGSS a pesar de que a simple vista parece que amplía la cobertura de las pensiones de viudedad, ya que aunque con carácter muy restrictivo se las reconoce a las parejas de hecho, supone un importante recorte de prestaciones sociales dado que *de facto* viene a reducir drásticamente la posibilidad de acceder a una pensión de viudedad por una persona que ha pasado por un procedimiento de separación, divorcio o nulidad matrimonial. La filosofía de la reforma no es otra que reducir los costes sociales de la caja de la Seguridad Social.

El precepto plantea dos cuestiones, una de ámbito social y otra que afecta directamente a los procedimientos de familia.

1. Cuestiones de ámbito social.

Respecto a la primera cuestión, la interpretación que está haciendo el Instituto de la Seguridad Social es preocupante. La solicitud de pensión de viudedad de una persona separada o divorciada con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (1 de enero de 2008) está siendo rechazada con el siguiente argumento: «Por no tener derecho, en el momento del fallecimiento, a la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, de acuerdo con el artículo 174.2, párrafo primero, de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio

(BOE del 29), en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materias de Seguridad Social».

Hay que tener en cuenta que la legislación vigente hasta esta reforma era la contenida en la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio: «El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por fallecimiento, corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge del fallecido, con independencia de la causa que hubieran determinado la separación o el divorcio».

Por tanto, la reforma ha limitado el acceso de muchas personas a la pensión de viudedad, ya que la nueva normativa no contiene ninguna disposición de carácter transitorio que implique la aplicación exclusiva a los matrimonios que se separen con posterioridad al 1 de enero de 2008.

Las consecuencias de esta nueva normativa son las siguientes:

a) Muchas mujeres renunciaron a la pensión compensatoria en beneficio de otras prestaciones (adjudicación de la vivienda familiar, pensiones alimenticias más elevadas para los hijos, indemnizaciones del artículo 1438 del CC, etc.), pero dicha renuncia se hizo en función de la normativa existente en aquel momento, es decir, que a pesar de

ello se tendría derecho a percibir en su día la pensión de viudedad.

b) Se está privando de la pensión de viudedad a todas aquellas personas que en el convenio regulador o en las sentencias judiciales se les fijó una contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, y que han venido percibiendo sin problema y de forma regular su pensión mensual.

c) No tendrán derecho a la pensión de viudedad todas aquellas personas que hayan percibido una pensión compensatoria de carácter temporal y que se haya extinguido antes del fallecimiento del ex cónyuge. La fijación de la temporalidad estaba en función de un posible acceso al mercado de trabajo, pero en muchos casos, aún cuando se hubiese producido dicha incorporación, existirá mucha dificultad para llegar a los 15 años mínimos de cotización para acceder a la pensión de jubilación, por lo que *de facto*, se las está condenando a recibir la estricta ayuda social que recibe toda persona que no tiene ingresos.

d) Los viudos no tendrán derecho a cobrar la pensión dado que es inusual ver una pensión compensatoria a favor del hombre.

Se ha hecho una consulta al Director General de la Seguridad Social informándole de la problemática de estas viudas, y como suele pasar en estos casos, la contestación ha sido muy política: «Que comprenden que la aplicación de la Ley 40/2007, de 8 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, puede generar disfunciones indeseables». No obstante tendremos en cuenta el tema para futuras modificaciones de la normativa sobre pensiones de viudedad, ya que, según dispone la Disposición Adicional Vigésima Quinta de la Ley 40/2007, de 8 de diciembre, «El Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad».

Es necesario precisar que las pensiones que se estén percibiendo, aunque en su momento no se estableciese pensión compensatoria, no se verán afectadas por esta normativa.

La reforma tiene evidentemente otra óptica para su valoración, y es la de las segundas esposas que apoyan totalmente la nueva normativa, ya que con ella no tendrá que compartir la pensión con la antigua ex. Su argumento es que sólo hay una viuda y que no hay «viudas divorciadas». Cuando uno se divorcia se divorcia para todo.

Ya han comenzado a dictarse resoluciones por los juzgados de lo Social resolviendo peticiones de pensiones de viudedad de personas que en su día se separaron o divorciaron cuando no estaba en vigor la reforma del artículo 174.2 de la LGSS. No obstante, para adoptar una posición definitiva habrá que esperar a que los recursos de suplicación y casación vayan resolviéndose.

A modo de ejemplo, a continuación insertamos los fundamentos jurídicos de la sentencia dictada, ya vigente la nueva redacción del artículo 174.2 de la LGSS, por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona de 28 de julio de 2008 que estimó la pretensión de la viuda y declaró que tenía derecho a percibir la pensión de viudedad aun cuando en el convenio regulador de la separación no se fijó pensión compensatoria:

«Discrepan las partes sobre la interpretación que deba darse al actual apartado 2.º del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), tras la reforma operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, que entró en vigor, de conformidad con la Disposición Final Sexta, el 1 de enero de 2008, 10 días antes del hecho causante de la prestación controvertida.

Dispone en la actualidad el último inciso del primer párrafo del artículo 174.2

de la LGSS que “el derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante”.

Considera el INSS que el mismo debe interpretarse considerando como requisito para el acceso a la prestación de viudedad la previa fijación a favor del eventual beneficiario de una pensión compensatoria en virtud del artículo 97 del Código Civil (CC), que quedará extinguida por el fallecimiento del causante.

Por su parte, la actora considera que el precepto no viene a exigir la existencia de una pensión compensatoria en vigor, sino la incompatibilidad entre la prestación de viudedad y la pensión compensatoria, de tal manera que si se accede a la prestación de Seguridad Social se extinguirá la pensión compensatoria.

Para la interpretación de las normas jurídicas, el artículo 3.1 del CC ordena atender al sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

Por su parte, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), ordena interpretar las normas con arreglo a los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos; permitiendo el apartado 3º plantear la cuestión inconstitucional únicamente cuando por la vía de la interpretación no sea posible acomodar la norma al ordenamiento constitucional.

Por tanto, para la interpretación del precepto tenemos a nuestra disposición los llamados métodos literal, sistemático, histórico y teleológico, debiendo llegar a un resultado que se adecue a los preceptos y principios constitucionales.

Con arreglo al método literal, atendiendo exclusivamente a la redacción literal del precepto, no puede compartirse el argumento del INSS, pues utilizando la forma verbal de gerundio “siendo acreedoras”, en lugar del presente de o subjuntivo “sean acreedoras”, debe entenderse que la condición para acceder a la prestación no está referida a la percepción de la pensión compensatoria, sino a su extinción en tal caso. Es decir, lo que se exige es que si se está percibiendo la pensión compensatoria ésta quede extinguida al fallecimiento del causante. Téngase en cuenta que el artículo 101 del CC contempla la posibilidad de que la pensión compensatoria subsista tras la muerte del deudor, pasando a gravar a sus herederos (como se comprenderá, tal y como más adelante se apuntará, esta circunstancia únicamente se dará en el caso de grandes patrimonios con muy elevado nivel de vida). Si se hubiera pretendido condicionar el acceso de la prestación a la existencia de una pensión compensatoria la redacción hubiera sido muy distinta (por ejemplo, “el derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, quedando ésta extinguida por el fallecimiento del causante”, habiéndose subrayado las diferencias con el texto vigente).

No podemos presumir en el Legislador una utilización equivocada de los tiempos verbales, especialmente si reparamos en que para el caso de la nulidad matrimonial, el redactado es mucho más claro, disponiendo el tercer párrafo del artículo 174.2 de la LGSS: “En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil”. En el caso de la nulidad matrimonial sí parece establecerse como requisito para acceder a la pensión de viudedad que el beneficiario haya sido acreedor de la indemnización prevista en el artículo 98 del CC, utilizando el Legislador un redactado claro que perfectamente podría

haber empleado, siguiendo una misma técnica narrativa, para regular los casos de separación y divorcio.

Atendiendo a un criterio sistemático podría defenderse que el fundamento en el caso de la separación o divorcio es el mismo que el de la nulidad, por lo que si para ésta se exige que el eventual beneficiario haya percibido la indemnización prevista en el artículo 98 del CC resulta coherente que para los casos de separación o divorcio se exija ser acreedor de la pensión compensatoria del artículo 98 del CC. Sin embargo, debe repararse en que la regulación de la nulidad difiere en gran medida de la separación y el divorcio. En cuanto a estas últimas situaciones de crisis matrimonial, se tiende a hacer abstracción de las causas de las mismas, especialmente tras la última reforma del CC operada por la Ley 15/2005, habiendo pasado de un sistema causal a un sistema abstracto, en el que se pone el acento en la situación de crisis, y no en sus causas. No puede afirmarse lo mismo respecto a la nulidad, en la que sigue existiendo un régimen jurídico diferente para el contrayente de buena fe y para el de mala fe, que haya obrado, por ejemplo, con coacción, violencia, engaño o simulación. Lógico es en tal caso limitar el acceso a una eventual prestación de supervivencia al que hubiera obrado de buena fe, único posible acreedor de la indemnización del artículo 98 del CC.

Si atendemos a un criterio histórico en primer lugar hemos de examinar el texto del proyecto de ley que fue presentado por el Gobierno, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, VIII Legislatura, de 23 de febrero de 2007. Respecto a la materia que nos ocupa, tanto la exposición de motivos, que más adelante se analizará, como el articulado, son idénticos al texto finalmente aprobados, no sufriendo alteración alguna durante su tramitación parlamentaria, no constándole a este juzgador que se presentaran enmiendas al concreto redactado, ni que el mismo fuera objeto de especial debate parlamentario.

Conviene, por tanto, remontarse al Acuerdo sobre Medidas en Materia de

Seguridad Social, suscrito por el Gobierno, los sindicatos UGT y CCOO y las asociaciones patronales CEOE y CEPYME en fecha 13 de julio de 2006, y cuya firma dio lugar a la confección del proyecto de ley presentado por el Gobierno recogiendo las modificaciones en materia de Seguridad Social pactadas por los interlocutores sociales. En el concreto aspecto de la pensión de viudedad, en el punto III.3.a) se acordó: “La pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites: parejas de hecho, siempre que tuviesen hijos en común con derecho a pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del causante de la pensión; o personas divorciadas perceptoras de las pensiones previstas en el Código Civil”. Redacción que reforzaría los postulados del INSS, pues confirma que en la raíz de la reforma subyace la intención de devolver a la pensión de viudedad el carácter de renta de sustitución, viniendo a compensar la merma de recursos, que no se produciría en el caso de personas separadas o divorciadas que no percibieran la pensión compensatoria del artículo 97 del CC.

No obstante, lo anterior no debe conducir a la confirmación de la postura del INSS, pues se trata de un acuerdo de bases mínimas, que debían desarrollarse legislativamente, no recogéndose previsión concreta al respecto, sino una línea de trabajo. Mucho más concreto es el acuerdo, por ejemplo, a la hora de establecer la posibilidad de acceder a la prestación de muerte y supervivencia en el caso de parejas de hecho.

Además, si atendemos a los antecedentes históricos más cercanos; es decir, a la anterior redacción del precepto, advertimos que ninguna referencia se hacía a la pensión compensatoria. Por tanto, para que ahora su percepción pueda considerarse como un requisito para el acceso a la prestación de Seguridad Social, modificación especialmente relevante, hemos de asumir que ésta era la finalidad de la norma, a pesar de que la redacción

literal del precepto, como ya se ha visto, nos lleva a un resultado contrario; y, además, que esa finalidad se adecua a los principios constitucionales.

Pasando ya, por tanto, al método teleológico de interpretación, al objeto de atender a cuál pudo ser la voluntad del Legislador la primera fuente de conocimiento la encontramos en el propio preámbulo de la Ley 40/2007, cuyo redactado coincide con el de la exposición de motivos del proyecto de ley. Se apunta lo siguiente: “El acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil”. La mención es muy escueta, pero suficientemente ilustrativa de la voluntad del Legislador, lo que se pretende fijar como condición es que se extinga la pensión compensatoria por el fallecimiento del causante, y no que con anterioridad la misma estuviera fijada. Es decir, tal y como apunta la parte actora, se introduce una incompatibilidad entre la pensión pública de viudedad y la pensión compensatoria. Si otra hubiera sido la intención del Legislador bien pudiera haberla apuntado, especialmente si era tan relevante como pretende el INSS, pues supondría privar de la posibilidad de acceder a la pensión pública de viudedad a un colectivo muy numeroso; cada vez más, pues en nuestra sociedad actual hecho notorio es que cada vez proliferan más las separaciones y divorcios, y que, afortunadamente, cada vez existe menos desequilibrio entre cónyuges, principal fundamento de la pensión compensatoria.

Además, la reforma tiene su lógica, pues como antes ya se ha apuntado, la regla general es que la pensión compensatoria pueda extinguirse al fallecimiento de su deudor a petición de sus herederos. Únicamente subsistirá la obligación de seguir abonándola a cargo de la herencia del deudor en el caso de grandes patrimonios, en los que se trata de garantizar a ambos cónyuges de por vida el elevado nivel de renta del que disfrutaban constante matrimonio. Y lógico es también

que en estos casos, al no existir situación de necesidad, no se permita el acceso a la prestación pública de viudedad.

Sorprendería otra interpretación cuando precisamente la última reforma del artículo 97 del CC, llevada a cabo por la Ley 15/2005, ha introducido la posibilidad de fijar la compensación no sólo mediante una pensión vitalicia, sino también mediante una pensión temporal o una prestación única.

En definitiva, atendiendo tanto a una interpretación literal, como sistemática del precepto, así como a sus antecedentes y a la finalidad de la reforma, debe rechazarse la postura del INSS y acogerse la de la parte actora.

A mayor abundamiento, debe destacarse que la posición del INSS podría dar lugar a un resultado contrario al artículo 9 de la Constitución, no por un supuesto carácter retroactivo de la norma, que no lo tiene, sino por poder afectar a un esencial principio de seguridad jurídica, pues un colectivo de miles de eventuales beneficiarios pudieran verse privados del acceso a una prestación pública de la relevancia social de la de viudedad en atención a actos jurídicos en ocasiones muy remotos en el tiempo (las pretensiones ejercitadas en los procesos matrimoniales y los convenios celebrados en su seno) y en los que ni siquiera era dable imaginar que quizás en el futuro su postura podría determinar el acceso a la pensión de viudedad. Asimismo, el criterio del INSS, de confirmarse, provocaría un aumento de la litigiosidad en los procesos matrimoniales, e incluso podría dar lugar a acuerdos fraudulentos (por ejemplo, pactando una exigua pensión compensatoria de un euro al mes) para eludir la eventual condición de acceso a la prestación.

Por último, no debe tampoco perderse de vista que la postura del INSS podría ser contraria al principio constitucional de igualdad; especialmente teniendo en cuenta los diversos ordenamientos jurídicos privados vigentes en nuestro Estado. Varias Comunidades Autónomas han legislado, y de forma diversa, sobre los efectos personales y patrimoniales derivados de las crisis matrimoniales,

especialmente teniendo en cuenta la propia regulación tradicional del régimen económico-matrimonial. Así, puede apuntarse que, en nuestro concreto caso, los artículos 84 a 86 del Codi de Família de Catalunya (Llei 9/1998) contemplan la posibilidad de sustituir la pensión compensatoria por la entrega de bienes en dominio o en usufructo, teniendo aquella, además, un carácter esencialmente temporal, y no vitalicio. Asimismo, para su fijación ha de tenerse en cuenta la eventual compensación económica por el trabajo realizado durante el matrimonio para la casa o a favor del otro cónyuge, prevista en el artículo 41.

Carecería de toda lógica condicionar una prestación pública de ámbito estatal a concretas circunstancias jurídicas derivadas de la regulación del Derecho Civil Común, que no es aplicable en todo el territorio, sin considerar las peculiaridades de los distintos ordenamientos jurídicos privados.

Por todo lo anterior, ha de estimarse la demanda y reconocer el derecho de la demandante a la prestación con arreglo a los parámetros no controvertidos recogidos en la misma relación de hechos probados.»

2. Cuestiones relacionadas con el derecho de familia.

La redacción del artículo 174 de la LGSS incurre en un grave error desde el punto de vista civil, ya que condiciona la percepción de la pensión de viudedad a que «siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante». Pues bien, el fallecimiento del causante no figura en el artículo 101 del CC como causa de extinción de la pensión compensatoria: «El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima».

Por tanto, el requisito exigido por el artículo 174 de la LGSS es de imposible cumplimiento. Posiblemente el legislador quiso decir que el ex cónyuge tendrá derecho a la pensión de viudedad si el fallecido carecía de bienes o cuando con el pago de la pensión compensatoria por parte de los herederos se perjudicaba la legítima, ya que en otro caso, los herederos deberán continuar abonando la pensión. Pero el problema es que no lo dijo.

De todas formas, la reforma del artículo 174.2 de la LGSS va a tener una importante influencia en los próximos procedimientos matrimoniales.

a) Separaciones y divorcios consensuales.

Como señala Ramón TAMBORERO, «con la nueva legislación tendrá que cuidarse mucho la cuestión relativa a posibles pactos entre los cónyuges que regulen su ruptura, ya que, en particular, la posible limitación temporal de una pensión compensatoria, o la entrega de un bien o un capital a tanto alzado, implicará después, en caso del fallecimiento del obligado al pago, que el superviviente ya no tenga derecho a la pensión de viudedad, pese a que haya convivido muchos años con el causante. Podemos intuir sin temor a equivocarnos que esta ley va a representar un obstáculo más en las posibilidades de alcanzar acuerdos amistosos, ya que la parte con derecho a pensión compensatoria difícilmente aceptará tal limitación temporal en su percepción, ni el abono de una cantidad líquida o bien inmueble en el momento de la ruptura, por cuanto tal posibilidad le cierra el camino a la pensión de viudedad».

Para salvar los obstáculos del nuevo artículo 174.2 de la LGSS en el momento de redactar el convenio regulador, en principio, podríamos incluir en el mismo que la pensión compensatoria se extinguirá con el fallecimiento del obligado a su pago. Sin embargo, puede ser que en algunos casos, la

cuantía de la pensión de jubilación que pueda percibir la ex esposa sea muy inferior a la pensión compensatoria y el causante tuviese un importante patrimonio que le permitiría a la ex esposa seguir percibiendo la misma pensión. En este último caso, tampoco queda claro si, una vez que se extinga la pensión compensatoria al concurrir algunas de las causas legales del artículo 101 del CC, podría solicitarse la pensión de viudedad.

Lo anterior tampoco implica que necesariamente tenga que fijarse siempre una pensión compensatoria vitalicia que, en su día, permita el acceso a la pensión de viudedad. Una fórmula posible sería fijar la pensión compensatoria vitalicia pero reduciendo su cuantía a una cantidad simbólica (1 euro) a partir de un determinado número de años. Debe tenerse en cuenta que lo que se exige por el artículo 174.2 de la LGSS es «ser acreedor» y no el de su efectivo abono por el deudor y además no se menciona que la pensión compensatoria tenga una determinada cuantía. Pero no podemos olvidar que este tipo de cláusulas podrían considerarse un fraude de ley para prorrogar la normativa que expresamente ha sido derogada con la reforma. Igualmente, podría considerarse que estamos ante un negocio simulado cuando, con fines de acceder en el futuro a la pensión de viudedad, se fija una pensión compensatoria si en el momento de la separación o el divorcio no existe desequilibrio económico entre los cónyuges, aunque sería muy complicado detectar esta simulación.

b) Procedimientos contenciosos.

Cuando por falta de acuerdo entre los cónyuges es el Juez el que tiene que fijar la pensión compensatoria, la reforma también debe tener su influencia. Pensemos en la señora de cierta edad que se separa después de 30 años de matrimonio y que durante todo este tiempo se ha dedicado a la casa y a los hijos. Fijarle una pensión compensatoria temporal es condenarla a no percibir en el

futuro la pensión de viudedad, lo que unido a la imposibilidad de llegar a cobrar una pensión de jubilación (no hubo cotización previa) es dejarla a merced de las escasas ayudas sociales o de los hijos, salvo que el patrimonio acumulado durante el matrimonio le permita cubrir sus necesidades.

Como estamos ante una materia de libre disposición de las partes, parece que el cónyuge que solicite la pensión debe mantener siempre la petición de pensión vitalicia.

c) Procedimiento de modificación de medidas.

Para evitar las consecuencias negativas que tiene la aplicación de la nueva normativa ¿cabría la posibilidad de instar una modificación de medidas para adaptar la pensión compensatoria a esta nueva circunstancia? Si existe una buena relación entre los ex cónyuges, no parece que surjan obstáculos para que, a través de un procedimiento de modificación de medidas, pacten la ampliación de la pensión compensatoria, e incluso su reconocimiento aun cuando no se hizo en su momento. El problema es que, como antes indicamos, podría considerarse que la modificación constituye un fraude de ley.

3. Propuestas de reforma

Como podrá comprenderse, las críticas no se han hecho esperar, y si el INSS no modifica el criterio, desde distintos ámbitos ya se está solicitando la reforma del precepto que comentamos. Concretamente en el III Encuentro de Jueces y Abogados de Familia, celebrado en Madrid en octubre de 2008 se consideró que era necesaria la reforma del citado precepto ya que el mismo infringe el principio constitucional de seguridad jurídica, el principio de irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales, el derecho fundamental a la igualdad de trato consagrado en el artículo 14 de la Constitución, los artículos 39 y 41 del mismo

cuerpo legal y la aplicación indebida de los artículos 97 y 101 del CC.

Por otro lado, desde el ámbito exclusivo de las pensiones de viudedad de las parejas de hecho, también se está solicitando por

algún grupo parlamentario la equiparación total, ya que los requisitos establecidos en el tan mencionado artículo 174.2 de la LGSS dificultan enormemente el acceso a la pensión de viudedad de los convivientes de hecho.

Casos prácticos

I CUESTIONES PROCESALES

Si se solicitan medidas previas, ¿se puede interponer demanda de separación, nulidad o divorcio, por la misma parte, antes de que se haya resuelto sobre las medidas previas?

Efectivamente, no existe ningún inconveniente en solicitar medidas previas y antes de que se resuelvan presentar demanda de separación. Ahora bien, lo que no será procedente en este caso es solicitar medidas provisionales coetáneas junto con la demanda de separación o divorcio, y habrá que estar a lo que se acuerde en el procedimiento de medidas previas. Estas medidas estarán vigentes hasta que sean sustituidas por las medidas que se acuerden en la sentencia.

2 PENSIÓN ALIMENTICIA

Si un matrimonio tiene en la empresa familiar del esposo un 3% del capital social, ¿puede pedirse una auditoría a la sociedad, para demostrar que, en especie, el esposo percibe el doble de lo que aparece en la nómina?

Con esa participación social poco se puede hacer, ya que para salvaguardar el derecho de los socios minoritarios en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil

se contempla la posibilidad de nombrar auditores para sociedades no obligadas a verificación: «Los socios de sociedad anónima, de responsabilidad limitada o de sociedad comanditaria por acciones no obligadas a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión podrán solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de uno o varios auditores de cuentas, con cargo a la sociedad, cuando concurren las siguientes circunstancias: 1. Que el solicitante o los solicitantes representen, al menos, el 5% del capital social. 2. Que no hayan transcurrido tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio a auditar».

Por tanto, siendo la participación inferior al 5% no podrá solicitar el nombramiento de un auditor.

Si la participación fuese superior a ese 5%, sería de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 9 de mayo de 2008, en la que se reconoce el derecho de los socios minoritarios a que las cuentas de la sociedad sean revisadas por un auditor de cuentas. Sostiene la Sala que son hechos probados que la sociedad impidió la actuación del auditor nombrado por el Registrador mercantil lo que supuso la revocación de hecho del nombramiento del mencionado auditor. Y ello no debe impedir que el socio minoritario, que se encuentra desprotegido, vea frustrados sus derechos, reconociéndose, en base a lo previsto en el artículo 40 CCom, la posibilidad de que sea nombrado judicialmente un auditor.

3 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Los cónyuges están liquidando la sociedad de gananciales y surge el obstáculo de que uno de los bienes inmuebles se encuentra afecto al aval que los cónyuges prestaron para un negocio jurídico del hijo común mayor de edad. ¿Qué efectos tendrá esta circunstancia en el momento de la adjudicación de bienes si quiere conseguirse la igualdad en los lotes?

En primer lugar, sería necesario conocer si el aval prestado ha sido de forma personal o afecta únicamente al bien inmueble. En el primer caso, en principio, dado que la responsabilidad subsidiaria en caso de impago de la deuda personal sería solidaria, resultarían indiferentes las adjudicaciones que tuviesen lugar en la liquidación de gananciales.

En el segundo caso, para conseguir la igualdad lo razonable sería que este inmueble se adjudique en pro indiviso entre los cónyuges, ya que de esta manera, si finalmente resulta impagada la deuda por el hijo, ambos padres soportarán esta carga. Si el hijo paga la deuda, se liberará la carga que pesaba sobre el inmueble y podrán ejercitar la acción de división de cosa común, repartiéndose entre ambos cónyuges el precio obtenido por la venta. También sería admisible que liquidasen de mutuo acuerdo todos los bienes, y dejen sin liquidar este inmueble hasta tanto se extinga la deuda que garantiza el bien ganancial.

En ambos casos, hay que tener en cuenta que el aval no puede computarse en el pasivo de la sociedad como una deuda, dado que hasta tanto no se ejecute el mismo por falta de pago del deudor, no se concretará en una verdadera deuda de la sociedad de gananciales.

4 CUESTIONES PROCESALES

¿Qué puede hacerse cuando el juez omite en la sentencia una de las medidas acordadas por las partes, y se han dejado pasar los plazos para recurrirla, cuando además dicha medida afecta a los hijos menores, pues atribuía el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio y a los hijos?

Habiendo transcurrido los plazos establecidos tanto para la interposición del recurso de apelación o para el complemento de la sentencia, ésta ha adquirido firmeza y por tanto ya no es posible modificarla para incluir el pronunciamiento relativo a la atribución del uso de la vivienda. Si se trata de una sentencia de separación, queda la posibilidad de presentar la demanda de divorcio y solicitar *ex novo* la atribución del uso de la vivienda. En los otros casos, aunque no existe ningún tipo de garantía, podría intentarse la atribución por vía del procedimiento de modificación de medidas.

Con la anterior LEC se permitía la adopción de medidas en fase de ejecución de sentencia –tal y como señala el artículo 91 del CC– pero la actual normativa no ha habilitado ningún cauce para ello. No obstante, nos consta que algunos juzgados siguen fijando, en casos como éste, medidas en fase de ejecución de sentencia.

5 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Tras celebrarse la comparecencia de inventario de la sociedad de gananciales

he tenido conocimiento de la existencia de un bien que no se incluyó en el mismo. He presentado un escrito solicitando su inclusión alegando que se trata de un hecho nuevo y me lo han denegado. ¿Cuándo puedo solicitar su inclusión?

Los cónyuges siempre tendrán la posibilidad de solicitar una adición a la partición, pues así se lo permite el artículo 1079 del CC. La cuestión a decidir es cuándo pueden iniciar este procedimiento ¿Deben esperar a que finalice la liquidación o en cualquier momento pueden ejercitar la acción? Ni en el Código Civil ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil se establece restricción temporal alguna para el ejercicio de esta acción, por lo que el cónyuge que olvidase en la comparecencia de inventario la inclusión de alguna partida del activo o del pasivo o que con posterioridad tuvo conocimiento del nuevo bien o deuda podrá presentar en cualquier momento su demanda de adición. Es más, lo recomendable es que se haga cuanto antes con la finalidad de que si se estima procedente la inclusión, se tenga en cuenta por el contador-partidor en el momento de redactar el cuaderno particional. Si el proceso liquidatorio ya ha superado este trámite habrá que hacer una partición complementaria independiente.

6 CONVENIO REGULADOR

En el convenio regulador, además del pago de una pensión alimenticia mensual por parte del padre, se pactó que «Los gastos extraordinarios, a partir de 50 euros, serán abonados al 50%, entendiéndose por tales los gastos médicos sanitarios de todo tipo no cubiertos por la Seguridad Social, gastos adicionales de

matrículas y estudios en colegios privados y/o universidades y gastos de actividades extraescolares» La hija asiste a clases de danza, por lo que mensualmente se abonan 26 euros, lo que supone un gasto anual de 286 euros. ¿Debe abonar el padre el 50% o debe considerarse un gasto asumible con la pensión alimenticia al tratarse de un pago que se hace mensualmente?

Como los gastos de danza se generan mensualmente, el importe a tener en cuenta para considerar si debe o no compartirse al 50%, es el pago mensual, por lo que, en principio, se trata de un gasto comprendido dentro de la pensión alimenticia. Otra cuestión distinta son aquellos gastos que no tienen una periodicidad mensual, en cuyo caso, si su importe supera la cantidad estipulada en el convenio, será a cargo de ambos progenitores.

7 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

En el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales el esposo pretende incluir en el pasivo un crédito por el importe de los gastos de mantenimiento del vehículo ganancial cuando es el único que ha venido utilizándolo. ¿Puedo oponerme a esta petición?

Evidentemente, el criterio jurisprudencia es que debe aplicarse una solución análoga a la que rige para el usufructo, y así conforme al artículo 500 del Código Civil corresponde al usufructuario hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo, considerándose ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación.

8 UNIONES DE HECHO

Una pareja de hecho compareció ante Notario y otorgó una escritura mediante la cual ambos aceptaban que las normas de la sociedad de gananciales que se regulan en el Código Civil rigiesen sus relaciones económicas durante la convivencia. Tras la crisis de la pareja ¿pueden acudir al procedimiento establecido en los artículos 806 y siguientes de la LEC para liquidar los bienes o dicha liquidación debe resolverse por vía de la acción de división de cosa común en un procedimiento ordinario?

Una vez más estamos ante un supuesto que no tiene respuesta jurídica en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien podría admitirse la utilización del procedimiento de liquidación previsto en los artículos 806 y siguientes de la LEC, dado que, aunque no existe matrimonio entre los convivientes, sí existe un patrimonio común afecto al levantamiento de las cargas familiares. Dependerá de la sensibilidad del tribunal que deba conocer de la pretensión admitir a trámite la formación de inventario. Si se rechaza la petición por inadecuación de procedimiento, no queda otra opción que presentar la demanda de juicio ordinario solicitando la división de cosa común.

9 RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

¿Puede el cónyuge promovente del inventario de la sociedad de gananciales adicionar nuevos bienes en la comparecencia de inventario?

El criterio mayoritario entre la jurisprudencia es que la solicitud y propuesta de inventario inicial configura y delimita la pretensión deducida por el cónyuge promovente en el procedimiento de liquidación, no pudiendo con posterioridad, pretender la inclusión en el inventario de otros bienes o derechos.

10 RÉGIMEN DE VISITAS

Se tramitó un procedimiento de medidas de hijos extramatrimoniales y en la sentencia se acordó que las vacaciones escolares se distribuirían por mitad, dándose el caso de que el hijo asiste a una guardería. ¿Podría entenderse que hasta que el hijo inicie la educación primaria la referencia a las vacaciones escolares puede sustituirse por las vacaciones de los progenitores?

Las sentencias deben cumplirse en sus propios términos y, por tanto, si ésta aprobó el convenio regulador habrá que estar a lo pactado por los cónyuges que al final forma parte de la sentencia.

Si se pactó que las estancias vacaciones de los menores con el progenitor no custodio serían las correspondientes a las vacaciones de los menores, y éstos están aún en la guardería, la interpretación lógica es que se consulte un calendario escolar, ya que eso es lo pactado, con independencia de que el hijo esté o no escolarizado. Aplicar el calendario laboral de los progenitores es una modificación del convenio que requiere la aprobación judicial o, en su caso, el acuerdo con el otro progenitor.

II PENSIÓN ALIMENTICIA

En la sentencia de divorcio se ha fijado una pensión alimenticia superior a la que se acordó en el auto de medidas provisionales. ¿Puede reclamarse en fase de ejecución de sentencia la diferencia de cantidad?

Entendemos que no, toda vez que si se fijaron medidas provisionales, es esa pensión la que habrá estado vigente hasta la fecha de la sentencia de divorcio. Las medidas que se contienen en la sentencia sustituyen a las provisionales pero no tienen efectos retroactivos (el texto del artículo 774.4 de la LEC no le concede tal efecto, simplemente indica que sustituirán a las provisionales).

I2 CONVENIO REGULADOR

Cuatro meses después de la separación de hecho, los cónyuges suscribieron un convenio regulador para presentarlo en el procedimiento de divorcio, pero finalmente el esposo no lo ratificó teniendo que tramitarse aquel procedimiento de forma contenciosa. Ahora, el esposo ha presentado un escrito para que se liquide la sociedad de gananciales de una forma distinta a la que pactaron en aquel convenio regulador. ¿Puede admitirse esta petición?

El Tribunal Supremo ha tratado en diversas ocasiones esta cuestión, señalando entre otras la Sentencia de 26 de enero de 1993 que «No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su

eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico». Por tanto, en principio, lo contenido en el convenio regulador suscrito por los cónyuges, aunque no se ratificase judicialmente, tiene eficacia. No obstante, no creemos que el tribunal de oficio pueda desestimar la petición de formación de inventario si la parte demandada no excepciona esta circunstancia.

I3 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

La empresa donde trabajaba el esposo abrió un Plan de Pensiones Patronal del que era beneficiario el esposo y donde aquella ingresaba mensualmente una determinada cantidad. Producida la disolución de la sociedad de gananciales e iniciada la liquidación surge la cuestión relativa a si dicho plan tiene carácter ganancial o privativo.

La STS de 27 de febrero de 2007, señala que la doctrina ha discutido acerca de la naturaleza de las aportaciones que los empresarios efectúan a los Planes de Pensiones del sistema de empleo y, más en concreto, se puede plantear la cuestión de si constituyen o no prestaciones que deban tener la consideración de salario. Si se optara por la afirmativa, las aportaciones al Plan de Pensiones efectuadas por el empresario deberían ser consideradas como bienes gananciales, mientras que si se opta por la otra alternativa, al no pertenecer al salario, deben quedar excluidos de tal condición.

La primera nota que distingue los Planes de Pensiones de los salarios está en que si bien se trata de una presta-

ción económica a favor del trabajador, no produce un incremento de su patrimonio, sino que pasan a formar parte de un Fondo de Pensiones que será gestionado por un tercero, de manera que los partícipes no tienen ningún control sobre las cantidades integradas en el correspondiente Fondo. El Plan de Pensiones tiene la naturaleza de Plan del sistema de empleo en el que el promotor efectúa la totalidad de las aportaciones; por ello, debe concluirse que no entra dentro de las prestaciones salariales que deban tener la naturaleza de bienes gananciales.

A la misma conclusión han llegado las sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, relativas a la naturaleza de la pensión de jubilación, derecho análogo al Plan de Pensiones, ya que la finalidad principal del contratado por el empleador tenía la función de completar sus pensiones de jubilación. La Sentencia de 20 de diciembre de 2003 resolvió un motivo planteado sobre la pensión de jubilación, en el que la recurrente consideraba que dicha pensión debería tener carácter ganancial por el «hecho de que la misma surja de la cotización a la Seguridad Social durante el tiempo legal, pues esta cotización se realiza con dinero ganancial»; la sentencia desestima el motivo porque «la pensión de jubilación controvertida corresponde exclusivamente al esposo de la demandada, que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo (el hecho de su jubilación, en cuanto al primero, y el de su eventual fallecimiento, en cuanto al segundo)». Así mismo, la Sentencia de 20 de diciembre de 2004 consideró que no es ganancial la pensión del marido «ya que se trata de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el artículo 1358».

Pues bien, siendo la función del Plan de Pensiones, cuya ganancialidad se discute, la de completar las pensiones de jubilación a que tendría derecho el partícipe/trabajador en el momento de su retiro, debe considerarse que no forma parte de los bienes gananciales.

14 REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Si la sentencia de divorcio que disolvió la sociedad de gananciales se dictó por un tribunal extranjero, pero en la actualidad la esposa, de nacionalidad española reside en España ¿qué juzgado resultará competente para tramitar el procedimiento de liquidación?

En estos casos antes de pronunciarse sobre qué juzgado será competente habrá que analizar si los juzgados y tribunales españoles tienen jurisdicción para tramitar la liquidación de la sociedad de gananciales. Para ello, habrá que estar a lo establecido en el artículo 22.3 de la LOPJ: «en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges..., cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro». Si existe competencia internacional, la competencia territorial vendrá determinada por la regla general del artículo 50 de la LEC, es decir, corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio. Si el demandado no tu-

viere domicilio ni residencia en España podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en éste y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor.

15 CUESTIONES PROCESALES

Un hijo mayor de edad que convive con la madre en Madrid, insta un procedimiento de reclamación de alimentos y demanda tanto al padre, que reside en Valencia, como a la madre, si bien respecto a esta última indica que contribuye a su obligación alimenticia con la atención personal y el alojamiento. Dicha demanda se presenta ante los Juzgados de Madrid y el padre interpone una declinatoria al entender que la competencia corresponde a los juzgados de Valencia. ¿Puede tener éxito la declinatoria?

Señala el artículo 53.2 de la LEC que «Cuando hubiera varios demandados y, conforme a las reglas establecidas en este artículo y en los anteriores, pudiera corresponder la competencia territorial a los jueces de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante».

La Jurisprudencia viene exigiendo para dar validez a la elección que se haga del domicilio de uno de los demandados, cuando los domicilios de los demandados sean distintos, que «el demandado elegido por el actor a los efectos de atribuir la competencia con preferencia a otros demandados, tenga un interés contrapuesto al del demandante y ello aunque la obligación no sea mancomunada o solidaria», así SSTs de 25

de abril de 1940, 26 de marzo de 1943, 7 de enero de 1947, 25 de septiembre de 1953 y 14 de enero de 1954, 22 de febrero de 1975 y 17 de marzo de 1975.

En el presente caso el hijo no dirige frente a los dos demandados idénticas pretensiones, sino que a su madre le pide sustento y alojamiento en su domicilio, tal y como viene prestándole en la actualidad; y al padre el pago de una cantidad mensual. Por tanto, no existiendo intereses contrapuestos entre la madre y el hijo, es evidente que la verdadera pretensión se dirige contra el padre, y, por tanto, serán los juzgados y tribunales de Valencia los competentes para el conocimiento de la demanda.

16 UNIONES DE HECHO

Un señor adquiere una vivienda mediante un contrato privado abonando un tercio del precio de la misma y suscribiendo una serie de letras por el resto que se abonan con cargo a una cuenta de titularidad exclusiva del mismo. Al poco tiempo comienza a convivir con una señora y fruto de esa unión nacen dos hijos. Constante esa convivencia, aproximadamente tres años después, se otorga la escritura pública de compraventa a nombre del señor y de su compañera sentimental, indicándose en la misma que ambos adquieren por mitad y pro indiviso, por precio que la vendedora tiene recibido. Tras la crisis de pareja, la señora abandona el domicilio familiar e interpone una acción de división de la cosa común. El señor se opone alegando que la escritura de compraventa era nula puesto que el único comprador era él. ¿Qué problemas jurídicos plantea el supuesto?

Teniendo en cuenta los datos que se suministran en el caso, es obvio que la compraventa no es nula, dado que existe objeto (el inmueble), precio (se indica que el precio se ha recibido con anterioridad al otorgamiento de la escritura) y existe *traditio* (ambos compradores tienen la posesión del inmueble). Ahora bien, ello no impide que el señor, por vía reconvencional, ejercite una acción a fin de que se declare que el inmueble es sólo de su propiedad puesto que él es el único que ha puesto el dinero de la compra.

solicitan recuperar su posesión que actualmente tienen la esposa e hijos.

Por tanto, ninguna identidad ni subjetiva ni objetiva se da entre uno y otro proceso, dado que lo que se decide en el procedimiento matrimonial no puede afectar a los padres del esposo. En consecuencia, no se dan los requisitos necesarios previstos en los artículos 421 y 222 de la LEC para apreciar la existencia de litispendencia.



CUESTIONES PROCESALES



CUESTIONES PROCESALES

La esposa ha presentado una demanda de divorcio solicitando, entre otras medidas, que se le otorgue el uso de la vivienda familiar que es propiedad de los padres del esposo. Tras dictarse el auto de medias provisionales, atribuyendo el uso del inmueble a la esposa e hijos, los padres del esposo interponen una demanda de desahucio por precario reivindicando la posesión del inmueble. El esposo, al contestar a la demanda de divorcio, alega la excepción procesal de litispendencia entre este procedimiento y el desahucio por precario. ¿Puede estimarse dicha excepción?

En el procedimiento de divorcio se está debatiendo a quién debe atribuirse el uso de la vivienda donde se desarrollaba la convivencia conyugal. Por tanto, la medida que al respecto recaiga se limitará a establecer a quién corresponde dicho uso, con efectos exclusivamente entre los allí litigantes.

Por el contrario, en el procedimiento de desahucio, los titulares del inmueble

Los cónyuges se encuentran divorciados por sentencia dictada por un Juzgado de Madrid, si bien aún no se ha liquidado la sociedad de gananciales. El esposo interpone una demanda de juicio declarativo solicitando que se le atribuya el uso temporal de un *bungalow* sito en Alicante, ya que la esposa viene haciendo uso exclusivo del mismo. ¿Es viable esta petición?. En tal caso, ¿qué juzgado será competente para conocer del procedimiento?

La cuestión que se suscita en esta consulta ha sido objeto de resolución en el Auto del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2007 que, reconociendo previamente la viabilidad procesal de la acción, atribuyó la competencia al juzgado donde está radicado el inmueble y no al que deberá conocer de la liquidación de la sociedad de gananciales dado que la acción instada por el esposo solicitando un régimen de uso del bien ganancial tuvo lugar durante el período de vigencia de la sociedad posganancial y no constaba el inicio del proceso de liquidación: «En el presente caso, se trata de una demanda dirigida, exclusivamente, a obtener una declaración relativa al uso

y disfrute de un *bungalow* sito en Alicante perteneciente pro indiviso al 50% al demandante y a la demandada, al formar parte de su sociedad de gananciales, la cual ha sido disuelta en virtud de Sentencia firme de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 75 de Madrid, pero no liquidada aún. Y del escrito de demanda claramente se deduce que la acción ejercitada no es la que pretende la liquidación de la sociedad de gananciales, para cuyo conocimiento sería competente el Juzgado de Primera Instancia núm. 75 de Madrid por haber sido el que dictó la Sentencia de divorcio en aplicación del artículo 807 de la LEC, sino que la acción realmente ejercitada es una acción real sobre un bien inmueble, con fundamento en los artículos 392 a 406 del Código Civil, por la que el actor pretende obtener, sin

alusión ni petición alguna respecto de la liquidación del régimen de gananciales, una declaración relativa a que el mismo tiene igual derecho que la demandada a usar y disfrutar de la vivienda que ambos tienen en común mientras no se liquide el régimen ganancial, interesando a su vez la fijación de un régimen por el que ambos tengan igual derecho a usarla y a disfrutarla. Siendo ello así, la competencia territorial en este caso viene fijada por normas imperativas en el artículo 52.1 de la LEC que establece la competencia del Tribunal del lugar en el que esté sita la cosa litigiosa. De todo ello se deduce que la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alicante, pues es allí donde radica, como antes hemos visto, el inmueble sobre el que recae la acción ejercitada y la pretensión actora».

Revista de Derecho de familia

DERECHO COMPARADO

LA REGULACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA EN EL PERÚ (LEY 29269)

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA

Abogado de Perú

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. LA RUTA LEGISLATIVA

II. ANÁLISIS DE LA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

III. LIMITACIONES PROCESALES Y PRÁCTICAS DE LA LEY DE TENENCIA COMPARTIDA

III.1. El escaso nivel de aceptación de los parámetros de la Tenencia Compartida en los magistrados

III.2. La elevada permeabilidad del legislador de judicializar todos los conflictos interpersonales

III.3. La elevada carga emocional judicializable en los progenitores

IV. LAS CONCORDANCIAS NORMATIVAS CONSTITUCIONALES, LEGALES Y JURISDICCIONALES JUSTIFICANTES DE LA LEY DE TENENCIA COMPARTIDA

V. DE LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES, CIVIL TUTELAR (ISN), SOCIO-POLÍTICOS, ECONÓMICOS Y PERSONALES

V.1. Del fundamento constitucional

V.2. Del fundamento civil tutelar. El interés superior del niño

V.3. Del fundamento socio-político

V.4. Del fundamento económico

V.5. Del fundamento personal

VI. DEFINICIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA

VII. DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

VIII. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA

VIII.1. Respeto de las condiciones de los progenitores

VIII.2. Respeto de las condiciones del hijo

IX. LOS MITOS CONTRA LA TENENCIA COMPARTIDA PROVENIENTES DEL MACHISMO SOCIAL, DE LA PARANOIA DE GÉNERO Y DE LA LEY

IX.1. La edad del menor

IX.2. El sexo del menor y del progenitor

IX.3. Tenencia compartida ¿todo es al 50%?

X. LOS RETOS DE LA TENENCIA COMPARTIDA

X.1. Procesales

X.2. Personales en el ámbito afectivo

X.3. Personales en el ámbito económico

X.4. La movilidad y traslado de la residencia de un progenitor

XI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN. LA RUTA LEGISLATIVA

En septiembre de 2006, la Congresista Luisa María Cuculiza presentó el Proyecto de Ley núm. 199/2006-CR y aunque parezca paradójico, una mujer parlamentaria reconoció que después de una separación de una familia (constituida o de hecho) la tenencia de los hijos se convierte en un asunto de «propiedades»¹ porque los conflictos se vuelven degenerativos de la dignidad e identidad individual y familiar.

Complementaria la propuesta legislativa describe una serie de problemas socio-familiares escasamente abordados por la legislación nacional:

- a) La obstrucción del vínculo paterno-filial, al privarse generalmente a los varones de un contacto con sus hijos, con lo cual si la situación es prolongada y reiterativa suele provocar el cansancio del padre y así terminar por alejarse de su propio hijo.
- b) El síndrome de alienación parental, provocada por quienes tienen la tenencia de los hijos, manifestado en la generación de conductas y mensajes que influyen negativamente en el comportamiento con el otro progenitor.

1. Primer párrafo de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 199/2006-CR, <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>.

c) La violencia familiar en el ámbito psicológico, provocado a quienes son la parte débil de toda relación conflictiva, que puede ser inclusive para los dos progenitores quienes actúan entre sí provocando la limitación de sus derechos.

Finalmente en este rubro, poco se ha estudiado del derecho de los abuelos y demás familiares cuando existe una relación fenecida de los padres, privándoseles a ellos de un contacto directo y frecuente con sus propios familiares, con sus sucesores.

La propuesta legislativa en este sentido tuvo una ruta parlamentaria un poco dilatada, debido principalmente a la acción política del mismo Congreso y así podemos detallar su itinerario a fines de septiembre de 2008:

Estado	Fecha
Dictamen favorable de la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social. Dictamen aprobado sólo por <i>mayoría</i> , lo cual implica que varias parlamentarias <i>no</i> estaban de acuerdo con la tenencia compartida. La visión sexista, limitada y perversa de un problema socio-familiar, es una muestra palpable de que al menos una parlamentaria es una evidente enemiga de la igualdad de género, paradójicamente el estribillo de su imagen política.	20 de noviembre de 2007. (casi un año después de la presentación de la propuesta legislativa)
Dictamen favorable de la Comisión sustitutoria de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos. Dictamen aprobado por <i>unanimidad</i> . Téngase presente que el grupo de trabajo está compuesto por una mayoría de varones.	29 de mayo de 2008. (casi un año y medio después de presentada la propuesta legislativa)
Texto sustitutorio consensuado entre las Comisiones de Justicia y de la Mujer.	24 de septiembre de 2008. Dos años después de presentada la propuesta legislativa.
Dictamen aprobado por el Pleno del Congreso de la República. Dispensa de la 2. ^a votación, por acuerdo del Pleno del Congreso de la República.	24 de septiembre de 2008.

Aprobado el Dictamen, Susana Pinilla (Ministra de la mujer), expresó de manera anticipada el apoyo del Ejecutivo en la pronta promulgación de la Ley de Tenencia Compartida y así modificar el Código del Niño y del Adolescente.

Sin embargo, nos sorprende que el Ejecutivo y el mismo Poder Judicial hayan tenido que esperar la decisión de una parlamentaria para regular una situación social de mucha importancia e impacto en el ámbito de las políticas públicas de protección de derechos de niños.

La misma Ministra, después del Dictamen, señalaba la necesidad de regular la tenencia compartida por la cantidad de procesos judiciales vinculados a la materia y que se tornaba «necesaria» la promulgación de la ley. Pero ¿antes del dictamen acaso no existían las mismas estadísticas?, ¿por qué el Ejecutivo no quiso tomar la iniciativa en la búsqueda de una solución a los problemas que generalmente aquejan más a los varones en los conflictos familiares?

Paralelamente y sin el ánimo de estudiar el contenido del Dictamen que requiere la firma del Presidente de la República para convertirse en Ley, estudiaremos la institución de la Tenencia Compartida.

Finalmente se promulgó la Ley núm. 29269, Ley de Tenencia Compartida que reforma el Código de los Niños y Adolescentes en el Perú.

II. ANÁLISIS DE LA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

Las modificaciones que plantea la Ley núm. 29269 se pueden dividir en seis niveles:

– **Respecto de las adecuaciones a parámetros tuitivos y progresivos de derechos fundamentales.**

En principio, los progenitores tienen derechos equivalentes respecto de sus hijos, salvo si existen consideraciones personales respecto de la disolución del matrimonio o conveniencia o el vínculo con el hijo resultase perjudicial para el niño, niña o adolescente.

Quien provoca una situación perjudicial para el hijo, para el otro progenitor no puede pretender una equivalencia de derechos, dado que la Ley no ampara el Abuso de Derecho ni mucho menos puede admitir la indefensión de quien resultase perjudicado en sus derechos.

Si los progenitores voluntariamente optan por la disolución del matrimonio o convivencia y aún no existe un acuerdo respecto de la tenencia compartida, el juez a partir del 20 de octubre de 2008 (primer día útil jurisdiccional para la entrada en vigencia de la ley) puede determinar la tenencia compartida del hijo entre los progenitores.

La posibilidad de actuar a favor del hijo (Interés Superior del Niño) es sólo un marco referencial, mas no es una imposición al juez especializado.

El contexto legislativo y jurisdiccional comparado nos permite señalar que sí es posible establecer parámetros regulatorios infralegales que permitan al magistrado tener una mejor herramienta de interpretación casuística para resolver un caso específico, otorgando la tenencia compartida o fijando la tenencia a un solo progenitor.

Inclusive aun cuando existan niveles de conflicto entre los progenitores se ha observado la posibilidad de fijar la tenencia compartida (Alemania, Noruega). Solución vinculada sobre todo a los niveles de comprensión del problema social y político de los conflictos familiares que no necesariamente son factibles en el Perú.

El método para imponer la tenencia compartida en Alemania y Noruega, aun con oposición de los progenitores, parte de la facultad del órgano jurisdiccional de imponer reglas mínimas de conducta a los progenitores, que en caso de ser vulneradas generarían limitaciones de derechos.

De este modo, si el padre omite brindar su porcentaje de la obligación alimentaria (por ejemplo), se le impondrá una limitación de derechos, eliminándose o postergándose su derecho a una tenencia compartida, fijándose un régimen de visitas; si la madre obstruye el vínculo entre el padre y su hijo (por ejemplo), se ordenará la variación de tenencia a favor del progenitor «débil» o quien resulte obstruido vincularmente. Parámetros que evidentemente generan en el litigante progenitor la toma de conciencia de que sus «expectativas y derechos» están supeditados a los intereses y cuidado del hijo.

La reducción de costos tanto para el Estado (optimización de órganos jurisdiccionales con mayor requerimiento de presupuesto) como para los progenitores, permite señalar que esta opción legislativa resulta útil, porque para ello los niveles de asesoría parlamentaria se han basado en informes multidisciplinarios y no en simples propuestas políticas que no tienen un resultado óptimo en el ámbito jurisdiccional o jurídico.

– Respecto de las inclusiones legislativas regulatorias de derechos fundamentales conexos.

Uno de los problemas habituales entre progenitores separados o divorciados con hijos está vinculado a la obstrucción del vínculo paterno-filial o a la limitación de derechos del progenitor sin tenencia efectiva.

Frente a esta situación progresiva y constante, habitualmente no existen métodos ni jurisdiccionales ni personales inmediatos para remediar el daño provocado al progenitor obstruido y su hijo.

En este sentido, observamos como remedio legislativo el último párrafo del artículo 84.º modificado:

«En cualquiera de los supuestos, el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño, niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.»

Regulación que resulta vinculante para el magistrado, quien deberá tener presente que la residencia principal del menor (aún si tuviese domicilio múltiple) debe estar en concordancia con la garantía de protección del vínculo paterno-filial y en la obligación de un deber de diligencia y respeto de los derechos del hijo.

Esta regulación legislativa obligatoria, resulta ideal para la prevención de múltiples problemas y procesos judiciales vinculados a la sustracción de menores, la variación de tenencia, la limitación o suspensión del régimen de visitas o la ampliación del régimen de visitas.

– Respeto de las consideraciones de individualización de derechos y el respeto del derecho a la dignidad del individuo como sujeto de derechos.

El CNA tiene un severo error general en todo su contenido y es el manejo equivocado del concepto de «género».

Habitualmente se considera un solo progenitor, el padre; inclusive el artículo VI del Título Preliminar clama la necesidad de «incluir» a la madre, como si fuera necesario regular sus derechos en forma expresa.

En contra parte, el CNA habla indistintamente del «hijo» (usualmente referido como varón), y del niño y del adolescente; las «niñas» por tanto, no figuran expresamente.

No pretendemos señalar que existe un error o discriminación de género hacia las niñas, sólo mencionamos que leyes como la venezolana, colombiana y argentina (sólo por citar) evitan que estudiosos más observadores no cuestionen el método de redacción legislativa, como los que se utilizan en el Perú.

Por tanto, si bien la Ley núm. 29269 procura incluir el término «niña», casi al inicio del artículo 81.º modificado, no sigue el mismo ritmo en el artículo 84.º modificado, porque en el inciso a) sigue mencionando solamente al «hijo» en una referencia extensiva.

Finalmente concluye en el inciso c) del artículo 84.º modificado la inclusión a los términos «niño, niña o adolescente».

No es un error cuestionable a toda la norma ni una crítica al legislador (que no tiene que darse cuenta de estos detalles), es sólo un defecto de redacción legislativa que corresponde a quien se encarga de redactar las propuestas de los Dictámenes a la Comisión del Parlamento, formuladora de la reforma legislativa al Congreso de la República; es pues un defecto del asesor, no del legislador.

– El defecto de redacción en la reforma.

Continuando con la observación de la norma, tarea sencilla si comprendemos que son sólo dos artículos, observamos una severa ceguera en la asesoría parlamentaria.

Se trata del mantenimiento literal del inciso c) del artículo 84.º original, que en la reforma mantiene el término «obtenga».

Severo error si consideramos que el niño, niña o adolescente es un sujeto de derecho y sus derechos no están a merced de que un progenitor los «obtenga».

El «derecho» no es exclusivo del progenitor, porque no se trata de una propiedad de un bien; se trata de una concordancia de derechos entre el niño, niña o adolescente y sus progenitores.

Por ello en vez de mantener el indigno término de «obtenga», debió modificarse la redacción y adecuarla a una visión más progresiva de interpretación de derechos fundamentales

de todos los involucrados, planteándose la redacción: «para el que no goce de la tenencia o custodia».

La sutileza del término «goce» es preferible y ponderable frente a la «obtención», porque en el último implica un conflicto judicial y una victoria, mientras que el primero sólo hace referencia a una condición que el progenitor nunca pierde, porque, siendo un derecho no vinculado al núcleo duro de los derechos fundamentales, puede ser regulable tanto para su extensión como para su limitación.

– Los elementos ausentes que debieron ser incluidos.

Una simple intervención del Poder Judicial, Ministerio Público y el mismo MIMDES, hubiera permitido que el Congreso promulgase una Ley de Tenencia Compartida más práctica porque existe el peligro de convertirse en una norma no vinculante para los magistrados.

Las ausencias que observamos van en diferentes sentidos:

1) Respecto de los procesos en trámite.

En una Disposición Final se debió regular la factibilidad de que el juez deba fijar una tenencia compartida, si las condiciones de los progenitores lo permiten.

Eventualmente en estos procesos en trámite, al existir la posibilidad de transmitir los beneficios de la tenencia compartida en la etapa dilatada de la «audiencia única», el magistrado podrá tener un rol más conciliador y mediador de conflictos interpersonales, evitando dilatar la redacción de la sentencia que eventualmente será apelada, porque ese progenitor siempre se considerará perjudicado en sus derechos.

Presumimos que de haberse dado esta inclusión normativa, un elevado porcentaje de procesos de variación de tenencia, régimen de visitas o suspensión de visitas podrían haber generado numerosos acuerdos conciliatorios, beneficiosos para todos los involucrados.

Finalmente, esta propuesta de inclusión bien hubiera generado una tríada idílica para todo magistrado: tutelar el interés superior del hijo, garantizar los derechos de los progenitores respetando sus intereses y procurando la paz social. En el orden de beneficios, resultan favorecidos el hijo, los progenitores y la misma sociedad.

Lástima que la asesoría parlamentaria siga siendo la cuestionada, al perder una magnífica oportunidad.

2) Respecto de los procesos ya tramitados, donde los progenitores han asumido una relación diplomática o están sometidos a terapia de socialización o atenuación de posiciones antagónicas.

Para la gran mayoría de causas tramitadas y resueltas respecto de la tenencia y régimen de visitas, que tengan la condición social de respeto y diplomacia entre los progenitores (no se pide amistad o afecto) o que éstos se encuentren en tratamiento de terapia familiar, la

omisión de una regulación expresa en la Ley de Tenencia Compartida podría generar un nuevo conflicto no previsto y no deseado por los progenitores.

En tal sentido, la inclusión de una Disposición Transitoria para estos casos bien hubiera evitado el inicio de nuevos conflictos al interior de una familia disuelta.

La ley no sólo debe solucionar conflictos interpersonales, sino también prevenirlos y por ello resultaba idóneo regular la «socialización» entre progenitores e hijos.

La «socialización» a la que hacemos referencia, se trata de aquel proceso en el que se reintroduce la figura de un progenitor en la vida del hijo, o se aminora el impacto negativo en la relación entre progenitores; y esta situación sólo se produce después de una terapia familiar. Es el resultado de un largo proceso de asimilación de la crisis interpersonal entre los adultos y un mediano proceso de adaptación de los menores respecto de sus progenitores.

Socialización que debe ser exigible en todo trámite, aun cuando se imponga la variación de tenencia, para sí permitir un vínculo paterno-filial fluido, que se inicia cuando el progenitor beneficiado como el menor se vinculan paulatinamente sin generar una crisis emocional entre sí.

3) Respecto de los nuevos conflictos y el establecimiento de parámetros vinculantes para establecer los Convenios de Separación. La cláusula de estabilización.

Una regla casi general en los Acuerdos o Convenios de Separación entre progenitores, tanto para el inicio de un proceso judicial o para regular sus derechos y obligaciones en caso de una transición en la separación, constituye la omisión de la regulación de los deberes morales respecto de la garantía de respetar los derechos del otro progenitor y de los hijos.

Complementariamente está el hecho de que los progenitores omiten regular las eventuales sanciones en caso de incumplimiento de deberes tanto civiles como morales.

Finalmente los progenitores omiten establecer los márgenes de estabilización necesarios para no recurrir constantemente al ámbito jurisdiccional, usualmente por ignorancia.

La principal razón responde generalmente al poco conocimiento de estos márgenes regulatorios y a la nula asesoría legal conciliatoria que reciben los progenitores de parte de sus abogados, quienes en vez de tutelar los derechos del menor, aspiran a defender los intereses de su patrocinado, aun si esta acción genera la limitación de los derechos del niño, quien se convierte en el objeto de protección.

Por ello, un tercer artículo en la Ley de Tenencia Compartida hubiera permitido regular las condiciones para que el juez admita el Convenio de Separación; actualmente al no existir este parámetro, los elementos subjetivos del magistrado se convierten en elementos objetivos regulatorios, dándose la errónea interpretación de un correcto uso del interés superior del niño.

Requerir los elementos objetivos del marco regulatorio del Convenio de Separación o eventualmente exigir, como requisito de admisibilidad, la inclusión de elementos referenciales

sancionatorios, en el Convenio de Separación a los progenitores, permitiría un mejor margen de respeto a las garantías procesales de éstos.

En el ámbito de las obligaciones económicas, la inclusión de una «cláusula de estabilización», permite a los progenitores litigantes no recurrir ni a otro magistrado ni a otra instancia judicial, y actuar la solución de sus intereses en conflicto en el margen del proceso judicial inicial; propuesta que la hacemos basándonos en la Ley Venezolana de tutela de derechos del niño, niña y adolescente.

De este modo, aún en etapa de ejecución, el magistrado podría resolver una controversia respecto de la prestación de alguna obligación económica, para reducir, exonerar o incrementar dicha obligación según las nuevas circunstancias de los progenitores.

Actualmente, la reducción o exoneración de la obligación alimentaria exige un nuevo proceso judicial, que eventualmente es utilizable por el progenitor que desea reducir el *quantum* de su obligación debido generalmente a la presunción de que el otro progenitor hace un mal uso de los recursos económicos o a una limitación en cuanto a sus derechos patrimoniales.

Al no existir una fiscalización de la cuota alimentaria de parte del juez, el progenitor obligado procura remediar su afectación recurriendo a acciones maliciosas o temerarias, incrementando o provocando un nuevo conflicto familiar.

– La progresividad de las reformas institucionales en el marco de la constitucionalización del Derecho de Familia.

La promulgación de la Ley de Tenencia Compartida no es sino la evidencia de que el CNA resulta una norma obsoleta, aun a pesar de sus escasos ocho años de vigencia.

Errores de redacción, de interpretación y abuso de acciones afirmativas de género sin un fundamento objetivo constituyen las severas limitaciones del CNA, que exigen en el corto plazo la reforma total o la promulgación de un Nuevo Código del Niño, Niña y Adolescente.

Complementariamente proponemos los siguientes marcos regulatorios:

1) La promulgación de un Código Procesal Familiar, por cuanto no es factible utilizar los mismos principios procesales en contextos de conflicto interpersonales familiares, dado que en estos niveles no sólo se busca la satisfacción del Interés Superior del Niño y la satisfacción de los intereses de los progenitores, sino también la paz social.

Basta con observar cómo se regula el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, Fines del proceso: «el juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses...»

2) La privatización de los delitos familiares a través de su despenalización y posterior abordamiento en el Código del Niño y Adolescente a través de la imposición de sanciones civiles.

De este modo complementamos el principio de socialización del conflicto y proceso judicial, como también el correcto uso del Derecho Penal que debe ser utilizable como última *ratio*.

En estos niveles, la propuesta no sólo resolvería un problema de política criminal, sino que además sinceraría la tutela de bienes jurídicos relevantes en su real dimensión. Los conflictos interpersonales no ameritan una percepción gravosa a niveles de imposición de cárcel sino que pueden ser resueltos con acciones más inteligentes de parte del Estado, imponiendo niveles de intervención proporcionales al daño provocado en aras de una satisfacción efectiva del Interés Superior del Niño.

Nos justificamos en el sencillo hecho de que no se podría garantizar el «Interés Superior del Niño» si se remite a una cárcel (privación de la libertad de locomoción) a un progenitor por la omisión de alimentos o por haber sustraído a su propio hijo de la tenencia del otro progenitor.

La victimización secundaria resulta innecesaria tanto en el ámbito de los progenitores como atentatoria contra los derechos de los hijos quienes podrían asumir acciones lamentables si asimilan la responsabilidad de la condena del progenitor (suicidio infantil).

Acciones sencillas como la variación de la tenencia a favor del progenitor obstruido o «débil» resultaría un elemento más disuasivo en el progenitor que recurra a obstruir la relación paterno filial.

El incremento de la obligación alimentaria o su reducción por falta del otro progenitor igualmente permitiría que el magistrado tenga la dirección de la resolución del conflicto con un nivel más objetivo, sin provocar la indefensión de un progenitor (generalmente varón).

Propuestas que en conjunto deben ser materializadas en un conjunto de acciones coordinadas porque debe entenderse como una Política Pública, no como una Ley individual.

III. LIMITACIONES PROCESALES Y PRÁCTICAS DE LA LEY DE TENENCIA COMPARTIDA

III.1. El escaso nivel de aceptación de los parámetros de la Tenencia Compartida en los magistrados

El principal problema de la Tenencia Compartida lo constituirán los magistrados quienes al igual que la gran mayoría de abogados y estudiosos presumen de que se trata de una equivalencia de derechos y obligaciones en términos absolutos.

Ideal hubiera sido que se impusiera en una Disposición Transitoria la obligación de brindar capacitación sobre los objetivos y alcances de la Tenencia Compartida a la Academia de la Magistratura o al MIMDES, no sólo para magistrados, sino también para el público en general.

Sólo a través de una capacitación óptima, se llegará a comprender que la Tenencia Compartida implica una proporcionalidad de derechos y deberes entre los progenitores, aun cuando los derechos entre sí no son equivalentes en cuanto a beneficios.

III.2. La elevada permeabilidad del legislador de judicializar todos los conflictos interpersonales

Se ha utilizado a la Ley como un fetiche legislativo, al tratar de presumir que una propuesta legislativa solucionaría los conflictos sociales.

En tal sentido, sin un análisis multidisciplinario en el marco de Políticas Públicas, las propuestas suelen estar vinculadas al incremento de los parámetros punitivos o a la criminalización de conductas que no reflejan un grave daño a un bien jurídico tutelado penalmente.

Dejar ámbitos normativos tan extendidos o difusos en cuanto a su regulación constituyen elementos cuestionables en términos de una evaluación jurídica, sino que pueden provocar una ilusión legislativa en la sociedad que tendrá una ley inviable, será entonces una norma lírica.

III.3. La elevada carga emocional judicializable en los progenitores

Usualmente los progenitores cuando ocurre una disolución o un divorcio asumen posiciones antagónicas excluyentes entre sí, sin mediar un intento de una conciliación o la recurrencia a medios alternativos de solución de conflictos, plantean demandas con intereses absolutos, que dilatan la resolución del conflicto o que terminan provocando un daño inmediato en el desarrollo psicosocial de los hijos.

El trámite judicial implica un período de indefensión prolongado en los hijos como en el progenitor «débil» o «perjudicado» (términos que nos alejan de la clásica percepción que sólo la mujer se perjudica en un divorcio), lo cual resulta un generador de nuevos conflictos que pueden provocar feminicidio, parricidio (Síndrome de Medea), violencia familiar física o psicológica (Síndrome de Alienación Parental).

Por ello consideramos que todo Convenio de Separación incluya cláusulas de estabilización que puedan prevenir nuevos conflictos.

IV. LAS CONCORDANCIAS NORMATIVAS CONSTITUCIONALES, LEGALES Y JURISDICCIONALES JUSTIFICANTES DE LA LEY DE TENENCIA COMPARTIDA

Las principales concordancias constitucionales para la promulgación de la Tenencia Compartida son:

- Dignidad de la persona humana, porque todo niño o adolescente es una persona a quien inclusive por su condición natural se le debe brindar una mayor protección frente a su relación con sus progenitores.
- Derecho a la identidad y desarrollo de la integridad física y psicológica (bienestar).

– Derecho a la intimidad personal, porque el vínculo entre progenitores e hijos no puede estar garantizado si existen condiciones entre ellos que pudieren limitar el contacto o vínculo.

En el Código de los Niños y Adolescentes (CNA) observamos una complementación y concordancia con los siguientes artículos:

– Artículo II, Título Preliminar, cuando se observa la regulación expresa de que los niños y adolescentes son sujetos de derechos y que tienen a su favor una «protección específica»

– Artículo IV, Título Preliminar, al regularse la tutela de los derechos de los niños y adolescentes vinculados al proceso de desarrollo (físico y psicológico).

– Artículo V, Ámbito de aplicación general del CNA, porque expresamente se ha regulado que los derechos de los niños y adolescentes se tutelan sin importar las condiciones de los progenitores, dándoles una preferencia normativa como grupo vulnerable de protección.

– Artículo VI, Extensión del ámbito de aplicación, dado que a la madre como mujer se le había regulado una situación especial y particular limitante y denigrante (que resulta inconstitucional por vulnerar la dignidad de las mismas mujeres y por atentar contra el concepto de igualdad).

Sin embargo, al regularse que toda «madre» también tiene el deber de atender a su hijo, se trabaja negligentemente y deficientemente la igualdad de los progenitores reconocido en la Constitución (artículo 6.º, segundo párrafo).

Una severa limitación complementaria a lo mencionado es el hecho de la poca protección jurisdiccional de los derechos de las personas de la tercera edad que tengan vínculo con los niños o adolescentes de familias separadas o en proceso de divorcio.

Ni la ley (a pesar del artículo 90.º) ni los magistrados peruanos son conscientes de la necesidad de brindar protección a los derechos de los abuelos y de los demás miembros de la familia, cuando existe un proceso judicial de divorcio en donde existan hijos.

Increíblemente muchos magistrados trasladan las condiciones materiales y morales de los progenitores sin tenencia efectiva a los abuelos y tíos, impidiendo el vínculo.

¿Cómo queda la garantía de tutela jurisdiccional efectiva en estos casos? Sencillamente los magistrados hacen mención a que como los abuelos o tíos no son «parte procesal» no pueden regular sus derechos, en una interpretación medieval y mediocre del CNA.

Adicionalmente exigen condiciones materiales propias de terceras personas a los abuelos, asumiendo una relación maliciosa y perjudicial frente al progenitor con tenencia, sin tener presente las condiciones materiales de los peticionantes del régimen de visitas de la tercera edad.

Pocos son los magistrados en el Perú que tutelan los derechos de los abuelos y tíos considerados «terceros procesales» para la gran mayoría de sus colegas, que inclusive son docentes universitarios de la especialidad.

– Artículo VII, al desarrollarse los diferentes niveles de fuentes legislativas para regular derechos vinculados a niños o adolescentes observamos que no existe ninguna limitación expresa respecto de los progenitores, razón por la que no se comprende el desarrollo del artículo VI del Título Preliminar del CNA.

– Artículo VIII, cuando se menciona la «correcta aplicación de los principios, derechos y normas...» observamos que esta regulación no está vinculada a la interpretación exegetica, tan utilizada en nuestro sistema jurisdiccional, sino a una interpretación extensiva que permite la progresividad de los derechos no sólo de los niños, sino también de los progenitores, porque ellos tienen un vínculo especial con sus hijos.

– Artículo IX, porque es la mejor manera de garantizar el interés superior del niño, al ser este principio un «principio continente» vinculado a la constitucionalización del derecho de familia.

– Artículo X, porque a pesar de los ocho años del CNA, muy pocos legisladores y el mismo MIMDES no habían tomado en cuenta que los procesos de familia son además de un problema jurisdiccional un problema social con un elevado costo social y político.

– Artículo 3.º, porque sin la garantía de un «ambiente sano y ecológicamente equilibrado» sería imposible el desarrollo del niño o adolescente (artículo IV, TP del CNA).

– Artículo 4.º, porque el desarrollo de un niño o adolescente no sólo involucra un desarrollo físico, sino que es un desarrollo psicológico y moral, en donde los progenitores trasladan sus valores y cultura a sus sucesores como método de traslación de su propia individualidad. Si los progenitores no pueden garantizar esta transmisión de valores en la formación de los hijos, el desarrollo psicológico y moral de los niños es limitado y termina generando problemas sociales en el futuro.

– Artículo 5.º, porque cuando no existía la tenencia compartida, los progenitores sin tenencia efectiva realizaban «sustracción de menores», cometiendo un delito o provocaban la obstrucción del vínculo paterno-filial, generando un conflicto que limitaba en esencia el derecho a la libertad del menor.

– Artículo 6º, porque la personalidad como carácter innato de una persona no puede ser desarrollada si existen factores ausentes en el desarrollo del menor. Un niño varón privado de su padre no podrá tener una percepción de sus deberes de cuidado y diligencia respecto de su propia familia cuando crezca y ese daño implica una severa limitación a su derecho a la identidad.

– Artículo 8.º, entendiéndose que la mención de «familia» debe entenderse en su máxima extensión, porque es imposible negar las actuales circunstancias de múltiples separaciones y divorcios; permitiéndose una participación efectiva y afectiva de los demás miembros de la familia con quien se tenga el vínculo familiar (véase el artículo VI, TP del CNA).

– Artículo 9.º, la tenencia exige una tutela activa y guarda del niño o adolescente porque su especial condición de sujeto vulnerable le impide gozar del derecho de opinión a los niveles de solicitar la atención y cuidado del progenitor con quien no tiene vínculo; con la presente

modificación del CNA, se tendría un mejor parámetro de regulación por la concordancia de normas vinculantes.

– Artículo 14.º, respecto del ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales porque éstos no serían imposibles de materializar si existe un conflicto entre progenitores al nivel de la exclusión de uno de ellos; en menor medida hay una limitación respecto del ejercicio de estos derechos, justamente por los conflictos de los progenitores.

– Artículo 74.º, al señalar que la patria potestad corresponde a los dos progenitores (superando la posición legislativa tradicional del Código Civil), se regula indirectamente la justificación de la tenencia compartida.

Salvo el inciso e), que incluye un término provocador de conflictos («si fuere necesario para recuperarlos») la tenencia compartida se sustenta en este artículo.

Nos oponemos a esta regulación porque los progenitores no «pierden» la patria potestad de sus hijos; permitir una «recuperación» constituye un elemento de victimización innecesaria, así como un acto de vulneración a la condición de sujeto de derecho del hijo porque se convierte en un «objeto» el cual sí se debe «recuperar».

¿El legislador pensaría que si un progenitor no «recupera» su hijo en su oportunidad, el otro progenitor podría solicitar la prescripción de dicho derecho?

Regulación que finalmente resulta innecesaria porque existe el artículo 76.º, que regula expresamente la vigencia de la patria potestad para los dos progenitores, aun exista un divorcio.

– Artículo 75.º, que establece los parámetros de limitación del ejercicio de una tenencia compartida, cuando haya sido determinada.

Téngase presente que los casos de adulterio o infidelidad constituyen una condición evidente para no otorgar la tenencia compartida porque están expresamente prohibidos, al regularse como condición de pérdida de patria potestad los «ejemplos que corrompan» de los progenitores porque éstos no pueden garantizar un desarrollo moral adecuado de los niños.

Usualmente la legislación incluye elementos normativos vinculados a la moralidad social, pero se inhibe inmediatamente después cuando los quiere regular, basándose finalmente en elementos vacíos como las «buenas costumbres» y el «orden público».

Bajo esta interpretación extensiva del artículo, debemos tener presente los intereses del niño o adolescente y las condiciones de los progenitores para tutelar los derechos de los hijos, porque el mismo CNA les da una equivalencia al maltrato físico y psicológico como a la inmoralidad que perturbe el desarrollo [concordancias entre el inciso e) y el inciso c) del artículo 75 del CNA].

Siendo críticos, igualmente podríamos señalar que el Capítulo II «política y programas de atención integral al niño y el adolescente» del Libro segundo del CNA, «del sistema nacional de atención integral al niño y al adolescente» ha resultado un artículo ineficiente y obsoleto

porque la Ley de Tenencia Compartida fue una iniciativa legislativa del Congreso, dejando al MIMDES en una posición negligente, en particular si observamos el artículo 32.^o

El artículo 88.^o, regula equivocadamente el derecho del progenitor sin tenencia efectiva, porque equipara la «tenencia» con la «patria potestad». Lamentablemente, nadie toma observación al respecto.

En el contexto de la producción jurisdiccional citable como elemento concordante para promulgar la Tenencia Compartida, encontramos dos niveles referenciales, ambos del Tribunal Constitucional:

- La producción jurisprudencial constitucional de desarrollo de derechos fundamentales.
- Caso Reynaldo Shols Pérez, Expediente núm. 09332-2006-PA/TC (06/02/2008), donde se reconoce la promoción de los derechos de los hijos de familias extendidas a un reconocimiento de la equivalencia de derechos entre hijos (hijos biológicos e hijastros); aun cuando en el caso en cuestión, la hija a quien se le procuraba reconocer un derecho por extensión ya tenía la condición de ser mayor de edad.

La condición digna de la búsqueda de una protección a la familia de parte de Reynaldo Shols provocó una verdadera protección del interés superior de la adolescente al iniciar su tortura jurisdiccional, que sólo después de varios años se justificó con un fallo del Tribunal Constitucional que remedió la pésima interpretación progresiva de derechos humanos del Poder Judicial.

- Caso Francisco y Juan Tudela Van Breugel Douglas, Expediente núm. 1317-2008-PHC/TC (04/06/2008).

Sin el ánimo de observar el interior de este conflicto familiar, el Tribunal Constitucional tuvo como elemento objetivo de elogio relacionar el vínculo familiar entre individuos como elemento de tutela constitucional.

Siendo adultos todos los involucrados, la defensa del vínculo y la necesidad de reprimir toda acción que obstruya este derecho constituyen un elemento imprescindible para la ejecutabilidad de la Tenencia Compartida, aun sin necesidad de la promulgación de la misma.

- La producción jurisprudencial constitucional que establece marcos referenciales obligatorios para la jurisdicción ordinaria.
- Respecto de la tutela de derechos fundamentales, el TC ha manifestado las líneas directrices básicas de la obligación del Poder Judicial de garantizar tales derechos, porque es un «deber especial» de todos los órganos estatales, tal como se señala en el caso Roberto Woll Torres, Expediente núm. 05637-2006-PA/TC (04/07/2007), fundamento núm. II.

Evidentemente el TC sólo trasladó el principio de progresividad de los derechos fundamentales, tan estudiado por estudiantes de derecho, a una resolución judicial; presumimos por falta de preparación constitucional en los señores magistrados de la especialidad de familia.

Siendo maquiavélicos podríamos inclusive plantearnos mentalmente ¿qué pensarán ahora las magistradas de la especialidad de familia que negaban derechos a varones?

V. DE LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES, CIVIL TUTELAR (ISN), SOCIO-POLÍTICOS, ECONÓMICOS Y PERSONALES

V.1. Del fundamento constitucional

Basados en los principios de:

- Dignidad, para así respetar materialmente los derechos de todo progenitor respecto de su vínculo con su hijo.
- Igualdad, para así asignar los mismos derechos y obligaciones respecto de su relación con sus hijos.
- De la protección de la institución «familia», tanto en su esencia (vínculo) como en su estructura institucional.
- De la protección de grupos vulnerables, como lo son los niños.

V.2. Del fundamento civil tutelar. El interés superior del niño

Principio concordante con el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular»; definido como el principio que debe ser tomado en cuenta cuando se discutan los derechos del menor, prefiriéndose su tutela aún en detrimento de los derechos de sus progenitores.

Lamentablemente una pésima interpretación jurisdiccional de este principio universal de tutela de los derechos e intereses de un menor ha provocado que en casi todo el mundo se constituya una única línea de trabajo excluyente de los derechos de los varones, debido sobre todo a una exagerada visión estereotipada de prácticas culturales, machismo y sobre todo de victimización.

En el ámbito jurisdiccional peruano, por ejemplo, el adulterio de una madre no es causal para variar la tenencia a favor del padre, porque existe un sesgo personal, social, e inclusive legal, de tutelar los derechos de la mujer, así ésta no garantice el cumplimiento de los artículos 3.º (vivir en un ambiente sano²), 4.º (integridad personal³) y 8.º (a vivir en una familia⁴) del Código del Niño y del adolescente.

2. ¿Qué ambiente podría ser ecológicamente equilibrado, si los mismos progenitores no admiten la conducta deshonrosa y adúltera entre sí?

3. Estadísticamente se puede demostrar que un elevado porcentaje de violaciones a niños y adolescentes provienen del interior de una familia ensamblada, donde las nuevas parejas de las madres se convierten en la mayor amenaza de los hijos.

4. Los jueces peruanos (generalmente las mujeres) no suelen apreciar los casos de obstrucción del vínculo paterno-filial y excusan el contenido de sus resoluciones a una interpretación exegética, obviando la libertad de interpretación y de actua-

Bajo esos parámetros ¿qué moral podría presentar una madre a su hijo que vive bajo la custodia de una persona que socialmente ha cometido un acto repudiable? ¿Por qué las consideraciones personales de un acto descrito como causal de separación sólo surten efectos limitativos de derechos para los varones?

V.3. Del fundamento socio-político

El grueso de la carga procesal del Poder Judicial lo constituyen los procesos vinculados a derechos y obligaciones de los progenitores respecto de sus hijos.

Este problema jurisdiccional no es exclusividad del Perú sino que es una constante universal y ha provocado en una serie de países el diseño de políticas de desarrollo inclusivo de derechos de los varones alejados de sus hijos, no sólo para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones económicas, sino también para disminuir el impacto negativo de los conflictos interpersonales tanto en la vía judicial como en la vía personal (violencia familiar).

Aún no existen estudios completos sobre el costo social, económico y político de una mala administración de justicia en el contexto de la tutela de derechos de los niños que pudiere explicar el inmenso daño que se puede provocar con sólo participar en un proceso judicial (doble victimización).

Quien ha participado en un proceso judicial puede dar fe y su percepción sobre un eventual resultado es incierto y aún tuviere todas las garantías de acceder a un fallo positivo, finalmente no se sentirá satisfecho porque los elementos temporales (dilación procesal), los factores psicológicos (violencia familiar), los generados por las partes (temeridad procesal) y los económicos (costas y costas) terminan generando un conjunto de factores imposibles de manejar.

De esta manera, la tenencia compartida surge en el contexto comparado como una alternativa, a nivel de opción judicial (Perú, Brasil, México) como a nivel de exigencia judicial (Francia, Canadá, Noruega) para así regular (primariamente) el vínculo existente entre los progenitores con sus hijos y el costo social del manejo de los conflictos interpersonales (en forma secundaria, pero complementariamente).

La diferencia entre las opciones legislativas radica en un elemento sustancial, la relación entre los progenitores:

– En las legislaciones que facultan la tenencia compartida se da una preferencia a la decisión de los padres de llevar una relación exclusiva al ámbito de la crianza de los hijos.

Facultad que está limitada sólo a un número reducido de casos, con lo cual el resultado político-social también resulta limitado.

Douglas GROTE, señala en este punto, que la tenencia compartida no puede ser solución universal y que sólo será factible para quienes puedan acceder a acuerdos satisfactorios después de una separación⁵.

– En las legislaciones que imponen la tenencia compartida desde el inicio, optan por evitar la decisión de los progenitores, porque les asigna una responsabilidad superior, que es la de llevar una relación adulta y responsable entre sí y que en caso de la violación de este principio recién podría operar una variación de las condiciones, regulándose derechos de tenencia y régimen de visitas a los padres que no pudieron superar sus problemas personales.

La decisión política basada en generar una obligación moral y personal adulta a los progenitores se plantea para así aminorar los costos económicos (políticas de asistencia social), los costos judiciales (demandas y denuncias) como los costos sociales (violencia familiar). De esta manera se actúa preventivamente y el temor a una reacción jurisdiccional que podría disminuir derechos es un factor inhibitor de conductas beligerantes entre los padres.

Como es de observarse, las legislaciones que dan la facultad a las progenitores de acceder a una tenencia compartida de hijos vía acuerdo amistoso no previenen el inicio de los conflictos, los cuales surgen generalmente por:

- La generación de una nueva relación afectiva.
- La variación de las condiciones económicas de los progenitores, para bien (éxito económico) como para mal (quiebra o disminución de los ingresos personales).

V.4. Del fundamento económico

La custodia compartida no sólo resulta un elemento positivo para los hijos de familias disueltas, sino que además constituye un elemento importante respecto de las consecuencias económicas en las relaciones interpersonales, tanto de mantenimiento de obligaciones como a nivel de proyección de estilo o calidad de vida.

De esta manera, los progenitores con tenencia compartida incrementan sus posibilidades económicas respecto de su vínculo con el hijo, dado que no tienen la necesidad de generar egresos innecesarios para discutir judicialmente los eventuales derechos que pudieran tener o extender (alimentos para la ex pareja).

La generación de una independencia respecto del destino de los fondos económicos va complementada con la satisfacción personal de ser autosuficiente en la toma de decisiones de mayor envergadura en el contexto económico: compra de un vehículo, compra de una vivienda o el gasto en actividades lúdicas (viajes) todo lo cual evidencia una mejora individualizada de la calidad de vida para todos los miembros de la familia disuelta.

5. Douglas GROTE y Jeffrey WEINSTIN, «Joint Custody», en *Journal of Divorce*, New Jersey: Fall, 1977, p. 3.

V.5. Del fundamento personal

Toda vez que es imprevisible determinar el destino futuro de una persona al finalizar una relación matrimonial o convivencial, no es posible asignar en forma inmediata una condición económica, jurídica y social a un progenitor respecto de su ex pareja como de su propio hijo.

En este sentido, la tenencia compartida permite a los progenitores una salida positiva de una relación fenecida que les asegure o la posibilidad de iniciar inmediatamente una relación con una tercera persona (generalmente por adulterio o infidelidad) o fundar una nueva familia en el futuro. Derecho que inclusive fuese reconocido por el Tribunal Constitucional en el caso Reynaldo Shols Pérez, Expediente núm. 09332-2006-PA/TC (06/02/2008).

Al existir una condición material de tranquilidad o de estabilidad, los progenitores pueden dedicar una parte de su vida en la construcción de un nuevo destino, que les permita no sólo mantener un estilo y calidad de vida, sino que eventualmente mejorarlo en el ámbito psicológico (felicidad). Extendiendo estos beneficios a los hijos, los grandes beneficiados de la tranquilidad de sus progenitores que no dilapidarán sus recursos en relaciones conflictivas, sino en ellos mismos⁶.

VI. DEFINICIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA

La «Tenencia Compartida» o «custodia compartida» o «coparentalidad» puede ser definida como el *ejercicio equitativo, complementario y compartido de la autoridad parental respecto de la crianza, cuidado y protección de los hijos*.

Habitualmente se suele entender que la tenencia compartida no es una figura jurídica con un efecto válido y positivo respecto de la relación de los progenitores con los hijos, debido a que la principal característica de un divorcio o separación es la ausencia física de uno de ellos en la habitualidad familiar del hijo, con lo cual la tenencia compartida se convierte en una aspiración casi imposible de alcanzar⁷.

Sin embargo, la idea parte de una premisa errónea, que es la consideración de que el proceso de separación convierte a los progenitores en personas desvinculadas físicamente de sus hijos, extendiendo esta condición a toda la vida del hijo, desconociendo que en algún momento ambos progenitores estuvieron en una etapa de convivencia óptima respecto de sus propios intereses y deseos personales.

El elemento de unión que permitió el acto de engendrar un hijo suele ser desconocido inmediatamente después de un proceso de separación, sean cuales fuesen las razones existentes. En la eventualidad no se hubiera procedido a una separación, ambos progenitores

6. Véase: María de Montserrat PÉREZ CONTRERAS, «Reflexiones en torno a la custodia compartida de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXXIX, núm. 116, mayo-agosto 2006, p. 526.

7. Robert BAUSERMAN: «Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review», en *Journal of family psychology*, vol. 16, núm. 1, AIDS Administration/Department of Health and Mental Hygiene, New York: AIDS, 2002, p. 93.

hubieran continuado ejerciendo sus derechos y cumpliendo sus obligaciones en la misma proporción equitativa y complementaria respecto de sus hijos.

Entonces: ¿por qué después de la separación, la equiparidad de posiciones, derechos y obligaciones son diferentes para los progenitores?

El melodrama en la asunción de una responsabilidad o culpabilidad, de una victimización o de una posición psicológica personal y excluyente (estado de alteración) es aquel factor que limita de manera directa el ejercicio equitativo de derechos y cumplimiento de obligaciones respecto de los hijos en aquellas circunstancias de separación o divorcio entre los progenitores⁸.

Ya sea producto de procesos de violencia familiar (física o psicológica) como por el deterioro en la misma relación familiar por la cotidianeidad convivencial, los progenitores se reconocen como excluyentes entre sí respecto del vínculo con sus hijos, negándose entre ellos la posibilidad de ejercer una sociedad parental, como lo podría describir Beatriz SALBERG⁹.

De este modo, la tenencia compartida se convierte en la cúspide de la evolución de la figura de la *custodia*, al fundamentarse constitucionalmente y racionalmente como una mejor opción frente a la custodia dividida (excluyente entre progenitores), alternada (temporalmente excluyente a un progenitor) y la única (generalmente a favor de la mujer).

VII. DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

a) En los Estados Unidos.

La tenencia compartida parte del respeto absoluto de la dignidad de la persona humana, dándoles la igualdad de derechos y obligaciones a los dos progenitores (Constitución Americana).

En forma regulatoria, cada Estado tiene una denominación singular respecto de la Tenencia Compartida:

– En Lousiana, Idaho, Montana está definida como el contacto continuo, frecuente y significativo.

– En Missouri está vinculada a las responsabilidades del progenitor que tiene bajo su cuidado y supervisión a su hijo.

– En Pensilvania es el acceso material de ambos progenitores a sus hijos¹⁰.

8. Thoennes PEARSON, «Custody alter divorce: demographic and attitudinal patterns», en *American Journal of Orthopsychiatry*, vol. 60, núm. 2, 1990, pp. 233-249.

9. Beatriz SALBERG *Los niños no se divorcian. Estudio psicológico: cómo preservar a los hijos antes, durante y después el divorcio*, Buenos Aires, Beas, 1993.

10. Tomado de Michigan Child Custody Act, <http://www.aaaalegalcenter.com/Joint.htm>, Code of Alabama, <http://www.legislature.state.al.us/CodeofAlabama/1975/22063.htm>, Texas Family Code, chapter 153 – Conservatorship, possession and access, <http://www.legislature.state.tx.us/CodeofTexas/1997/90021.htm>.

b) En Francia.

La Ley sobre la Autoridad Parental de 2002 regula la *autorité parentale* (autoridad parental) que es ejercida en *coparentalité* (copartenalidad).

c) En Canadá.

La regulación de la tenencia compartida han excluido los conceptos de «custodia» (*garde*) y «acceso», para dar paso a la regulación de la copartenalidad, siguiendo el modelo francés de 2002.

d) En México.

En 2004 se reforma el Código Civil para el Distrito Federal y se inserta la figura de la tenencia compartida en la legislación mexicana.

e) En Brasil

En mayo de 2008 la Cámara de Diputados aprueba la reforma del Código Civil regulando la tenencia compartida como primera opción respecto de los derechos de los progenitores sobre sus hijos en caso de disolución de la relación.

En países como Argentina y Colombia, entre otros, la tenencia compartida si bien no está regulada en forma expresa en la ley, sí está protegida a través de la judicatura, que se fundamenta en el principio del interés superior del niño.

VIII. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA TENENCIA COMPARTIDA

Regular los derechos de un conjunto de personas requiere no sólo la disposición de que los progenitores cedan sus posiciones, evitando pretensiones excluyentes de derechos («puedes ver a tus hijos cuando quieras, pero sólo en mi casa»), pretensiones condicionantes («paga y luego ves a tus hijos, sólo por un par de horas») como imposibles de admitir («me voy al extranjero a vivir y me llevo a mis hijos»), sino que el mismo magistrado, encargado de

www.capitol.state.tx.us/statutes/fam/fam0015300.html#top, California Family Code, <http://caselaw.lp.findlaw.com/cacodes/fam.html>, Maine Revised Statutes Annotated, title 19-A: Domestic Relations, <http://janus.state.me.us/legis/statutes/19-a/tit19-Ach55.pdf>, Louisiana Civil Code, art. Custody of children pending the litigation, http://www.lsbep.org/custody_pending_lit_.htm, Iowa Family Code 1999, section 598.41, <http://www.legis.state.ia.us/LACODE/1999/598/41.html>, Oklahoma Statutes, http://oklegal.onenet.net/oklegal-cgi/get_statute?99/Title.43/43-109.html, Kansas Statute, <http://www.kslegislature.org/cgi-bin/statutes/index.cgi/60-1610.html>, Montana Code Annotated 1995, http://data.opi.state.mt.us/bills/1995/mca_toc/40.htm, Idaho Statutes, Title 32-Domestic relations, Chapter 7-Divorce Actions, <http://www3.state.id.us/idstat/TOC/32007KTOC.html>, Illinois Marriage and Dissolution of Marriage Act, <http://www.legis.state.il.us/iles/cb750/cb750act5articles/cb750act5artstoc.htm>, Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, <http://www.moga.state.mo.us/STATUTES/C452.HTM>, Alaska Statutes, <http://touchngo.com/lglcntr/akstats/Statutes/Title25/Chapter20.htm>, Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 23: Domestic Relations, <http://members.aol.com/StatutesP2/23.Cp.53A.html>, Nevada Revised Statutes, Chapter 125, <http://www.leg.state.nv.us/NRS/NRS-125.html>, Mississippi Code of 1972, as amended by Laws 2000, <http://www.mscode.com/free/statutes/93/005/0024.htm>, Florida Statutes Annotated, http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=Ch0061/tit0061.htm, Wisconsin Statutes and Annotations, chapter 767, Actions affecting the family, <http://www.legis.state.wi.us/statutes/197Stat0767.pdf>.

determinar la regulación de la tenencia, sea proclive a tutelar los derechos económicos y afectivos de los niños.

Tarea por demás difícil de regular si consideramos el poco nivel de efectividad de las resoluciones judiciales, dada las características personales de los progenitores de continuar sus conflictos personales después de la disolución del matrimonio o convivencia o de la sentencia.

Bajo este conjunto de condicionantes, planteamos que la tenencia compartida debe tener presente algunos elementos materiales en los involucrados.

VIII.1. Respetto de las condiciones de los progenitores

Condición	Justificación
La calidad de la relación entre progenitores.	Para evitar regular la tenencia compartida en caso de violencia familiar física o psicológica. El progenitor mejor capacitado para la crianza debe ser quien tenga el derecho de definir el domicilio del menor.
La calidad de la relación entre los progenitores y sus hijos.	Para evitar la extensión del síndrome de alienación parental y la obstrucción del vínculo paterno-filial.
La calidad de la relación de los hijos con la familia del progenitor.	Para promover el ambiente ecológicamente equilibrado que regula el CNA.
La capacidad económica individual de los progenitores.	Para determinar las obligaciones individuales económicas de los progenitores. Un progenitor sin los recursos económicos suficientes inevitablemente traslada su condición a toda la familia disuelta, agravando su propia perspectiva personal. Si la relación entre los progenitores puede permitir la variación del domicilio del menor, el progenitor con menos recursos podrá mejorar sus propias posibilidades de desarrollo económico al no estar psicológicamente presionado en mantener su propia subsistencia y la de sus hijos.
La residencia habitual.	Para garantizarle al menor el clima de estabilidad cuando se efectúe la tenencia compartida y se garantice al otro progenitor el lugar exacto de residencia del menor.

Condición	Justificación
La voluntad del progenitor respecto de los intereses y derechos del menor.	Para observar qué progenitor puede garantizar una mejor calidad de vida, sin que ello constituya una limitación al otro progenitor de algún derecho.
La condición personal afectiva del progenitor (nuevas parejas o pareja adúltera o infiel).	Si a consecuencia de una relación adúltera o de una infidelidad el matrimonio del progenitor se diluye, no es viable que se le asigne inmediatamente una tenencia compartida, porque el otro progenitor no consentirá esta nueva relación y el daño emocional en un niño sobre la nueva relación puede resultar compleja de asimilar.

VIII.2. Respeto de las condiciones del hijo

Condición	Justificación
La voluntad del menor.	Porque es una garantía del respeto de su propia dignidad, identidad, desarrollo psicológico y personal así como es la mejor manera de garantizar su participación en un conflicto de intereses en el cual se debate su destino.
La edad del menor.	Para la determinación de la frecuencia en el ejercicio del contacto paterno-filial.
El sexo del menor.	Para la determinación de la residencia principal del menor.

IX. LOS MITOS CONTRA LA TENENCIA COMPARTIDA PROVENIENTES DEL MACHISMO SOCIAL, DE LA PARANOIA DE GÉNERO Y DE LA LEY

Quienes alegan la imposibilidad de conceder una tenencia compartida generalmente han expresado un discurso incoherente con los derechos humanos, basándose en una falsa imagen de victimización social (exagerada).

Y son dos los principales elementos objetivos para cuestionar la tenencia compartida, en particular porque existe un amparo subjetivo social que no es sino la tradición machista, típica de países como el nuestro.

IX.1. La edad del menor

El principio de la *tender years doctrine* (de la edad corta) pondera el rol casi exclusivo de la madre en la tenencia del menor; tendencia que ha sido extendida de manera genérica en la gran mayoría de legislaciones mundiales.

Así, por ejemplo, el artículo 84.b) del CNA faculta la posibilidad de que el menor permanezca bajo la custodia del la madre en caso de una disolución matrimonial o convivencial; artículo casi bíblico¹¹ para la mayoría de magistradas peruanas, que inclusive no toman en cuenta la condición de segunda regulación¹², porque en el inciso primero del mismo artículo se regula la posibilidad de que el derecho sea asignado al varón (si cumple las condiciones).

Toda vez que la tendencia ha sido la defensa de los derechos del varón respecto de su vínculo con los hijos, sin que esto implique una negación de los derechos de la madre, las legislaciones contemporáneas vienen regulando la tenencia del menor, basándose en algunos parámetros objetivos¹³:

Edad	Frecuencia del contacto	Fundamento
Recién nacido	Horas del día, bajo un horario, domicilio y condiciones predeterminadas. Las salidas del domicilio pueden ser estipuladas, limitándolas a condiciones materiales.	La fragilidad del menor respecto de su condición de salud y las exigencias que acarrea su cuidado.
De 6 meses al año	Horas del día, bajo un horario y condiciones predeterminadas. No se regulan extraordinariamente las salidas.	El desarrollo psicológico, vocabulario y motor del menor (inicio del habla, inicio de la locomoción y el inicio de la interpretación de la realidad).
Entre el 1.º y el 2.º año	Una parte del día (mañana o tarde), que puede extenderse a una frecuencia predeterminada.	La necesidad de interrelacionar socialmente con el entorno.

11. El imaginario social se refleja en la premisa del juzgador con la errada interpretación de Juan 19.26-27 «mujer, he ahí a tu hijo».

12. La posibilidad de que una mujer procesada o sentenciada a un régimen cerrado de reclusión tenga a su hijo menor de tres años en una prisión constituye un ejemplo de cómo el fiscal de familia resulta un adorno jurisdiccional, porque no puede prevenir el inmenso daño no sólo al niño sino al propio padre por tal situación. Paradójicamente el fiscal de familia pocas veces es notificado por el juez penal, si un progenitor es detenido o recluso en presencia de un menor, lo cual confirma nuestra visión respecto de la función del fiscal en casos de análisis de derechos de los niños.

13. Tomamos como guías centrales los aportes obtenidos de la Children's Rights Council (USA) www.crckids.org; de la Canadian Children's Rights Council www.canadiancrrc.com; La Japan Children's Rights council www.crcjapan.com, y la Children's Commissioner de la Children's Rights Alliance for England www.guardian.co.uk; en el contexto legislativo igualmente nos guiamos de las «Reglas del tiempo del padre» del Estado de Indiana, Estados Unidos <http://www.in.gov/judiciary/rules/parenting/index.html>.

Entre los 2 a los 4 años	Un día completo en el fin de semana. La frecuencia es extendida a segmentos del día durante la semana.	La determinación de la función de los roles sociales.
Entre los 4 a los 6 años	Un día completo en el fin de semana, alternadamente en el mes. La frecuencia es extendida a algunas tardes durante la semana.	Inicio de la etapa pre escolar del menor, la cual requiere la presencia de los dos progenitores para que se garantice el respaldo moral en un nuevo entorno social.
Entre los 6 a los 11 años	Un fin de semana completo en forma alternada. La frecuencia se extiende a una o dos tardes durante la semana.	Es la realización de la educación primaria, donde la interacción con los progenitores es fundamental para garantizar los roles de género, las funciones sociales del individuo y la personalidad social del menor.
Entre los 11 a los 14 años	Un fin de semana completo en forma alternada. La frecuencia se extiende a una o dos tardes durante la semana.	Es la culminación de la etapa infantil y el inicio de la desvinculación con los progenitores.
Entre los 14 a los 16 años	Un fin de semana completo en forma alternada. La frecuencia se extiende según disponibilidad de los progenitores y la necesidad del adolescente.	En el inicio de la adolescencia la ausencia de un progenitor puede provocar conflictos personales (rebeldía y anarquía).
Entre los 16 a los 18 años	Un fin de semana completo en forma alternada. La frecuencia se extiende según disponibilidad de los progenitores y la necesidad del adolescente.	Es el inicio de la edad adulta, manifestado en el inicio de la vida universitaria, sexual, laboral o con la independencia económica. Los progenitores ya no son el elemento principal en la vida de los hijos.

IX.2. El sexo del menor y del progenitor

Superar los parámetros de la apreciación subjetiva y social respecto de la crianza de los hijos constituye una valla demasiado alta, generalmente para los varones.

El resultado bajo estas características constituye un elemento discriminador para los varones que litigan sus derechos en el ámbito jurisdiccional.

Tradicionalmente sólo se han garantizado los derechos para las madres de familia, sobre la base de una tradición histórica, social y legal; situación que en los actuales cambios sociales a nivel estructural requieren de una necesaria reinterpretación.

La casi paridad en el acceso a fuentes laborales y económicas, el ingreso en cantidad y calidad a la vida política y al liderazgo social¹⁴ que muchas mujeres han experimentado viene generando la poca utilidad del discurso de género en muchas de ellas, al nivel inclusive de cuestionar las leyes de cuotas de participación (Susana VILLARÁN) porque son autosuficientes y en mejor medida, son capaces; más capaces inclusive que sus pares masculinos en múltiples actividades.

Si en estos aspectos la mujer ha experimentado un notorio avance, ¿por qué justamente algunas mujeres se enfrascan en la idea de limitar los derechos de los varones en la crianza de sus hijos? La explicación responde a los factores de victimización de quienes defienden un discurso de género como mecanismo de superación de traumas personales.

Si la evaluación individualizada de cada progenitor le permite a uno de ellos garantizar mejor los derechos de los hijos de ambos, no debería existir el inconveniente en el otro progenitor, de acceder o a una tenencia compartida o a una tenencia a favor del varón, porque finalmente el gran favorecido será el fruto de la relación disuelta.

Finalmente resulta complicado admitir los fundamentos de una «necesidad» de mantener la tenencia física de un menor de edad si no tiene algunas condiciones materiales para garantizar una buena calidad de vida al menor. Circunstancias laborales y económicas han venido generando en las mujeres la necesidad de ausentarse casi todo el día del hogar y de la crianza del menor, trasladando la responsabilidad a los abuelos maternos o al servicio doméstico, negando toda opción al padre de asumir un rol más activo en la crianza.

¿Esa conducta es la ideal?, ¿el menor se beneficia con estas condiciones de vida? Evidentemente la respuesta es negativa y por ello se requiere una nueva interpretación de las realidades sociales, económicas, laborales, tanto en el ámbito individual como social de cada progenitor, para así respetar la *ratio legis* del artículo 84.1 (convivencia del menor con el progenitor más conveniente).

IX.3. Tenencia compartida ¿todo es al 50%?

Uno de los principales errores provocados por la interpretación de la ley que regula la tenencia compartida está vinculado al hecho de la interpretación de la igualdad absoluta de derechos y obligaciones.

En realidad la tenencia compartida no procura que los progenitores tengan una relación paritaria en cuanto a sus derechos y obligaciones respecto de sus hijos, y muy por el contrario sólo garantiza la equivalencia subjetiva de derechos y obligaciones, esto es, la garantía de la proporcionalidad de derechos y obligaciones.

En términos económicos mantendrá la mayor carga de obligaciones al progenitor que pueda afrontarlos, exigiéndole a quien tenga menores ingresos cumplir con parte del mante-

14. La sociedad peruana muestra un marcado quiebre en la tradición social a partir de 1980 donde las mujeres producto de la crisis económica, la lucha terrorista, la migración y la violencia familiar física existente prácticamente reconfiguraron el mapa social, político, económico y urbano del país.

nimiento del hijo, con lo cual se descarta la tradicional limitación del padre a un rol de proveedor económico de la familia («tu sueldo es nuestro y el mío es sólo mío»).

Si las condiciones son excluyentes para uno de los progenitores respecto de sus obligaciones económicas (en este caso generalmente para las mujeres), bien podría el juez variar el domicilio principal del menor y asignarle mayores obligaciones y derechos al padre, porque sólo de esta manera se garantiza una mejor tutela de derechos del menor. ¿Qué sentido tiene mantener el domicilio del menor en la residencia de la madre si ésta no puede garantizar su propia subsistencia?, ¿necesariamente el sistema judicial debe proteger el abuso de derechos de quien no puede garantizar su propia subsistencia?

En términos de la frecuencia del vínculo, tal como se pudiera expresar en el cuadro líneas arriba, el objetivo no está en garantizar primariamente los derechos del progenitor, sino de vincular estos derechos sobre las condiciones materiales del menor y por ello la proporcionalidad en el contacto es una característica básica de la tenencia compartida.

X. LOS RETOS DE LA TENENCIA COMPARTIDA

X.1. Procesales

El elevado número de expedientes materia de tenencia, variación de tenencia, régimen de visitas, alimentos, violencia familiar, bien pudieron ser atendidos con un artículo a nivel de Disposición Complementaria en la próxima ley de tenencia compartida, con la cual se hubiera podido conferir la posibilidad a las partes en conflicto de acceder a un mecanismo de conciliación más tuitivo de derechos que termine generando nuevas fórmulas de relación interpersonal, que hubiere podido finalizar un elevado conjunto de procesos judiciales, garantizando así no sólo la satisfacción de derechos de los progenitores, sino también una paz social (como política pública).

X.2. Personales en el ámbito afectivo

La posibilidad de una nueva relación familiar o de la procreación de más hijos constituye un elemento que pudiera ser el detonador de nuevos conflictos.

Ante estas situaciones, bien hubiera hecho el legislador en imponer en una Disposición Complementaria la obligación al juzgador de que los progenitores asistan a terapias de familia para así prevenir estos conflictos futuros.

X.3. Personales en el ámbito económico

La regulación de derechos en el ámbito procesal tutelar familiar resulta sumamente complejo y contradictorio con los fines de la defensa del menor, debido principalmente a la existencia de procesos principales tramitados en vías separadas (alimentos en la vía de juzgados de paz) y tenencia (juzgados especializados).

Frente a esta realidad y considerando que las circunstancias personales no siempre son estáticas en el contexto económico, el legislador debe modificar el actual procedimiento para permitir que el mismo juez que atendió el requerimiento de alimentos también vea su incremento, disminución o la suspensión en la obligación alimentaria.

X.4. La movilidad y traslado de la residencia de un progenitor

El mayor problema no sólo para la tenencia compartida sino para toda relación paterno-filial es el traslado de la residencia de un progenitor a una ciudad o país diferente.

Los problemas vinculados a la migración o emigración son elementos poco estudiados y por tanto resultan poco tutelados no sólo respecto del menor. En las cortes estatales norteamericanas inclusive se ha regulado un régimen de visitas a través de las plataformas virtuales, para así suplir los problemas de la desvinculación física¹⁵.

Desde la perspectiva de quien se ve forzado a tomar la difícil decisión de mudarse, constituye una situación sumamente compleja que no sólo se vincula con la pérdida del vínculo con su hijo, porque también los padres de este progenitor perciben que sus propios derechos serán difíciles de materializar al limitarse paulatinamente el contacto con sus nietos.

XI. CONCLUSIONES

Abordar la temática de la tenencia compartida en un contexto de exagerada visión de género resulta complicado, por ello nuestra sorpresa con la aprobación de la Ley de Tenencia Compartida, en particular cuando en los últimos dos años se han promulgado normas limitativas de derechos de los varones en procesos de divorcio, en el contexto de derechos respecto de los hijos y finalmente en el endurecimiento de las normas penales en los delitos contra la familia.

Las consideraciones positivas de la Ley de Tenencia Compartida resultan por demás eloquentes y beneficiosas no sólo para el menor sino también para los mismos progenitores, para la sociedad y para el mismo Estado que podrá optimizar los recursos económicos en otras áreas de mayor incidencia jurisdiccional.

Sin embargo, el mayor peligro de la tenencia compartida la constituyen los mismos progenitores que usualmente en cuestiones de defensa de intereses (no de derechos) se convierten en verdaderos infantes ególatras, con lo cual la efectividad de una institución de tanta importancia familiar puede ser destruida en unos pocos momentos.

15. El diario norteamericano *The Washington Post* publicaba: Una Audiencia Nacional determinó que una mujer divorciada podía mudarse a California con su hija y depender de Internet para que la niña mantuviera contacto con su padre domiciliado en Nueva Jersey. Trenton, New Jersey, 5 de enero 2001. www.blog.pucp.edu.pe/mbermudez.

Revista de **Derecho de** **familia**

TRIBUNA ABIERTA

Problemática en torno a la responsabilidad civil en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en nuestro ordenamiento jurídico

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada especializada en Derecho de Familia. Doctora en Derecho

I. INTRODUCCIÓN

II. LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE* EN ESPAÑA

III. LOS PRECEDENTES EN ESTADOS UNIDOS

IV. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA: REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA Y A LA DOCTRINA

V. REFERENCIA AL DIAGNÓSTICO PRENATAL

VI. REFERENCIA A LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

I. INTRODUCCIÓN

No son numerosas las resoluciones de nuestros Tribunales que aborden supuestos sustentados en un diagnóstico prenatal erróneo, sobre todo teniendo en cuenta que estas técnicas son relativamente modernas y que la Ley –polémica– sobre el aborto data del año 1985.

No sucede lo mismo en la Jurisprudencia norteamericana, donde existen numerosos casos de reclamaciones y resoluciones relativas a estas técnicas.

Lo primero que hay que distinguir, en un intento de aproximación al tema, es la denominada acción de *wrongful birth* –literalmente, nacimiento injusto (o erróneo)–, y la denominada *wrongful life* –vida injusta (o errónea)–, distinción que paso a examinar a continuación.

II. LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE* EN ESPAÑA

La denominada acción de *wrongful birth* es entablada por los padres del niño contra el médico. En esta acción, los progenitores alegan que, al no haberse detectado ni haber sido informados de la posibilidad de que la madre concibiese o diera a luz a un niño con enfermedades congénitas, se les privó de la oportunidad de tomar una decisión informada en el sentido de procrear, o no procrear, o sobre si dar, o no, lugar al nacimiento.

En la acción de *wrongful life*, tal como ha señalado DE ÁNGEL LLAGÜEZ¹, el demandante es el hijo, que argumenta que, de no haber sido por el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad.

Según ha expuesto Encarna ROCA TRÍAS², estas reclamaciones se fundamentan en los denominados «daños reflejos», ya que, algunas veces, los perjudicados son familiares que deben asumir mayores cargas como consecuencia de los daños que se han ocasionado. Nos hallamos, en estos supuestos, ante la indemnización de un daño propio que, sin embargo, no se ha ocasionado directamente a quien reclama, sino que es una consecuencia de daños sufridos por un familiar.

Esta jurista se planteaba la cuestión de a quién hay que pagar la indemnización en los casos de *wrongful life*.

La pregunta en torno a la cual se enderezan estas acciones es la siguiente: ¿puede considerarse la vida como un hecho dañoso?

En los supuestos de *wrongful birth action*, suele tratarse de acciones intentadas por los progenitores de un niño que nace con alguna deformidad o retardo severo que, probablemente, hubiera determinado que sus padres optaran por el aborto. La acción se intenta contra el médico que les brindó tratamiento prenatal y, de modo negligente, omitió diagnosticar o informarles del problema que afectaba al menor.

En cambio, las *wrongful birth life actions* son intentadas por la persona que nació con un retardo o deformidad y, al igual que en el supuesto anterior, se dirigen en contra del facultativo médico que trató a la madre durante el embarazo, tomando como justificación su negligencia en la falta de diagnóstico o de información a los padres acerca de la presencia o del riesgo de la anomalía.

DUNCAN ha expuesto, con rigor, que hay que comprender la mecánica de estas dos acciones y, para ello, hace falta distinguir dos cuestiones: la primera, de carácter médico; la segunda, de carácter legal.

Respecto de la primera, para que cualquiera de estas acciones pueda prosperar, es preciso que exista la tecnología necesaria para que, durante el período prenatal, pueda ser detectada la anomalía que determinará la presencia del defecto o retardo en el niño una vez que éste nazca.

1. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad», en *Revista derecho y genoma humano*, 1996.

2. ROCA TRÍAS, Encarna: «La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.

Respecto de la segunda cuestión, de carácter legal, resulta necesario que el aborto se encuentre permitido, porque, de otra manera, simplemente no sería lícito evitar un nacimiento o una vida no deseados³.

En cualquier caso, las *wrongful birth* y las *wrongful life actions* se han intentado también en el supuesto de nacimientos de niños que no poseen ninguna deformidad o retardo, pero que, por una serie de razones, no eran deseados por sus progenitores. A estas acciones se las denomina como *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*.

BURNS, que ha estudiado este controvertido tema⁴, afirmaba que existía, sin lugar a dudas, una enorme paradoja, en relación con las *wrongful life actions*, que él denominaba la «paradoja de la inexistencia». Efectivamente, en el supuesto de la *wrongful life actions*, quien alega legitimación activa es la persona que nació con la deformidad o el retardo, y el daño que alega es, precisamente, el estar vivo/a. El problema es que, en el *common law*, y también en el Derecho continental, los Tribunales calculan los daños considerando, o tomando como punto de referencia, la situación en que se encontraría la persona demandante si el daño no se hubiera producido. Pero, si el daño es la existencia misma, de no haberse producido el daño, la persona que lo alega simplemente es que no existiría. ¿Qué sucede en estos supuestos? La cuestión no es baladí, desde luego, y las respuestas, en todo caso, son complejas. Estas razones han determinado que los Tribunales, tanto norteamericanos como europeos, hayan negado lugar a las *wrongful life actions*.

En cualquier caso, hay que entender que estos supuestos no son, forzosamente, al menos, de mala praxis médica, porque estas acciones ya poseen su propia trayectoria. No suele haber conexión causal entre la actuación del médico y los defectos o malformaciones —el daño producido—. La relación se manifiesta, más bien, como una omisión del facultativo, y ello en relación con el nacimiento. La justificación que se encuentra para la *wrongful life actions* es, ni más ni menos, que la imposibilidad que, en su día, la madre tuvo de practicársele un aborto.

Pero, ¿qué sucede en el supuesto de las *wrongful life actions*? Aquí la cuestión se complica aún más. Pero parece que podría tener cabida en un supuesto derecho a no nacer, o a ser abortado, al objeto de evitar una vida de dolor, angustia y sufrimiento.

Naturalmente, cabe preguntarse si existe un derecho a no nacer y/o un derecho a ser abortado.

III. LOS PRECEDENTES EN ESTADOS UNIDOS

Es interesante reseñar ahora el precedente que se dio en Estados Unidos sobre este tema. Se trata, justo es decirlo, de un caso atípico, pero que cobra especial significado y relevancia para profundizar algo más en la problemática planteada.

Se trata del caso Zepeda versus Zepeda, allá por el año 1963. Una Corte de apelaciones de Illinois conoció de la acción entablada por un sujeto ya adulto que demandó a su progenitor por el hecho de haber nacido fuera del matrimonio, es decir, por ser un hijo extramatrimo-

3. DUNCAN, W.: «Statutory responses to “wrongful birth and wrongful life” actions», en *Life and learning XIV*, p. 3.

4. BURNS, T.: «When life is an injury: an economic approach to wrongful life lawsuits», note, *Duke Law Journal*, volumen 52, 807, 2003.

nial. En la demanda, señalaba que su padre había seducido a su madre mediante promesas de matrimonio que, más tarde, no pudo cumplir, pues ya estaba casado con otra persona. El demandante alegaba que el engaño de su padre a su madre le había privado de su derecho a tener un hogar normal y, además, le había estigmatizado como hijo bastardo.

La Corte, aunque reconoció que, en el caso –por lo demás, curioso y atípico– se presentaban todos los requisitos de un *tort*, resolvió, sin embargo, denegando la petición de daños y argumentando que las consecuencias de acoger una solicitud de indemnización de daños de este tipo acarrearía consecuencias sociales desastrosas.

Desde mi punto de vista, estimo que la Corte tuvo miedo de la avalancha de demandas que podían presentarse en este sentido. Pensemos en la cantidad de hijos nacidos fuera del matrimonio que puede haber en Estados Unidos. De admitirse los daños alegados, las demandas llegarían a contarse por millares y ello, obviamente, colapsaría el sistema procesal americano.

En realidad, el primer supuesto, claro, de acción por *wrongful birth* y *wrongful life* tuvo lugar en el año 1967, caso Gleitman versus Cosgrove: una mujer, en el segundo mes de su embarazo, consultó a diversos facultativos sobre las posibles consecuencias que tendría –o pudiera tener– el hecho de que se le hubiera diagnosticado de rubéola un mes antes. Los médicos, de forma negligente, informaron que la enfermedad no tendría ningún efecto sobre su hijo. El niño nació sordo y ciego. Los progenitores alegaron que, de haber sabido esto en el momento en que se efectuó la consulta, hubiera abortado la madre. Tanto la madre como el hijo demandaron, la primera, utilizando una acción de *wrongful birth*, y, el segundo, utilizando el marco procesal de la *wrongful life*. Ambas demandas fueron rechazadas, si bien por motivos diferentes.

La Corte Suprema de New Jersey, por lo que respecta a la demanda de los progenitores, reconoció, de un lado, la negligencia de los facultativos, al no informar de las altas probabilidades de daño para el menor por el hecho –relevante– de que su madre se hubiera contagiado de la rubéola y la relación entre esta información defectuosa –incompleta o errónea– y la angustia y mayores costos económicos que debieron soportar los padres con el nacimiento de la criatura, y que se hubieran evitado en el supuesto de haber optado por el aborto, opción que los progenitores habrían tomado si hubieran sido debidamente informados acerca de los riesgos.

De otro lado, la resolución argumentaba en relación con los denominados «daños compensatorios», precisando que había que comparar los daños que alegaban los demandantes con los «complejos beneficios humanos de la maternidad y la paternidad.» Esta tarea la consideró la Corte imposible. Y, en cualquier caso, aunque la tarea fuera factible llevarla a cabo, la Corte se negaría a conceder la indemnización ya que consideraciones de políticas públicas aconsejaban rechazar la indemnización de un daño extracontractual que consintiera en privar a una persona de la oportunidad de terminar con la vida de un embrión.

Las razones, por tanto, fueron dos: imposibilidad, de un lado, de medir los daños del nacimiento en contraposición a los beneficios de la paternidad/maternidad, y, de otro lado, privar a la persona de la posibilidad de poner vida a un embrión no podía ser considerado como un daño ilícito.

El menor nunca había tenido la posibilidad de nacer sano, porque la enfermedad padecida por su madre lo había hecho imposible. Su condición –ciego y sordo– no era imputable a los

facultativos, es decir, no existía relación de causalidad entre la actuación de los facultativos y el resultado dañoso finalmente producido, sino que éste estaba ligado o conexaso a otros factores ajenos, en todo caso, a la actuación médica.

El Tribunal, por tanto, lo que debía era considerar si el hecho de nacer podía, efectivamente, constituir, o no, un daño indemnizable.

La alegación –alegato– que el menor hacía era el hecho de haber nacido para sufrir, con un cuerpo por el que adoleció de severos problemas. Si su progenitora hubiera abortado, él no habría tenido que soportar el daño que le habían causados estos defectos. Tengamos en cuenta que los defectos eran de por vida, sin probabilidad de curación.

Pero, frente a este alegato, el Tribunal razonó que era lógicamente imposible comparar los sufrimientos que el sujeto había experimentado durante su existencia con la situación en que se encontraría si no hubiera existido: «La medida normal de los daños en las acciones de responsabilidad es compensatoria. Los daños se mensuran a través de la comparación de la situación en que el demandante se encontraría si los demandantes no hubiesen sido negligentes con aquella situación de desmedro en que se encuentra el demandante a resultas de la negligencia. El menor demandante nos solicita que establezcamos una comparación entre su vida con impedimentos y el vacío total de la inexistencia, pero es imposible realizar dicha comparación. Este tribunal no puede comparar el valor de una vida con impedimentos con el de la inexistencia de la vida misma».

Dicho en otras palabras: se ponen frente a frente dos bienes, o dos derechos: el de la vida, y, en contrapartida, la no vida. Pero, a mi juicio, cabe preguntarse: ¿es, en realidad, la no vida, la no existencia, un derecho, un bien? Cabría responder, en algunas ocasiones, que sí, porque más vale no nacer a nacer con unas gravísimas taras físicas que hacen la vida abrumadoramente insoportable. Pero, lógicamente, el Tribunal no llegó a plantearse ni tan siquiera esta disyuntiva.

Para Íñigo DE LA MAZA GAZMURRI⁵, el principal argumento del Tribunal para denegar la indemnización al menor radica en un problema de cálculo que constituye una manifestación de la paradoja de la inexistencia y, junto al mismo, la presencia de un argumento que reposa sobre consideraciones de políticas públicas.

Efectivamente, los Tribunales basan su argumentación en la estimación, elevada, de la vida humana, por encima de la inexistencia de vida. En este sentido: «si nunca haber nacido sea mejor que haber nacido con severos impedimentos es un misterio cuya resolución corresponde más propiamente a los filósofos y a los teólogos. Probablemente el derecho pueda alegar su falta de competencia para resolver este problema, especialmente teniendo en cuenta la forma casi uniforme en que el derecho y la humanidad le han asignado un elevado valor a la vida humana más que a su inexistencia».

Lo que el Tribunal, a la postre, viene a decir es que es mejor nacer, aunque sea con deficiencias, más o menos graves, que no nacer en absoluto. Es decir, puestos a comparar, desde el punto de vista jurídico, es siempre mejor una vida limitada por los defectos de nacimiento, que la inexistencia, el vacío de la vida, o la negación de la vida.

5. DE LA MAZA GAZMURRI, Íñigo: «Plegarias atendidas: procreación asistida y *wrongful life actions*», en *Daños en el derecho de familia*, Thomson, Aranzadi, 2006.

En relación con la actuación del facultativo, se le exime de culpa, ya que el desorden genético no es el resultado de un daño que haya sido producido por negligencia del médico. El desorden genético es inevitable para el facultativo, porque éste no puede hacer nada contra el mismo. Ahora bien, sí podría haber informado a la progenitora –y al padre– de los riesgos y de la malformación genética, al objeto de que la madre hubiera optado por poner punto final al embarazo y evitar, así, una vida cargada de sufrimientos y frustraciones.

En el caso *Roe versus Wade*, se atiende, en cambio, al derecho que asistía a la madre a abortar, si así lo deseaba. Pero, respecto de los daños morales –o sufrimientos y padecimientos en el ánimo–, razonó el Tribunal afirmando que «aun en esta situación los padres pueden experimentar un sentimiento de amor que las anormalidades no frustran totalmente. Determinar con total equidad los daños emocionales que los padres sufren por un niño con anormalidades requeriría considerar este factor para mitigar los daños emocionales sufridos por los padres».

Es decir, se otorga la indemnización por los daños materiales sufridos, pero no por los morales, porque el amor paterno y materno puede, de algún modo, mitigar –calmar, o aliviar–, estar por encima de los sufrimientos que comporta el nacimiento de un hijo en estas condiciones y con estas características.

IV. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA: REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA Y A LA DOCTRINA

La primera Sentencia de nuestro Tribunal Supremo que aborda este complejo y controvertido tema la encontramos dictada el día 6 de junio de 1997, siendo Ponente el Señor Sierra Gil de la Cuesta, que casó y anuló totalmente la sentencia que había sido dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.ª), el 28 de noviembre de 1992, así como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, con fecha 3 de junio de 1991 (Juzgado núm. 10).

El supuesto se recondujo a lo siguiente: condenar al facultativo que no comunicó a la gestante –la actora– el fracaso de una amniocentesis que le había sido practicada con fines diagnósticos, y al Servicio Valenciano de Salud, del cual dependía el Hospital para el que dicho médico trabajaba, al abono a la actora, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, y de forma solidaria, la cantidad de cincuenta millones de pesetas, más los intereses legales de dicha suma desde el momento de la interpelación judicial hasta su total pago, sin especial pronunciamiento de condena en costas.

La base fáctica del supuesto enjuiciado en la *litis* es la siguiente: la gestante –actora y recurrente–, ante una situación derivada de un diagnóstico de riesgo, tanto para sí misma, como para el feto –dada su edad y el antecedente de otro hijo subnormal–, acude a un centro hospitalario dependiente del Servicio Valenciano de Salud, donde se le prescribe por el médico que la atiende la realización de determinadas pruebas, entre las que se encontraba una amniocentesis. Esta prueba, por determinadas causas, fracasó, conociéndose el resultado el 7 de julio de 1989, sin que la paciente fuera notificada de tal resultado hasta el mes de septiembre siguiente, a pesar de que el 14 de julio la actora demostró su interés en conocer el resultado, inquiriendo, para ello, a la facultativo que sustituía al médico que la había prescrito. Cuando la madre gestante conoció el fracaso de las pruebas, ya no se podía proceder, de manera legal, a interrumpir voluntariamente el embarazo, puesto que había ya transcurrido el plazo legal para ello.

Para la Sala, surge, en este caso, un perjuicio o daño, como lo es el nacimiento de un ser humano que padece el síndrome de Down, lo que se hubiera podido evitar, dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales, porque si la madre hubiera conocido, con suficiente tiempo –o antelación temporal– el fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto dentro del tiempo del límite legalmente permitido, hubiera actuado en consecuencia –habría abortado– y, si ello no fue así, se debió a la actuación negligente de la doctora que atendió a la actora, que no le comunicó a su tiempo el fracaso de las pruebas, lo que se hubiera podido remediar con la repetición de las mismas, o con otras pruebas de igual garantía y fiabilidad, pues había aún plazo suficiente para proceder a la interrupción del embarazo dentro del plazo legal permisivo.

La Sentencia citada argumenta, en relación con este extremo, que:

«de todo lo cual, dado el nacimiento de un ser con las deficiencias ya descritas, y la voluntad antecedente de la madre de evitarlo legalmente, así como la conducta médica que impidió lo anterior y que muy bien ha sido calificada en la sentencia recurrida como “actuación profesional irregular”, hace que surja lo que el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo denomina en su Sentencia de 6 de julio de 1995 (caso Odigitria AAE), la supuesta violación del principio de protección de la confianza legítima, que se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de reclamar la defensa de sus intereses».

«En otras palabras, para concluir, que ha habido acción médica negligente, un perjuicio gravísimo, y una relación causal entre ambos acontecimientos.»

Aborda, asimismo, esta interesantísima Sentencia, el tema de la *wrongful life*, afirmando que:

«... aquí surge la figura conocida en el derecho americano con el nombre de *wrongful life* –el niño nace con taras, pero la única otra alternativa posible era que no hubiera nacido–; ahora bien; el daño derivado del referido dato no es patrimonial y, para su valoración, siempre evanescente dada la dificultad de fijar parámetros económicos a una tara como es la derivada del síndrome de Down, hay que tener en cuenta varios aspectos, como es el del impacto psíquico de crear a un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valer por sí mismo y que puede llegar a alcanzar a edades medianas; lo que precisa, a su vez, una atención fija permanente y por lo común asalariada. Todo lo cual hace posible y hasta lógico el montante de la suma reclamada por la parte, ahora recurrente».

«Pero también, será necesario, asimismo, determinar el elemento personal, sobre el que debe recaer dicha responsabilidad, declarada y cuantificada.»

Aquí, la Sentencia entra a considerar que la responsabilidad directa es clara con respecto a la doctora que atendió a la madre, porque –estaba realizando una sustitución–, y no tuvo la diligencia profesional y lógica de comunicar a la recurrente el fracaso de las pruebas analíticas practicadas con el tiempo suficiente, como podía haberlo hecho si hubiera actuado de una manera razonable, y la propia Sentencia recurrida, literalmente, afirma que «si se hubieran dado facilidades para conocer el resultado de una prueba, la ahora recurrente no hubiera descuidado las gestiones precisas para saber lo que tanto le preocupaba».

Y, con relación al Servicio Valenciano de Salud, organismo oficial del cual depende el Hospital Clínico Universitario de Valencia, centro médico en el que acaecieron los hechos descritos, su responsabilidad solidaria, tal como razona la Sentencia, es clara y evidente y, en consecuencia, de naturaleza directa, con cita de algunas Sentencias importantes para el caso, como las de 8 de febrero de 1989 y 10 de marzo de 1989, dictadas por el Tribunal Supremo,

al ser significativas en la interpretación del artículo 1903.4 del Código Civil, siguiendo, en su razonamiento, lo que, a su vez, proclama la Sentencia, emblemática, de 16 de abril de 1963, cuando en ella se dice que la responsabilidad de la empresa es directa, ya que se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo su dependencia y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos.

Según Julio César GALÁN CORTE⁶, a pesar de la correcta fundamentación de la Sentencia citada por lo que respecta a la responsabilidad derivada de los artículos 1902 y 1903.4 del Código Civil, él discreta de ésta, cuando, en su Fundamento Jurídico Segundo, aborda el tema de la información desde la vertiente del artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, de 25 de noviembre, así como el artículo 9 del Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, que no son aplicables al caso de autos. En este sentido, entiende este jurista que son reiteradas las Sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que fundamentan sus Fallos con apoyo del citado precepto, lo que resulta de todo punto lógico, a la luz de la doctrina expuesta.

Gema Díez-PICAZO ha expresado lo novedoso de esta Sentencia en nuestro país –como no podía ser menos, por otra parte–, porque, por primera vez, se califica el nacimiento de una persona afectada por el síndrome de Down como un daño moral resarcible; y, en segundo lugar, porque se reconoce el aborto como un derecho subjetivo, que asiste a cualquier mujer gestante que se encuentre en las circunstancias previstas en la Ley de 5 de julio de 1985, de despenalización parcial del delito de aborto; y, en tercer lugar, por la estimación de la relación de causalidad que llevó a cabo el Tribunal para imponer la obligación de resarcir; asimismo, por ser el primer caso en el que nuestro Tribunal Supremo aplica la figura del *wrongful life* –aunque hay que decir que ya, anteriormente, las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Bilbao de 26 de septiembre de 1994, y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de junio de 1994, ya se refirieron a supuestos en los que se exigía responsabilidad a los médicos por el nacimiento de un hijo con síndrome de Down, aun cuando, si nos detenemos en el caso, comprobamos que estamos, en realidad, ante un caso de *wrongful birth*, en puridad y, por último, por la valoración de daño en supuesto tan peculiar.

Gema Díez-PICAZO ha afirmado que lo que se enjuicia en esta Sentencia, en realidad, es la responsabilidad de los médicos recurrentes por haberle suprimido a la paciente la posibilidad de elegir entre dar a luz a un hijo con el síndrome de Down, o abortar⁷. Básicamente, éstas son las dos opciones que la madre tenía, pero no se le dio esa oportunidad de elegir, cuando podía haberlo hecho. Ahí radica el daño, en el resultado definitivamente producido: el nacimiento del hijo con graves taras físicas y psíquicas, incurables, por otra parte, al menos en lo que se refiere al estado actual de la Ciencia Médica.

Esta autora últimamente citada afirma que no se trata de hacer responder a los facultativos por el nacimiento del hijo –con esta tara, o sin ella–, sino de no haberle dado a la madre la posibilidad de traerle, o no, al mundo, posibilidad que, ciertamente, le estaba reconocida

6. GALÁN CORTE, Julio César: «Wrognful birth y wrongful life», en *Salud rural*, 1997.

7. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», en *La ley*, tomo XIX, 1998.

por la Ley en nuestro país, si bien el Tribunal Supremo califica como daño causado el nacimiento de un hijo con el síndrome de Down.

Hace relativamente poco tiempo, Díez-Picazo calificaba a esta Sentencia de «Sentencia justiciera», de una manera muy gráfica, muy expresiva, en la que el Juez cree que lo que debe hacer es Justicia, antes y por encima de aplicar mecánicamente las Leyes y el Derecho, y sin que le una ningún tipo de vinculación a ellos⁸.

Por su parte, la doctrina española, con DE ÁNGEL a la cabeza⁹, ha denominado a esta figura como «pérdida de una oportunidad». En este sentido, y en relación con la causalidad, hay que señalar, a juicio de este jurista, el concepto de los cursos causales no verificables, pues el médico demandado puede alegar que no es seguro que la madre hubiera abortado de haber sabido la enfermedad congénita del feto. Dicho en otros términos, la decisión de la madre se presenta sólo como una hipótesis, no como una certeza, por lo que la relación de causalidad entre la conducta negligente del facultativo y el resultado –nacimiento de un niño enfermo, por no haberse podido acudir al aborto–, se halla mediatizada por una supuesta decisión de la madre. A pesar de ello, siempre a juicio de DE ÁNGEL, es suficientemente reveladora la circunstancia misma de que la madre acudiera al diagnóstico prenatal: esta actuación –excluyéndose, de suyo, un objetivo de mera curiosidad o incluso de masoquismo– constituye, por sí sola, un indicio suficientemente significativo de que la madre habría abortado si hubiese conocido la enfermedad del feto, es decir, si el facultativo la hubiera informado de esta situación, por lo que este jurista considera que, al menos, debería producirse una inversión de la carga de la prueba, de suerte que fuera el médico el que tuviera que demostrar que la madre no habría abortado.

En cualquier caso, aunque la tesis expuesta por DE ÁNGEL es convincente, me pregunto cómo podría el facultativo probar semejante actuación de la madre: es algo indemostrable, porque el pensamiento de ésta es íntimo, no tiene por qué revelarse al exterior.

PANTALEÓN PRIETO, por su parte¹⁰, al estudiar este tema, analiza estas figuras, distinguiendo dos hipótesis: 1.ª lo que denomina «contracepción impedida», en la que el argumento contra el médico es que, de haber sido adecuadamente informados de aquellos riesgos, los progenitores no hubieran tenido relaciones sexuales, o hubiesen utilizado medios más eficaces de contracepción, y 2.ª lo que denomina «aborto impedido», en la que señala que, de no haber sido por la negligencia del médico, la madre hubiera abortado.

Por lo que respecta a las pretensiones indemnizatorias de los progenitores frente al facultativo que, con su negligente actuación ha impedido el aborto, PANTALEÓN PRIETO afirmaba que el médico tiene un indudable deber frente a los padres, asumido, generalmente, de forma contractual, de realizar los pertinentes diagnósticos y pruebas genéticas, para que, advertidos –de forma clara y comprensible, añado yo– de los posibles riesgos de taras o de malformaciones del nuevo ser humano, pudieran tomar una decisión informada sobre si llevar a término, o no, la gestación ya comenzada, por lo que es evidente que los padres

8. Díez-Picazo y Ponce de León, L.: «La justicia y el sistema de fuentes del derecho», en *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997.

9. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación de daño)», *Cuadernos Cívitas*, Cívitas, Madrid, 1995.

10. PANTALEÓN PRIETO, F.: «Procreación artificial y responsabilidad civil en la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana», *Segundo Congreso Mundial Vasco*, Madrid, 1988.

podrían reclamar al facultativo responsabilidad civil por los daños patrimoniales –todos los gastos del cuidado y mantenimiento del hijo nacido con taras y no sólo los mayores gastos provocados por éstas– y no patrimoniales –dolor y sufrimiento emocional por tener un hijo tarado– que la negligente conducta del médico les ha causado.

Sin embargo, DE ÁNGEL estimaba que el nacimiento de una criatura nunca puede ser considerado como un daño, si bien advierte que esta afirmación en modo alguno se basa en argumentos tales como la santidad de la vida, o el de la compensación de las cargas de un hijo incapaz con la grandeza de la paternidad. Pero sostiene, en contrapartida, que algún daño o quebranto económico se ha producido por el nacimiento del hijo enfermo y ello debe ser objeto de resarcimiento¹¹. Este jurista estima que por quebrantos económicos hay que entender los daños de este carácter que ocasiona, precisamente, la enfermedad del hijo, como cuidados médicos y de otras personas –cuidadores–, muebles o prendas especiales, educación especial, etc. Son los gastos y desembolsos que constituyen un plus respecto de lo que acarrea un hijo no enfermo, estimando aconsejable la indemnización en la fórmula de renta, no en capital, entre otras cosas en atención al hecho de que, en muchos casos, el hijo tiene una corta esperanza de vida.

Pero, según DE ÁNGEL, también ha de ser indemnizado el daño moral que para los padres entraña la contemplación del hijo doliente y las limitaciones que a los propios progenitores va a ocasionar la enfermedad, aunque teniendo en cuenta la fragilidad en la determinación de las bases de la indemnización (o conceptos que debe incluir), hace previsible en el futuro, el establecimiento de condenas por cantidad que, a tanto alzado, se encaminen a reparar –en alguna medida– el quebranto sufrido por los progenitores.

En el supuesto analizado, a la actora se la ha privado de decidir si someterse, o no, a otra prueba que le facilitara la información exacta acerca de las posibles enfermedades que su hijo podría sufrir, por lo cual el daño generado entra en el marco del concepto de «daño por pérdida de una oportunidad beneficiosa», y, como tal, debe ser resarcido.

Según GALÁN CORTÉS¹², lo que se aborda, en síntesis, es la falta de información adecuada a los usuarios –hay que entender que todo paciente que acude a los servicios sanitarios es usuario del mismo– sobre el estado del feto, caso de hallarse ya engendrado, y su previsible situación al nacimiento, o sobre la posibilidad o certeza de, caso de generarse, nacer con una serie de taras, y ello a pesar de haberse realizado, y en muchas ocasiones, solicitado, de forma específica, el correspondiente estudio genético, al objeto de conocer, bien con carácter previo al embarazo, o bien con posterioridad al mismo, pero siempre dentro del plazo legal de poder llevar a efecto la interrupción voluntaria del embarazo, cuál era su auténtica situación, para, de esta forma, poder decidir libremente si tener descendencia o abortar, en su caso. La pericia médico-legal, a juicio de GALÁN CORTÉS, consiste en analizar las pruebas o estudios realizados, pues no todo error en su resultado ha de conllevar responsabilidad, sino tan sólo en aquellos casos en que la información o la práctica de los citados estudios sea deficiente y, en consecuencia, negligente.

Es evidente –a mi juicio, a todas luces– que a la actora se la privó del derecho a decidir libremente sobre la interrupción del embarazo, o sobre su no interrupción. Por tanto, no

11. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad», en *Revista derecho y genoma humano*, 1996.

12. GALÁN CORTÉS, J.C.: artículo citado en nota 6.

tuvo en sus manos la facultad de optar por una u otra decisión. Se la privó, por tanto, de la oportunidad, real, de decidir libre y conscientemente. Ello generó, como no podía ser menos, la correspondiente responsabilidad del facultativo que omitió, negligentemente, la información debida a la paciente.

Otra Sentencia, muy interesante, fue dictada en nuestro país por la Audiencia Provincial de Cádiz el 17 de septiembre de 2002, que voy a transcribir, por su importancia, literalmente:

«Nos encontramos con una tipología de daños determinantes de posibles responsabilidad civil del médico en relación con la concepción y el nacimiento de la persona, más en concreto, en un grupo de casos de responsabilidad médica en relación con error en el diagnóstico prenatal por falta de realización o defectuosa realización del diagnóstico, produciéndose con ello la consecuencia de que no existe constancia –o no se descubre o no se informa a tiempo– del riesgo de enfermedad congénita de la criatura concebida, resultando que el feto sufre la dolencia y nace con tales defectos, no disponiendo ya la mujer de la posibilidad de recurrir al aborto dentro del plazo legalmente establecido.»

Esta Sentencia citada puso de relieve la fragilidad y dificultad en la determinación de las bases de la indemnización o, en otras palabras, los conceptos que debe incluir y su exacta o correcta dimensión y valoración económica a costa de los posibles condenados.

«Estas hipótesis han dado lugar a las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, muy numerosas en la jurisprudencia norteamericana y cuyas denominaciones (en inglés) se mantienen en los distintos trabajos y resoluciones judiciales sobre el particular. La distinción entre la acción de *wrongful birth* y *wrongful life* consiste en que la primera es entablada por los padres del niño contra el médico, mientras que la segunda quien la entabla es el hijo. En la primera, los padres alegan que, al no haberse detectado o no habérseles informado sobre la posibilidad de que la madre concibiese o diese nacimiento a una criatura con enfermedades congénitas, se les privó de la oportunidad de adoptar una decisión “informada” sobre si procrear o no, sobre si dar o no lugar al nacimiento. En la segunda acción, de *wrongful life*, el hijo demandante argumenta que “de no haber sido por el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad”.

Por decirlo de otro modo, en la acción de *wrongful birth*, la culpa del médico consiste en un error “que ha conducido al nacimiento” del hijo de los padres demandantes; y en la acción de *wrongful life*, el error médico que se invoca en el que “ha conducido a la vida” del propio hijo enfermo demandante.»

El Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en Sentencia de 17 de marzo de 2004, estimó la acción contra la Administración, porque no se habían adoptado, dados los antecedentes personales y la edad de la madre, las pruebas diagnósticas prenatales oportunas para la detección de la cromosomopatía consistente en el síndrome de Down. A la gestante no se la remitió a la Unidad de Diagnóstico Prenatal. La Consellería de Sanidad reconoció la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, porque no se permitió a los progenitores optar por la interrupción del embarazo dentro de los plazos legales, conociendo, sin embargo, todas las circunstancias.

La Audiencia Nacional, en Sentencia de 6 de junio de 2001, reconoció una acción de *wrongful birth* en un supuesto en que de una prueba de triple screening practicada en un laboratorio de Zaragoza su resultado no llegó a la Unidad de Diagnóstico Prenatal, razón por la cual no se valoró el resultado y no se comunicó a la gestante, por lo que no pudieron hacerse nuevas pruebas para diagnosticar el síndrome de Down y no pudo abortar acogiéndose a la indicación eugenésica reconocida en nuestro Código Penal.

La Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia de 28 de mayo de 2003, declaró que no informar a la gestante sobre los riesgos del embarazo de alto riesgo y no facilitarle el acceso a las pruebas de diagnóstico prenatal constituye un daño moral que es indemnizable. Incluso hubo un Informe de la Consejería de Sanidad que reconocía la responsabilidad de la Administración en este caso. Dicho Informe constató la falta de información a la paciente de los riesgos del embarazo y de la posibilidad de someterse a pruebas diagnósticas prenatales, añadiendo, a este respecto, que tanto el consentimiento como la información son elementos integrantes de la *lex artis*.

Me parece oportuno entrar ahora a considerar, aunque sólo sea brevemente, el tema del diagnóstico prenatal, que es un factor importantísimo en estos casos.

V. REFERENCIA AL DIAGNÓSTICO PRENATAL

El diagnóstico prenatal permite conocer, desde la gestación, las características del *nasciturus* —del que va a nacer—, empezando por su sexo, así como descubrir algunas anomalías que corre el riesgo de padecer desde su nacimiento. Se basa en diversas técnicas y plantea, desde luego, una serie de problemas que, aunque estrictamente médicos algunos, es preciso detenerse en ellos por su relevancia en el ámbito jurídico.

Las técnicas empleadas para el diagnóstico prenatal van desde la ecografía hasta las tomas de muestras de vellosidades codales, del líquido amniótico (amniocentesis), o de sangre fetal del cordón umbilical, para someterlas a todo tipo de análisis.

La ecografía tiene un gran ventaja sobre las otras pruebas, ya que es indolora e inocua para el feto, pero tiene el inconveniente de ser tardía, si bien, recientemente, la Prensa ha dado noticia de que en el Reino Unido se ha ensayado un nuevo escáner que permitirá obtener una imagen del feto en tres dimensiones, lo que facilitará a los médicos el descubrimiento de posibles anomalías, aunque no más allá de las de carácter morfológico.

Las otras pruebas citadas son más precoces y permiten identificar un amplio abanico de enfermedades congénitas infecciosas, como el SIDA, o de origen genético, como el Síndrome del x frágil. Pero son invasivas y se corre el riesgo de dañar al feto o incluso de provocar el aborto.

En cambio, la ecografía goza de una amplia aceptación social, hasta el punto que, en Hospitales Públicos —y también en las Clínicas privadas— la mujer embarazada acude, al menos, una vez a los Centros de Salud a practicarse esta prueba, sencilla e indolora, siempre que tenga suficiente sospecha de que el feto pueda estar afectado por una grave enfermedad que plantee a los progenitores la delicada disyuntiva de arriesgarse al nacimiento o de interrumpir voluntariamente el embarazo, antes de que sea tarde.

La investigación científica se ha dirigido, últimamente, hacia la búsqueda de otras técnicas menos invasivas y más globales, entre las que cabe destacar: el aislamiento de las células fetales que circulan en la sangre materna, para su posterior análisis, lo que tendría gran aceptación por su facilidad e inocuidad, y el diagnóstico preimplantatorio, que consiste en tomar una muestra de una célula del embrión, células que, en ese momento, pueden calificarse de multipotenciales o células madre, antes de que éste se implante en el útero materno, lo cual, desde luego, sólo es posible en los supuestos de fecundación *in vitro*.

En el estado actual de la técnica, ni estas prácticas ni las que ya se aplican garantizan un diagnóstico plenamente fiable, aunque los espectaculares avances de la Biología y, en particular, de la genética humana, permiten alcanzar un porcentaje de aciertos cada vez mayor.

Como ha expuesto Antonio PÉREZ-TENESSA¹³, en España hay una Ley que trata expresamente del diagnóstico prenatal. Se trata, efectivamente, de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción asistida humana, aunque también puede ser aplicable la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

Según el artículo 12.2 de la primera Ley citada anteriormente, toda intervención sobre el embrión en el útero con fines diagnósticos es legítima si tiene por objeto el bienestar del *nasciturus* y el favorecimiento de su desarrollo, o si está amparada legalmente. Esta limitación a favor del *nasciturus* no afecta a las técnicas de diagnóstico prenatal que no actúan directamente sobre el embrión, aunque tengan algo de invasivas, como pueden serlo, por ejemplo, las tomas de líquido amniótico o de sangre del cordón umbilical.

De todo ello, tal como ha concluido PÉREZ TENESSA, se infiere que:

- 1.º en España está permitido el diagnóstico prenatal;
- 2.º no cualquier técnica es lícita;
- 3.º en todo caso, se requiere prescripción facultativa y el consentimiento informado de la madre, y
- 4.º el hecho de que sea lícito no significa que sea obligatorio ni para la madre ni para los Centros de Salud.

VI. REFERENCIA A LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

Obviamente, el concepto de relación de causalidad en las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* es uno de los aspectos más complejos que plantea este controvertido y delicado tema que estoy analizando.

Efectivamente; es requisito *sine qua non* probar fehacientemente que la acción, u omisión, de demandado fue la causa del daño producido. Esta prueba, su acreditación, no es fácil desde el punto de vista procesal.

Como ha afirmado María José ALONSO PARREÑO¹⁴, cuando se produce un error en el diagnóstico prenatal, la mujer ya estaba embarazada y su alegación, al demandar, es la de que, de haber conocido la enfermedad que afectaba al hijo –feto–, habría optado por abortar. El problema, al establecer la relación de causalidad, está en el concepto de los denominados «cursos causales no verificables», en el sentido de que la parte demandada puede alegar que no es totalmente seguro –al cien por cien– que la madre hubiera abortado si hubiese cono-

13. PÉREZ-TENESSA, Antonio: «Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad», artículo en Internet.

14. ALONSO PARREÑO, María José: «Demandas judiciales por nacimiento con discapacidad (*wrongful birth* y *wrongful life*): perspectiva jurídica», artículo en Internet.

cido cuál era la enfermedad congénita que afectaba al feto. Por lo tanto, la decisión de la madre es una hipótesis, nunca una certeza o, por decirlo de otro modo, es una probabilidad o, quizás, más remotamente, una posibilidad.

Ahora bien, si no es seguro que la madre hubiera abortado, no se puede demostrar que la única causa de los daños sea la actuación del facultativo. En términos jurídicos, en consecuencia, se puede concluir, con la autora anteriormente citada, que la relación de causalidad entre su conducta negligente y el resultado –nacimiento de un niño enfermo por no haberse podido acudir al aborto– se encuentra quebrada o, al menos, mediatizada por una supuesta decisión de la madre.

De ahí que, cuando la acción es ejercitada por la madre, debería exigírsele, como elemento necesario, pero no suficiente, no sólo el que ella pudiera haber abortado dentro de los plazos legales permitidos en nuestra legislación penal, sino que, además, es imprescindible que declare que lo habría hecho –aunque, a mi juicio, esto no añade nada al razonamiento, ya que dicha declaración no puede ser contrastada y pertenece solamente, de modo exclusivo, al fuero interno de la madre–.

En este sentido, se plantean dos problemas de causalidad o dos focos en torno a la relación de causalidad: el primero de ellos consiste en la determinación de si la culpa del médico fue la causa de que la madre no pudiera abortar; en segundo lugar, si, habiéndose dado el primer curso causal, es decir, hallándose la madre en la posibilidad física y legal de abortar, ésta habría, o no, decidido hacerlo. Este segundo paso nos lleva a la siguiente cuestión: ¿hay relación de causalidad entre la culpa del facultativo –o, en su caso, la acción u omisión de la Administración o Entidad sanitaria– y el desenlace, resultado, acontecido, cuando no es posible asegurar con total certeza que la madre habría acudido al aborto si hubiera conocido la enfermedad que aquejaba al feto?

Desde mi punto de vista, la decisión que la madre, en su día, hubiera tomado, de conocer la enfermedad congénita del feto, es algo que no se puede nunca asegurar. Sólo cabe que ella declare en ese sentido, pero nunca sabrá el órgano judicial que ha de juzgar el caso si está diciendo, o no, la verdad, porque, como ya he expuesto anteriormente, eso es algo que pertenece al fuero íntimo de la madre demandante y, por lo tanto, supone que la condena, en su caso, se dicte en función de una mera manifestación de quien demanda, siempre y cuando dicha manifestación no aparezca como contradictoria con los elementos de juicio y actos previos al proceso.

En cuanto a la acción de *wrongful life*, suscita también algunos problemas, ya que, en estos supuestos, es el hijo el que entabla la acción, pudiendo alegar que su madre podría haber decidido abortar, pero nunca estará en condiciones de probar –si no es con la colaboración de la madre– que su progenitora hubiera tomado esa decisión. Pensemos en el supuesto en que la madre haya muerto ya. Aquí, se plantearía una cuestión realmente compleja.

Revista de **Derecho de** **familia**

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,5
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	5,5

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2009

20,80 euros/día o 624 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1983	13,6	13,3	12,8	12,9	11,8	11,3	10,3	11,0	11,8	12,2	13,0	12,2
1984	12,1	11,9	12,2	11,2	11,3	11,4	12,7	12,0	11,4	10,5	10,0	9,0
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	

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 PERCIBEN INGRESOS)

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de Derecho de familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Desestimación de la demanda de divorcio ya que al ser ambos contrayentes de nacionalidad ecuatoriana y registrarse el divorcio por su ley nacional debió ser acreditado el derecho extranjero.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 13 de junio de 2008.

PATRIA POTESTAD

Se acuerda suspender al padre de la patria potestad con relación a la menor, que no privación de ésta, y por tanto quedará sometida al régimen de patria potestad de quien siempre la atendió y cuidó en todos los aspectos de su vida como es su madre, sin interferencia de quien no se preocupó por ella durante un más que prolongado y significativo período de tiempo.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 9 de julio de 2008.

Dado que la cuestión que, a través del escrito rector del procedimiento, suscita el hoy apelante afecta al ejercicio de la patria potestad, ante la esgrimida discrepancia de los progenitores de un menor sobre su sometimiento a una determinada intervención médica, debe recordarse que el artículo 156 del CC previene que el Juez, tras oír a ambos procreadores y, en su caso, al hijo, atribuirá «sin ulterior recurso» la facultad de decidir a uno u otro.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de junio de 2008.

GUARDA Y CUSTODIA

Atribución de la custodia a la madre con la prevención de que si decide trasladarse a su ciudad natal de Hong Kong, la custodia pasará automáticamente al padre, otorgándose a este último la facultad de decidir el lugar de residencia de los menores.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de septiembre de 2008.

La madre padece un estado ansioso depresivo reactivo motivado por la actual situación y lo que están sufriendo sus hijos, pero ese estado no le impide realizar el cuidado y la educación de sus hijos, estando plenamente capacitada para desempeñar con plena eficacia dichos cometidos, siendo su diagnóstico de síndrome depresivo ansioso.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de julio de 2008.

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 el hijo, presupuesto básico inexistente en el conflicto.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 1 de julio de 2008.

Procede mantener la custodia a favor del padre al constar en autos que la madre padece una inestabilidad consecuencia de las alteraciones que determinaron la necesidad de su asistencia a urgencias en la que se pautó la medicación que la interesada termina por admitir en su escrito de apelación, siendo lo relevante que en el período de convivencia con el entorno paterno la niña ha fortalecido sus vínculos paterno-filiales.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 30 de junio de 2008.

No puede calificarse como alteración sustancial de circunstancias que justifique la modificación de la atribución de la guarda y custodia, el solo hecho de la decisión unilateral del menor de irse a vivir con el progenitor que no la ostentaba.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 26 de junio de 2008.

Ambas hijas han mostrado en la exploración judicial su preferencia por convivir con cada uno de los progenitores, por lo que, atendida la edad de éstas y no pudiendo considerarse que sea beneficioso para ellas obligarles a una convivencia no deseada, sino que incluso podría repercutir negativamente en su formación, no obstante suponer ello que las hermanas vivan separadas, procede acordar la atribución a la madre de la guarda y custodia de la hija mayor y mantener la atribución de la guarda y custodia de la hija menor al padre.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 20 de junio de 2008.

RÉGIMEN DE VISITAS

La condición de marroquí del padre y las solas alegaciones de sus creencias religiosas, sin otro medio de prueba, no son motivo suficiente para prohibir que el padre y el menor puedan viajar a Marruecos durante el régimen de visitas. La madre conocía estas circunstancias antes de contraer matrimonio y decidió tener descendencia con el que era su marido, sin que a la prole sea dable privar, sin justa causa, de la posibilidad de viajar a la tierra de su padre ni, por supuesto, de relacionarse con su familia paterna.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 27 de junio de 2008.

La madre se alzó contra la resolución de instancia reclamando que se deje en suspenso el régimen de visitas y estancias acordado entre el padre y su hija menor, hasta que se resuelva por el Juzgado de Instrucción adoptar medidas cautelares contra el padre, por la existencia de abusos sexuales. De lo actuado no se desprende que concurren los requisitos aludidos para la suspensión, debiendo destacarse la inexistencia de indicios de abusos sexuales por parte del padre.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 27 de junio de 2008.

La común descendiente, al ser explorada en ambas instancias, ha manifestado un absoluto rechazo a toda comunicación con el padre, al guardar un negativo, e inclusive traumático, recuerdo de sus anteriores relaciones con él. Ha de tenerse en cuenta, al respecto, que dicha descendiente está próxima a cumplir los dieciséis años de edad, por lo que no procede fijar régimen de visitas.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de junio de 2008.

No ha quedado acreditada la enfermedad mental del padre alegada por la actora más que por un informe puntual de un médico de urgencias, sin que consten otros datos que apoyen tal argumentación. No consta que haya tenido otros problemas ni que haya seguido tratamiento alguno por las dolencias mentales que alega la actora, por lo que no puede considerarse probada la persistencia de alteraciones en el padre de manera que determine la restricción del régimen de visitas que pretende la impugnante.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 26 de junio de 2008.

VIVIENDA FAMILIAR

La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia, como domicilio conyugal o familiar, es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar por resolución judicial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de octubre de 2008.

La custodia compartida no es obstáculo para que se atribuya el uso de la vivienda a la esposa, además, en este caso, sin limitación temporal alguna.

TSJ Cataluña, Sentencia de 5 de septiembre de 2008.

Destaca el esposo la existencia de inmuebles alternativos en los que puede residir la esposa, pero olvida que la atribución de uso contemplada en el párrafo tercero del artículo 96 del CC es la de vivienda familiar y no de otras.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 27 de junio de 2008.

Los gastos de la comunidad de vecinos, que podemos denominar ordinarios, son de cargo de la esposa por tratarse de gastos que sólo el uso del inmueble genera sobre los gastos comunes del edificio, y viene a suponer una contraprestación al uso que de éste se le ha atribuido y ello, pese a tratarse de una obligación que el artículo 16 de la LPH pone a cargo del propietario del inmueble.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 6 de junio de 2008.

La sentencia apelada desborda el marco del proceso de divorcio al disponer que, transcurridos dos años, deberá procederse a su venta a un tercero o a la actora.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 4 de junio de 2008.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La custodia compartida no es obstáculo para que fije una pensión alimenticia a cargo del padre dada la diferencia de ingresos entre ambos progenitores. Igualmente se acuerda que el padre en solitario se haga cargo de una serie de gastos en relación con los hijos.

TSJ Cataluña, Sentencia de 5 de septiembre de 2008.

La mejora en la capacidad económica del progenitor custodio no sirve para reducir la aportación económica del otro, sino que se debe traducir en una mejor satisfacción de las necesidades del hijo.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 de julio de 2008.

El incremento ordinario de las necesidades que acompaña al aumento de edad de los hijos es una situación previsible con una mínima diligencia. Por ello este incremento, si no excede de lo ordinario, no puede justificar la modificación de la pensión.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 24 de julio de 2008.

No se conceden alimentos a la hija mayor de edad dado que hay que entender que ha terminado ya sus estudios, no siendo su actual decisión continuar su formación, imputable al padre por esta vía de alimentos devengados en el seno de un proceso matrimonial.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 23 de julio de 2008.

Por lo que respecta a la actualización anual de las pensiones, el padre motiva su recurso en que no procede, dado que sus percepciones económicas no están sujetas a revisión anual alguna, motivo por el cual considera que tampoco deben serlo las pensiones fijadas en la sentencia apelada, pero se trata solamente de una manifestación huérfana de prueba, por lo que debe admitirse en principio la actualización anual de la cuantía de las pensiones, dada su mejor situación económica.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de julio de 2008.

Los gastos de matrículas universitarias de los hijos de sucesivos años no pueden tener la consideración de gasto extraordinario, al no concurrir la nota de imprevisibilidad, máxime cuando al momento de la suscripción del convenio regulador el mayor de los hijos ya había iniciado sus estudios universitarios.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 3 de julio de 2008.

Se concede efectos retroactivos a la extinción de la pensión alimenticia desde la fecha de presentación de la demanda, ya que en esa fecha ya concurría la causa de extinción.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 3 de julio de 2008.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Al presumirse que la esposa no va a poder procurarse en poco tiempo un medio de vida que le permita prescindir de la pensión compensatoria, y que no va a lograr por sí desenvolverse autónomamente y superar el desequilibrio, no puede fijarse una limitación temporal a la pensión compensatoria.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2008.

Ni el mero transcurso del tiempo, ni la liquidación de la sociedad de gananciales, ni el nacimiento de un nuevo hijo del obligado al pago de la pensión compensatoria son motivos hábiles para que aquélla se extinga.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2008.

El hecho de que la ex esposa haya tenido un hijo no implica que haya convivido maritalmente con otra persona, dato sobre el que tampoco hay prueba bastante, como causa para la desaparición de la pensión compensatoria.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 23 de julio de 2008.

El desequilibrio económico ya se valoró, para denegar la pensión compensatoria para ambos cónyuges, al momento de la ruptura personal que se sanciona judicialmente por medio de las sentencias dictadas por el juzgado y en la alzada, por lo que no habiéndose reconocido entonces a ninguno de los cónyuges tal derecho, no puede prosperar ahora tal petición, bajo el argumento relacionado con la mala gestión, según se dice, del patrimonio familiar o ganancial.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 1 de julio de 2008.

La dificultad de la esposa para incorporarse a la vida laboral después de veintitrés años de convivencia matrimonial en la que, salvo algún trabajo esporádico, se ha dedicado por completo a la familia y a las tareas domésticas, lleva a considerar arriesgada la fijación de un plazo tan delimitado como el de tres años para el percibo de la pensión compensatoria, considerándose más adecuado el de cinco años.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 30 de junio de 2008.

CUESTIONES PROCESALES

La orden de protección acordada estaba vigente cuando se presentó la demanda de adopción de medidas paterno-filiales ante el Juzgado de Violencia por lo que la competencia para su conocimiento corresponde a dicho juzgado.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 29 de julio de 2008.

En el convenio regulador no se hizo ninguna mención a los ingresos del esposo en el momento en que se aprobó y en el actual proceso de modificación de medidas no se articuló prueba al respecto, por lo que la falta de conocimiento de uno de los términos de la comparación hace imposible alcanzar la certeza de la existencia de una alteración sustancial de esos ingresos.

AP A Coruña, Sec. 6.ª, Sentencia de 24 de julio de 2008.

Tampoco podemos considerar que el juzgador *a quo* hubiese incurrido en incongruencia, por cuanto es claro que en la reconvencción formulada se suplicaba la extinción inmediata de la pensión, y por ello la fijación de un límite temporal debe entenderse incurso en aquella misma pretensión, sin necesidad de que expresamente se hubiese planteado como tal.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de julio de 2008.

No es necesaria una prueba pericial psicológica cada vez que se discuta sobre la guardia y custodia, ni corresponde decidir a los peritos ante la falta de acuerdo entre el padre y la madre, basándose el debate procesal en circunstancias relacionadas con los respectivos regímenes y horarios laborales, quién dispondría de más posibilidades de dedicación, quién se ocupaba más de los hijos antes de la ruptura de la convivencia y cosas por el estilo.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de julio de 2008.

Legitimación de la madre para solicitar una pensión alimenticia a favor de una hija de 33 años de edad que tiene un grado de minusvalía del 96%, pues es de aplicación lo establecido en el artículo 93.2 del CC.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 17 de junio de 2008.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

El artículo 148 del CC no es aplicable a aquellos supuestos en los que se modifica la cuantía de la pensión alimenticia, por lo que la nueva pensión sólo debe abonarse desde la fecha de la sentencia que la determina. Para que tenga efectos con anterioridad deberán solicitarse las medidas provisionales previstas en el artículo 775.3 de la LEC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2008.

Presentada la demanda de ejecución, la notificación del auto despachando la misma debe notificarse al ejecutado directamente, con independencia de que en el procedimiento de divorcio le representase un procurador. En consecuencia, procede declarar la nulidad de lo actuado al no haberse practicado la notificación en forma.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 110/2008, de 22 de septiembre.

Habiéndose pactado en la liquidación de gananciales un exceso de adjudicación a favor del esposo por importe de 69.000 euros que se comprometía a hacer efectiva a la ex esposa en el momento de la venta de un inmueble, no cabe en el procedimiento de ejecución añadir o adicionar pasivo inexistente en aquel convenio debiendo ejecutarse el convenio reliquidación en sus propios términos.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 30 de julio de 2008.

En lo que se refiere a los intereses reclamados por impago de pensiones, son los correspondientes al artículo 576 de la LEC, que determina que desde que fuera dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición legal especial. Son intereses impuestos legalmente y no es preceptivo pedirlos ya que tienen carácter imperativo, e incluso sin necesidad de expreso pronunciamiento condenatorio a su pago.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 9 de julio de 2008.

Es admisible que en fase de ejecución pueda suspenderse el derecho de visitas por la vía del artículo 158 del CC, si existe causa para ello, en protección del interés superior de los menores, pero ello exige una cumplida prueba al respecto que en el caso presente no consta.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 9 de julio de 2008.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Naturaleza ganancial de los rendimientos de los bienes comunes, cuya administración se atribuyó a la esposa en el auto de medidas provisionales habida cuenta que, hasta la disolución de la sociedad de gananciales, los rendimientos de todos los bienes que la conformaban son

gananciales, independientemente de quien fuera su administrador, ya que están sujetos a la obligación de rendición de cuentas.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 15 de septiembre de 2008.

Habiendo mostrado el esposo su aquiescencia a la acción reconvenzional ejercitada por la esposa solicitando la nulidad del contrato de opción de compra celebrado por aquél, se desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo apreciada por la Audiencia Provincial y entrando en el fondo del asunto se declara la nulidad del contrato por falta de consentimiento de la esposa al quedar acreditado que era falsa la firma que aparecía en el citado contrato.

Tribunal Supremo, Sala I.ª, Sentencia de 23 de julio de 2008.

En relación con los regalos de boda no sería de aplicación el artículo 1353 del CC, pues nos hallamos ante una donación por razón del matrimonio, donaciones que por realizarse «antes de celebrarse» el matrimonio, nunca pueden calificarse como bienes gananciales. Los donantes efectuaron su acto de disposición patrimonial por razón del matrimonio de los litigantes, siendo por su naturaleza destinados para el uso común y estable del matrimonio, como así sucedió durante la prolongada convivencia común, por lo que debemos entender que se trata de una donación conjunta, sin que al efecto sea elemento determinante que el donante sea invitado de una u otra familia.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de julio de 2008.

Nos hallamos ante un supuesto de accesión del artículo 361 del CC, conforme al cual el dueño del terreno en que se edificare de buena fe tendrá derecho a hacer suya la obra, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del CC, o a obligar al que fabricó a pagarle el precio del terreno, facultad cuyo ejercicio no corresponde a los litigantes, sino a quienes sean sus actuales titulares.

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de julio de 2008.

El presente procedimiento tiene por objeto la determinación del activo y pasivo de la extinta sociedad legal de gananciales, quedando fuera de su ámbito de debate y decisión la posible declaración de pertenencia a uno solo de los cónyuges, o su distribución porcentual entre ambos, de la parte no ganancial de los referidos bienes.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 8 de julio de 2008.

La valoración del inmueble incluido en el inventario de la sociedad de gananciales debe efectuarse conforme al informe pericial practicado, por lo que es intrascendente el precio por el que la ex esposa unilateralmente lo vendió después de la formación del inventario. El valor de venta se hubiese acogido en caso de disposición conjunta del inmueble.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 4 de julio de 2008.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

La adopción de un menor se constituye en el seno de un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, una de cuyas integrantes adopta al hijo biológico de la otra, lo que motiva que sea de aplicación lo establecido en el párrafo segundo del artículo 109 del CC, que deja a la elección de los progenitores la decisión del orden de los apellidos.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 10 de junio de 2008.

FILIACIÓN

La fecha en que tuvo conocimiento el marido de un informe médico que pone de manifiesto su esterilidad, sirve de comienzo del *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2008.

La estabilidad familiar no es el criterio que debe regir la interpretación del artículo 136 del CC y por tanto debe aplicarse el principio de verdad biológica, por lo que no puede entenderse caducada la acción de impugnación de paternidad interpuesta por el marido al haberse ejercitado dentro del año desde que tuvo conocimiento de que no era el padre biológico.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 2008.

El requisito del control previo de admisibilidad previsto en el artículo 767 de la LEC, ha de ser objeto de interpretación «espiritualizada» al constituir tal requisito un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 de la CE. Con la demanda se aportaron varios documentos de pagos efectuados respecto de gastos de colegio de la menor y relativos al grupo familiar, lo que se estima un principio de prueba suficiente.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 23 de junio de 2008.

UNIONES DE HECHO

La poca convivencia que se generó entre las partes, apenas alcanzó los dos años, y en ningún caso supuso la voluntad de formación de una comunidad de bienes entre ellas, y su ruptura, decidida de forma unilateral por una de las partes, en absoluto causó un empobrecimiento no tolerable para el derecho.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 9 de junio de 2008.

OTRAS CUESTIONES

Los actos o acuerdos pre-particionales que vayan configurando la partición no necesitan ser aprobados judicialmente, sin que por tanto tenga que intervenir en ellos el defensor judicial. Una vez realizada totalmente la partición es cuando debe intervenir el defensor judicial y cuando se precisa la aprobación judicial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2008.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

1. **Contenido.** La *Revista de Derecho de Familia* publica exclusivamente artículos y colaboraciones originales que versen sobre temas de actualidad en materia de Derecho de Familia desde un punto de vista eminentemente práctico.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica, profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de un máximo de 10 líneas en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redaciv@lexnova.es con indicación de su destino a la *Revista de Derecho de Familia*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.

