

CUADERNO DE FAMILIA

BOLETÍN JURÍDICO DE INFANCIA, FAMILIA Y CAPACIDAD DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA
Nº 3 mayo 2023



AJFV
ASOCIACIÓN
JUDICIAL
FRANCISCO DE
VITORIA

SUMARIO:

LA AUDIENCIA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

Ana María Muñiz Casares

POSIBILIDAD DE ACORDAR LA CUSTODIA COMPARTIDA DE OFICIO A LA LUZ DE LA STS 437/2022, DE 31 DE MAYO

Alfonso Carlos Aliaga Casanova

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE FAMILIA

Susana Jiménez Bautista & Jose Antonio Baena Sierra

mayo 2023

Cuaderno de familia

Boletín Jurídico de Infancia, Familia y Capacidad de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria

ajfv@ajfv.es

Comité Editorial:

Alfonso Carlos Aliaga Casanova, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Orihuela.

Estrella María González Maroño, Magistrada del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Gijón.

Susana Jiménez Bautista, Magistrada, Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

José Antonio Baena Morales, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torremolinos (Málaga)

Adalberto de la Cruz Correa, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Arrecife Las Palmas

Edita: Asociación Judicial Francisco de Vitoria.
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook

ISSN: 2605-2687

Exención de responsabilidad:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

Sumario

03

LA AUDIENCIA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

por Ana María Muñiz Casares

14

POSIBILIDAD DE ACORDAR LA CUSTODIA COMPARTIDA DE OFICIO A LA LUZ DE LA STS 437/2022, DE 31 DE MAYO

Alfonso Carlos Aliaga Casanova

23

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE FAMILIA

Por Susana Jiménez Bautista & Jose Antonio Baena Sierra

LA AUDIENCIA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

Ana María Muñiz Casares

Abogada. Presidenta Foro Abierto de Derecho de Familia- Asturias (FADEF)
Delegada de CEMIN en Asturias

SUMARIO

I.- BREVE BASE LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN LA EXPLORACIÓN DE LOS MENORES

II.- NUESTROS TRIBUNALES, EN GENERAL, LLEVAN A CABO LA EXPLORACIÓN DEL MENOR; PERO ¿LO HACEN CON TODAS LAS GARANTÍAS?

III.- ¿CUÁLES SON LOS LÍMITES DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL MENOR?

IV.- CONCLUSIONES

RESUMEN: La exploración del menor, es un elemento esencial en los procedimientos de familia. No se constituye como una prueba, pero determina en gran medida el resultado del procedimiento. Llevarlo a cabo supone conjugar de un lado el derecho de defensa y de otro poner los medios, para que se lleve a cabo la audiencia con protección de los derechos de los niños, y estos puedan expresarse con libertad, causándoles el menor de los perjuicios posibles.

La opinión del niño, niña y adolescente es importante, pero no puede determinar por sí mismo, el fallo de la

sentencia, y la escucha de su opinión no puede suponer para el juez la “obediencia” a su parecer, debiendo conjugar el resto de factores de cada caso en concreto.

ABSTRACT: *The exploration of the children, is an essential element in family case. It is not constituted as evidence, but largely determines the outcome of the procedure. Carrying it out means combining, the right of defense and of providing it means, so that the hearing is carried out with protection of the rights of children, and they can express themselves freely, causing them the least possible damage.*

The opinion of the children and adolescent is important, but they cannot determine by themselves the verdict of the sentence, and listening to their opinion cannot mean for the judge “obedience” in their opinion, having to combine the rest of the factors in each specific case.

PALABRAS CLAVE: Audiencia, Exploración, Interés del menor, Derecho de defensa, Derecho del menor

KEY WORDS: Hearing, Exploration, Interest of the minor, right of defense, right of the minor. interests of the minor.

I. BREVE BASE LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA EXPLORACIÓN DE LOS MENORES

El artículo 92.2 del Código Civil, indica que el juez debe escuchar a los menores sobre las decisiones que con respecto al mismo vaya a adoptar y que incluya cualquier medida sobre su custodia o aspectos por los que se vean afectados.

Esa necesidad de escucha, que inicialmente se circunscribía a los mayores de 12 años y a los que en todo caso tuvieran suficiente juicio, se ha ido ampliando hasta acoger en el derecho a menores de cualquier edad. Recogido por la norma internacional y europea a la española. El espíritu de la ley es claro, lo complicado como suele ser habitual, es ponerlo en práctica. ¿Cómo y en que forma puede un juez escuchar a un niño pequeño? ¿Hasta donde llega el peso de la opinión de un menor en un procedimiento judicial? ¿Cómo dedicar el tiempo necesario a unas exploraciones en juzgados saturados?

En términos parecidos al citado precepto del Código Civil se expresa el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el artículo 9 de la L.O 1/1996 de protección jurídica del menor reformado a posteriori en el año 2015, o el artículo 18.2.4 de la ley de 15/2015 de jurisdicción voluntaria.

Los instrumentos internacionales, como apuntamos, también se manifiestan en el mismo sentido, incluyendo el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y la Observación General nº 12 de 20 de julio

de 2009 del Comité de Derechos del Niño. La audiencia del niño, niña y adolescente, se convierte en un derecho que goza de autonomía y que supone a los juzgados la carga de llevarlo a cabo conjugando la protección del menor y el derecho de defensa de las partes.

1.- El Tribunal Constitucional con respecto a la exploración de los menores

La sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019 de 9 de mayo (ECLI:ES:TC:2019:64¹), recoge el derecho del menor a ser escuchado por el tribunal y examina, no solo modo de llevar a cabo ese derecho, sino también la importancia y repercusión de hacerlo debidamente en el curso del proceso, sin dejar de lado el derecho de defensa de las partes.

La sentencia de pleno resolvió la cuestión de inconstitucionalidad (nº 3442-2018), planteada por un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, respecto a la constitucionalidad o no del artículo 18.4 de la Ley 15/2015 de 2 de enero de jurisdicción voluntaria que recoge la forma de exploración de menores y personas con capacidad modificada judicialmente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Hace especial hincapié esta sentencia en la necesaria intimidad para la práctica de la prueba, en el entorno adecuado, y en la protección del interés del menor que debe guiar todo proceso. Ese extremo deber de cuidado que nos indicará el tribunal, hace que para algunos la práctica de la prueba pueda colisionar

¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-8645>

con el derecho de defensa de las partes, aspecto que el tribunal deja resuelto (a salvo de lo que después se haga en cada juzgado), garantizando el derecho a la intimidad del menor en la manifestación de sus opiniones, con entrega, al menos, de acta levantada por el Letrado de la administración de justicia, con las manifestaciones sucintas a las partes.

Dice la sentencia anterior: “*el derecho del menor de edad a ser “oído y escuchado”, entre otros ámbitos, en todos los procedimientos judiciales en los que esté afectado y que conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social [fue...] introducido por primera vez en el art. 12.2 de la Convención sobre los derechos del niño, figura asimismo en el art. 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, ratificado por España mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014; en el apartado 15 de la Carta Europea de derechos del niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992 y, con una fórmula más genérica, en el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Goza pues de un amplio reconocimiento en los acuerdos internacionales que velan por la protección de los menores de edad, referencia obligada para los poderes públicos internos de conformidad con lo establecido por los arts. 10.2 y 39.4 CE. Este derecho se desarrolla en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección*

a la infancia y a la adolescencia, que indica en su exposición de motivos que se han tenido en cuenta los criterios recogidos en la observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Entre otros aspectos, la citada reforma legal de 2015 refuerza la efectividad del derecho al disponer que, en las resoluciones sobre el fondo de aquellos procedimientos en los que esté afectado el interés de un menor, debe hacerse constar el resultado de la audiencia a este y su valoración (art. 9.3 in fine de la Ley Orgánica 1/1996)”.

El Tribunal entiende como esencial, que los hechos de la exploración no queden en el conocimiento solo del juez, pues ello vendría a quebrar el derecho a la tutela judicial efectiva, con respecto al derecho de defensa de las partes y también al derecho del menor, cuyo interés se dilucida en el proceso.

El momento clave del derecho a la intimidad, no es el traslado del acta, sino el momento de la propia exploración, de ahí que sea tan importante garantizar los derechos al momento de su celebración «*Es en la celebración de la exploración judicial del menor, a puerta cerrada, cuando el juez o letrado de la Administración de Justicia debe cuidar de preservar su intimidad (art. 9.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 1/1996), velando en todo momento por que las manifestaciones del menor se circunscriban a las necesarias para la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos*».

Derecho de defensa de las partes, derecho

del menor a ser oído, obligación del tribunal a llevar a cabo esa exploración con las debidas garantías. Momento clave el de la exploración.

2.- Sentencias en el ámbito de la Unión Europea.

La sentencia anteriormente citada del Tribunal Constitucional, se produjo a posteriori de otras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y se pronuncia en la misma línea que este hizo con anterioridad.

Podemos citar entre otras la Sentencia del ²Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2016 (Asunto Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España), donde se condenó a nuestro país, por vulnerar el artículo 6.1³ del Convenio al no atender la petición, realizada por una de las partes y consistente en que la hija del matrimonio mayor de 12 años fuera escuchada por el Juez, en un proceso de divorcio, además de extender dicha vulneración al artículo 6.1.d, por no garantizar el derecho a

² https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292428099141-Sentencia_Iglesias_Casarrubios_c_Espa%C3%B1a.pdf

³ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979. Artículo 6.1: "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia".

un proceso equitativo los tribunales. (España es parte de dicho convenio desde su firma el 24 de noviembre de 1977 y con su posterior entrada en vigor, el 10 de abril de 1979, por ello las sentencias del TEDH tienen fuerza obligatoria).

El juzgado de instancia en este caso, no razonó la ausencia de escucha de la hija, no pronunciándose siquiera sobre la solicitud, y en el mismo sentido; es decir no solo en el presente caso el juez de instancia practicó la exploración, sino que no fundamento su negativa, sin que en las instancias superiores (Audiencia Provincial e incluso Tribunal Constitucional, que rechazó el recurso por falta de interés casacional), subsanaron el error, ordenando la práctica de la prueba.

El trámite de audiencia de niños y niñas, es para el TEDH, es obligatorio y lo fundamenta en el propio convenio ya citado, pero también en que la escucha al menor, viene recogido en la propia normativa interna del país, en este caso España.

En el mismo sentido se ha pronunciado dicho tribunal en el asunto Sahin contra Alemania de fecha 29 de junio de 2004 (demanda nº 44774/1998)

3.- El Tribunal Supremo en relación a la audiencia de los menores.

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado al respecto del asunto que venimos analizando, entre muchas sentencias: 3299/2021, de 27 de junio (Roj: STS 3299/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3299)

, 413/2014, de 20 de octubre (Roj: STS 413/2014 – ECLI:ES:TS 2014:413, recurso 1229/2013), 648/2020, de 30 de noviembre (STS 4032/2020 – ECLI:ES:TS:2020:4032) y 87/2022⁴ de 2 de febrero (Roj: STS 87/2022– ECLI: ES:TS 2022:87, recurso 1489/2021)..

De ellas cabe deducir una doctrina común en torno a la exploración:

-La audiencia o exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal

-Aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel.

-De apreciar el juez falta de madurez o la puesta en riesgo del interés del menor, puede prescindirse de la audición o bien realizarse a través del equipo psicosocial o de un experto que el juez considere adecuado, y que auxilie al tribunal en la exploración para garantizar el derecho del menor.

-En todo caso la denegación de la prueba ha de hacerse motivadamente, pues lo contrario, podría suponer la declaración de nulidad de la sentencia, retrotrayendo las actuaciones al momento de la práctica de la audiencia del menor para que esta se lleve a cabo.

En resumen que el Supremo como el Constitucional recogen el derecho a ser oído del menor, pero también dan la debida independencia al juzgador para que pueda, justificada y motivadamente, apartarse de la petición de exploración en interés del menor.

II.-NUESTROS TRIBUNALES, EN GENERAL, LLEVAN A CABO LA EXPLORACIÓN DEL MENOR; PERO ¿LO HACEN CON TODAS LAS GARANTÍAS PARA LA PROTECCIÓN EL MENOR?

He de hacer hincapié aquí en cuestiones que por repetidas por diversos agentes en múltiples foros, no dejan de ser importantes e igualmente no atendidas. Una es la necesaria especialización en materia de familia de los juzgados y tribunales de nuestro país y otra la necesaria dotación de medios suficientes para llevar a cabo uno de los fines más esenciales de cualquier sociedad, que es la protección de la familia y de todos sus miembros. En ninguna rama como en el derecho de familia, la justicia lenta no es justicia.

La realidad es que si para un adulto no es agradable acercarse a un juzgado, menos lo es aún para un niño donde se ve en la tesitura de tener que manifestarse, y necesariamente pronunciarse sobre su situación personal, porque es difícil que su opinión sea relevante a los efectos de decidir la cuantía de unos alimentos, y si sobre con quiere vivir o el modo de pasar el tiempo entre sus dos progenitores.

Dentro del aspecto de la exploración se plantean a mi juicio dos dudas

⁴ <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/da45694f73c872a7>

esenciales, que afectaran, de un lado, al propio interés del menor y a la calidad del ejercicio de su derecho, y de otro, al desarrollo de todo el procedimiento y al alcance de la opinión manifestada por el menor. El contexto en que se realizan las manifestaciones del menor es el primero de ellos.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño es una disposición que apunta a la condición jurídica y social del niño, incidiendo en que a la vez que carece de personalidad plena como sucede con un adulto, no deja por ello de ser sujeto de derechos, y persona que aún en proceso de formación también tiene opinión según sus circunstancias y vivencias.

La convención incide en que el menor tiene juicio propio y derecho a expresar su opinión con libertad, según la madurez que posea debidamente en cuenta las opiniones del niño, en todo tipo de procedimiento judicial que le afecte.

Como dice el referido artículo: *“El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”*

Los estados parte del convenio se convierten así en garantes de la obligación jurídica de la escucha del menor, y por tanto de llevar a cabo las reformas legales oportunas para que se lleve a cabo con un disfrute completo, y entre esas reformas legales no está solo dicta la ley, sino dotarla de medios para que su contenido se lleve a cabo en las mejores condiciones posibles.

Es si es importante destacar aquí, que para el menor hay un derecho a no ejercer el derecho, que no una obligación, y por tanto antes de manifestarse al respecto ante un tribunal donde ha sido llamado, este debe recibir el asesoramiento necesario para tomar una decisión adaptada a su edad y a su realidad social.

Sentado esto, cualquiera puede entender que uno menor que ha sido llamado ante un juzgado, y con lo intimidante del medio, debe hacerse lo posible para que el niño no se vea acobardado por el entorno. Es imposible escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea hostil, insensible con sus circunstancias o manifiestamente inadecuado para su edad. Lamentablemente esto pasa todos los días.

El pasillo del juzgado acaba siendo el lugar, donde el niño ve a sus padres (que muchas veces ni se hablan), con sus respectivos abogados y un montón de personas a las que no conoce, en un ambiente que dista mucho de ser ya no agradable, sino mínimamente adecuado, y donde sus derechos se puedan garantizar. Todos los abogados hemos sido testigos, como el niño mira al padre o a la madre

porque está sentado al lado del otro, sin saber que hacer, o como hay niños que lloran porque no saben donde meterse, en una situación francamente incómoda para todos los presentes.

El tiempo de espera, a veces largo, por necesidades del funcionamiento de propio juzgado no contribuye a que el entorno ni las condiciones mejoren.

Si la esencia de la prueba, no es el traslado del acta, sino la exploración en si: ¿esta solo comienza cuando se cierra la puerta y el niño o niña, fiscal y juez están a solas?. Me cuesta responder afirmativamente a esta pregunta.

La audiencia al menor, comienza en el mismo momento, a mi juicio, que pasa la puerta del juzgado, y no debería ni encontrarse con sus padres enfrentados, ni con los abogados, ni con nada que incremente el nerviosísimo que produce una situación como esa. Para cualquier adulto es más que evidente, que nadie puede hacer un buen trabajo o manifestarse con normalidad, ante extraños y menos aún un lugar que le resulta manifiestamente hostil. El juzgado lo es y más para un niño. De este modo no puede garantizarse el derecho del menor a ser oído, y con claridad meridiana con este modo de efectuar la audiencia, vulneramos el interés del menor, todos y cada uno de los que pertenecemos a este engranaje que es la administración de justicia.

Practicar una exploración judicial el mismo día de una vista y en la misma sala de juicios, por mucho que el Juez o

Jueza se quiten la toga, no es el modo más apropiado de garantizar el interés del menor, ni de procurar que no se sienta intimidado a la hora de expresar sus opiniones.

“Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”, todo esto nos lo dice la Convención, y salvo contadas excepciones la realidad es otra muy diferente. Aunque lo perfecto sería que todos los juzgados fueran como el pionero creado en Las Palmas de Gran Canaria⁵, donde hay pantallas para pintar o cuadros de colores en las paredes y donde los niños se sintieran en un entorno más que propicio, casi que bastaría con que las exploraciones judiciales se comenzaran a practicar en día separado al del propio señalamiento a juicio, y que los niños no tuvieran que esperar a la puerta de una sala donde a fin de cuentas, tanto se decide sobre ellos mismos.

El lugar y las formas en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia

⁵ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Canarias/Oficina-de-Comunicacion/Archivo-de-notas-de-prensa/Abre-en-Canarias-el-primer-Juzgado-de-Violencia-contra-la-Infancia-de-Espana->

está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar.

Lo dice la jurisprudencia, y sobre todo lo dice el sentido común. Pero sin embargo adolecemos de la práctica de la exploración adecuada, desde el primer momento, en la gran mayoría de los juzgados. Falta de medios. Exceso de carga laboral. Pero también una visión de la situación, con la que en la práctica estamos restando al derecho del menor.

III.- ¿CUÁLES SON LOS LÍMITES DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL MENOR?

Una vez que conocemos la obligación de escuchar al menor siempre que este quiera ser oído (remarcamos aquí el derecho y no la obligación), y de querer ejercer el derecho, salvo fundamento suficiente en contrario por parte de el juez o jueza que no lo considere adecuado, nos encontramos con el alcance de las manifestaciones del mismo.

Es claro que los menores deben ser oídos, pero también que no pueden caer sobre sus espaldas las decisiones que corresponden a los adultos, y desde luego en última instancia al juzgado de no existir acuerdo.

Sin embargo, más veces de las que querríamos, al escuchar a un menor de 12, 13 o 14 años nos encontramos con que se niega a ir con uno de los progenitores (ya sea visitas o régimen de estancia), y en una gran parte de los casos el tiempo (ese gran enemigo del derecho de

familia) pasa, haciendo que la ausencia de relación, haga que el vínculo filial desaparezca con el apoyo de uno de los progenitores. El derecho a ser oído y a manifestar la voluntad propia colisiona aquí con el derecho a ejercer el derecho a ser padre o madre, y con el propio interés del menor, pues salvo contadas excepciones el rechazo a una de las figuras no constituye ningún beneficio para quien necesita en su desarrollo de ambos progenitores.

¡Como no respetar la voluntad del menor si no quiere ir!, dirán algunas voces. Como si el interés del menor fuera únicamente, atender a su voluntad y respetar su derecho, pero no a la necesidad de que tenga obligaciones y, por supuesto a ayudarle a que conforme su personalidad con presencia de las dos figuras que conforman el núcleo inicial de cualquier hijo o hija.

Por mucha madurez que tenga se tenga en esa edad, no puede en ningún caso fiarse el contacto paterno y materno a la decisión de un niño o una niña, porque no quiere, por si se frustra, seguramente porque lo primero que deberían aprender nuestros hijos es el sentimiento de que hacer lo que quieren y cuando quieren no está al alcance de su mano en toda ocasión. La frustración, o necesidad de no conseguir todo lo que se pretende, es a juicio de todos los psicólogos un concepto esencial en el desarrollo humano.

Así el padre que ejecuta su resolución, se encuentra de un lado con la férrea oposición de un menor de 12 o 13 años que se niega a cumplir, pero sin duda con el

apoyo insustituible del otro progenitor. El que un niño no quiera, no debería constituir nunca una causa de oposición a la ejecución, ni a la concesión de una compartida, ni al modo de llevar a cabo un régimen de visitas, porque el interés del menor nunca puede ser la ausencia de relación con su padre o con su madre salvo justificación suficiente en contra. Más que nunca en estos casos es necesario valorar no solo la opinión del menor, sino también todas las circunstancias que rodean el rechazo a la relación con una de las partes, y la importancia de que de un modo u otro el casi adolescente no pierda una relación, que será luego muy difícil de recuperar, y desde luego actuar con rapidez. Eso constituye la esencia del interés del menor.

El Tribunal Supremo se ha referido a dicho principio como un concepto desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema para la protección a la infancia y a la adolescencia, y que comprende la preservación del mantenimiento de las relaciones familiares, la satisfacción de sus necesidades básicas tanto materiales, física y educativas, como emocionales y afectiva y debe ponderar el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, adoptando medidas estables. Los adultos de referencia de los niños deben saber distinguir entre los deseos de los menores y sus intereses: la necesidad de seguridad, de vinculación emocional, de modelos, de atención, de valoración positiva. Si un niño no desea ir a la escuela, no por eso deja de escolarizarse, pero sus progenitores tienen el deber de llegar a conocer qué le causa ese malestar

que le determina a no querer ir al centro escolar y adoptar las medidas oportunas para que el niño pueda hacer lo que debe, ir a la escuela, en un entorno feliz.

La magistrada⁶ Mercedes Caso, en el artículo *“La audiencia del menor en los procedimientos de familia: Guía de recomendaciones para la práctica de la exploración judicial”*, indica que el derecho del menor a ser oído tiene que realizarse liberándolo del peso de su opinión sobre la decisión final. Concluye la autora que el menor puede ser también escuchado a través de un experto, miembro del equipo técnico, que no deja de ser un modo de auxilio al juez, sin que obligatoriamente se someta a la exploración.

Aquí nos encontramos con otro gran problema: la tardanza de los equipos psicosociales. De poco nos sirve legislar y hablar de la protección de la infancia, cuando un niño es retenido por un progenitor y no se actúa con prontitud, o no quiere ver al otro y pasa año y medio antes de que un equipo informe sobre la necesidad de contacto y ausencia de problemas en el contacto con ambos. Falta de medios flagrante que año tras año sufren las familias, mientras que las administraciones omiten. Se crean nuevos juzgados mercantiles, contenciosos, pero sigue sin salir la jurisdicción de familia especializada y con los medios necesarios. La dotación de equipos psicosociales es ya no una necesidad, sino una urgencia.

La Sección Sexta de la Audiencia

⁶ CASO MERCEDES y otros: Guía práctica de exploración de los menores en los procedimientos civiles de familia. Editorial Sepin 2011. ISBN 978-84-1332-143-1. Véase también CASO MERCEDES. La audiencia del menor en los procesos de familia Estudios jurídicos, ISSN-e 1888-7740, Nº. 2012, 2012

Provincial de Oviedo, recurso de apelación 618/2022 de fecha 20 de marzo de 2023, da buena prueba de que a pesar de la opinión de los 3 hijos de una pareja, que manifiestan su deseo de continuar en custodia compartida, con una clara predilección por el padre y no pasar a monoparental como solicita la madre, se estima la petición de esta, en contra de lo peticionado por el padre y el Ministerio Fiscal.

Así la sentencia indica: *“el juicio sobre custodia no podía circunscribirse a tal particular despreciando la evaluación de conjunto de la atención y habilidades de cada progenitor, máxime teniendo en cuenta la inclinación de la prole por la figura paterna”*.

“También es relevante la constante denigración de la figura materna ante los niños, pese a que los técnicos le habían recomendado encarecidamente y de forma reiterada que, cuando menos, se abstuviera de hacerlo en presencia de aquellos; es así que la psicóloga del EITAF declaró que fue imposible reconducir tal actitud, ni siquiera en las reuniones que tuvieron conjuntamente, por lo que puede inferirse que la misma se reproducía con igual o mayor virulencia en la convivencia entre padre e hijos”

*“Es así que, si bien es obvio que **los menores** tenían un conocimiento más directo y completo de la atención que recibían de cada uno de sus progenitores, su predilección por la figura paterna no refuta la evaluación del profesional sobre el negativo efecto que la manifiesta y declarada animadversión*

hacia la demandante provocaba en la salud y equilibrio emocional de los niños, lo que es especialmente preocupante en el caso de la primogénita, que ha sido diagnosticada de trastorno bipolar y sostiene una importante lucha interna por definir su identidad sexual”

El derecho del menor a ser escuchado no puede suponer que el menor tenga el derecho absoluto a decidir, y así lo señalan entre otras sentencias como la de 23 de marzo de 2015, emitida por la Sección 18, de la AP de Barcelona y algunos autores, desgranando ese derecho del menor, como un derecho a la opinión, pero no a la decisión incondicionada⁷.

El Magistrado Pascual Ortuño en su artículo “El proceso judicial como forma de maltrato al menor” (XIX Encuentro Jornadas centrales de AEAFA, marzo 2012, “El Derecho de Familia ante los nuevos retos legales”), indica igualmente que tendrá trascendencia, pero “no puede hacerse recaer sobre el menor ni el peso ni la responsabilidad de la decisión, puesto que los efectos negativos que de ello se derivan para el mismo marcarán sin duda su vida adulta”.

El interés del menor, y de sus padres, no es solo plasmar en una norma los principios de protección y cuidado, es dotar de medios a quien debe impartir la justicia con eficacia y celeridad.

⁷ MARTIN –CALERO GUILARTE, CRISTINA. La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Valencia, 2014. pág. 21

IV.- CONCLUSIONES

El menor tiene derecho, que no obligación a ser escuchado, y los Juzgados y Tribunales deben llevar a cabo esa audiencia respetando el interés del menor y su intimidad. El derecho tiene acogida en normas europeas, internacionales y nacionales, y por supuesto en nuestra jurisprudencia, con especial relevancia por lo manifestado en por el Tribunal Supremo y Constitucional.

La esencia de la exploración no es la elaboración del acta, sino el momento mismo de esa exploración, que a mi juicio comienza desde el momento en que se cita al niño, niña o adolescente y este llega al juzgado, y no solo cuando queda con el Juez o Jueza a solas. Debe procurarse, a mi entender que el menor no se sienta intimidado por el entorno, y desde luego practicar la exploración el día de la vista, con espera en el pasillo, no respeta el interés del menor.

La negativa a la exploración por parte del Juzgado debe ser motivada, pero la escucha no es un principio absoluto.

La opinión de los menores, no es de obligado cumplimiento ni debe serlo, ni debe prejuzgar únicamente el fallo de la sentencia, debiendo tener en cuenta otros muchos factores, donde prevalezca el derecho de las comunicaciones con ambos progenitores, salvo fundamentadísimas excepciones.

Que el menor no lleve el peso, que desarrolle su derecho y el desarrollo pleno de su intimidad, depende de muchos factores, pero sin duda de la debida

concienciación de todos actores de esto llamado justicia.

POSIBILIDAD DE ACORDAR LA CUSTODIA COMPARTIDA DE OFICIO A LA LUZ DE LA STS 437/2022, DE 31 DE MAYO

Alfonso Carlos Aliaga Casanova

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 Orihuela

SUMARIO

- I.- INTRODUCCIÓN
- II.- JURISPRUDENCIA ANTERIOR
- III.- LA FLEXIBILIDAD PROCESAL POR EL INTERÉS DEL MENOR
- IV.- POSIBILIDAD DE APARTARSE DEL INFORME PSICOSOCIAL
- V.- NECESIDAD DE TENER ELEMENTOS DE PRUEBA QUE PERMITAN VALORAR LA IDONEIDAD DE LA CUSTODIA COMPARTIDA
- VI.- CONCLUSIONES: NECESIDAD DE REFORMA LEGAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

provide for it. The reasons that support it and the requirements that are demanded to adopt said decision are examined.

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida; de oficio; informe psicosocial; interés del menor; plan de parentalidad.

KEY WORDS: *Joint custody; ex officio; psychosocial report; interest of the minor; parenting plan.*

RESUMEN: El autor analiza en este artículo la novedad que introduce la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2022 al permitir acordar la custodia compartida de oficio a pesar de que el artículo 92 del Código Civil no lo prevé. Se examinan las razones que la sustentan y los requisitos que se exigen para adoptar dicha decisión.

ABSTRACT: *In this article, the author analyzes the novelty introduced by the judgment of the Supreme Court of May 31, 2022 by allowing joint custody to be agreed ex officio despite the fact that article 92 of the Civil Code does not*

I.- INTRODUCCIÓN

Por todos es conocido que la custodia compartida, con carácter general, desde la célebre STS 257/2013, de 29 de abril ([ECLI:ES:TS:2013:2246](#)), se considera como el régimen más beneficioso para el interés del menor; de forma que no se trata *“de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis”*

A pesar de ser el régimen de custodia deseable, la obsoleta redacción del art. 92 Civil sólo prevé la posibilidad de acordar dicho régimen en dos ocasiones:

- 1.- Por petición conjunta de ambos progenitores (párrafo 5 del art. 92 Ccivil)
- 2.- “A instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal” (párrafo 8 del art. 92 Ccivil)

El tenor literal de dicho artículo claramente es contrario a la posibilidad de acordar de oficio la custodia compartida.

Sin embargo, la reciente STS 437/2022, de 31 de mayo ([ECLI:ES:TS:2022:2307](#)) se plantea la posibilidad de acordar la custodia compartida de oficio por el juez o tribunal, aunque no lo hayan solicitado ninguna de los progenitores.

En concreto, en el caso que analiza la citada sentencia ninguno de los progenitores había pedido la adopción de este régimen; tan sólo lo había solicitado el Ministerio fiscal; además, el informe psicosocial había concluido que la custodia

materna era la opción más favorable. Por tanto, los datos fácticos predisponían a que se adoptara la conclusión clásica desestimando la custodia compartida por falta de petición de parte y ausencia de plan contradictoria.

Sorpresivamente, el Alto Tribunal da un giro copernicano en su doctrina anterior que exigía la petición de algún progenitor y admite en esta sentencia la posibilidad de acordar la custodia compartida de oficio.

Así, pues, nos parece sumamente interesante analizar la jurisprudencia anterior en la materia y las razones que le permiten y le llevan al Alto Tribunal a adoptar una solución contraria en este caso.

II.- JURISPRUDENCIA ANTERIOR

Partiendo de la anticuada redacción del art. 92 código civil, como hemos señalado anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido tradicionalmente exigiendo la necesidad de existiera la petición de uno de los progenitores para que se acordara la custodia compartida y negaba la posibilidad de acordarla de oficio.

Así, la STS de 15 de junio de 2016 ([ECLI:ES:TS:2016:2877](#)) resolvió el recurso planteado contra una resolución que concedió la custodia compartida sin que hubiese sido solicitada por ninguna de las partes y, en su fallo, el Alto Tribunal destacaba, de forma textual, que:

“si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el art. 91 CC, el Juez debe

tomar las medidas que considere más convenientes en relación con los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición”.

Es más, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal no sólo exigía que se solicitara por uno de los progenitores sino que, además, el solicitante estaba obligado a presentar un plan contradictorio que concretara la forma y contenido del ejercicio de la custodia compartida, indicando expresamente que dicho plan debía ser *“ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores”*¹. Se argumenta para dicha exigencia que difícilmente puede decidirse con fundamento en el interés del menor sin un plan contradictorio, adecuadamente informado, al no haber existido un debate y una prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia compartida que permita valorar la idoneidad de ésta.

¹ Por todas, SSTS 515/2015, de 15 de octubre de 2014; 52/2015, de 16 de febrero 2015; 130/2016, de 3 de marzo; 722/2016, de 5 de diciembre.

Pese a dicha doctrina jurisprudencial, no han faltado autores que han remarcado que en la materia de la custodia de menores rige el principio de interés público y que debería ser procedente, “*lege ferenda*”, acordar la custodia compartida sin solicitarlo las partes, siguiendo la mencionada tendencia aperturista que prevé la custodia compartida como el régimen preferible. No obstante, estos mismos autores siempre han puesto de manifiesto la dificultad de acordarla de oficio ante la falta de previsión legal². Dicho de forma gráfica, el tenor literal del art. 92 Ccivil se presentaba, en apariencia, como un muro infranqueable para fijar la custodia compartida de oficio.

III.- LA FLEXIBILIDAD PROCESAL POR EL INTERÉS DEL MENOR

La sentencia que aquí comentamos logra encontrar una grieta por la que sortear el muro que supone la redacción anticuada del art. 92 Ccivil y dicho resquicio consiste en admitir la posibilidad de flexibilizar el derecho procesal en beneficio de un interés superior del menor.

² CASADO CASADO afirma: *“Siendo la custodia compartida la regla general y medida normal y deseable, el que pueda ser impuesta por el juez sin que las partes hayan pedido la custodia compartida sigue igualmente esta tendencia aperturista. Es una cuestión no discutida que sobre esta materia no rige el principio de rogación sino que el Juez puede actuar de oficio. Si ninguna de las partes está interesada parece no sería aconsejable, pero pudiera no ser así. Estaríamos por tanto ante una medida menos usual pero sí procedente si existiese habilitación legal (de lege ferenda). Que los progenitores no se hallen atraídos por la custodia compartida no quiere decir que no estén interesados en realizar estos cuidados y atenciones de cualquier manera, también compartidos, cuando no resulte estimada una custodia monoparental. Difícil será ver cómo se establece su régimen propio interno de reparto de periodos de estancia con cada uno de los progenitores, fijación de visitas, vivienda, etc., ya que al haber sido interesada la custodia monoparental por las dos partes se desconoce una propuesta de cuidado conjunto”*. CASADO CASADO, Belén. Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial. En: *Diario La Ley, Nº 9177, Sección Dossier, 13 de Abril de 2018*

El alto tribunal invoca al Tribunal Constitucional para defender que los procesos en que intervengan menores de edad deben estar presididos por un criterio de flexibilidad procedimental, dado que prevalece la tutela del interés del menor y lo trascendental es conseguir un resultado acorde con dicha tutela. En concreto, señala la STS 437/2022 que:

“Esta sala se ha hecho eco de la doctrina del Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como la 308/2022, de 19 de abril, o la 705/2021, de 19 de octubre, que recuerda cómo “el principio del interés superior del menor debe inspirar y regir toda la actuación jurisdiccional que se desarrolla en los procesos de familia y que, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental (STC 65/2016, de 11 de abril, quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado; STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4). Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado”

Por tanto, la primera conclusión realmente relevante es que nuestro Tribunal Supremo permite, si el interés del menor lo aconseja, que el juez flexibilice el

requisito procesal que impone el artículo 92 Ccivil y acepte que no es necesario que se haya solicitado la custodia compartida por algún progenitor.

Por otro lado, aunque en el caso concreto el Ministerio Fiscal solicitó la custodia compartida, del tenor de la sentencia aquí comentada no se desprende que nuestro Alto Tribunal exija para acordar la custodia compartida que se haya solicitado, al menos, por dicho organismo público.

Siendo así, admitir tal posibilidad de acordar la custodia compartida de oficio supone un nuevo hito en la aplicación de la custodia compartida. Se trata, por tanto, de un paso más en la doctrina jurisprudencial que considera que la custodia compartida es el régimen normal y deseable.

IV.- POSIBILIDAD DE APARTARSE DEL INFORME PSICOSOCIAL

Es más, en la sentencia aquí comentada, se acuerda la custodia compartida pese a que el informe psicosocial del equipo técnico judicial aconsejaba la custodia materna.

El Tribunal Supremo recuerda, al respecto, la doctrina jurisprudencial que indica que el informe psicosocial judicial es una prueba pericial no vinculante para el juez, quien puede valorarlo y cuestionarlo, apartándose del mismo. En concreto, cita como doctrina la siguiente:

“Por lo que se refiere a la insistencia de la recurrente en la necesidad de estar al contenido del informe psicosocial, hay que

recordar que, tal y como manifestaron las sentencias de instancia, tales informes deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales (SSTS de 18 de enero de 2011, rec. 1728/2009 ; 9 de septiembre de 2015, rec. 545/2014 ; 135/2017, de 28 de febrero , y 318/2020, de 17 de junio). En definitiva, como advierte la sentencia 705/2021, de 19 de octubre , asumir por el tribunal el informe psicosocial sin someterlo a valoración con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional.”

Debe tenerse en cuenta que los informes psicosociales son unos informes periciales singulares, de especial relevancia, dada la sólida formación de los autores de los mismos, acostumbrados a realizar este tipo de informes para los tribunales. Pero, pese a su importancia y singularidad, se trata de meras pruebas periciales sujetas a la valoración judicial. Ahora bien, dada su singularidad es realmente importante realizar en la resolución judicial una motivación suficiente sobre esta clase de dictámenes o informes, tanto si acordamos una decisión que siga dicho informe pericial como si nos apartamos del mismo.

Como recuerda BAENA RUIZ, “no cabe transcribir estereotipadamente el informe psicosocial, sin someterlo a valoración en relación con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito, y, sin más, decidir sobre las medidas que afectan a los menores. Sería tanto

como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional”³

En tal sentido, nos señala la STS 318/2020 de 17 de junio (ROJ: STS 2018/2020 - [ECLI:ES:TS:2020:2018](#)) que para encontrar el interés del menor debemos huir de soluciones estereotipadas y formalistas; por ello, debemos realizar un riguroso estudio del caso y no sólo valorar con las reglas de la sana crítica el informe psicosocial sino también exteriorizar dicha crítica, se comparta o no dicho informe, sin que sea admisible, en ningún caso, “*como motivación, remitir simplemente a su lectura*”.

Siendo así, el Tribunal Supremo, en el caso que estamos aquí examinando, concluye que la Audiencia Provincial ha analizado el informe pericial en su conjunto y en relación con el resto de la prueba y ha justificado detalladamente y de forma coherente las razones por las que se aparta de las conclusiones del informe psicosocial. Para llegar a dicha conclusión el Tribunal supremo aprecia que la Audiencia ha valorado:

- Que los progenitores cuentan con las habilidades necesarias para atender al hijo,
- Que no existe un rechazo del hijo a relacionarse con ambos progenitores
- Que las discrepancias en cuestiones sanitarias y de educación del menor que han existido carecen de relevancia.

³ BAENA RUIZ, Eduardo. Guarda y Custodia Compartida. En: *Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con miembros de la carrera judicial con destino en órganos de primera instancia (2021)*. Madrid: CGPJ, 2021, p. 5. (Cuadernos Digitales de Formación; 43/2021)

- Que el informe psicosocial propuso la custodia materna atendiendo principalmente a la consideración de que el padre no favorecía el desarrollo de la relación con la madre; pero, que esto encuentra explicación según la Audiencia por sus reticencias hacia la idoneidad de la madre para el cuidado del hijo en atención a los datos objetivos de las dos alcoholemias que se dan por probadas pero excluyendo la existencia de problemas médicos relacionados con el alcohol.
- Que el amplísimo régimen de visitas desarrollado a partir del auto de medidas provisionales, con pernoctas entre semana, se ha desarrollado normalmente y sin que consten incidentes surgidos con ocasión de este.

Luego, para acordar la custodia compartida de oficio, si contamos con un informe psicosocial contrario a la misma, debemos motivar de forma detallada, en relación con el resto de prueba practicada, las razones por las que nos apartamos del mismo. Igualmente, si el informe psicosocial es favorable a la custodia compartida, no bastaría una mera remisión estereotipada al mismo, sino que hemos de valorarlo en la sentencia y exteriorizar dicha valoración poniéndolo en relación con el resto de prueba practicada.

Al hilo de dicha cuestión, hemos de tener en cuenta que, con frecuencia, el equipo psicosocial, por la sobrecarga de trabajo, se retrasa en el tiempo a la hora de emitir los informes. Por ello, los tribunales, aunque saben que les sería útil un dictamen psicosocial, no lo

solicitan para no demorar en exceso la duración del litigio. Si se espera un año o casi dos al informe para la adopción o modificación de medidas que afectan a los menores, *“posiblemente su interés y situación haya evolucionado de forma sustancial y se haya visto privado mientras tanto de algo que ya es irrecuperable”*⁴. De hecho, nuestro Alto Tribunal ha señalado que dicho informe psicosocial, siendo conveniente en estos casos, no se constituye en requisito imprescindible en el art. 92.6 y 9 del C. Civil⁵.

Siendo así, no vemos inconveniente en que incluso quepa acordar la custodia compartida de oficio pese a no disponerse en el procedimiento del informe psicosocial, si por el resto de prueba se puede valorar la idoneidad de dicho régimen de custodia para el interés del menor.

V.- NECESIDAD DE TENER ELEMENTOS DE PRUEBA QUE PERMITAN VALORAR LA IDONEIDAD DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Nuestra regulación del derecho común no exige necesariamente con la demanda de divorcio o de medidas paternofiliales aportar un plan contradictorio para regular el ejercicio de la patria potestad y custodia entre los cónyuges.

Sin embargo, algunas regulaciones de derecho foral si establecen dicha obligación tanto si se solicita la

⁴ En este sentido, BAENA RUIZ, Eduardo. Guarda y Custodia Compartida. En: *Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con miembros de la carrera judicial con destino en órganos de primera instancia (2021)*. Op. cit., p. 4

⁵ Por todas, STS nº 157/2017 de 07 de marzo (ROJ: STS 851/2017 - ECLI:ES:TS:2017:851)

custodia compartida como si se solicita otro régimen de custodia. Así el art. 238-8 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, preceptúa que “Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad”. Dicho plan de parentalidad tiene que tener el siguiente contenido:

“a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.

b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.

c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.

d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.

e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.

f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.

g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la

educación, la salud y el bienestar de los hijos.

h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.” (art. 233-9.2 Ccivil catalán)

Actualmente, existe una tendencia a hablar de un plan de corresponsabilidad parental, entendido como un instrumento para la precisión del ejercicio de las responsabilidades parentales, donde se detallan los compromisos que asumen los progenitores. Si se estableciera en el territorio de derecho común la obligación de aportar, en todo caso, un plan de corresponsabilidad parental en todo tipo de procesos de familia en los que se deba regular el ejercicio de la patria potestad y custodia en relación a menores, se pida o no, la custodia compartida, ello sería un punto de inflexión para favorecer la “mayor concienciación social de las facultades que conlleva el ejercicio de la patria potestad” pues “ El vínculo de filiación debe hacer que se mantengan los lazos afectivos y las responsabilidades para con los hijos tras la separación o divorcio.”⁶

Nuestro Alto Tribunal, en cualquier caso, como dijimos anteriormente, venía exigiendo lo que denominaba un plan contradictorio para acordar la custodia compartida. La razón de ello era que, en caso contrario, no podía valorar la

6 CASADO CASADO, Belén. Custodia compartida y corresponsabilidad parental. Evolución. Valoraciones sobre el cambio de tendencia jurisprudencial. En: *Diario La Ley*, Nº 9177, Sección Dossier, 13 de Abril de 2018

idoneidad de dicho régimen para el interés del menor, al no haberse practicado prueba al respecto en el proceso judicial. Sin embargo, en la sentencia aquí comentada, fija la custodia compartida sin disponer de dicho plan contradictorio. En concreto, al respecto, afirma la STS 437/2022:

“a pesar de que en medidas provisionales se atribuyó la guarda a la madre, de hecho, se vino desarrollando un sistema de reparto igualitario del tiempo y de las funciones de guarda entre ambos progenitores, lo que permitió al tribunal valorar la adecuación del funcionamiento de este sistema para satisfacer de la mejor manera posible, una vez producida la separación de los padres, a la protección del superior interés del menor.”

La conclusión que extraemos de dicha afirmación es que, pese a que no exista un plan contradictorio aportado por las partes, es posible fijar la custodia compartida si el tribunal, por la prueba practicada, puede valorar la adecuación del funcionamiento del régimen de custodia para la protección del superior interés del menor. Entiende el tribunal que puede valorar dicha adecuación si se ha venido, en la realidad, desarrollando un sistema de reparto igualitario del tiempo y de las funciones de guarda entre ambos progenitores y tal sistema ha funcionado adecuadamente

Ello puede suceder, por ejemplo, porque bien por acuerdo fáctico entre las partes o en el auto de medidas provisionales se fijó un régimen de custodia compartida o se fijó un régimen similar a la custodia compartida consistente en custodia a

favor de la madre con amplio régimen de visitas a favor del padre y dicho régimen ha venido funcionando correctamente. Esto último es lo que ha acaecido en el caso de la sentencia examinada, donde se fijó en el auto de medidas provisionales un régimen de custodia a favor de la madre con un amplio régimen de visitas a favor del padre, en concreto, “fin de semana alternos de viernes a lunes más los martes y jueves con pernocta las semanas que los fines de semana el menor no está con el padre y con visitas las semanas que los fines de semana el menor si lo pasa con el padre”. Considera el tribunal que, dado dicho régimen amplio de visitas a favor del padre, “la forma de desarrollarse el régimen fue equivalente a una custodia compartida” y valora como argumento a favor de la custodia compartida que dicho régimen ha funcionado correctamente sin incidencias.

VI.- CONCLUSIONES: NECESIDAD DE REFORMA LEGAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Tras el análisis de la sentencia 437/2022, podemos fijar, de forma resumida, las siguientes conclusiones:

Se puede acordar de oficio la custodia compartida, aunque no lo solicite ninguno de los progenitores y, ello, pese al tenor literal del art. 92 Ccivil.

La razón de admitir tal posibilidad radica en el principio de flexibilidad procedimental, al que debe acudir cuando sea preciso para tutelar el interés superior del menor.

No se exige que lo haya instado el Ministerio Fiscal.

Se puede acordar de oficio la custodia compartida, incluso con informe psicosocial contrario a dicho régimen. Ahora bien, debe razonarse de forma minuciosa las razones por las que no se sigue dicho informe psicosocial.

Si el informe psicosocial es favorable a la custodia compartida, para acordar la custodia compartida no basta una mera remisión estereotipada a dicho informe, sino que igualmente deben expresarse las razones por las que es conveniente o favorable dicho régimen para el interés del menor.

A pesar de que es conveniente que exista un informe psicosocial, no es imprescindible para acordar la custodia compartida.

Aunque no exista un plan contradictorio aportado por los progenitores, es posible fijar de oficio la custodia compartida si de la prueba practicada resultan elementos suficientes que nos permiten valorar la idoneidad del régimen. Tales elementos pueden consistir en que, en la realidad, se haya estado desarrollando un sistema de reparto igualitario del tiempo (custodia compartida o custodia materna con amplio régimen de visitas a favor del padre) y de las funciones de guarda entre ambos progenitores y tal sistema ha funcionado adecuadamente. Este avance jurisprudencial pone de manifiesto nuevamente la necesidad de una reforma legislativa que regule de forma completa la custodia compartida.

Ya en 2016, GONZALO DEL POZO⁷ apuntaba como dos cuestiones fundamentales que habrá de definir la futura ley de custodia compartida que eran: la configuración de la custodia compartida como sistema general y preferente o como uno más entre los posibles, y la posibilidad de imponer judicialmente el sistema de custodia compartida sin petición de ninguna de las partes. Tales cuestiones siguen al día de la fecha sin respuesta por parte del legislador. De hecho, la regulación de la custodia compartida sigue siendo parca e inadecuada y los tribunales han tenido que ir fijando criterios en cuestiones tan trascendentales como la atribución del uso de la vivienda o la contribución de los progenitores a los alimentos de los menores.

Parece, pues, incuestionable que, a estas alturas, el legislador de forma expresa debe aclarar los numerosos interrogantes que, alrededor de la custodia compartida, ha ido planteándose y solucionando la jurisprudencia. Ello, sin duda, facilitaría a los operadores jurídicos la resolución de los conflictos; pero, sobre todo, permitiría adquirir los progenitores una mayor concienciación social de su corresponsabilidad en el cuidado y atención de los menores, evitando en numerosas ocasiones la necesidad de acudir al auxilio judicial.

⁷ GONZALO DEL POZO, Juan Pablo. La necesidad de una completa regulación de dos cuestiones trascendentales en la futura Ley estatal de custodia compartida. En: *LA LEY Derecho de familia*, núm. 11, julio-septiembre 2016

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE FAMILIA

Susana Jiménez Bautista

Magistrada. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Jose Antonio Baena Sierra

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torremolinos (Málaga)

SUMARIO:

I. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DE TC

1. Cuestión de inconstitucionalidad del art. 92.7 del Código Civil, interpuesto por el Tribunal Supremo. ATS 581/2023 de 11 de enero de 2023
2. Extinción del uso de la vivienda familiar por mayoría de edad de las hijas. STC 12/2023, de 6 de marzo
3. Audiencia preceptiva del menor. STC 5/2023, de 20 de febrero

II. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DE TRIBUNAL SUPREMO

1. Acuerdos o pactos prematrimoniales. STS 362/2023, de 13 de marzo
2. Flexibilidad procedimental en materia de menores de edad. STS 281/2023, de 21 de febrero
3. Suspensión temporal de pensión de alimentos. STS 632/2022 de 29 de septiembre
4. Acción de reclamación de filiación no matrimonial por el hijo. STS 790/2022 de 17 de noviembre
5. Provisión de medidas de apoyo
 - Contrato celebrado por una persona con discapacidad. STS 634/2022 de 3

de octubre

- Guarda de hecho. STS 66/2023 de 23 de enero
 - Nulidad de testamento abierto. STS 156/2023 de 3 de febrero
 - Nulidad del contrato celebrado sin asistencia de curador. STS 387/2023 de 21 de marzo
6. Responsabilidad de la sociedad ganancial frente a una deuda procedente de delito. STS 345/2023 de 6 de marzo.

RESUMEN: A continuación, se reseñan las principales novedades jurisprudenciales emanadas de las sentencias del Tribunal Supremo del segundo semestre de 2022 y primer trimestre de 2023. También se incluye una breve referencia del Tribunal Constitucional sobre cuestiones relevantes en Derecho de Familia.

ABSTRACT: *The main jurisprudential developments emanating from the judgments of the Supreme Court of the second semester of 2022 and the first quarter of 2023 are outlined below. A brief reference to the Constitutional Court on relevant issues in Family Law is also included.*

PALABRAS CLAVES: uso vivienda familiar; audiencia menor; acuerdos prematrimoniales; medidas de apoyo; pensión de alimentos, filiación no matrimonial, responsabilidad sociedad gananciales

KEY WORDS: *family home use; minor audience; prenuptial agreements; support measures; alimony, non-marital affiliation, community property liability*

I. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DE TC

1.- Cuestión de inconstitucionalidad del art. 92.7 del Código Civil, interpuesto por el Tribunal Supremo. ATS 581/2023 de 11 de enero de 2023. ECLI:ES:TS:2023:581:A

Dicha cuestión de inconstitucionalidad del art. 92.7 del Código Civil, interpuesto por el Tribunal Supremo ha sido admitida a trámite por providencia del Pleno del TC de fecha 7 de marzo de 2023 (BOE 16 de marzo).

Se plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 92.7 CC por su eventual oposición con los arts. 10.1 CE, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad; 8 CEDH, que protege la vida familiar; 39, apartados 1, 2 y 4 CE, que consagra el principio del interés superior del menor, como igualmente hace el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el art. 10.2 CE, en los términos antes desarrollados. Se suspende provisionalmente la tramitación del recurso de casación

hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre dicha cuestión:

“El art. 92.7 CC determina, de forma tajante, que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, ni tampoco cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Pues bien, en el presente caso, resulta que el menor disfruta de un régimen de custodia compartida, que se viene desarrollando con total normalidad, desde la sentencia de 25 de noviembre de 2020, dictada por el Juzgado de Primera n.º 3 de Palma de Mallorca, confirmada por la sentencia 402/2021, de 30 de julio, pronunciada por la Audiencia Provincial. El dictamen psicológico, practicado a instancia del juzgado, considera aconsejable, en atención a las circunstancias concurrentes antes reseñadas, este régimen de custodia entre padre, madre e hijo, como el más beneficioso para el interés del niño, el cual tiene unas excelentes relaciones con sus progenitores.

(...)

Ahora bien, el art. 92.7 del CC, en su redacción vigente, no permite al tribunal valorar la gravedad, naturaleza o alcance del delito que se atribuye a uno o a ambos progenitores, ni el efecto

que desencadena en la relación con los hijos o hijas menores de edad, tampoco contempla su carácter doloso o culposo, ni las concretas circunstancias concurrentes que exijan un específico tratamiento individualizado. Opera, por el contrario, con carácter imperativo y automático, sin admitir excepción alguna. Incluso basta que cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal, todavía no enjuiciado, para que se vede la custodia compartida.

Con ello, se subordina o posterga, sin posibilidad de valoración alternativa o tratamiento específico alguno, el interés de un menor, considerado como superior, primordial, bien constitucional y principio de orden público, susceptible, como tal, de limitar el núcleo tuitivo de los derechos fundamentales que entren en conflicto incompatible con dicho interés, en los supuestos en que uno de los padres se encuentre inserto en un proceso penal seguido por ilícitos comportamientos de tal clase, casos en los que su interés superior no puede ser ponderado, por el operador jurídico, sean cuales sean las circunstancias concurrentes.

(...)

La circunstancia de la formulación de una denuncia penal por la madre, relativa a un hecho aislado, consistente en unos supuestos golpes sufridos en el antebrazo, no causantes de lesiones, y pendientes de enjuiciamiento, sobre los cuales el padre goza de presunción de inocencia, conforman, a tenor del art. 92.7 CC, un óbice irremediable para el mantenimiento de un régimen de custodia compartida, que se ha reputado, en sendas resoluciones judiciales y en informe de especialista,

más beneficioso al interés superior del menor.

Y de ahí surgen nuestras dudas de inconstitucionalidad, que sometemos al tribunal máximo intérprete de la adecuación de las leyes a los principios y derechos constitucionales, toda vez que el art. 92.7 del CC podría colisionar con el interés superior del menor consagrado en el art. 39 CE y en los convenios internacionales suscritos por España, afectar, de forma negativa, al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, al no contemplar todo el haz de circunstancias posibles, y suponer una injerencia no debidamente justificada en el derecho a la vida privada del art. 8 CEDH, tal y como es concebido jurisprudencialmente.

Consideramos que caben otras medidas alternativas menos gravosas, para la consecución de la finalidad legítima perseguida, como es el prudente arbitrio judicial para evitar situaciones como las que el precepto quiere prevenir, siendo desproporcionada la norma cuestionada, en tanto en cuanto no permite entre en juego el principio del interés superior del menor de máximo rango constitucional, al no preverse excepciones al régimen imperativo del art. 92.7 CC, y no ofrecer opciones resolutivas, como si hace el art. 94 del CC.

2. Extinción del uso de la vivienda familiar por mayoría de edad de las hijas. STC 12/2023, de 6 de marzo. ECLI:ES:TC:2023:12

La sentencia examina el deber de motivación cuando incide en la protección de la familia, en el contexto de una resolución relativa a la extinción

del derecho de uso de la vivienda familiar, por mayoría de edad de las hijas, ex art. 96.3 CC:

“...Es más, la motivación aparece reforzada en el caso en que la pretensión objeto de respuesta esté vinculada a derechos fundamentales sustantivos o intereses de relevancia constitucional, lo que implica la obligación de que se exteriorice el nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución. No cabe una motivación estereotipada ni la mera constatación apodíctica de que «no se cumplen las circunstancias» que la ley exige ni la justificación en el carácter discrecional de la potestad que se ejerce, pues las potestades discrecionales deben también ejercerse motivadamente (STC 81/2018, de 16 de julio, FJ 3).

En concreto, respecto del deber de motivación judicial reforzado, en lo que se refiere a los supuestos en los que se invoca la afectación a la protección social, económica y jurídica de la familia e integral de los hijos hemos de aplicar el mismo canon que se ha impuesto cuando se trata de menores, pues se trata de un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de cuantas medidas sean adecuadas para cumplir eficazmente el mandato contenido en el art. 39 CE y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales (SSTC 141/2000, de 21 de mayo, FJ 5; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, y 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 2, entre otras). Y si bien es cierto que la decisión de cuál sea en cada caso el interés superior de la familia corresponde tomarla a los jueces

y tribunales ordinarios, no lo es menos que es de nuestra incumbencia examinar si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas concierne a la misma, está sustentada en su mayor protección y así comprobar que no se han lesionado derechos fundamentales de quienes la componen.

(...)

Ello se traduce en que no es aceptable una resolución judicial de carácter meramente discrecional, sino que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales de cada uno de los miembros que componen el núcleo familiar y de las necesidades de la propia familia consideradas en sí mismas, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución. En particular, las decisiones sobre adjudicación del derecho de uso de la vivienda familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, que es lo que motivó la constitución legal de tal derecho a su favor, deben inspirarse en el interés más digno de protección, para lo que juega un papel indispensable la capacidad económica de las personas concernidas con la decisión.

[3. Audiencia preceptiva del menor. STC 5/2023, de 20 de febrero. ECLI:ES:TC:2023:5](#)

Esta sentencia estima el amparo solicitado en relación a la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa, en relación a una autorización judicial para la administración del bautismo y la asistencia a asignatura religiosa acordada sin dar audiencia al menor. El

Tribunal es muy duro al cuestionar tanto la falta de audiencia al menor como la no celebración de comparecencia, reproche que extiende a la Audiencia Provincial por no acordarlas en sede de apelación. Existe un voto particular

b) De los hechos reseñados se desprende que la pretensión sustanciada en el proceso de amparo debe ser estimada y considerarse que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en relación con el derecho de defensa (art. 24.2 CE) del demandante de amparo.

(i) En efecto, al menor se le vulneró su derecho a ser oído y escuchado en el expediente de jurisdicción voluntaria (art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, párrafo tercero del art. 156 CC y art. 85.1 LJV). De este modo, no se pudo tomar en consideración sus deseos, sentimientos y opiniones, en aspectos tales como la asignatura que prefería cursar o su preferencia por asistir o no a oficios religiosos, a catequesis, o recibir el bautismo, pese a que las posiciones de las partes sobre la voluntad del menor en tales asuntos eran contrapuestas. No era descartable que sobre estas materias tuviera uso de razón, de entendimiento o de juicio y no se valoró por personal especializado si tenía suficiente madurez (art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996), para manifestar su predilección sobre los concretos aspectos en que los progenitores tenían posiciones encontradas.

(...)

(ii) A la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa del recurrente en amparo (art. 24.1 y 2 CE), no le es ajena la irrazonable supresión de

la comparecencia previamente convocada. En efecto, el letrado de la administración de justicia en el decreto de admisión, conforme a lo dispuesto en el art. 17.2 a) LJV, acordó convocar a las partes a la preceptiva comparecencia. Sin embargo, posteriormente, de modo irrazonable, mediante la providencia de 21 de agosto de 2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Majadahonda, se acordó prescindir de la misma.

En dicha providencia –no solo se desconoció la preferencia y obligatoriedad de la audiencia del menor y las garantías que al mismo se atribuyen, como anteriormente se ha expuesto–, sino que contraviniendo la literalidad del art. 156 CC, se sostuvo la no obligatoriedad de la comparecencia, confundiendo además los escritos de solicitud y de oposición de las partes con el trámite de audiencia a los progenitores.

No menor es el reproche constitucional que, desde el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente del derecho a obtener una resolución motivada, razonada y no incurra en arbitrariedad, irracionalidad o error patente, debemos atribuir al contenido del auto de 26 de enero de 2018, dictado por el mismo juzgado, por el que se desestimó el recurso de reposición y se confirmó la suspensión de la comparecencia.

(...)

Por último, no es menor el reproche de irracionalidad en el que incurre el auto de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, al inadmitir las pruebas propuestas y desestimar el recurso de apelación. La Audiencia Provincial fundamentó su

decisión del carácter innecesario de la comparecencia en que las partes no habían solicitado prueba alguna, desconociendo que la audiencia de los progenitores y del menor tenía carácter preceptivo y que la audiencia del menor fue expresamente solicitada por el recurrente de amparo en las dos instancias, como también solicitó en segunda instancia, y le fue rechazado, la preceptiva audiencia de A.A.F., no practicada ante el juez.

Es por ello que las decisiones por las que se resolvió prescindir de la preceptiva comparecencia incurrieron en tal grado de arbitrariedad, irracionalidad o error que, por su evidencia y contenido, eran tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulta patente que las resoluciones carecieron de hecho de toda motivación o razonamiento (por todas, STC 104/2006, de 3 de abril, FJ 7).

Las consecuencias de la omisión de la comparecencia fueron que se produjo un efectivo vaciamiento de las posibilidades procesales previstas en el expediente de jurisdicción voluntaria, al prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente obligado, cercenando los derechos de defensa y contradicción de las partes. Se prescindió de la audiencia del menor –que debía haberse realizado con carácter preferente (art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996), dentro o fuera de la comparecencia (art. 18.2.4 y 5 LJV)–, y también de la audiencia de los progenitores (párrafo tercero del art. 156 CC y art. 17.2 LJV), así como consecuentemente del trámite de informar y valorar las manifestaciones del menor y de formular oralmente las conclusiones sobre las pruebas practicadas.

A ello se le suma que se impidió que se

fijaran los hechos sobre los que existía contradicción, así como proponer las pruebas sobre los mismos a practicar en el acto (arts. 443.1 y 2 LEC y 18.2 LJV). De este modo, se menoscabaron las posibilidades procesales del recurrente en orden a un debate contradictorio, al recaer a la postre un pronunciamiento judicial sobre temas que no pudieron ser debatidos oportunamente y respecto de los cuales no pudo ejercitar debidamente el derecho de defensa.

El voto particular no atiende a la decisión, sino a los efectos:

«La decisión de la que discrepo no tiene en cuenta que han transcurrido cinco años y ahora el hijo cuenta trece, por lo que el ordenamiento jurídico le considera con suficientemente madurez para que sea escuchado en todo caso. Pero ya no puede decidir libremente –al margen de la creencia que profese–; lo hizo la autoridad judicial en su lugar. Y de esa manera las resoluciones judiciales vulneraron la libertad de conciencia del menor, al no proteger su libertad de elección ni escucharle. Al tiempo que discriminaron irrazonablemente al padre que no estaba adherido a una creencia religiosa y quería que su hijo fuera educado en una concepción laica y que decidiera su plan de vida cuando alcanzara la madurez, otorgando preferencia a la religión católica. E infringieron el mandato constitucional de laicidad del Estado, del Derecho y de las instituciones judiciales, al promover una creencia religiosa desalentando concepciones no religiosas o indiferentes»..

II. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DE TRIBUNAL SUPREMO

1. Acuerdos o pactos prematrimoniales. STS 362/2023, de 13 de marzo. ECLI:ES:TS:2023:879

Esta sentencia analiza la eficacia de los pactos prematrimoniales y la aplicación de los artículos 1.255 y 1.323 del Código Civil, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española. Trae causa de una demanda de divorcio interpuesta por la esposa quien, además de la disolución del vínculo, solicitó la adopción de medidas definitivas referidas al hijo común del matrimonio, así como una pensión por desequilibrio, así como una compensación por extinción del matrimonio. Con anterioridad a la celebración del matrimonio, las partes otorgaron una escritura de capitulaciones matrimoniales en la que acordaron que el matrimonio proyectado se regiría por el régimen de separación de bienes y que, en caso de divorcio, nada se reclamarían el uno al otro por cualquier concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia, gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos. Atribuida la custodia del niño a favor de la madre, la Audiencia Provincial impuso al padre, en concepto de alimentos ordinarios del hijo, la obligación de pago de una pensión de 500 euros mensuales, el pago de los gastos de educación, y el pago del 70% de la renta que se abona por el alquiler de la vivienda en la que el niño reside con la madre. La Audiencia reconoce además a favor de la ex-esposa una pensión compensatoria

de 500 euros al mes durante tres años y una compensación por dedicación a la casa y a la familia de 30.000 euros. En lo que respecta a la cuantía que el tribunal de apelación reconoció, dentro de los alimentos debidos al hijo y referida al alquiler de la vivienda donde reside el menor con su madre, se desestimó el recurso de casación, al no acreditar la vulneración del juicio de proporcionalidad entre los recursos de los progenitores, en que se basó la Audiencia para fijar los alimentos.

La sentencia estima parcialmente el recurso de casación, dejando sin efecto pensión compensatoria y compensación. Se razona que la argumentación de la sentencia recurrida dirigida a privar de eficacia a la renuncia incorporada a las capitulaciones matrimoniales no es correcta. Y se añade que para el caso de que se hubiera solicitado y obtenido el pago, procede la devolución de las cantidades abonadas por tales conceptos con sus intereses.

Declara la sentencia:

«[...] La jurisprudencia de la sala ha venido admitiendo con amplitud el juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones económicas entre las personas casadas, a las que se reconoce el poder de autorregulación de sus propios intereses cuando se trata de materias disponibles. Ello de conformidad con el principio de libertad contractual (art. 1255 CC) y la libertad de contratación entre los esposos, que desde 1981 consagra el art. 1323 CC, en la línea con los principios constitucionales de libertad (art. 1 CE), igualdad (art. 14 CE) y libre desarrollo de la personalidad (art. 10). Con carácter general, además de las

sentencias citadas por el recurrente, la sala ha dictado otras que han reconocido la validez y eficacia de pactos entre los esposos o entre los futuros esposos. Entre las más recientes, las sentencias 428/2022, de 30 de mayo, 315/2022, de 20 de abril, 130/2022, de 21 de febrero, y 59/2022, de 31 de enero, y las que se citan en ellas.

En el caso que debemos resolver, la renuncia por los futuros esposos a los derechos y acciones que pudieran corresponderles en el momento de divorcio se introdujo de manera preventiva en unas capitulaciones matrimoniales, junto al contenido típico referido al establecimiento de un régimen económico matrimonial de separación de bienes (art. 1325 CC).

Nos encontramos por tanto ante unos pactos en previsión de una crisis matrimonial, plenamente admisibles como negocios de familia siempre que se cumplan los requisitos de los contratos (en especial, art. 1261 CC) y que respeten los límites infranqueables que resultan de la Constitución y del resto del ordenamiento (arts. 1255 y 1328 CC), en el entendido de que el orden público como límite a la autonomía de la voluntad para la ordenación de los efectos de la crisis matrimonial se identifica sustancialmente con los principios y valores constitucionales. Así, señaladamente, los pactos no pueden romper la igualdad jurídica en la posición de los esposos, dando lugar a situaciones de sumisión en lo personal o en lo patrimonial, ni excluir la libertad personal de permanecer o poner fin a la relación matrimonial (art. 32 CE), ni ser contrarios al interés de los hijos menores

(art. 39 CE). Tampoco pueden contravenir norma imperativas, como la renuncia a alimentos futuros, cuando procedan.

En la regulación del Código civil la compensación por desequilibrio y la compensación por el «trabajo para la casa» tienen carácter disponible, tanto en su reclamación, que puede renunciarse, como en su configuración. Ambas se conceden solo a petición de parte y su determinación judicial debe hacerse teniendo en cuenta los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges (art. 97 CC, para la compensación por desequilibrio), o a falta de acuerdo entre los cónyuges (art. 1438 CC, para la compensación por el trabajo doméstico). Los acuerdos sobre estos derechos, y en particular, los que incluyen su renuncia, pueden formar parte de convenios reguladores de la crisis matrimonial que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 90.2 CC, «serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges». Se introduce así con carácter excepcional un denominado «control de lesividad» que resultaría también aplicable a los pactos prematrimoniales que incluyan contenido propio de un convenio regulador. Por la excepcionalidad con la que se regula, es evidente que la lesividad no puede apreciarse sin más por el hecho de que se renuncie a derechos que corresponderían legalmente en caso de no existir renuncia, pero que se configuran por el legislador como derechos disponibles.

Partiendo del respeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, la validez de sus acuerdos exige la formación libre del consentimiento. En el caso, no se ha denunciado por la esposa ningún vicio

del consentimiento ni tampoco cabe presumir una relación de superioridad del futuro esposo respecto de ella que diera lugar a que su consentimiento no fuera libremente formado y emitido. Se trata de un matrimonio celebrado por dos personas con cierta madurez, que llevaban cuatro años de relación sentimental, incluido un periodo de convivencia. Cuando otorgaron las capitulaciones, días antes de contraer matrimonio, los dos se encontraban divorciados (él con tres hijos de su matrimonio anterior e importantes cargas económicas), es decir, contaban con una experiencia matrimonial fracasada y el conocimiento de lo que eso conlleva. La futura esposa disponía de una trayectoria personal y vital que impide hablar de una parte «débil» o ignorante que pudiera haber padecido error sobre las consecuencias de su renuncia: tenía en ese momento 43 años y era, según ha mantenido el recurrente, y ella no lo ha negado, licenciada en economía y empresaria autónoma. Por otra parte, la intervención del notario que autoriza la escritura pública de capitulaciones matrimoniales garantiza que la futura esposa pudiera ser consciente de lo que implicaba la renuncia que firmaba, y en este sentido es significativo que en la escritura el notario hiciera constar lo siguiente: «manifiestan asimismo los señores comparecientes, aun advertidos por mí, (el notario) de la trascendencia y contundencia de este pacto, que quieren pactar, y en efecto pactan, que, en caso de disolución, divorcio o nulidad del matrimonio proyectado nada se reclamarán el uno al otro por ningún concepto o acción que pudiera generarse por razón del matrimonio, la convivencia,

gastos, bienes, derechos u obligaciones matrimoniales, independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno de ellos. A excepción de las acciones que amparen a los hijos comunes, en su caso. Partiendo por tanto de un consentimiento libre y consciente, en el caso debemos rechazar que pueda apreciarse, por el contenido del pacto y su objeto, referido a derechos patrimoniales disponibles, algún límite a la autonomía privada que permita considerar que es lesivo. Como hemos dicho, para ello no es suficiente que en el momento de la disolución del matrimonio concurren los presupuestos para el reconocimiento de los derechos a que se ha renunciado, porque precisamente esa es la finalidad del pacto que los futuros esposos quisieron libremente por entender que así convenía a sus intereses. En la escritura no se exoneró al futuro esposo de contribuir a las cargas del matrimonio y ambos se reconocieron «la suficiente formación y cualificación profesional como para poder ejercer una actividad profesional que les permita satisfacer a día de hoy sus necesidades privativas de manera independiente, así como cooperar, de manera proporcional a sus respectivos recursos económicos, al sostenimiento de los gastos comunes y cargas del matrimonio». En el momento de celebrarse el pacto, por tanto, partiendo del reconocimiento de la cualificación y capacidad de ambos, y en consecuencia de la posibilidad de obtención de ingresos propios y de la voluntad de mantener esa situación independientemente de la cuantía de sus patrimonios, la renuncia preventiva no puede considerarse lesiva para la esposa. En el caso, tampoco se perjudican los intereses del hijo

común, que quedan garantizados por los alimentos reconocidos a su favor, en los términos que ya hemos expuesto.

Cierto que la aparición de circunstancias no previstas puede colocar a un cónyuge en una situación que, por no serle imputable, puede hacer irracional exigir el cumplimiento de las previsiones negociales de los esposos, pero no es el caso....».

«[...]En el propio pacto acordado por las partes se contemplaba la posible contratación de terceros que complementarían la función de cuidado de los hijos, y la sentencia recurrida (al cuantificar las prestaciones que reconoce) tiene en cuenta que la dedicación de la esposa no fue «excluyente». En todo caso, la dedicación personal de la esposa, si además se dieran todos los respectivos presupuestos legalmente exigidos para una y otra figura, podría dar lugar al reconocimiento del derecho a la prestación compensatoria y de la compensación económica por el trabajo, pero no permite concluir que la renuncia previa a tales derechos sea ineficaz, tal y como hemos advertido ya.

En el caso no se ha alegado, ni la sentencia menciona, que por alguna circunstancia extraordinaria la esposa no pudiera trabajar, primero tras la celebración del matrimonio y luego tras el nacimiento del niño. Tampoco se ha alegado que por concurrir alguna circunstancia fuera de lo común el cuidado del niño requiriera una dedicación especial que, al ser asumida en exclusiva por la madre, la hubiera colocado, por no poder trabajar, en una situación de precariedad económica que las partes no pudieron contemplar al pactar las consecuencias

económicas de un eventual divorcio. El presupuesto común de las previsiones de los futuros esposos fue que ambos contaban con capacidad para obtener ingresos separados y su voluntad libre fue mantener esa situación de total independencia de los patrimonios y excluir las prestaciones económicas y compensaciones que, de no mediar la renuncia, pudieran ser exigibles. Y ello, según recoge expresamente el pacto, «independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno» que, tal como resulta acreditado en la instancia, eran ya desiguales con anterioridad a la celebración del matrimonio».

2. Flexibilidad procedimental en materia de menores de edad. STS 281/2023, de 21 de febrero. [ECLI:ES:TS:2023:809](#)

Esta sentencia resuelve en relación a la oposición resolución administrativa que declara el desamparo de un menor, donde una primera sentencia declara el retorno del menor con su familia biológica y posteriormente se acuerda la revocación de dicho retorno. El menor nació en 2020, y se le declaró en desamparo antes de nacer. Los padres impugnaron la resolución administrativa, y se estimó la demanda, acordando el retorno del menor con sus progenitores. Recurrió en apelación la Junta de Castilla La Mancha, y se desestimó el recurso, e interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. El Ministerio Fiscal interesó la admisión de estos recursos y al amparo del art. 752. LEC, solicitó se admitiera la documental que adjuntaba, consistente en cuatro informes sobre la situación del menor con su familia

acogedora, y de la evolución de los padres biológicos, parte recurrida. El recurso fue admitido y se acordó el retorno del menor con la familia acogedora. La sentencia de la Sala pondera la relación entre el interés superior del menor y la flexibilidad procedimental; en concreto, la preclusión de alegaciones y aportación de nuevas pruebas:

«Bajo este criterio de flexibilidad procesal, la jurisprudencia civil, como no podía ser de otra forma, se ha expresado en el sentido de que la aplicación del art. 752.1 LEC, no solo opera en primera y segunda instancia (SSTS 759/2011, de 2 de noviembre, 559/2016, de 21 de septiembre; 721/2011, de 26 de octubre; 529/2016, de 12 de septiembre y 899/2021, de 21 de diciembre), con declaración incluso de nulidad del procedimiento por no acordarse la práctica de pruebas pertinentes y necesarias en la alzada, sino que también posibilita la aportación de prueba documental durante la sustanciación del recurso de casación (SSTS 350/2016, de 26 de mayo; 711/2016, de 25 de noviembre; 665/2017, de 13 de diciembre, 598/2019, de 7 de noviembre, 705/2021, de 19 de octubre o 308/2022, de 19 de abril).

En virtud de los razonamientos expuestos, este tribunal, al dictar la sentencia que resuelva los recursos extraordinarios interpuestos, no puede ni debe prescindir de los nuevos elementos de enjuiciamiento aportados a los autos por el Ministerio Fiscal, e informes a los que hace referencia la administración recurrente, con respecto a los cuales se dio traslado a la parte contraria, que pudo, como así hizo, rebatirlos en su escrito de oposición

al recurso de casación, manifestándose en términos que no pueden ser aceptados, al entrar en contradicción con lo normado en el art. 752 de LEC, y considerar que no deben ser valorados por extemporáneos. (...)

Pues bien, en el caso presente, resulta que se ha constatado la falta de habilidades de los padres para asumir el cuidado físico y emocional de su hijo. La falta de estabilidad en las relaciones personales de los progenitores del menor, en clara crisis de pareja, con relaciones conflictivas, no ajenas a episodios violentos, fruto principalmente del nuevo embarazo de la madre de otra persona distinta al padre de X. Inmadurez de A, incapaz de planificar su vida en un factible proyecto vital, a lo que, desde luego, no ayudan tampoco sus negativas experiencias de infancia. Pasividad y falta de implicación de F en la asunción de la crianza de un menor. Los múltiples informes técnicos contrarios al reintegro de X con sus padres.

Todo ello, unido a la situación actual del niño en su familia de acogida, con la que convive poco después de su nacimiento, en un entorno sumamente favorable para el libre desarrollo de su personalidad, bajo pautas acreditadas de cuidado personal diligente, atención y afecto, que determinarían que el retorno de X con sus progenitores, en el cuadro contextual antes descrito, le produciría un negativo impacto emocional, y el sometimiento a una situación de riesgo real y efectivo, contraria a su prevalente interés superior».

3. Suspensión temporal de pensión de alimentos. STS 632/2022 de 29 de septiembre. [ECLI:ES:TS:2022:3565](#)

En esta sentencia el Tribunal Supremo

estimó el recurso de casación por la situación excepcional y que justifica, con arreglo a su doctrina, la suspensión temporal del pago de la pensión de alimentos en tanto las actuales circunstancias se mantengan.

En el FD Cuarto, la Sala declara:

«1. En el motivo segundo del recurso de casación la recurrente alega que no tiene ingreso alguno ni trabajo, por lo que no puede abonar la pensión de alimentos, y que, si bien dicha obligación corresponde a ambos progenitores, la doctrina de esta sala ha fijado, en supuestos como el presente, la suspensión de dicha obligación con carácter temporal, citando en este sentido las sentencias de 12 de febrero, 2 de marzo y 10 y 22 de julio de 2015, así como las de 18 de marzo de 2016 y 20 de julio de 2017. Añade que ello se corresponde con su situación de pobreza sin que exista la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, que actúa valiéndose del beneficio de justicia gratuita, y que, además, al haberse atribuido el uso de la vivienda familiar al menor y al padre se ha quedado sin techo ni posibilidad de disponer de la parte correspondiente de la vivienda en la liquidación de gananciales, pues estará condicionada por la concesión del referido uso.

El recurrido se opone a la suspensión alegando que la recurrente no está impedida para trabajar, que no se ha acreditado que se encuentre en una situación de pobreza que haga ilusorio el pago de la pensión y que no consta que esté dada de alta como demandante de empleo lo que evidencia que está trabajando como limpiadora en la economía sumergida y, en cualquier caso, al no figurar como demandante

de empleo, que no está poniendo todos los medios a su alcance para mitigar su situación.

La fiscal dice que la situación de precariedad económica de la recurrente es una realidad que no se puede soslayar, pero que, en principio, no se dan unas circunstancias de tan extrema pobreza como las analizadas por la doctrina jurisprudencial (se refiere a las sentencias de esta sala 111/2015, de 2 de marzo y 484/2017, de 20 de julio) para acordar la suspensión, por lo que considera que la solución más ajustada es rebajar a 80 euros la pensión de alimentos, sin perjuicio de su revisión en el caso de que mejore su capacidad económica.

2. La sentencia 484/2017, de 20 de julio, que se refiere al cuerpo de doctrina establecido por la 184/2016, de 18 de marzo, sobre la suspensión de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos, a partir de las declaraciones efectuadas por la 55/2015, de 12 de febrero, cuya doctrina se reiteró en la 111/2015, de 2 de marzo, y que marca la línea jurisprudencial en la que se ha venido pronunciando la sala en sentencias posteriores (413/2015, de 10 de julio; 395/2015, de 15 de julio; y 661/2015, de 2 de diciembre) dice que solo cabe admitirla «[...] con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal [...], pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante [...]», siendo esa solución que se predica como normal, y ello, en los supuestos referidos a situaciones de dificultad económica, la de «fijar [...] un mínimo que contribuya

a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor [...]».

En el presente caso no se ha acreditado que la recurrente perciba ingresos. (...) Y si no consta que la recurrente perciba en estos momentos ingresos por ningún concepto y tampoco se dispone de datos que permitan presumir que, pese a no contar con ingresos, sí dispone de otros medios o recursos económicos con los que poder hacerse cargo de la pensión, lo que se debe asumir, a la luz de lo probado y lo que no lo ha sido, es que su actual situación, con independencia de la palabra o palabras que se utilicen para calificarla: precariedad, indigencia, pobreza, miseria, etc., o de los adjetivos con que se pueden calificar: total, absoluta, extrema, plena, etc., no le permite hacerse cargo de ella por imposibilidad material, ante la falta de medios.

Lo anterior pone de manifiesto que la situación es excepcional y que el caso es uno de los que justifican, con arreglo a nuestra doctrina, la suspensión temporal del pago de la pensión de alimentos en tanto la actual situación se mantenga. En consecuencia, el motivo se estima, lo que determina la estimación, en parte, del recurso de casación, del recurso de apelación y de la demanda interpuesta».

4. Acción de reclamación de filiación no matrimonial por el hijo. STS 790/2022 de 17 de noviembre. [ECLI:ES:TS:2022:4397](#)

En esta sentencia la Sala examina el efecto de la cosa juzgada en el supuesto de una acción de reclamación de filiación no matrimonial presentada por el hijo. Previamente la madre interpuso una demanda con idéntico objeto, que fue

desestimada.

Presentada nueva demanda, esta vez por el hijo, el demandado alegó cosa juzgada, que fue estimada en primera y segunda instancia.

El demandante interpuso el presente recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, y admitido, se estima el extraordinario por infracción procesal, dejando sin efecto la estimación de la cosa juzgada, y se ordena reponer las actuaciones, con devolución a la Audiencia Provincial para dictar nueva sentencia, sin entrar en el recurso de casación.

3.2 La cosa juzgada en los procesos de filiación.

La filiación, conforme a lo dispuesto en los arts. 115 y 120 del CC, puede determinarse extrajudicial o judicialmente, como es el caso que nos ocupa. La determinación se logra, entonces, siempre que una persona legalmente legitimada promueva la correspondiente acción y resulte estimada por sentencia firme, lo que atribuye, además, a una declaración de tal clase un grado especial de eficacia como es la derivada de la cosa juzgada.

La LEC contiene disposiciones específicas sobre las sentencias de filiación. Y así, el art. 223. 3 II establece que: «En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad, la cosa juzgada tendrá efectos frente a terceros a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil», con lo que exige dicha publicidad registral para que tales resoluciones desencadenen su eficacia frente a quienes no sean litigantes.

Además, el art. 764.2 LEC norma que: «Los tribunales rechazarán la admisión a

trámitedecualquierdemandaquepretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiere sido establecida también por sentencia firme», y, en el párrafo segundo de dicho precepto, se establece que «si la existencia de dicha sentencia firme se acreditare una vez iniciado el proceso, el tribunal procederá de plano al archivo de éste».

En este caso, la filiación paterna del actor no ha sido declarada por sentencia firme, ni se encuentra inscrita o anotada en el Registro Civil.

Por otra parte, en el intento de alcanzar la verdad biológica la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, dispuso que «las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva».

En el primer proceso, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Antequera, la maternidad biológica no se discutía al venir determinada por el concluyente hecho del parto (mater sempre certa est -la madre siempre es cierta-).

Por consiguiente, la acción ejercitada de reclamación de filiación por la madre del menor se interpuso en interés y beneficio de su hijo, en los términos del entonces vigente art. 129 del CC, que establecía que «las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas por su representante legal o Ministerio Fiscal».

Dicho precepto ha sido derogado por el

actual art. 765.1 LEC que, en similares términos, establece que:

«Las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en la legislación civil, correspondan al hijo menor de edad, podrán ser ejercitadas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, indistintamente».

La LEC no confunde la titularidad de la acción de determinación de la filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, que compete al hijo durante toda su vida (art. 133.1 CC), y la capacidad para comparecer en juicio que no la ostentan los menores de edad no emancipados, los cuales deben ejercitar los derechos que les corresponden a través de sus legales representantes (art. 7.2 LEC) que, en aquel caso, era la madre como titular exclusiva de la patria potestad (arts. 154.2 y 162 CC).

En este sentido, hemos proclamado en nuestra sentencia 497/2019, de 27 de septiembre, que: «la actuación de la madre al poner en marcha la acción para declarar la paternidad no matrimonial de su hijo menor está amparada en lo dispuesto por el artículo 765 LEC y no se opone a lo dispuesto por el artículo 133 CC»; sin perjuicio de la existencia de conflictos de intereses cuando la madre no actúe en beneficio del menor, como se estableció en la sentencia 441/2016, de 30 de junio, en la que constaba que «la madre, bajo el pretexto de buscar la verdad biológica de la niña, no actúa por los intereses preferentes de ésta sino por motivos personales y distintos, del bienestar de la menor, que se halla - insistimos- colmado desde su nacimiento».

Pues bien, en el presente caso, concurren

las circunstancias siguientes, que lo hace excepcional y que merece un tratamiento diferenciador.

Al promoverse la demanda, el hoy actor era un recién nacido, que no alcanzaba el año. Su madre, de dieciocho años, carecía de recursos propios para litigar, por lo que lo hizo acogida a los beneficios de justicia gratuita.

En el procedimiento, se practicó una prueba biológica que descartó que el demandado, que reconoció, al menos, una relación sexual con la codemandada, no fuera el padre biológico del menor y que arrojó un porcentaje de paternidad a su favor del 99,3% que, según los predicados verbales de Hummel, implica una «paternidad extremadamente probable».

No obstante, se desestimó la demanda sin que el Ministerio Fiscal recurriese la sentencia. La madre sí la apeló, pero, por razones que se desconocen, no se llegó a formalizar el recurso, mediante el personamiento de la apelante ante la Audiencia Territorial de Granada. La situación descrita propició que el menor sufriese una lesión en su interés superior. Este interés superior constituye un verdadero principio de orden público (SSTS 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 569/2016, de 28 de septiembre; 251/2018, de 25 de abril y 625/2022, de 26 de septiembre, así como SSTC 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3 o 81/2021, de 19 de abril, FJ 2). Es concebido, además, como valor fundamental, que «responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención», con referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York, entre los que se encuentra, conforme a

lo dispuesto en su art. 7, el de «conocer a sus padres y ser cuidado por ellos». De «bien constitucional», lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales lo consideran las SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3; y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2.

Como dijimos en la STS 863/2000, de 2 de octubre, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre es «encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional (art.º 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud».

La STC 273/2005, de 27 de octubre, destaca que: «[...] no podemos partir de una consideración abstracta del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, sino que, por la naturaleza instrumental de éste [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11 c)], es preciso tener en cuenta los derechos o intereses en juego que determinan los bienes constitucionales protegidos».

Conforme al art. 39, 2 y 3 CE, «los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil», así como que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad», y «que 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 en que legalmente proceda».

Por su parte, el art. 8 del CEDH, dentro

del derecho a la vida privada y familiar, garantiza el derecho al conocimiento de los ascendientes como manifestación comprendida en el núcleo tuitivo de tal derecho elevado al máximo rango de protección jurídica.

Por todo ello, en el juicio de proporcionalidad entre la seguridad jurídica, de la que es manifestación la cosa juzgada, y el derecho del actor al ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, que le corresponde conforme al art. 133.1 del CC, ha de prevalecer este último en función de las consideraciones siguientes:

En primer término, dado que el demandante es titular de un derecho fundamental a conocer su filiación biológica paterna que se integra también dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad (arts. 10 y 39 CE y 8 CEDH).

En segundo lugar, dado que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión proclamado por el art. 24.1 CE, no fue debidamente satisfecho durante la minoría de edad del demandante, en el primer proceso seguido para determinar su filiación, al no activarse todos los resortes para garantizarlo, y someter la efectividad de sus derechos a un juicio que agotase las posibilidades de defensa y protegiese de forma plena su interés superior.

Por todo ello, esa primera sentencia no la podemos reputar como antecedente necesario para obviar el ulterior ejercicio de la presente acción por el actor, alcanzada su mayoría de edad y, con ello, el pleno goce de sus derechos civiles (arts. 240 y 246 CC).

La estimación del recurso, por otra parte, no implica una eventual variación de

inscripciones o anotaciones registrales previas, pues la primera sentencia dictada no tuvo acceso al Registro Civil, al ser desestimatoria, ni afecta a estados familiares consolidados en perjuicio del reclamante de la filiación que, por el contrario, desarrolló su vida sin la presencia de un progenitor paterno.

Las consideraciones expuestas determinan que, en atención a las concretas circunstancias concurrentes, no extrapolables a otros casos distintos, no opere la excepción de cosa juzgada apreciada por las sentencias recurridas.

Pese a la estimación del recurso, entendemos que procede la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial, con la oportunidad al demandado para que pueda solicitar, si así le interesa, la práctica de la prueba biológica, una vez descartada la existencia de cosa juzgada que, al entender concurrente el demandado, pudiera afectar a su negativa previa a la práctica de dicha prueba y evitar de esta forma cualquier atisbo de indefensión; o incluso la acuerde el tribunal provincial como diligencia final de oficio si la precisa para formar su convicción (arts. 752 LEC).”

5. Provisión de medidas de apoyo

En este apartado se examinan tres sentencias sobre el alcance de las facultades de las personas provistas de medidas de apoyo:

a) Contrato celebrado por una persona con discapacidad. STS 634/2022 de 3 de octubre. [ECLI:ES:TS:2022:3566](#)

Contrato celebrado, de una parte, por

persona con discapacidad y, de otra, por quien no reunía el poder de representación de una sociedad. Se plantea, de un lado, la legitimación para impugnar los contratos haciendo valer la discapacidad del otro otorgante, y de otro lado, la ratificación del contrato otorgado en nombre de la sociedad defectuosamente representada en dicho contrato. La Sala desestima ambos recursos, y concluye que la sociedad no tenía legitimación para impugnar el contrato y que sí hubo ratificación del mismo por ella.

No obstante, se advierte por la Sala que los motivos del recurso se basan en los preceptos del Código civil en la redacción anterior a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por lo que la respuesta de judicial debe resolverse conforme al derecho vigente en el momento en que se celebró el contrato que se impugna.

En el FD Quinto, se destaca:

«[...]5.El argumento que sustenta el primer motivo al amparo de los arts. 1261 y 1263 CC acerca de que es nulo con nulidad radical o absoluta el contrato celebrado por quien, como consecuencia de una demencia, no puede emitir un consentimiento verdadero, es meramente instrumental, pues de esos preceptos no resulta ningún régimen específico de invalidez. La parte recurrente impugna la aplicación por la Audiencia a los contratos celebrados por personas con discapacidad del criterio recogido en el art. 1302 CC con anterioridad a la reforma por la Ley 8/2021. Lo que pretende la parte recurrente, en definitiva, es que se reconozca su legitimación para impugnar el contrato, de acuerdo con lo que se

argumenta en el motivo segundo.

Es verdad que, durante algún tiempo, cierto sector doctrinal y alguna sentencia consideraron nulos, con nulidad absoluta, los actos del (en la terminología de la época) «incapaz no incapacitado» o «incapaz de hecho»; tal calificación, en línea con la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad, permitió ampliar la legitimación para impugnar el contrato y admitir el ejercicio de la acción transcurrido el plazo de cuatro años, todo ello en aras de una mayor protección de la persona con discapacidad (...).

Pero también es cierto que, posteriormente, la opinión doctrinal mayoritaria se inclinó por considerar preferible el régimen de la anulabilidad, por ser la forma de invalidez que el Derecho predispone para la protección de una de las partes del contrato. En esta línea, la sentencia 2/2018, de 10 de enero, se hizo eco del análisis funcional que caracteriza en la actualidad la teoría de las nulidades de los contratos, de modo que en cada caso debe tenerse en cuenta la finalidad de las normas y los intereses en juego. Esto es, en definitiva, lo que lleva a cabo de manera correcta la sentencia recurrida.

En realidad, de lo dispuesto en los arts. 1261 y 1263 CC no resultaba un régimen jurídico específico de invalidez y cuando la falta de consentimiento derivaba de la discapacidad, el régimen aplicable era el de los arts. 1301 y ss. CC.

La apreciación en un caso concreto de una ausencia total y absoluta de voluntad o de conocimiento de un contratante que permitiera hablar de inexistencia de consentimiento (lo que en el caso litigioso la sentencia recurrida, por lo

demás, no llega a afirmar) tampoco conduciría a reconocer la legitimación con la amplitud que pretende la parte recurrente, puesto que el régimen de ineficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad se fundaba en su protección, sin que hubiera razones para tratar de manera diferente y en su perjuicio a quien nadie hubiera tomado la iniciativa de incapacitar, ni tampoco, como sería el caso, a los actos o contratos otorgados antes de la limitación judicial de la capacidad.

A estos efectos, respecto de la contraparte cabe observar que sería paradójico que pudiera invalidar el contrato y obtener la restitución (incluso, como pretende al invocar la nulidad radical, fuera de los límites del art. 1304 CC, dirigidos a proteger a la persona con discapacidad) cuando no está invocando malicia alguna del demandado, de quien dice que adolecía de una falta de capacidad absoluta que habría sido incluso conocida por la demandante con antelación a la celebración del contrato. Esto último más bien revelaría la propia torpeza de la contraparte (*nemo propriam turpitudinem allegare potest*), e impediría que pudiera ejercitar con éxito una acción dirigida a declarar la nulidad del contrato y la restitución de las prestaciones en su interés. El mismo argumento puede extenderse para negar la legitimación de quien no fue parte en el contrato, dado que el interés que invoca deriva de la participación que ostenta en la contraparte, sin que, en la instancia, tal como razonó la sentencia recurrida, hayan quedado acreditados ni la ilicitud causal ni el fraude o perjuicio de sus derechos».

b) Guarda de hecho. STS 66/2023 de 23 de enero. [ECLI:ES:TS:2023:1291](#)

El recurso extraordinario por infracción procesal y de casación se interpone por la demandada que fue declarada «incapaz para regir su persona y bienes» y sometida a tutela por sentencia judicial, a instancias del Ministerio Fiscal antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021. La Sala, conforme a lo previsto en la DT 6.ª de la Ley 8/2021, se ajusta al sistema de apoyos establecido en la nueva ley. La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de la demandada, que declaró su incapacidad parcial y se le sometió a tutela de su hijo, y confirmó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo estimó el recurso, con los siguientes argumentos:

La Ley 8/2021, de 2 de junio, consagra la guarda de hecho como una medida más de apoyo. Así, de acuerdo con el art. 250 CC redactado por la Ley 8/2021:

«Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. (...) La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente».

De esta forma, la Ley 8/2021 ya no contempla la guarda de hecho como una situación transitoria y provisional, avocada a desaparecer, tal como se introdujo en la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, en la que debía dar

tránsito a una medida institucional y de nombramiento judicial. Este cambio de planteamiento para la guarda de hecho de las personas con discapacidad se anuncia ya desde el Preámbulo de la misma Ley 8/2021, donde puede leerse cómo en la reforma se lleva a cabo «el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad».

En el nuevo régimen legal, con independencia del grado de discapacidad, las medidas de apoyo judiciales son subsidiarias tanto respecto de las medidas voluntarias como respecto de la guarda de hecho. (...). Es decir, si de hecho hay alguien que, a pesar de no haber sido designado voluntariamente por el propio interesado (apoyos voluntarios) ni nombrado por el juez (apoyos judiciales), se está encargando eficazmente de prestar el apoyo que necesita la persona con discapacidad, no se da el presupuesto que exige la nueva ley para que el juez adopte una medida de apoyo. En este sentido, el art. 269 CC establece:

«La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad».

Esa medida suficiente puede ser perfectamente la guarda de hecho, cuyo eficaz funcionamiento impide la adopción de una medida judicial.

De esta manera, la Ley 8/2021 consagra la realidad sociológica de que la mayor parte de las personas con algún tipo

de discapacidad reciben el apoyo de su entorno más cercano, generalmente por parte de algún familiar, sin que esta situación requiera ser modificada por resultar el apoyo prestado adecuado.

Además, la guarda de hecho está sometida a la regla general establecida para todas las clases de apoyo en el art. 249 CC, conforme al cual, solo «en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas».

La regulación más específica de la guarda de hecho da por supuesto que el apoyo del guardador no va a ser sustituyendo, actuando en lugar de la persona con discapacidad. En este sentido, dispone el art. 264 CC:

«Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

»En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en

los actos enumerados en el artículo 287. (...).

Para los actos relativos a la salud, sigue vigente la regulación del art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica que, por lo que aquí interesa procede de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Aunque el art. 9.3 de la Ley 41/2002 contempla el consentimiento por representación de las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, y el apartado 6 del mismo art. 9 exige que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, debe tenerse en cuenta el esencial apartado 7 del mismo art. 9, conforme al cual:

«[l]a prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento».

2. La aplicación al caso de las anteriores consideraciones determina que las sentencia recurrida debe ser casada porque, al confirmar la sentencia del

Juzgado que limitó la capacidad de la Sra. X y la sometió a tutela, es decir, a representación, no solo es contraria a la regulación vigente en el momento en que se dictó y a la jurisprudencia de la sala, como sostiene la recurrente, sino que además tampoco se ajusta al sistema de apoyos establecido por la Ley 8/2021, conforme al que tenemos que dictar nuestra sentencia.

La sentencia recurrida, con remisión a la de primera instancia, se limita a transcribir el diagnóstico de la enfermedad de la Sra. X, pero no presta atención a cómo afecta a su funcionalidad en su vida diaria, no tiene en cuenta su autonomía para los actos cotidianos que realiza ella sola, y tampoco presta atención al entorno familiar, porque lo cierto es que ha quedado acreditado en la instancia que para las actuaciones que necesita un apoyo, el mismo ya viene siendo prestado de manera real y efectiva por su hijo.

En el enjuiciamiento de esta materia (antes la incapacitación y tutela, ahora la provisión judicial de apoyos) no rigen los principios dispositivo y de aportación de parte, se trata de procedimientos flexibles, en los que prima que pueda adoptarse la resolución más acorde con las necesidades de la persona con discapacidad y conforme a los principios de la Convención. El juez, además, goza de gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada, pero no está exento de proceder a su justificación. Y en particular debe esmerar esa justificación cuando las medidas sean acordadas contra la voluntad manifestada por la persona interesada y supongan una afectación de sus derechos fundamentales. En el caso, claramente la intimidad y su libertad,

porque se autoriza al apoyo representativo que se constituye para tomar decisiones por la Sra. Rodríguez tanto en el ámbito patrimonial como en el ámbito de la salud.(...).

En atención a estos datos, cabe concluir de una parte, que un apoyo representativo como el que se ha establecido en las sentencias de instancia resulta innecesario y desproporcionado pues, en atención a la prueba practicada, la Sra. X, en todo caso, puede requerir un apoyo asistencial para actos concretos (seguimiento médico, administración que vaya más allá de los gastos diarios).

3. En atención a todo lo expuesto consideramos, de conformidad con el informe del fiscal que, dado el grado de autonomía de la Sra. X y su situación familiar, no es necesario el establecimiento de una medida formal de apoyo, pues la Sra. X solo precisa de un apoyo asistencial en determinados aspectos patrimoniales y del ámbito de la salud que ya le estaría siendo prestado por su hijo Z de manera adecuada y eficaz (art. 263 CC).

En consecuencia, estimamos los recursos por infracción procesal y de casación, estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Sra. X y desestimamos la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal. Ello sin perjuicio de que el juez de primera instancia pueda requerir a Z en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias, así como exigirle que rinda cuentas de su actuación en cualquier momento (art. 265 CC).

Por lo demás, si llegara a acreditarse en

un futuro su necesidad, por inadecuación o insuficiencia de la guarda de hecho, podrán adoptarse medidas judiciales de apoyo a instancia de las personas legitimadas de conformidad con la regulación introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio.».

c) Nulidad de testamento abierto. STS 156/2023 de 3 de febrero. ECLI:ES:TS:2023:816

El proceso versa sobre la solicitud de la nulidad de un testamento por defectos formales en su autorización. La causante había sido incapacitada parcialmente en la esfera patrimonial- según legislación anterior a la Ley 8/2021- y gozaba de plena capacidad para testar, de la que no había sido privada por la sentencia de incapacitación, que solo limitaba la modificación de la capacidad de la otorgante a la esfera patrimonial para la realización de actos de disposición inter vivos, y además la declaraba expresamente capaz para regir su persona. Se declara en el FD Cuarto:

«[...]En el acto de otorgamiento del testamento sólo compareció un facultativo, que suscribió el testamento y no los dos que requería el art. 665 del CC, en su redacción entonces vigente, requisito que actualmente no es exigido, tras la nueva redacción del precepto llevada a efecto por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Es finalidad de dicha ley, expresamente explicitada en su exposición de motivos, la

«[...] adecuación de nuestro ordenamiento

jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que, en su artículo 12.2, proclama que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida».

El instrumento de ratificación de la precitada convención se publicó en el BOE de 21 de abril de 2008, y es derecho vigente en España desde el 3 de mayo de dicho año, formando parte de nuestro ordenamiento jurídico interno como resulta de lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución (en adelante CE). Esta incorporación es trascendente, en tanto en cuanto, de acuerdo con el art. 10.2 CE, se conecta con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5 y 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2) y conforma criterio interpretativo de las normas.

Pues bien, como señalamos en nuestra sentencia 269/2021, de 6 de mayo:

«Es mérito del Tratado reconocer a las personas, que presentan disfunciones, la misma capacidad jurídica de la que gozan las otras personas que no sufren deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo en los términos del art. 1.1 del Convenio, sin perjuicio de que, para el concreto ejercicio de los derechos, precisen un sistema de apoyos. Así se dispone, en el apartado 3 de las tantas veces invocado art. 12, según el cual: «los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan

necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica», que no olvidemos ostentan en igualdad de condiciones con los demás».

El art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción (STS 146/2018, de 15 de marzo). Por otra parte, en atención a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a los actos de disposición inter vivos, y, por ende, a los consignados en el art. 271 CC, en su redacción vigente al desarrollarse los presentes hechos.

Para apreciar la capacidad debe atenderse al estado en el que el testador se hallase al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC); por eso, el testamento hecho antes de la «enajenación mental» es válido (art. 664), y el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC), y, en el presente caso, el notario autorizante se cercioró y manifestó, en su interrogatorio, que, a su juicio, la causante contaba con ella.

Es cierto que la fuerza probatoria plena del documento público (art. 319 LEC) no se puede extender a lo que constituyan apreciaciones subjetivas del fedatario autorizante; pero, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, constituyen una enérgica presunción iuris tantum de aptitud que sólo puede desvirtuarse mediante una evidente y completa prueba en contrario, (SSTS 250/2004, de 29 de marzo; 289/2008, de 26 de abril; 685/2009, de 5 de noviembre; 20/2015, de 22 de enero; 435/2015, de 10

de septiembre; 461/2016, de 7 de julio; 146/2018, de 15 de marzo y 465/2019, de 17 de septiembre, entre otras).

En cualquier caso, es hecho probado de las sentencias de instancia que, cuestionada la salud mental de la testadora, ésta contaba con plena capacidad para testar. Al acto de otorgamiento concurre un especialista en medicina legal y forense que declaró sobre la capacidad plena de la causante para testar, y suscribió el acto de última voluntad, el cual, además, se basó en otro informe elaborado por una catedrática de neuropsicología que manifestó, tras reconocimiento personal y próximo en el tiempo de la causante, que si hubiera sido llamada al acto del otorgamiento hubiera ratificado la plena capacidad de la testadora para expresar, consciente y voluntariamente, su acto de última voluntad, lo que igualmente comprueba el notario.

El requisito del doble informe de especialista para testar no está contemplado en la nueva redacción del precepto tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, dictada precisamente para adecuar nuestra legislación interna a las exigencias derivadas del Convenio de Nueva York, que sin embargo sí estaba vigente al tiempo del otorgamiento, y que reconocía que las personas con discapacidad «tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», y, por lo tanto, para testar, sin que, por la naturaleza personalísima del acto, pueda concurrir asistida por otra persona para conformar su voluntad testamentaria, y siempre que pueda comprender y manifestar sus disposiciones mortis causa, como es el caso que nos ocupa.

Las personas con deficiencias sensoriales, mentales o intelectuales, sin capacidad modificada por sentencia al tiempo del otorgamiento del testamento impugnado, así como, actualmente, todas las personas, sean o no discapaces, pueden testar cuando el notario aprecie su capacidad sin necesidad de un preceptivo informe médico, que suponía entonces un tratamiento jurídico diferente, y todo ello sin perjuicio, claro está, de su impugnación judicial.

Por todo lo cual, entendemos, que el defecto observado no puede ser determinante de la nulidad del testamento, sin que ello suponga aplicar retroactivamente la reforma del CC derivada de la Ley 8/2021, de 2 de junio.».

d) Nulidad del contrato celebrado sin asistencia de curador. STS 387/2023 de 21 de marzo. [ECLI:ES:TS:2023:954](#)

El recurso versa sobre la restitución en caso de declaración de la nulidad de un contrato celebrado por sí sola, sin la debida asistencia del curador, por persona con discapacidad sometida a curatela – el actor es la persona con discapacidad, que era el comprador en el contrato-. El juzgado estima la demanda, declara la nulidad del contrato de compraventa de participaciones suscrito entre las partes, condena a todos los demandados a devolver al actor la suma de 40.000 euros y declara la obligación del demandante de devolver el local objeto del contrato. Recurrida la sentencia, la audiencia acoge parcialmente el recurso de apelación de los demandados, pero mantiene la nulidad del contrato.

El recurrente, demandante denuncia la infracción de los preceptos del Código civil en la redacción anterior a la reforma por la Ley 8/2021 de 2 de junio. Los recursos fueron estimados y se confirma la sentencia del juzgado, si bien reduciendo el importe de la cantidad a restituir al demandante.

Con carácter previo debemos advertir que los motivos del recurso se basan en la regulación del Código civil en la redacción anterior a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. La respuesta de la sala para enjuiciar el acierto de la sentencia recurrida respecto del alcance de la restitución en caso de nulidad de un contrato celebrado sin la debida asistencia del curador se ajustará al derecho vigente en el momento en que se celebró el contrato anulado.

2. El art. 1303 CC establece la restitución recíproca de las prestaciones como un efecto de la declaración de nulidad de un contrato. Pero el final del mismo precepto anuncia una serie de salvedades al principio de recíproca y plena restitución de las prestaciones («salvo lo que se dispone en los artículos siguientes»).

La primera salvedad es la que introduce el art. 1304 CC, que en la redacción anterior a la reforma de la Ley 8/2021, establecía: «Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera».

La norma partía del caso del menor o

“incapaz” (en la terminología de la época) que yano conserva en su poder la prestación recibida, por haber despilfarrado o hecho mal uso del dinero percibido, sin emplearlo en gastos necesarios, o por haber perdido o destruido la cosa. La razón que fundaba la regla era la presuposición de que ese resultado se daba porque quien no está en condiciones por su situación mental o psíquica de prestar por sí solo válidamente consentimiento contractual igualmente se encuentra en la situación de que «no sabe cuidar de sus cosas», es decir, cuenta con escasa habilidad para gestionar sus bienes y, por tanto, para gestionar la prestación recibida.

La generalidad de la doctrina ha explicado que la finalidad de la norma es que no resulte ilusoria la protección que se quiere dispensar mediante la nulidad de los contratos celebrados por menores o por personas con discapacidad psíquica o intelectual, cosa que sucedería si para conseguir la restitución de lo por ellos entregado se vieran obligados a pagar con cargo a su patrimonio el equivalente de lo recibido y malgastado.

La doctrina también ha puesto de relieve que a los mismos principios respondía la regla segunda del art. 1314 CC que, tras declarar la improcedencia de la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar la acción añadía: «Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad». En el caso que juzgamos la Audiencia declara la nulidad del contrato celebrado

por la persona con discapacidad por no haber contado con la asistencia que precisaba del curador. Pero luego, en atención a que la prestación que recibió (un bar en funcionamiento) ha reducido su valor, según la Audiencia por el fracaso de su gestión, rechaza que se le deba restituir el precio que pagó porque no existiría reciprocidad en la restitución, y ello porque el contratante con discapacidad «no puede retornar las participaciones de un negocio que ya no existe... pero que tenía un valor apreciable cuando le fue transmitido y por el que ... pagó 39 000 euros».

La Audiencia parte de que el valor de la prestación recibida por la persona con discapacidad (las participaciones que permitirían explotar el bar) ha desaparecido por su gestión del bar. Y esa es la razón por la que niega que deba restituírsele el dinero que pagó. Este razonamiento es contrario al régimen expuesto de la restitución en los contratos anulados por razón de discapacidad, que permite a la persona con discapacidad ejercitar la acción de nulidad y obtener la restitución de lo que entregó aun cuando lo que recibió se hubiera perdido, desaparecido o reducido su valor (salvo «dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad», que ha quedado excluido en el caso).

Procede por tanto que estimemos el recurso de casación y, al asumir la instancia, desestimemos el recurso de apelación interpuesto por los demandados y declaremos que procede la condena a restituir al demandante la cantidad abonada por el contrato. Ahora bien, puesto que el recurrente no ha interpuesto recurso por infracción

procesal para impugnar la valoración de la prueba realizada por la Audiencia por lo que se refiere a la cuantía entregada, y la Audiencia consideró acreditada únicamente la suma de 39 000 euros, debemos estar en nuestra condena a esa cantidad.

6. Responsabilidad de la sociedad ganancial frente a una deuda procedente de delito. STS 345/2023 de 6 de marzo. ECLI:ES:TS:2023:1010

El objeto del proceso fue la demanda formulada por la Agencia Tributaria contra los cónyuges, directamente encaminada a la obtención de un pronunciamiento judicial que declare que las deudas tributarias reclamadas son de cargo de la sociedad legal de gananciales de los demandados, así como la inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por éstos para el cobro de dicha obligación fiscal. En primera instancia se estimó la demanda de la AEAT, y los demandados recurrieron en apelación. La audiencia desestimó el recurso de apelación.

La STS estima parcialmente el recurso y asumiendo la instancia, declara que la deuda tributaria del esposo derivada del IRPF 2007, de 18.050 euros, intereses tributarios de demora y sanción impuesta, son de cargo de la sociedad de gananciales formada, en su día, por el los cónyuges, y declara que la disolución de la sociedad conyugal de gananciales de los codemandados, llevada a efecto por capitulaciones matrimoniales de fecha posterior, no es oponible frente a la Hacienda Pública acreedora en la ejecución derivada de las deudas tributarias objeto del proceso. La sentencia lleva a cabo un recorrido

por la evolución de la jurisprudencia en la interpretación del artículo 1366, para concluir que, en este caso concreto, la deuda es ganancial:

Son diversas las cuestiones que suscita la exégesis de dicho precepto. Entre ellas, si las obligaciones extracontractuales a las que se refiere la norma son únicamente las previstas en los arts. 1902 y siguientes del CC, o se extienden, de igual forma, a todas aquellas otras obligaciones que nazcan al margen de una relación contractual, como la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito (art. 1092 del CC).

En segundo lugar, si el precepto opera, únicamente, dentro de las relaciones internas entre los cónyuges con posibles acciones de reembolso entre ellos; o también en las relaciones externas con terceros acreedores, con la tradicional distinción entre carga y responsabilidad (arts. 1362.4.º y 1365.2 CC).

Se discuten, igualmente, las razones que justifican la responsabilidad ganancial en los supuestos de conductas de menos reproche social (culpa leve), y, sin embargo, quedan desamparados los intereses de terceros cuando nos encontramos ante la ejecución de los más graves actos ilícitos generadores de daños resarcibles (conductas dolosas o culposas graves o hechos delictivos).

La jurisprudencia existente sobre tal precepto ha sido dictada, en no pocas ocasiones, en juicios de tercería de dominio, promovidos por un cónyuge con la finalidad de liberar los bienes gananciales de los ilícitos cometidos por el otro. Y la Sala ha destacado la dificultad que ofrece la interpretación del precepto,

sobre el cual existen además importantes discrepancias doctrinales. (...)

Con anterioridad a la reforma del Código Civil, por ley de 13 de mayo de 1981, el art. 1410 del CC consideraba como propias de cada cónyuge «las multas y condenas pecuniarias que se les impusieren»; no obstante continuaba la dicción normativa del precepto manifestando que «las multas y condenas que se le impongan, podrá repetirse contra los gananciales después de cubiertas las atenciones que enumera el artículo 1.408, si el cónyuge deudor no tuviese capital propio o fuera insuficiente; pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados». El art. 1408 del CC se refería, por su parte, a las deudas y gastos que eran de cuenta de la sociedad conyugal.(...)

En la sentencia 150/1992, de 19 de febrero, se consideró que era la multa la que quedaba excluida de la responsabilidad ganancial en aplicación del art. 1366 del CC, no así la pecuniaria derivada del ilícito tributario administrativo cometido por el marido, ni los intereses de demora. (...) Distinto fue el caso enjuiciado en la sentencia 762/2005, de 25 de octubre, en la que se discutía si era de aplicación el art. 1365.2 del CC, relativo a la responsabilidad de los bienes gananciales con respecto a terceros acreedores, o el más específico art. 1366 del CC.

Se consideró que habría de estarse a este último precepto dada la objeción que surgía de la subsunción de los hechos en el art. 1365.2 CC, toda vez que la deuda no se originó en el «ejercicio ordinario de la profesión» del marido, sino que tuvo su origen en el «destino desviado que se dio a los fondos aportados» por el demandante,

que no sirvieron para ampliar el capital de la sociedad a la que iban destinados, sino para saldar los avales que el demandado y su esposa habían otorgado en garantía de préstamos concedidos a la sociedad mercantil de la que el marido era administrador (...)

En la más reciente sentencia 886/2022, de 13 de diciembre, se decidió que la indemnización pagada era imputable al patrimonio ganancial, que se benefició de la actividad delictiva del marido, conocida y consentida por su esposa, en el caso de la liquidación de la sociedad de gananciales del matrimonio, descartándose que se incluyera en el activo del inventario un crédito contra el marido por el valor de las fincas gananciales entregadas como dación en pago, para cubrir la responsabilidad civil del delito de estafa por el que fue condenado

Y se razonó, con respecto al art. 1366 del CC, señalando que:

«El oscuro art. 1366 CC, con todas las dificultades de interpretación que plantea, cuando deja a cargo de un cónyuge las obligaciones no contractuales (incluidas las derivadas de delito, aunque en el caso sea discutible que sea extracontractual la responsabilidad que nace de la estafa cometida mediante unas compraventas) debidas a dolo o culpa grave, aunque sean consecuencia de la actuación del cónyuge en beneficio de la comunidad o en el ámbito de la administración de los bienes, no puede permitir que la sociedad de gananciales retenga para sí todo el beneficio de una actividad que ha generado daños indemnizables. Para que la deuda no quede a cargo del patrimonio común sino de los bienes propios de un

cónyuge sería preciso que se tratara de una deuda que pudiera calificarse de puramente personal, contraída en su exclusivo interés o beneficio, lo que en el caso no sucede».

(...)

En definitiva, consideramos que, en este caso, con respecto al IVA, no existe responsabilidad civil directa de la sociedad ganancial, pues no se trata de una actuación del cónyuge en beneficio de la sociedad conyugal, sino derivada de un hecho doloso enmarcado dentro de un delito tributario nacido de la liquidación de impuestos de los que el demandado no era sujeto pasivo y sí la cooperativa en cuyo provecho actuó, y sin que la sentencia de la audiencia proclame que, de tal actividad, hubiera obtenido beneficio o ventaja patrimonial la sociedad conyugal.

Por lo que respecta a la multa impuesta al demandado, la audiencia la considera responsabilidad ganancial por aplicación del art. 106 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que así lo dispone, sin que se haya articulado un concreto motivo de casación concerniente a tal pronunciamiento que cuenta con identidad propia.

Esta interpretación no contradice la doctrina de la sentencia 150/1992, de 19 de febrero, que se dictó bajo otro marco normativo distinto.

En otro orden de cosas es obvio, ni tan siquiera lo cuestiona la parte recurrente, que es de aplicación el art. 1317 del CC, por lo que las capitulaciones matrimoniales, con la correlativa atribución de bienes del consorcio a la esposa, no son oponibles a la AEAT.

(...)

Es indiscutible que el marido responde personalmente del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del CC), entre los que se encontrará su participación en los bienes gananciales (art. 1373 del CC). Los bienes privativos del marido y los comunes responderán en el caso de la deuda derivada del IRPF cuya imputación no se discute».