

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

A PROPÓSITO DE LAS MALAS RELACIONES ENTRE LOS PROGENITORES A LA HORA DE ADOPTAR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Por: Nuria Martínez Sanchis. Doctora en Derecho. Abogada /Profesora
Derecho Civil. Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir

LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: SE ACABÓ LA TUTELA

José Ramón de Verda y Beamonte

LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA CONVIVENCIA DE UN TERCERO CON EL PROGENITOR CUSTODIO

Por: Manuel Ángel Gómez Valenzuela, Abogado

-Premio José Corrales 2019 entregado por la
AEAFA en las Jornadas Centrales de Madrid

■ Foro Debate:
Derecho de Familia VS
Derecho a la intimidad.

■ La protección de
las personas con
discapacidad. Se acabó
la tutela.

■ La renuncia a la
herencia y sus efectos.

■ Abogados S.XXI
Cómo convertir la
versión del cliente en
los hechos relevantes
de la demanda.

EL PRINCIPIO DEL FIN

"No se puede ser un abogado de familia completo, solo siendo técnicamente bueno" Con estas palabras, el codirector José Gabriel Ortolá, cerró el pasado mes de Febrero las II Jornadas de Valencia, AEAFA-ICAV, unas Jornadas en las que hubo una asistencia, que superó con creces la del pasado año 2018.

Más de 150 abogados de Familia de toda España, se reunieron en nuestra sede para demostrar, no sólo que existe una verdadera especialidad del Abogado de Familia, si no que éste, ejerce una importante función social, que le exige estar siempre sujeto a una continua formación de calidad, integrada por tantos aspectos generales.

La familia es la base de la sociedad, y está formada por miembros que, individual, y colectivamente, demandan una solución concreta y unitaria para todos los problemas que la ruptura va a presentar: sistema de custodia y visitas, modo de atender los gastos de los hijos, pensiones entre cónyuges, indemnizaciones por trabajo doméstico, y en especial, qué solución dar al uso de la vivienda familiar, extremo éste que, regulado por un obsoleto artículo 96 del Código civil, requiere una inmediata reforma legal, a fin de conciliar el interés del menor, con la tutela de los intereses del progenitor "no usuario".

Y todos estos problemas, no tienen una solución idéntica para todas las familias, si no que cada una de ellas, requiere tanto una especial sensibilidad personal y jurídica, como una atención y cuidado responsable por parte del abogado especialista en Familia que hoy, aboga por la figura del Derecho Colaborativo: una nueva forma de entender el derecho de Familia, en la que, a través de una

confluencia de voluntades, los abogados buscan un acuerdo sostenible y perdurable, evitando así la vía judicial y buscando "una solución práctica y de consenso en la que cada parte cederá algo en pro del bien de todos y se buscará satisfacer los intereses particulares por vías, quizás, distintas de las planteadas inicialmente".

Por todo esto, el Abogado de Familia necesita contar con una formación jurídica de excelencia, y formarse tanto en esta parte del Derecho, como en sus ramas complementarias. Y ello porque el Derecho de Familia convive con el derecho civil, penal, mercantil, internacional privado, etc.

Toda mi admiración hacia vosotros, Abogados de Familia, que, con gran vocación, día a día aunáis cualidades de jurista, con empatía y capacidad de análisis, a fin de ayudar a las familias a dar una respuesta jurídica tan valiosa, por encima de su sufrimiento, su furia, su miedo, o su decepción ante la ruptura de lo que a priori nació "para siempre".



Palmira Trelis Martín
Presidenta Sección de D° de Familia ICAV

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

Nº 6 Abril 2019

[Edita] Sección de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Plaza Tetuán 16- 46003 Valencia Tel. 96 3942887 E-mail: palmira@palmiratrelis.com [Directora] Palmira Trelis Martín [Colaboradores] Nuria Martínez Sanchis, Manuel Ángel Gómez Valenzuela, Natividad Simo Bosca, Silvia Moya, Carolina Sapiña, José Ramón de Verda y Beamonte, Saturnino Solano, Joaquín Fuertes Lalaguna, María Jesús Romero Bella, Julia Valcárcel Rodríguez, Blanca Salinas Cantó, Vicente Escribano Barberá, Rosario Sevillano Álvarez, Paula Grau Belda, Julia Claudia Utrillas Borrell, Carlos Gimeno Tormos [Imágenes] por Creative Commons

[Diseño y Maquetación] Comunicación Desarrollo www.comunicaciondesarrollo.com

E-mail: hola@comunicaciondesarrollo.com ISSN 2659-3122

Las opiniones que figuran en la publicación "FAMILIA y SUCESIONES ICAV" pertenecen exclusivamente a sus autores.

04 A propósito de las malas relaciones entre los progenitores a la hora de adoptar la guarda y custodia compartida.

Nuria Martínez Sanchis

12 FORO DEBATE:

Derecho de Familia VS
Derecho a la Intimidad.

22 La protección de las personas con discapacidad. Se acabó la tutela.

**José Ramón de Verda y
Beamonte**

28 II Jornadas AEAFA - ICAV en Valencia.

Jonadas Centrales AEAFA Madrid.

08 La vivienda familiar y la convivencia de un tercero con el progenitor custodio.

**Manuel Ángel
Gómez Valenzuela**

18 Abogado del S. XXI
La técnica del abogado. Cómo convertir la versión del cliente en los hechos relevantes de la demanda

26 La renuncia a la herencia y sus efectos:

Carolina Sapiña

32 Life

Bocairent el pueblo de la roca tallada

A PROPÓSITO DE LAS MALAS RELACIONES ENTRE LOS PROGENITORES A LA HORA DE ADOPTAR LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

ANÁLISIS DOCTRINAL Y DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE



NURIA MARTÍNEZ SANCHIS
DOCTORA EN DERECHO
Abogada/Profesora Derecho Civil
Universidad Católica de Valencia
San Vicente Mártir

1. Consideraciones generales

Ninguna duda cabe de que uno de los aspectos que mayor incidencia tiene a la hora de acordar o no la modalidad de la guarda y custodia compartida, es el papel que puede jugar la conflictividad existente entre los progenitores. Con excesiva frecuencia, se nos plantean situaciones de crisis matrimonial en donde son continuos los episodios de conflictividad y enfrentamiento entre los progenitores. Escenarios tan cotidianos como las reuniones escolares, recogidas de los menores en el centro escolar o las simples entregas de los menores, donde los progenitores coinciden, resultan en ocasiones altamente problemáticos. Hasta fechas relativamente recientes, la mayoría de pronunciamientos judiciales que venían denegando la atribución de la

modalidad compartida, fundamentaban su negativa en “la situación verificada de conflictividad clara entre los padres y su relación con los intereses que están en juego”¹. Así, GUILARTE MARTÍN-CALERO² refería que ésta era precisamente la razón más esgrimida por los Jueces y Tribunales para denegar la procedencia del régimen de custodia compartida. Por ello, bastaba con que uno de los progenitores no quisiera poner de su parte para que se denegara esta modalidad de custodia.

Sin embargo, con la entrada en vigor de las distintas leyes autonómicas sobre la materia, así como el cambio en la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, ya no parece que vaya a ser suficiente que exista una mala relación, sino que tendrá que darse una situación de elevado enfrentamiento entre ambos para que pueda ser motivo de denegación del régimen de custodia compartida.

No obstante el giro acontecido, es cierto que los enfrentamientos agudos y constantes, fruto de una conflictividad profunda, hacen muy difícil esta modalidad de custodia sin poner en riesgo la estabilidad educativa del menor, que cada día se va a ver sometido a una normativa distinta en función del progenitor con el que conviva en ese momento.

Por el contrario, y como seguidamente se expondrá, las relaciones correctas entre los progenitores, con una buena comunicación entre ambos, sin grandes diferencias en cuanto al estilo educativo del menor (colegio, pautas de conducta y estilos similares, confesión religiosa, etc.), son circunstancias que favorecerán la modalidad compartida.

2. Tratamiento doctrinal

En relación con esta cuestión, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado en términos de considerar que para que el factor referido a la conflictividad entre los progenitores pueda afectar al ejercicio adecuado de la modalidad de custodia compartida, deberá partirse de unas relaciones muy deterioradas y con un elevado nivel de enfrentamiento.

Así, para GUILARTE MARTÍN-CALERO³, tendrá que ser una relación deteriorada, pésima, conflictiva o simplemente inviable para que se descarte el régimen de guarda compartida, pues se hace necesaria la existencia de una actitud, un entendimiento mínimo y una colaboración entre los padres para que sea un sistema eficaz y no un sistema generador de continuos problemas.

En similares términos PÉREZ-SALAZAR

RESANO⁴, para quien se debe aceptar la custodia compartida como medida adecuada en aquellas situaciones en donde exista un cierto grado de discrepancia o tensión entre los progenitores, siempre que ambos sean capaces de preservar a sus hijos, evitando transmitirles sus propios conflictos. Se parte de que no es necesario un óptimo nivel de entendimiento para que pueda prosperar un sistema de guarda equitativo entre los padres.

Por lo tanto, **es mayoritaria la tendencia de que la mera discrepancia entre los progenitores, no es razón suficiente para denegar la custodia compartida.** Esta va a ser la línea seguida por la doctrina de nuestro Alto Tribunal como seguidamente expondré.

Frente a la que parece ser la línea doctrinal mayoritaria, existen opiniones en contra, como ROMERO COLOMA⁵, PÉREZ-VILLAR⁶, que han reseñado que resulta crucial para salvaguardar el beneficio del menor, la existencia de una buena relación entre los progenitores, haciendo hincapié en la necesidad de que exista una fluidez en la comunicación entre ambos.

En similares términos, PÉREZ MARTÍN⁷, para quien el requisito “de la falta de conflictividad” se considera básico e imprescindible, ya que si los padres no tienen relación entre sí, si no existe el más mínimo diálogo, nunca podrá acordarse la custodia compartida pues es consustancial a ésta una buena relación entre los progenitores. Se parte de que por encima de la custodia compartida será la custodia responsable.

¹ DELGADO DEL RIO, G., La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente, ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2010, p. 161.

² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, en Revista para el análisis del Derecho [en línea], núm. 2, 2008, pp. 5-6. [Consulta: 24 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.Indret.com>

³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Criterios de atribución de la custodia compartida”, en Revista para el análisis del Derecho [en línea], núm.3, 2010, p. 14. [Consulta: 15 de mayo de 2016]. Disponible en: <http://www.Indret.com>

⁴ PÉREZ-SALAZAR RESANO, M., “La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia”, en Diario La Ley [en línea], Sección Tribuna, núm. 7206, 2009, Año XXX, p.2. [Consulta: 11 de diciembre de 2016]. Disponible en: <http://www.laleydigital.laley.es>



Foto: JUAN CARLOS CÁRDENAS/EFE

3. Tratamiento por parte de la doctrina del Tribunal Supremo

En la materia que nos acontece, nos encontramos en un marco de absoluta inseguridad dada la ausencia de criterios legales que den una respuesta a esta cuestión. La falta de una regulación sobre la guarda y custodia compartida, que dicho sea de paso se hace cada vez más necesaria, hace que tengamos que recurrir a las pautas que nos van dando nuestros Tribunales.

La doctrina más reciente de la Sala Primera, ha superado las limitaciones que, hasta fechas recientes, venían dándose en este aspecto.

Así, la Sala viene siguiendo la línea de

considerar que la existencia de mala relación entre los padres, no limita en absoluto el ejercicio de la guarda y custodia compartida en la medida que esa mala relación no causa perjuicio para los menores⁸. Las sentencias TS de 15 octubre 20149, de 29 noviembre 2013¹⁰ (recogiendo la doctrina contenida en la STS de 22 julio 2011¹¹) ya referían la necesidad de que existiera una conflictividad extrema entre los progenitores, “especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición el niño al enfrentamiento”. Refiere la Sala que la genérica afirmación “no tienen buenas relaciones”, no debe amparar por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se aprecia de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de los menores.

Dicha doctrina se ha venido reiterando de forma pacífica hasta la actualidad, refiriendo la Sala que en una situación de crisis familiar, es frecuente la existencia de ciertos desencuentros entre las partes y de cierta tensión, afirmando que “el hecho de que los progenitores no se encuentren en buena armonía es una consecuencia lógica tras una decisión de ruptura conyugal, pues lo insólito sería una situación de entrañable convivencia”¹². De igual modo, añade que “ello no empecé a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se el régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.”¹³

En sus últimos pronunciamientos, entre otros la STS de fecha 24 abril 2018¹⁴, la Sala se ha venido reiterando en términos de que

si bien la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad, ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se el régimen de guarda compartida, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Insiste la Sala en que “será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial”¹⁵

En conclusión, podemos decir que se trata de una cuestión en la que no se debe generalizar.

Es evidente que en casi todas las rupturas, al menos durante los primeros meses, la relación existente entre los progenitores será tensa y con infinidad de desavenencias respecto de los acuerdos que hay que tomar referidos a los hijos menores, vivienda familiar, pensiones, etc. Esa desarmonía, que en muchos casos será transitoria, no puede ser excusa para que se deniegue la custodia compartida, siempre y cuando no perjudique el desarrollo personal del menor y exista por parte de los padres un proyecto educativo común para sus hijos. No obstante, y en los supuestos en donde ni tan siquiera exista ese proyecto educativo común, pudiera producirse un elevado grado de conflictividad que haga inviable la modalidad compartida, por lo que habrá que analizar el nivel de conflicto en cada caso y su incidencia en el interés superior del menor.

⁵ En este sentido ROMERO COLOMA, A., “La guarda y custodia compartida y las malas relaciones entre los progenitores”, en Actualidad Jurídica Aranzadi [en línea], núm. 825, 2011, p. 2. [Consulta: 1 de julio de 2016]. Disponible en: <http://www.westaw.es>

El artículo referido, concluye que “la custodia compartida no se revela como la medida familiar más beneficiosa para los menores, en tanto los progenitores no sepan alcanzar un entendimiento entre ellos”.

⁶ PÉREZ-VILAR APARICIO, R., (Coord.), “Estudio de Derecho Comparado sobre la regulación de la custodia compartida” [en línea]. [Consulta: 10 de julio de 2016]. Disponible en: <http://www.mujeresjuristasthemis.org/estudio/custodia/compartida>

⁷ PÉREZ MARTÍN, A.J., “Guarda y custodia conjunta o compartida”, en Tratado de Derecho de Familia.

Aspectos sustantivos, vol 1, ed. Lex Nova S.A, 2007, p. 268. ⁸ STS de 25 noviembre 2013 (Id Cendoj:

28079110012013100681). ⁹ Id Cendoj: 28079110012014100490 ¹⁰ Id Cendoj: 28079110012013100675 ¹¹ Id

Cendoj: 28079110012011100491

¹² STS de 11 febrero 2016 (ROJ: STS 437/2016 – ECLI:ES:TS:2016:437) ¹³ STS de 27 junio 2016 (ROJ: STS 3145/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3145) ¹⁴ Id Cendoj: 28079110012018100228

¹⁵ Entre otras, SSTS de 27 junio 2016, de 17 julio 2015 y 25 octubre 2017.

LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA CONVIVENCIA DE UN TERCERO CON EL PROGENITOR CUSTODIO

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NÚM. 641/2018, DE 20 DE NOVIEMBRE, DEL TRIBUNAL SUPREMO



MANUEL ÁNGEL GÓMEZ VALENZUELA
ABOGADO COLEGIADO EN EL ICAC

Premio José Corrales 2019 entregado por la AEAFA en las jornadas centrales de Madrid

1. Introducción

El presente artículo tiene como objeto abordar una somera aproximación a la Sentencia núm. 641/2018, de 20 de noviembre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, siendo relevante la citada resolución por ser la primera vez que el Alto Tribunal se ha pronunciado, directamente, sobre la posibilidad de extinguir el uso de la vivienda familiar, habiendo hijos menores, cuando uno de los cónyuges introduce a un tercero en la vivienda manteniendo una relación more uxorio.

Por tanto, la atribución del uso de la vivienda familiar cuando uno de los progenitores mantiene una relación more uxorio con un tercero en el hogar familiar será el nudo gordiano sobre el cual centraremos el presente estudio, no sin profundizar, coetáneamente, en otros aspectos de interés que deparó la meritada resolución,

que parte de la resultancia fáctica que se narra en las siguientes líneas.

2. Antecedentes de la Sentencia Núm. 641/2019, de 20 de noviembre del tribunal Supremo

Los litigantes del caso objeto de comentario estuvieron ligados por vínculo matrimonial hasta que el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valladolid declaró disuelto el vínculo matrimonial por mor del divorcio. Dicho Juzgado falló, en su Sentencia de 16 de enero de 2014, que el uso y disfrute de la vivienda familiar se atribuía a la madre, dado que era a quien se le adjudicó la guarda y custodia de los hijos, y que el padre debía abonar a sus hijos, en concepto de pensión de alimentos, la cantidad de quinientos euros.

En el año 2016, el marido presentó, al amparo del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), una demanda de modificación de medidas, solicitando la extinción del derecho al uso de la vivienda familiar, a fin de proceder a su venta o adjudicación a uno de los progenitores con el abono al otro del correspondiente importe, solicitando, subsidiariamente, la reducción de la pensión de alimentos. El fundamento de dicha vindicación residía en que la madre tenía una relación more uxorio con otra persona, la cual convivía con ella y los hijos en la vivienda familiar, viéndose obligado el marido a pagar los impuestos y el préstamo hipotecario que gravaba dicha vivienda.

El Juzgado a quo desestimó, parcialmente, la pretensión del actor, argumentando, en primer lugar, que la asignación de la vivienda familiar a los hijos menores y a la progenitora custodia es una manifestación del principio favor filii que no admite interpretaciones temporales limitadoras, para luego decir que la única consecuencia jurídica que tiene el hecho de que la progenitora custodia conviva en el domicilio familiar con su pareja sentimental es la extinción de la pensión compensatoria (1), quedando indemne el uso de la vivienda familiar.

Contra la antedicha sentencia, el actor interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valladolid, vindicando la extinción del uso de la vivienda familiar, pues pese a que la sentencia dictada en primera instancia reconoció la existencia de una relación more uxorio en la vivienda familiar no le atribuye a este hecho la consecuencia jurídica de extinción del uso de la vivienda, ciñéndose la resolución a reducir el importe de la pensión de alimentos.

La Sentencia núm. 20/2018, de 15 de enero, de la Audiencia Provincial de Valladolid, adhiriéndose a los argumentos del padre, critica este planteamiento del Juzgado a quo, pues el hecho de la nueva convivencia marital en nada afecta a la pensión de alimentos, máxime cuando la nueva pareja no contrajo matrimonio bajo el régimen económico de la sociedad de gananciales, en cuyo supuesto, y por mor del artículo 1362 CC, podría estar a cargo de la sociedad de gananciales la alimentación y educación de

los hijos de uno de los cónyuges. En base a ello, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid estima parcialmente el recurso de apelación, atendiendo, principalmente, a que la vivienda familiar había dejado de tener tal consideración, al servir su uso a una familia distinta y diferente, sin perjuicio de que razones de justicia y equidad obligan a no mantener el uso de la vivienda familiar cuando de dicho derecho se beneficia un tercero, ajeno al matrimonio o a la familia que se constituyó en su día.

3. Ratio decendi de la Sentencia del Alto Tribunal

El Ministerio Fiscal, disconforme con el fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, interpuso recurso de casación, ya que consideraba que la resolución dictada en segunda instancia había vulnerado, por priorizar el interés patrimonial del progenitor paterno al del menor, el artículo 96 CC.

La Sala 1ª, no negando el derecho del cónyuge divorciado a rehacer su vida al amparo de una nueva relación conforme al derecho a la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad, plantea el debate de que dicha libertad se pueda utilizar, en una manifestación de abuso del derecho, en perjuicio de otro, en concreto, en contra del progenitor no custodio. En esta senda, reconoce, ex profeso, la obsolescencia del artículo 96 CC (2) para resolver el problema objeto de litigio.

Ensayo que el interés prevalente del menor debe operar como canon hermenéutico para las decisiones relativas a la crisis matrimonial, entre ellas, el uso de la vivienda familiar, pudiéndose conseguir esta empresa no solo con la medida relativa a mantenerlos en la misma zona de confort que nutre el domicilio familiar, sino también con una solución adecuada a los progenitores, a fin de que puedan conciliar los avatares económicos y patrimoniales que resultan del divorcio, en aras de que éstos puedan hacer frente a los gastos que comporta los alimentos presentes y futuros en toda la extensión que consagra el cumplimiento de los deberes tuitivos.

(1). El artículo 101 CC dispone que "el derecho a la pensión de alimentos se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona".



Esquemáticamente, el Alto Tribunal hace gravitar su discurso en torno a los dos argumentos que siguen: **(i)** A pesar de que el interés superior del menor se debe valorar para la adopción de cualquier medida que surja de la crisis matrimonial, ello no es óbice para que se limite o restrinja este interés si las medidas adoptadas, amén de salvaguardar dicho interés, puede ponderar los derechos e intereses de otras personas que pudiesen resultar afectadas; **(ii)** Remitiéndose a su propia doctrina, considera que el rigor del artículo 96 CC desaparece cuando la vivienda deja de tener el carácter familiar, estimando así que la entrada de un tercero en la misma provoca el advenimiento de una nueva familia, perdiendo la antigua vivienda su anterior status.

Por tanto, y manifestando que la extinción del uso de la vivienda familiar, con la consiguiente liquidación del bien ganancial, no priva a los menores del derecho a una vivienda, termina por desestimar el recurso de casación planteado por el Ministerio Fiscal, valorando que el interés de los hijos no puede desligarse del interés de los padres, más en aquellos supuestos donde ambos intereses pueden ser conciliados.

4. Conclusiones: Interés del menor VS interés patrimonial de los progenitores.

A la vista de lo expuesto, el criterio secundado por el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 641/2018, de 20 de noviembre, nos parece acertado. A pesar de que el artículo 96 CC esté ideado para proteger el interés del menor, y per relationem, en quien ostente su guarda, ello no debe suponer que cuando se pueda amparar todos los intereses en juego se pueda adoptar una medida equidistante.

Debemos tener en cuenta que la vivienda familiar, en la mayoría de los casos, constituye el bien más importante de la economía familiar, resultando harto complicado que el progenitor no custodio rehaga su vida sin poder disponer de ella. Estamos de acuerdo en que en aquellos casos en que el interés del menor sea inconciliable con el interés patrimonial de los padres deba primar el interés de aquél, en línea con lo dispuesto en el artículo 96 CC.

Sin embargo, lo anterior no justifica la interpretación rigorista que ha secundado durante estos años el Tribunal Supremo (3) y muchas Audiencias Provinciales (4), llevando a sus últimas consecuencias mantener al menor en su hábitat, pues bajo el argumento de que los padres deben mantener, sea el precio que sea, la estabilidad del menor, a la postre el interés del progenitor no custodio puede verse lastrado considerablemente, tornándose en capital la reforma del artículo 96 CC, permitiendo una compensación económica al progenitor no custodio en aquellos casos en que sea inviable la fungibilización del inmueble.

Se dice esto, porque el progenitor no custodio, por medio de la desvinculación de lo que, durante años, fue su vivienda, ve erosionada su economía, hasta el punto que deberá hacer malabares para compatibilizar la renta del contrato de arrendamiento que deberá sufragar para procurarse una vivienda digna con la obligación de abonar la pensión de alimentos del menor, pudiendo resultar agravada esta situación con el coste que conlleva la amortización del préstamo hipotecario que solicitaron para adquirir la vivienda familiar. **En esta tesitura, existe un serio riesgo de que el progenitor no custodio no pueda atender a las necesidades del menor, colocándose en un escenario complicado de remontar.** En el caso que analizó el Alto Tribunal vimos además un suceso indignante, pues mientras el padre estaba viviendo en una suerte de precariedad, su ex cónyuge residía en la vivienda familiar junto con su nueva pareja, disfrutando de todo tipo de comodidades y sin sufrir los avatares de la crisis matrimonial, apelando al interés del menor para mantener un status que progresivamente estaba empobreciendo a quien durante años compartía su lecho.

Por otro lado, la Sentencia que analizamos merece la calificación de pionera, pues aunque con anterioridad doctrina reiterada del Tribunal Supremo (5) había previsto la desfamiliarización de la vivienda como causa de extinción de su uso, esta vez ha sido la

primera que el Alto Tribunal, secundado el criterio de algunas Audiencias Provinciales (6), ha aplicado dicha regla, dedicando algunas líneas al concepto de la desfamiliarización de la vivienda, pues desde el preciso instante en que desaparece el calificativo “familiar” el juzgador debe inhibirse en la protección que brinda el concepto, permitiendo a los cónyuges o a la pareja, en el caso de tratarse de una pareja de hecho, sanear su economía sin desmerecer el interés del menor.

Por ello, la sentencia debemos calificarla como valiente y vanguardista, esperando que sirva de precedente a muchas Audiencias Provinciales que, parapetándose en el interés del menor, merman las economías familiares, consintiendo y tolerando todo tipo de abusos en contra de la regla de la bona fide.

Dicho esto, y con vocación de lege ferenda, creemos que la mejor opción para equilibrar la situación patrimonial ocasionada por la atribución del uso de la vivienda familiar, común o privativa, al otro cónyuge, en aquellos casos en los que sea inviable la liquidación o su adjudicación al propietario, es que el cónyuge beneficiado por el uso pague una contraprestación equivalente al coste por una vivienda de alquiler de características similares. Se trata de una posibilidad que acogió el artículo 6.1 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (7), aprobada por la Comunidad Valenciana, y que posteriormente fue declarada inconstitucional.



(2). Efectivamente, el Tribunal Supremo, en su fundamento de derecho segundo, manifiesta que “una vez más se advierte la insuficiencia del artículo 96 del Código Civil para resolver este y otros problemas asociados al uso del domicilio familiar”. (3) Véase, ad example, las Sentencias del Alto Tribunal núm. 284/2016, de 3 de mayo; núm. 671/2012, de 5 de noviembre, núm. 193/2013, de 15 de marzo y núm. 5/2015, de 16 de enero.

(4) En este sentido, nos remitimos a la Sentencia núm. 132/2006, de 3 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Navarra, que manifiesta que, aun reconociendo que la situación del progenitor no custodio es injusta y humillante en los casos de entrada de un tercero en la vivienda familiar, entiende que la aplicación del artículo 96 CC no admite excepciones, siendo tarea del legislador inclinar la balanza hacia el interés más digno de protección. También la Sentencia núm. 306/2010, de 21 de julio, de la Audiencia Provincial de Cáceres, impide la liquidación de la vivienda en caso de entrada de un tercero, aun habiéndolo pactado las partes en el convenio regulador, por el mero hecho de que esa tercera persona no ejerce ninguna influencia sobre los menores

(5) Véase las Sentencias núm. 191/2011, de 29 de marzo y núm. 671/2012, de 5 de noviembre.

(6) A título de ejemplo, se pronuncia en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona núm. 522/2000, de 4 de octubre; Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 186/2004 de 29 de junio; Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia núm. 287/2009, de 9 de diciembre y; Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 355/2010, de 16 de septiembre; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 215/2016, de 31 de marzo, y; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 485/2015, de 20 de julio.

(7) Dice así el artículo 6.1: “En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso”.

*DERECHO DE FAMILIA
VS
DERECHO A LA
INTIMIDAD*



NATIVIDAD SIMO BOSCA
ABOGADA

Voy a abordar una cuestión, que nos planteamos en nuestros despachos día sí, y día también: ¿qué hago con esta documentación?...

Intentar dar respuesta a la misma, es la primera labor nuestra, teniendo en cuenta, que defendemos intereses muy delicados, tanto a nivel afectivo, como económico, considero que el límite está en buscar el equilibrio, entre la ética del letrado, y el derecho a defensa; el cómo la documentación que ha llegado a nosotros, hace que ese equilibrio se tambalee ; ante tal situación: si consideramos que hay riesgo en que la documentación provenga de una fuente no muy clara, hay que guardar la información, e intentar acudir a otros medios que nos den idéntica información...en ese momento se logra el objetivo: el equilibrio.

Una vez encontrado, así como las vías alternativas, considero que es de exigir al contrario idéntica actitud, y ante cualquier sospecha, o certidumbre de encontrarnos que dé contrario no se da, nuestro compromiso con el cliente, es utilizar todos los medios a nuestro alcance, dentro de nuestro ordenamiento, para que conste ante

el juzgador, que se han rebasado los límites y se están vulnerando algo que para nosotros en nuestro quehacer diario, debe ser nuestra guía: defender los intereses de nuestro cliente, respetando, tanto al proceso, y como actuar, y no permitir, que la sentencia final, se fundamente, en datos o documentos, no debían ser traídos al procedimiento, por lo dicho al inicio: el uso de los medios de prueba lícitamente obtenidos.

Esta prueba debe respetar no solo los límites de la intimidad del contrario, sino el no ir más allá, dado que si bien, nos podemos sentir poderosos con dicha información, puede que ese poder se esfume, dado que de forma irresponsable o no muy conscientes, nos hemos generado un problema, tanto a nosotros como al cliente.

En contestación a mi pregunta, muchos compañeros, han tenido la didáctica de hacernos entender la diferencia entre:

Se considera prueba ilícita aquella en cuya obtención u origen se hayan vulnerado derechos o libertades fundamentales, o aquella cuyo contenido sea el que vulnere esa clase de derechos.

No obstante, puede ocurrir que la prueba aportada no vulnere derechos fundamentales protegidos constitucionalmente, pero vulnere cualquier otra norma. Estaremos en ese caso ante lo que se conoce como "prueba irregular" que, contrariamente a lo que pasa con la prueba ilícita, será admisible en el proceso para que el tribunal la tenga en cuenta, con independencia de la responsabilidad en la que pueda incurrir quien haya infringido un determinado derecho. (blog de Oscar Cano), la AP de las I. Baleares (sección 3ª), sentencia núm. 109/2008, de 30 abril -EDJ 2008/178750-, afirma que "la ineffectividad de las pruebas ilícitamente obtenidas queda legalmente determinada a que haya sido obtenida con violación de un derecho fundamental de rango igual o superior al del derecho de prueba, y de ahí que el artículo 11.1 de la LOPJ -EDL 1985/8754-, tras proclamar que "en todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buena fe", disponga que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales", lo que supone que queda excluida de dicha ineffectividad las pruebas obtenidas con infracción de normas civiles o de otra naturaleza ya que sólo cabe afirmar que existe prueba

prohibida cuando se lesionan derechos fundamentales al obtenerlas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a las reglas de la interdicción de la indefensión -STC 64/1986, de 21 de mayo -EDJ 1986/64- y STS de 29 de marzo de 1990.

Y esta debe ser nuestra actitud, en defensa de los intereses de nuestro patrocinado:

En el juicio verbal si alguna de las partes, o el tribunal de oficio, cuestiona la ilicitud de alguna fuente o medio de prueba tendrá que alegarlo al inicio de la vista, siempre después de la proposición y admisión de las pruebas (arts. 443,4 y 287,1 LEC -EDL 2000/77463-).

A continuación, se debatirá entre las partes y, al igual que en el juicio ordinario, se practicarán, en su caso, las pruebas que se consideren pertinentes y útiles para acreditar la ilicitud. Ahora bien, contra la decisión que acuerde el tribunal sólo cabe formular protesta conforme al art. 446 LEC, a efectos de hacer valer sus derechos en la segunda instancia.



SILVIA MOYA
ABOGADA

"El derecho a la intimidad es un derecho fundamental, que ha de tenerse en cuenta también a la hora de la obtención de pruebas y de documentos en un procedimiento, de modo que no podrá presentarse nada que se haya obtenido mediante la vulneración del mismo."

En el seno del procedimiento de familia, en muchas ocasiones, nos surge la duda, en relación con la documentación, que, sin contravenir la norma penal, se puede aportar, y ello con el fin de acreditar nuestras pretensiones; hay que tener en cuenta, que es, en estos procedimientos, de familia, en los que con mayor facilidad, se puede incurrir en el ilícito que conocemos como "delito de descubrimiento y revelación de secretos", al aportar la documentación de la que nos queremos valer, para defender, los derechos que nos han sido encomendados. Por ello, para preparar nuestro acervus probatorio, de formalícita y ética, hay que tener presente el artículo 197.1º del C.P, " el que , para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, (...) será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses".

Pues bien, atendiendo, a este norma, que nos obliga, en el cometido de nuestra labor profesional, y que no podemos ni debemos desoír, habrá que tener en cuenta, al aportar la misma, que esta, se ha obtenido lícitamente, además de asegurarnos que el contenido de la referida prueba, no resulta secreto, esto es, nos hemos de encontrar ante información que los cónyuges han compartido de forma totalmente voluntaria, ante documentación que el matrimonio ha dispuesto de forma común y consentida, es en este caso cuando, la misma no resultaría " secreta", y por ende no se vulneraría la norma penal, como así ha predicado la sentencia 36/2014 de 18 de Febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Baleares(Sección 1ª): " Así las cosas, resulta imprescindible que el contenido de los documentos fuese, previamente al acceso, desconocido para la acusada(...). Tal y como indica, la STS de 10 de Junio de 2011, este delito requiere " un tipo de dolo que, además de incorporar el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, integre el especial elemento subjetivo consistente en que la acción haya sido ejecutada con la finalidad de ("para") franquear el umbral de la intimidad del otro".

En estos supuestos, es evidente, que no entraría en juego, el artículo, 197.1 del C.P, que puede hacer tambalear, nuestra prueba, pues, el contenido de la referida prueba, "adolecería de la voluntad de conocer, de descubrir, de saber algo que hasta el momento se desconoce".

De igual modo, nos preguntamos en muchas ocasiones, si aportar, informes médicos, en concreto psicológicos, que evidencien una patología mental, o aquellos que prueben serias adicciones, y que vengan a acreditar, que aquel progenitor/-ra, no se encuentra en condiciones de ejercer un cuidado responsable de sus hijos, es lícito, y ello porque, entra en juego un valor, como es el interés de los hijos; pues bien, atendiendo a la sentencia dictada por por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, de fecha de 11 de abril de 2002, "no considera que la aportación por una esposa al procedimiento de divorcio del informe de un psiquiatra relativo al marido, obtenido entre noviembre de 1996 y octubre de 1997 (fechas en las que aquél fue convencido por la familia para que acudiese al psiquiatra, quien mantuvo varias entrevistas con el paciente y su esposa), y que acreditaban un trastorno de su personalidad, así como de adicción al alcohol, constituyese

una prueba ilícita en base al artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación, fundamentalmente, con el artículo 14 de la Constitución Española. Reiteradamente tiene declarado el Tribunal Constitucional, que el derecho a la intimidad no es absoluto, sino que coexiste con otros derechos fundamentales, con otros bienes jurídicos, cuya ponderación debe marcar los límites de aquel, no siendo de apreciar en el caso concreto, la alegada sanción de ilicitud probatoria, atendiendo a la valoración judicial de los derechos en conflicto, en especial el interés de citada hija común", todo ello sin perjuicio de aquellos casos contemplados en el artículo 5 de la Ley 41/2002, en el que el cónyuge autoriza al otro a acceder a su historial clínico. Es evidente que estas cuestiones, merecen de nuestro interés, y habrá que tenerlas presentes cuando nos dispongamos a preparar nuestra defensa, y así deberemos de ponderar el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que este se ejerza como prima la LOPJ, desde la buena fe, y sin contravenir el derecho a la intimidad del adverso, respetando para ello, las reglas del juego, pues sólo con una actuación que dignifique nuestro comportamiento, obtendremos el resultado esperado de la prueba aportada, soslayando el ilícito



LA TÉCNICA JURÍDICA DEL ABOGADO: CÓMO CONVERTIR LA VERSIÓN DEL CLIENTE EN LOS HECHOS RELEVANTES DE LA DEMANDA

Probablemente lo haces a diario. Cada vez que te enfrentas con un caso nuevo, pero he pensado que, tal vez, podamos analizar y describir, lo que la rutina ha convertido en un proceso inconsciente.

Los abogados transformamos una historia del cliente, contada de forma irregular y subjetiva, en una pretensión judicial defendible, acreditable y sostenible.

La estructura del proceso por el cual los abogados, analizamos la versión del cliente, para convertirla en hechos relevantes de la demanda, contiene la esencia de lo que el Art. 1 del Estatuto General de la Abogacía denomina, como técnica jurídica. Esta suele contener los siguientes pasos:

1. Recogida de información
2. Análisis de la información: Ordenación cronológica, verificación y documentación de la información.
3. Estudio de Jurisprudencia para determinar que hechos deben acreditarse en supuestos similares para que la demanda prospere.
4. Enumeración de los hechos relevantes del caso, en función de los criterios jurisprudenciales.
5. Determinación de la prueba de cada hecho relevante.
6. Determinación de la estrategia del asunto.
7. Redacción de los hechos de la demanda.

La recogida y verificación de la información:

Nuestra principal fuente de información la constituye la versión de nuestro cliente. La pregunta es: ¿Resulta necesario verificar la versión del cliente? Esto lo analizo con más profundidad en otro artículo sobre la entrevista del cliente del abogado, pero en lo que a la cuestión se refiere, no sería preciso verificar la versión del cliente si:

- a) La versión del cliente incluyera absolutamente toda la información.
- b) La narración de los hechos no sufriera alteración subjetiva, de forma que fuera suficiente por sí misma para concretar los hechos.
- c) Si el problema no le afectara emocionalmente al cliente y
- d) Si el problema no tuviera ninguna repercusión en el entorno del cliente (su pareja, hijos, trabajo etc.)

Además de todo esto, piensa un momento. ¿Por qué razón, un total desconocido, te va a contar a ti, que te acaba de conocer, una serie de hechos que pueden romper su imagen decente y honesta que te está dando? Ese sobreesfuerzo de sinceridad que puede quebrar su honorabilidad y su imagen, precisa de un plus de confianza



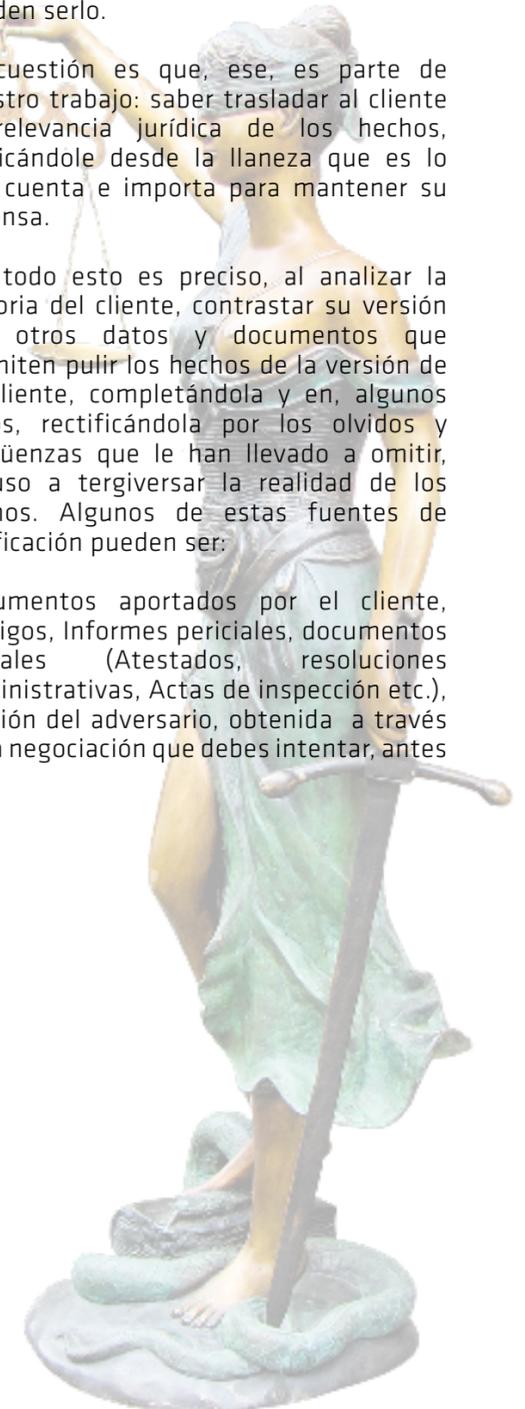
SATURNINO SOLANO
ABOGADO
Saturninosolano.com

que aún no tiene contigo y es tu misión como abogado, lograr que la tenga. Por otra parte tu cliente no es abogado. (Y si lo es..., pobre de ti). Lo cierto es que el cliente no sabe cuáles son los hechos relevantes de su historia. Por ello te contará de forma desordenada y confusa hechos intrascendentes que, para él son importantes, y no te contara otros que sí pueden serlo.

La cuestión es que, ese, es parte de nuestro trabajo: saber trasladar al cliente la relevancia jurídica de los hechos, explicándole desde la llaneza que es lo que cuenta e importa para mantener su defensa.

Por todo esto es preciso, al analizar la historia del cliente, contrastar su versión con otros datos y documentos que permiten pulir los hechos de la versión de tu cliente, completándola y en, algunos casos, rectificándola por los olvidos y vergüenzas que le han llevado a omitir, incluso a tergiversar la realidad de los hechos. Algunos de estas fuentes de verificación pueden ser:

Documentos aportados por el cliente, Testigos, Informes periciales, documentos oficiales (Atestados, resoluciones administrativas, Actas de inspección etc.), Versión del adversario, obtenida a través de la negociación que debes intentar, antes





La cronología de los hechos:

Una vez dispones de toda la información, te recomiendo que te hagas un listado cronológico de los hechos, por los siguientes motivos:

1º Te permite analizar las causas y los efectos de los hechos ocurridos y conocer la justificación de cómo y porqué han ido sucediendo.

2º Te permite analizar la prescripción y la caducidad de conductas y hechos, para ejercer la acción o para defender a tu cliente de las que ejerzan contra él.

3º Te permite analizar conductas del entorno del cliente. Conductas de tolerancia, incluso de aceptación de lo que luego se le reprocha y que permiten justificar el proceder del cliente. (evidentemente no me refiero a consentir actos violentos).

4º Podrás analizar el derecho vigente en el momento de producirse los hechos. La defensa jurídica se sustenta no solo en el derecho, también en justificar los hechos que aislados parecen incomprensibles, pero cronológicamente pueden estar plenamente justificados.

CONCRETA LAS NORMAS O FUNDAMENTOS JURÍDICOS VULNERADOS Y APLICABLES AL CASO.

La forma más rápida de hacerlo es buscar jurisprudencia de casos similares: observa que normas aplicaron y toma nota de que hechos han sido relevantes para el análisis jurídico. Valora la aplicación transitoria de las normas y la legislación vigente aplicable a los hechos.



INTERPRETACIÓN DEL DERECHO A LOS HECHOS DEL CASO:

Enumera los hechos relevantes de tu caso. Explica al cliente que hechos tienen importancia jurídica, para que te los rescate de sus recuerdos. Que hechos vulneran o amparan las normas. Que hechos pueden tener la consideración de agravantes o atenuantes, si es un asunto penal. Etc. Que hechos anteriores y posteriores pueden justificar las conductas del cliente, o pueden producir consentimiento del contrario.

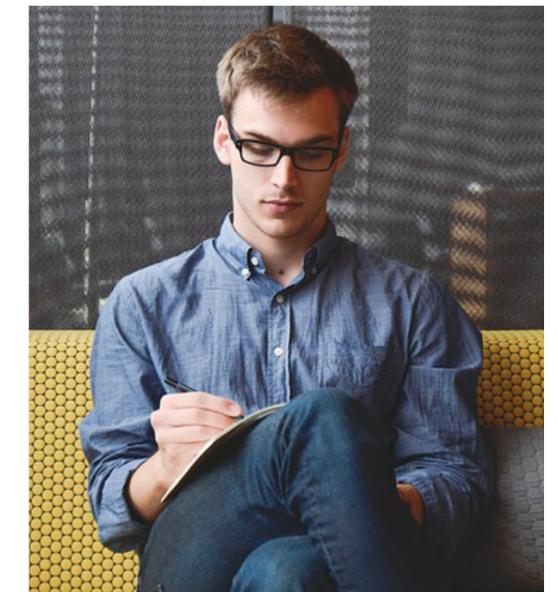
ENUMERACIÓN Y PRUEBA DE LOS HECHOS RELEVANTES:

Haz una lista de los hechos relevante jurídica. Yo suelo hacerlo en varias columnas, una con los hechos relevantes y otra con aquellos otros hechos que, sin serlo, justifican, explican su origen, o dan credibilidad y conexión al conjunto. En otra columna, indica como acreditar uno a uno, aquellos hechos que, de iniciarse la contienda judicial, tendrás que probar al juez.

REDACTA LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

Con este esquema, estas en condiciones de redactar la demanda.

Suerte.



LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: SE ACABÓ LA TUTELA

Resumen: El Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 suprime la incapacitación y la tutela deja de ser un mecanismo de protección de personas con discapacidad, que quedarán sujetas a curatela: no se les nombrará ya un tutor que actúe en su nombre, sino un curador que les asista y complemente su capacidad, apoyándoles en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con su propia voluntad y preferencias.

1. El 21 de septiembre de 2018 se presentó, por parte de los Ministerios de Justicia y de Sanidad, Consumo y Bienestar social, un importantísimo Anteproyecto de Ley, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

Dicho Anteproyecto no ha fructificado en la presente legislatura, al haber ésta finalizado abruptamente, pero no cabe la menor duda de que se acabará concretando en una reforma legislativa, ya que goza de un llamativo consenso entre todos los grupos parlamentarios, que, evidentemente, son conscientes de la necesidad de introducir en nuestra legislación los parámetros de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 30 de marzo de 2007.

2. En el Preámbulo (letra c) de la Convención se reafirma la universalidad de

“todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación”.

Por cuanto a aquí nos interesa, el art. 12 de la Convención, bajo la rúbrica “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, prevé el reconocimiento, por parte de los Estados firmantes, del principio de que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (núm. 2) y la obligación de proporcionales “las medidas de apoyo” que puedan necesitar para ejercerla (núm. 3) mediante el establecimiento de un sistema de “salvaguardas”, que respete “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” (núm. 4).

Por lo tanto, se observa un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la capacidad de obrar. Por el contrario, se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica.



3. El problema (al menos, a mi entender) es que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus conocidas Observaciones Generales de 19 de mayo de 2014, ha propugnado una interpretación del art. 12 de la Convención, que, claramente, desborda lo dicho en el precepto. En ellas se afirma que “no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas”.

Pero, además, se niega que pueda distinguirse entre los conceptos de “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar” (a las que, respectivamente, se llama “capacidad legal” y “legitimación par actuar”), con el argumento de que la primera queda restringida cuando se limita la segunda, incurriéndose, siempre que ello se hace, en una discriminación de las personas con discapacidad.

Se dice (en el núm. 15 de las Observaciones) que las restricciones se basan en la circunstancia de que, “si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información”; y se califica dicho criterio como “incorrecto”, “por dos motivos principales: a)

porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, pertinente”.

Sin embargo, a mi parecer, tales observaciones son excesivas:

En primer lugar, porque las nociones de “capacidad jurídica” y de “capacidad de obrar” no se aplican, exclusivamente, respecto de las personas con discapacidad, sino que tienen un alcance general, sirviendo, por ejemplo, para explicar, por qué ciertos contratos celebrados por menores no emancipados son anulables (sin que ello implique negarles aptitud para ser titulares de derechos, los cuales podrán ser adquiridos a través de sus representantes legales).



JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho civil, Universidad de Valencia

En segundo lugar, porque las restricciones de la capacidad de obrar de cualquier persona (también de las que sufren una discapacidad) no tienen otro fundamento que el de su protección. Por ello, sólo se establecen cuando sea estrictamente necesario, por concurrir en ella una circunstancia que le impida apreciar razonablemente las consecuencias de su actuación, evitando que sea víctima de su propia inexperiencia o discapacidad o del propósito ajeno de sacar provecho de ella.

En tercer lugar, porque afirmar, con carácter general, que **no se puede “evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana” es, obviamente absurdo, dado que, por desgracia, hay casos en los que, debido a una enfermedad, es patente que una persona carece de capacidad de discernimiento y, por ello, no puede formar libremente su voluntad.** Parece que el Comité está pensado, simplemente, en ciertos casos de discapacidad, como, por ejemplo, la sensorial o la provocada por enfermedades como el síndrome de Down, en los que, efectivamente, la restricción de la capacidad de obrar carece de sentido o resulta desproporcionada, por lo que lo

precedente es establecer un sistema de apoyos tendente a posibilitar el ejercicio de los derechos de las personas que las padecen, por ellas mismas, de acuerdo con las propias inclinaciones y preferencias (con derecho, pues, a equivocarse). Pero habrá casos, cada vez más frecuentes, dado el avance de la esperanza media de vida, en que, necesariamente, habrá que acudir a un sistema de adopción de medidas sustitutivas a través de la actuación de un representante legal que obre en nombre de la persona con discapacidad.

4. El Anteproyecto se inspira en las Observaciones del Comité, en la medida en que, con el fin de eliminar las restricciones de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, suprime la incapacitación, con la consecuencia de que la tutela deja de ser un mecanismo de protección de las mismas, las cuales quedarán sujetas a curatela. Es decir, no se les nombrará ya un tutor que actúe en su nombre, sino un curador que les asista y complemente su capacidad, apoyándoles en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con su propia voluntad y preferencias.



En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se habla del “cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones” (I); y se observa que “el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse” (III).

Se refiere a la curatela como “la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, explicándose que “El propio significado de la palabra curatela –cuidado, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial”; pero, con evidente sentido común, se añade que, “No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general” (III).

Esta última aclaración es importante, porque de la redacción que se propone para el art. 267 CC no se deduce que sea posible atribuir al curador funciones representativas de carácter general (aunque sí de la dicción de los propuestos arts. 1700.4º y 1732.2 CC).

El proyectado art. 267 CC establece, así, que “Sólo en los casos excepcionales en los que resulte necesario por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de aquella”; y que, “Tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa”.

Sin embargo, en los que casos en que sea absolutamente necesario (y la experiencia nos muestra que los hay), habrá que proceder a atribuir al curador funciones representativas, incluso con carácter general, pues, de lo contrario, con el loable propósito de fomentar el libre desarrollo de la personalidad del discapacitado (art. 10.1 CE), desde un punto de vista práctico, se puede llegar a obstaculizar gravemente la protección a la que constitucionalmente también tiene derecho (art. 49 CE), haciendo inviable la toma de decisiones en los asuntos que le conciernan.



LA RENUNCIA A LA HERENCIA Y SUS EFECTOS: DISTINCIONES ENTRE RENUNCIA DE HERENCIA AB INTESTATO Y HERENCIA TESTAMENTARIA

Aunque parece que la crisis ha remitido, no es la económica, ni mucho menos la única razón que puede llevar a un heredero a renunciar a su derecho a suceder, y por eso repudiar a la herencia sigue siendo relativamente habitual, así que quizás sería interesante hacer un pequeño análisis sobre los efectos de la renuncia para el resto de coherederos (si los hay), qué sucede si no los hay y por último las diferentes consecuencias de la renuncia en la herencia legítima y la testamentaria, cuando se establece la cláusula de sustitución vulgar.

Como hace muchísimos años decía uno de mis profesores, hoy compañero de profesión, cuando le hacíamos alguna pregunta, de las que él llamaba "enrevesadas", empezamos por el principio;

Así pues iniciemos con la premisa de que no es posible renunciar a la herencia antes de que se abra la sucesión, pues como dice el artículo 991 del Código Civil: "Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia." Es obvio que ha de nacer el derecho "a heredar" para que éste pueda ser aceptado o repudiado.

Entrando en materia, la FORMA DE LA

RENUNCIA, a diferencia de la aceptación, se requiere que aquella sea expresa y auténtica, así el artículo 1.008 C.C. establece que "La repudiación de la herencia deberá hacerse ante Notario en instrumento público."

De lo expuesto se desprende que no tiene valor alguno la renuncia tácita, ni la realizada mediante manifestaciones no formales (este sentido STS 23-11-99).

EFECTOS DE LA REPUDIACIÓN:

1.- Comunes a la herencia testamentaria y legítima:

- El principal efecto es hacer desaparecer la delación a favor del llamado Art. 440. Apartado 2º C.C. "El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento".

- Además siendo llamado a la herencia por diferentes vocaciones, establece el artículo 1.009 C.C. que "El que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos. Repudiándola como heredero abintestato y sin noticia de su título testamentario, podrá todavía aceptarla por éste". 2.- Efectos de la Renuncia en la herencia testada: da lugar en los respectivos casos al llamamiento del heredero sustituto, al ejercicio del derecho de acrecer o a la apertura, total o parcial, de la sucesión legítima.



CAROLINA SAPIÑA
ABOGADA



- La renuncia de una herencia no implica renuncia de todos los derechos y beneficios derivados del causante. Por eso, según el CC no impide la aceptación de un legado dejado al mismo heredero (art. 890 párrafo 2º) aceptar la mejora (art. 833) ni que el renunciante pueda representar al de cuius en otra sucesión (art. 928).

- Se produce la sustitución vulgar si esta ha sido establecida en testamento, para el caso de renuncia. Artículo 774 C.C." Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia. La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario".

- Si el testamento no establece cláusula de sustitución, la renuncia del heredero tendrá como efecto que la parte del repudiante acrezca al resto de coherederos (art.982 C.C.), salvo que el testamento asigne cuerpos de bienes ciertos a cada heredero, ya que en este caso se abre la sucesión legítima para la parte de la herencia repudiada.

- Si no existen más heredero(s) que el/los renunciante(s), se abre la sucesión legítima para heredar al causante.
- 3.-Efectos de la Renuncia en la sucesión legítima: es algo más simple pues tal y como establece el C.C. en su artículo 981:" En las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos".

Pongamos por ejemplo que Cayo tiene dos hijos, Tizio y Sempronio, que son sus herederos; Tizio tiene a su vez dos hijas Anna y Laura, Sempronio sólo un hijo, Flavio. En el caso que Tizio renunciase a la herencia de su padre, su parte acrecerá a Sempronio y viceversa. Si renunciasesen ambos, serían llamadas las hijas de Tizio y el hijo de Sempronio por ser los parientes de grado más próximo, pero heredarían por derecho propio, (es decir por cabezas, en tres partes iguales) y no por derecho de representación (en cuyo caso lo harían por estirpes, por mitades)

En síntesis, si se renuncia a una herencia testamentaria el principal efecto es que entran en juego y por este orden:

- 1.- Sustitución Vulgar.-> Sustituto
- 2.- Derecho de Acrecer.-> Coherederos
- 3.-Apertura de sucesión legítima. Por ejemplo, el único hijo y a su vez único heredero renuncia, sin cláusula de sustitución vulgar, por tanto se abre la sucesión legítima, siendo sus hijos (si los tuviere) los primeros llamados

En cambio en la sucesión legítima la renuncia siempre surte efectos para el renunciante y su estirpe, así pues el efecto es:

- 1.- Derecho de Acrecer.->Coherederos
- 2.- Siguiente llamado en el orden de suceder.-> Siguiente grado, si el primer llamado era hijo, serán llamados los nietos,... siguiendo el orden de llamamiento establecido en los artículos 930 y ss del C.C.

II JORNADA DE DERECHO DE FAMILIA CELEBRADA EN VALENCIA EL 15 Y 16 DE FEBRERO

Los pasados días 15 y 16 de Febrero de 2019, tuvieron lugar, en el salón de Actos del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, las II Jornadas AEAFA-ICAV, unas Jornadas que, batiendo record de asistencia, reunieron a más de 150 expertos en Derecho de Familia de toda España

Nuestra Decano, D^a Auxiliadora Borja, abrió las Jornadas junto a la Presidenta de la AEAFA, D^a M^a Dolores Lozano, tras lo cual, comenzaron dos intensos días de ponencias de una altísima calidad.



D. Gonzalo Ebri, Teniente Fiscal de la Comunidad Valenciana, abrió el acto con una magnífica exposición referida a las Crisis del Juicio de Capacidad, en relación a las Reformas Legislativas para la Adaptación a la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.

Acto seguido, D. Javier Carrascosa, Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Murcia, nos ofreció una ponencia referida a cuestiones prácticas del Divorcio Internacional, un asunto de plena actualidad, como consecuencia de lo que la Presidenta de la AEAFA, M^a Dolores Lozano refirió como: "la globalización, la movilidad geográfica de las personas, los cambios continuos de residencia dan lugar a la frecuencia de un elemento internacional en las familias, y nuestro país es un claro ejemplo de ello: emigramos y recibimos inmigración. Y este elemento internacional, ha de tenerse en cuenta en el momento en que se produce el conflicto. En un proceso de familia con un elemento internacional, han de manejarse adecuadamente todos los Reglamentos de la Unión Europea sobre Derecho Internacional Privado de Familia, porque forman parte de nuestro derecho interno".

La tarde del viernes 15 de Febrero de 2019, la abrió D^a Rocío Atienza Gimeno, Inspectora de Hacienda del Estado, y vocal del TEAR, trasladándonos una excelente exposición referida a La Fiscalidad de las Crisis Matrimoniales: pensión de alimentos, compensatoria, indemnización por trabajo doméstico y liquidaciones patrimoniales.



Tras ella, D. José Luis Seoane Spielberg, Presidente de la Audiencia Provincial de La Coruña, expuso con excelente precisión las Deudas en relación a la Sociedad Legal de Gananciales.

Tras cerrar la primera sesión de las jornadas, Ricard Camarena con ofreció una fantástica cena en el restaurante "Habitual", situado en el espléndido escenario del Mercado de Colón de Valencia.

El sábado 16 fue una Jornada de excepción para todos los abogados de Familia de Valencia, pues los Magistrados de los Juzgados de Primera Instancia n^o 8, 9 y 24 de Valencia, D. José María Cutillas Torns, D^a Ana Pons Fuster Olivera y D^a Ana M^a Mayor Vaño, subieron a la mesa de los ponentes para exponernos sus criterios en relación a la Ejecución de las Sentencias dictadas en procesos de familia: medidas personales, pensión de alimentos, uso de la vivienda familiar y medidas dispositivas. D^a M^a Mercedes Miñana Arnao, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n^o 26 de Valencia, por motivos personales, excusó su presencia en el salón de actos. Todos los abogados tuvieron la oportunidad de efectuarles cuantas preguntas consideraron, lo que ha sido por primera vez posible en Valencia, gracias a estas jornadas. Desde aquí, queremos agradecer a los Magistrados la deferencia que tuvieron con todos nosotros.

Tras ello, un Foro Abierto, con la Presencia de D^a Mar Evangelio Luz, abogada ICAV, D. Antonio Javier Pérez Martín, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n^o 7 de Córdoba, D^a M^a Dolores Azaustre Garrido, Abogada y Vicepresidenta de la AEAFA, y D^a Palmira Trelis Martín, Abogada ICAV y Presidenta de la Sección de Derecho de Familia del ICAV, permitió a todos los presentes resolver sus dudas prácticas

Enhorabuena a todos y hasta el próximo año 2020, que esperamos volvamos a superar el récord de asistentes, un récord demostrativo de la existencia cierta del Abogado Especialista en Derecho de Familia, una especialidad que, Jornadas como éstas, fomenta y da el prestigio que merece.



ABOGADOS Y MAGISTRADOS CELEBRARON EL MAYOR CONGRESO DE DERECHO DE FAMILIA EN MADRID



La Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) celebró el 8 y 9 de marzo sus jornadas centrales a las que asistieron los mayores expertos del país en divorcios, separaciones, tutelas o herencias. La inauguración del congreso contó con la presencia del secretario de Estado de Justicia, Manuel-Jesús Dolz Lago.

“Nos reunimos con la finalidad de seguir formándonos en Derecho de Familia y compartir las experiencias de nuestro trabajo diario. Para ello, contamos con la presencia de los más prestigiosos juristas en el ámbito del Derecho de Familia”, afirmó la vicepresidenta de AEAFA, María Dolores Azaustre.

Estas jornadas representan una oportunidad única para conocer de primera mano las últimas resoluciones del Tribunal Supremo en Derecho de Familia. No en vano, entre los ponentes figuraron tres magistrados del TS: José Antonio Seijas Quintana, Eduardo Baena Ruiz y María de los Ángeles Parra Lucán. Asimismo, los catedráticos Javier Carrascosa y Jesús Urraza Abad abordaron las novedades jurisprudenciales sobre divorcios internacionales e infracciones penales derivadas de las crisis familiares.

En esta ocasión, AEAFA rindió homenaje al magistrado de la Sala primera del Tribunal Supremo, José Antonio Seijas Quintana, con motivo de su jubilación.

PRÓXIMO DESAYUNO EN EL ICAV:

► Desayuno:

La validez de los pactos y sus consecuencias en derecho de familia.

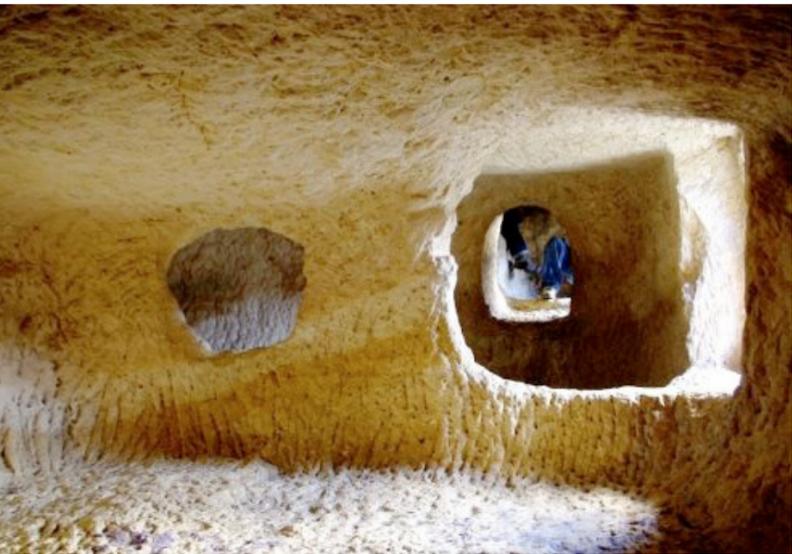
Fecha: 31/05/2019

Hora: 9.30



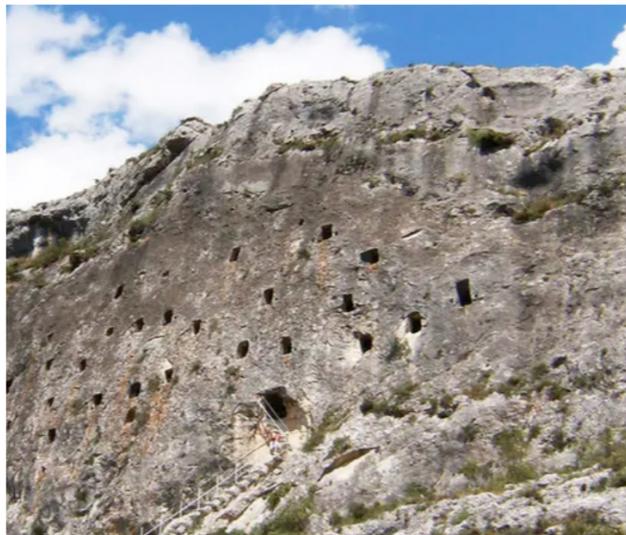
An aerial photograph of the town of Bocairent, built on a rocky hillside. The town features a prominent church tower with a green roof. The buildings are constructed from light-colored stone and brick. The foreground shows a rocky slope with some green vegetation.

*BOCAIRENT, EL PUEBLO
DE LA ROCA TALLADA,
RODEADO DE FUENTES Y
UN BARRIO MEDIEVAL*



Bocairent se encuentra en el extremo sur de la provincia de Valencia, en la comarca de la Valle de Albaida. Está situado en la vertiente noroeste de la Sierra Mariola, en el centro del valle de su mismo nombre. La superficie del término es muy montañosa.

Los primeros restos hallados en el término de Bocairent datan del Neolítico, como los de las cuevas del Vinalopó y de la Sarsa. Existieron también varios poblados iberos diseminados por las pequeñas lomas de la zona. De época romana datan algunas villas repartidas por la llanura.



Cueva de los Moros:

Se trata de un grupo de cuevas-ventanas, o cuevas artificiales con orificios en forma de ventana, colgadas a mitad de un acantilado rocoso. Situadas en el Barranc de la Fos, en la vertiente derecha, tan sólo a unos 300 m. al norte del núcleo urbano medieval de Bocairent.

Es el grupo más complejo y numeroso, con diferencia, de toda la cabecera del río Clariano, donde hay otros pequeños grupos en los barrancos entre Bocairent, Ontinyent y Alfafara. Consta de unas cincuenta ventanas, que dan acceso a otras tantas cámaras, así como de 9 ventanas más, que tan sólo están iniciadas e inacabadas. Las ventanas se disponen en 3 - 4 niveles pero sin formar "pisos" regulares.



Casco Antiguo

La visita al casco antiguo de Bocairent, declarado conjunto histórico-artístico, se hace imprescindible, sobre todo después de haber contemplado la impresionante panorámica desde la carretera.

Cuenta con un peculiar trazado de calles, al más puro estilo árabe, con subidas y bajadas, escaleras, revueltas, plazoletas, callejones... Un paseo por las empinadas calles, que es conveniente realizar con el calzado adecuado, nos descubrirá rincones de gran belleza. Fuentes y macetas con flores marcan toda la paseo, que nos puede llevar a alguna de las tres ermitas del casco antiguo: Sant Joan, Mare de Déu dels Desemparats y Mare de Déu d'Agost.



Las ruinas medievales fueron descubiertas el año 2008 gracias a los trabajos de rehabilitación del núcleo antiguo de Bocairent. Son de gran interés, ya que muestran como serían las viviendas en un momento clave de la historia de Bocairent, como fue la revolución industrial.



Las 11 fuentes del casco antiguo son fruto de una temprana canalización de agua potable en el área urbana, a finales del siglo XVIII.



Arco del Agua

En el centro de la zona vieja se encuentra la Plaza del Ayuntamiento, a la que se accede a través del conocido como Arco del Agua, y en la que se puede disfrutar de una de las zonas más amplias de casco histórico.

Se trata de una ubicación que permite ver con perspectiva los importantes desniveles que han tenido que salvar las calles y los edificios de la localidad para adaptarse a la orografía del terreno. En este punto del pueblo se encuentra la oficina de turismo.

En la parte más alta del casco antiguo está ubicada la iglesia parroquial de Nuestra Señora de la Asunción y su museo, y bajando hacia la placeta de Sant Vicent, está ubicado el Museo de Oficios y Costumbres, con un telar antiguo, en perfecto funcionamiento.

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

▷ Sigue la jurisprudencia de familia actualizada a través de este enlace:
<http://www.icav.es/comunidad#/muro/2>

¿Te gustaría colaborar con un artículo?

¿Tienes sugerencias, ideas, opiniones para aportar?

¡Nos encantaría escucharte, por favor haz click aquí y mándanos tu mensaje!



o escribe directamente a ptrelis@icav.es

-Imagen Pag 24 [Todo_el_mundo_es_igual.jpg](#) (600 × 400 píxeles; tamaño de archivo: 53 KB; tipo MIME: image/jpeg)
Autor Peppapig47 https://es.wikipedia.org/wiki/Archivo:Todo_el_mundo_es_igual.jpg

Portada bocairent: <http://www.elcancell.com/>

Arc de l'aigua de Bocairent. Auto Enrique Iñiguez Rodríguez (Qoan) https://es.wikipedia.org/wiki/Archivo:Bocairent._Arc_de_l%27aigua.JPG

Foto las cuevas de bocairent: Julio Latorre <https://www.escapadarural.com/blog/despensas-en-el-acantalido/>

Panorámico bocairent Source <https://www.panoramio.com/photo/131608655> Author [chisloup](#)

Foto2 cuevas moros Virginia Fuster <https://www.minube.com/rincon/les-coves-dels-moros-a96356#gallery-modal>