

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE
EL DERECHO DE CORRECCIÓN AL
AMPARO DE LA STS 654/2019 DE 8
DE ENERO DE 2020**

D. Jose María Gómez Villora

**LA COMPENSACIÓN DEL ART.
1438 CC: INTERPRETACIÓN
JURISPRUDENCIAL**

José Ramón de Verda y Beamonte

■ **Vivienda familiar
e hijo mayor de edad
discapacitado**

■ **¿Qué ocurre cuando
establecido el régimen
de visitas uno de los
progenitores no lo
respetea?**

■ **Algunas ideas para
evitar el colapso de la
agenda**

LA DELGADA LÍNEA ENTRE EL DERECHO DE CORRECCIÓN Y EL MALTRATO

En este número, incluimos un artículo sobre la reciente sentencia sobre el derecho de corrección (derogado), tan candente en la actualidad.

Qué difícil resulta para los padres educar a sus hijos, sin verse envueltos en reproches tanto personales como judiciales.

Cuando vemos lo que actualmente está ocurriendo en la Fiscalía de menores, con cada vez más niños que no obedecen a sus padres, les agreden, les faltan al respeto, y vulneran el tan olvidado artículo 155 del C.c. (Los hijos deben: 1. ° Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.), nos preguntamos qué podemos hacer para impedir que nuestros hijos se conviertan en pequeños tiranos. Pues bien, la derogación del art 154 del C.c. que regulaba el derecho de corrección ("podrán corregir razonable y moderadamente a sus hijos), lejos de ayudar a terminar con la violencia que algunos padres ejercían sobre los hijos, ha conseguido justo el efecto contrario, y es el miedo de los progenitores, siquiera a corregir (por supuesto de forma razonable) actitudes que se desvían y en mucho del mero trato adecuado y correcto.

En este sentido lo apunta D. Eduardo Estellés, Juez del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Sagunto: "un detrimento de la autoridad de los padres, que ha influido en el incremento de la violencia filio-parental". "Es indubable que la facultad de corrección (ejercida de forma razonable y moderada), es inherente al ejercicio de las funciones propias de la patria potestad, y que los límites de las mismas vienen dadas por el total respeto de la integridad física y psicológica del menor". Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, de 27 de enero de 2021. (Ponente: Ilmo D. Jose María Gómez Villora).

"No pretendiendo de ningún modo aprovechar esta resolución para justificar el castigo corporal como un recurso pedagógico con los hijos, siendo aconsejable imponer a los hijos ciertos límites bajo el riesgo de no hacerlo que un joven rebelde y desobediente pueda convertirse en un futuro adolescente tirano..."

No olvidemos que los padres tenemos la obligación moral de educar a nuestros hijos (entrando en el término que tengan un buen rendimiento académico), y los hijos la obligación moral de obedecer. No se trata de

hacer una apología del castigo. Personalmente admiro al Magistrado D. Emilio Calatayud, por su especial sensibilidad y saber estar con los menores, quien asegura que "está muy lejos un cachete del término maltrato".

Han aumentado de forma considerable los casos en los que tenemos que defender a padres que, por una palmada en el culo, sin lesión, se ven sentados en un banquillo por un presunto delito de malos tratos. Cuestiones que deben de resolverse en la jurisdicción civil que, reviste las garantías legales necesarias, para determinar si un padre/madre es capaz de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, sin vulnerar la integridad física de sus hijos.

La clara desconexión entre la norma jurídica y la realidad familiar, es la que nos lleva cada vez más a los que ejercemos el derecho, a acudir a la Jurisprudencia, pues ésta si se adapta a los nuevos tiempos.

La propia Fiscalía en sus memorias de 2015 señalaba que vivimos "una profunda crisis de principios y valores", y remarcada en la de 2016 el "fracaso" del modelo educativo y su carencia de "pautas de autoridad".

D. Eduardo Estellés, insta a la recuperación el derecho de corrección, de forma moderada y razonable, como establecía nuestro Código Civil: "no se trata de volver a los años cincuenta del siglo pasado, sino de asumir un derecho de corrección actualizado, enmarcado en los principios constitucionales y el reconocimiento de los derechos a los menores y su protección integral, pero sin olvidar que los menores tienen derechos, pero también deberes legales". Difícil labor tenemos, no solo como letrados, sino como padres.



Julia Valcárcel Rodríguez
Vocal Sección Familia y Sucesiones ICAV

4 La compensación del art. 1438 CC: interpretación jurisprudencial

José Ramón de Verda y Beamonte

12 Dº de corrección al amparo de la STS 654/2019 de 8 de enero de 2020

Jose María Gómez Villora

18 Vivienda familiar e hijo mayor de edad discapacitado

Gonzalo Muñoz Rodrigo

24 Algunas ideas para evitar el colapso de la agenda

Saturnino Solano

28 ¿Qué ocurre cuando establecido el régimen de visitas uno de los progenitores no lo respeta?

Manuel García Mayo

36 Life:
Las fuentes de Algar

FAMILIA y SUCESIONES ICAV

Nº 17 Marzo 2021

[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] José Ramón de Verda y Beamonte, José María Gómez Villora, Gonzalo Muñoz Rodrigo, Manuel García Mayo, Saturnino Solano, Javier Martínez Calvo, 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 y Freepiks.

[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.

LA COMPENSACIÓN DEL ART. 1438 CC: INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL



José Ramón de Verda y Beamonte,
Catedrático de Derecho civil de la
Universidad de Valencia

1. El art. 1438 CC, en sede de régimen económico matrimonial de separación de bienes, tras declarar que “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio” y que, “A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos”, establece que “El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.

Observa la STS núm. 658/2019, de 11 diciembre, rec. n.º 5664/2018, que “Es habitual que la obligación de participar en la satisfacción de las precitadas cargas se lleve a efecto por ambos cónyuges con los ingresos procedentes de sus respectivos trabajos, pero ello no cercena la posibilidad de la prestación exclusiva en especie por parte de uno de ellos, mediante la realización de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos

comunes”. “Esta contribución mediante el trabajo para casa –añade– se hace de forma gratuita, sin percepción de ningún salario a cargo del patrimonio del otro consorte, pero ello no significa que no sea susceptible de generar una compensación, al tiempo de la extinción del régimen económico matrimonial, que no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio de que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma”.

La jurisprudencia afirma, así, que “el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen” (STS núm. 534/2011, de 14 de julio, rec. n.º 1691/2008; STS núm. 16/2014, de 31 de enero, rec. n.º 2535/2011; STS (Pleno) núm. 135/2015, de 26 de marzo, rec. n.º 3107/2012; STS núm. 136/2015, de 14 de abril, rec. n.º 2609/2013; y STS núm. 658/2019, de 11 diciembre, rec. n.º 5664/2018).

La pretensión basada en el art. 1438 CC “puede hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente” (STS núm. 678/2015, de 17 de noviembre; y STS núm. 94/2018, de 20 de febrero de 2018, rec. n.º 1164-2017).

La STS núm. 94/2018, de 20 de febrero de 2018, rec. n.º 1164-2017, casó la sentencia recurrida, que había afirmado que la compensación, “establecida para los supuestos de vigencia del régimen de separación de bienes, no puede dilucidarse en el procedimiento de divorcio, sino que debe plantearse en un procedimiento declarativo posterior”.

Por el contrario, el TS afirma que la acción relativa al art. 1438 CC “puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial, o en uno posterior, si así lo desea el demandante, por lo que lo establecido en la sentencia recurrida, no procede, dado que los arts. 748 y 770 de la LEC, no excluyen la indemnización del art. 1438 del C. Civil, del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio, en los que la acción del art. 1438 C. Civil, no es contenido necesario, pero sí posible”. De ahí deduce que “la no inclusión de la compensación en el convenio regulador no puede ser subsanada con posterioridad cuando las partes, por su autonomía decisoria, adoptaron la forma más conveniente a sus intereses, llegando a unos acuerdos globales sobre la situación personal y económica existente hasta el momento de la ruptura, que se tradujo en medidas definitivas propias del juicio matrimonial de separación y que habrían quedado afectadas de haberse negociado entre las partes la indemnización que ahora se reclama puesto que tal circunstancia ya existía en el momento en que se aprueba y, pese a todo, no se incluyó; razones que determinan que el motivo no pueda ser acogido”.

2. Es reiterada la doctrina de que lo que se compensa es la prestación gratuita del trabajo doméstico, sin que sea preciso que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge, como consecuencia del mismo. Dicha doctrina fue fijada por la STS núm. 534/2011, de 14 de julio, rec. n.º 1691/2008, que revocando la sentencia recurrida, la cual había negado la

compensación solicitada por la mujer, por no considerar probado que la dedicación exclusiva de esta a la casa hubiese producido un enriquecimiento o incremento patrimonial del marido, afirma lo siguiente: “El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge” (en el mismo sentido, vid., por ejemplo, STS núm. 16/2014, de 31 de enero, rec. n.º 2535/2011; STS núm. 300/2016, de 5 de mayo, rec. n.º 3333/2014; STS núm. 185/2017, de 14 de marzo, rec. n.º 893/2015; y STS núm. 658/2019, de 11 diciembre, rec. n.º 5664/2018).





La STS núm. 658/2019, de 11 diciembre, rec. nº 5664/2018, observa que “Se ha empleado de forma gráfica, para conceptuar tal derecho [el de compensación previsto en el art. 1438 CC], la expresión de salario diferido, si bien en estricta técnica jurídica no es tal, pues no estamos ante la retribución de una relación de trabajo dependiente y subordinada”.

3. La jurisprudencia ha ido estableciendo una serie de criterios interpretativos del art. 1438 CC.

a) El primero de ellos es que la compensación prevista en el precepto requiere que la dedicación al trabajo doméstico de quien la reclama sea “exclusiva”, es decir, que no lo haya compatibilizado con un trabajo retribuido fuera de casa, aunque no sea a jornada completa, pero no se exige que sea “excluyente”, es decir, que lo haya realizado materialmente, por sí solo, sin el auxilio de terceros (por ejemplo, servicio doméstico) o sin la colaboración ocasional del otro cónyuge.

La STS (Pleno) núm. 135/2015, de 26 de marzo, rec. nº 3107/2012 (seguida entre otras, por STS núm. 136/2015, de 14 de abril, rec. nº 2609/2013; STS núm. 614/2015, de 15 de noviembre, rec. nº 2489/2013; STS núm. 185/2017, de 14 de marzo, rec. nº 893/2015; y STS núm. 658/2019, de 11 diciembre, rec. nº 5664/2018), fijó la doctrina jurisprudencial de que la aplicación del art. 1438 CC “exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente (‘solo

con el trabajo realizado para la casa’), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento”.

En lo que respecta a la falta de necesidad de que trabajo para la casa sea excluyente, es interesante el caso resuelto por la STS núm. 658/2019, de 11 diciembre, rec. nº 5664/2018, respecto de un matrimonio con tres hijos menores, casado en régimen de separación de bienes, que duró 10 años. En primera instancia se había negado la compensación, por entenderse que, “en ningún caso, constaba que la esposa se hubiera dedicado, de modo directo, único y exclusivo, a los trabajos de la casa, dado que contaba, para la ejecución de dichas tareas, con 11 empleados, ocupados en actividades tales como jardinería, mantenimiento, limpieza, cocina, chóferes enseñanza de idiomas, profesores particulares; así como que ambos cónyuges han colaborado, en la medida de sus posibilidades, en el cuidado y atención de las hijas”.

Por el contrario, en segunda instancia sí se le concedió, argumentándose que la mujer había “contribuido a las cargas del matrimonio de forma cotidiana y exclusiva, realizando funciones de ordenación, dirección, organización y control de la vida familiar, que le hacen acreedora a la compensación económica”. El TS confirmó el derecho de la mujer a percibir la compensación, constatando “que la posición social que le brindó el matrimonio le dispensaba de la ejecución material de tan dignos trabajos”, pero “sí abordó las funciones de dirección, supervisión, control y coordinación necesarias para la buena marcha del hogar familiar, durante la vigencia del matrimonio, así como la atención personalizada a las hijas comunes, susceptible de generar una compensación económica a la extinción del régimen de separación”. Recuerda que “El trabajo para la casa no es excluyente, en el sentido de que impida beneficiarse de la compensación económica del art. 1438 del CC, por la circunstancia de que se cuente con ayuda externa”, concluyendo que “no es precisa la ejecución material del trabajo doméstico. Cuestión distinta es la forma de llevar a efecto la valoración de tal compensación”.

b) El segundo de ellos, que matiza el primero, es el de que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, compatibilizada con el trabajo para la casa, no excluye el derecho a obtener la compensación.

En este sentido se pronunció la STS (Pleno) núm. 252/2017, de 26 de abril, rec. nº 1370/2016, que introdujo un criterio correctivo en la interpretación del art. 1438 CC, para “atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si

esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia”. En el caso enjuiciado, la mujer había trabajado en la casa y, además, en el negocio familiar, con un salario moderado y con un contrato como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. El TS fija como doctrina que “la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión ‘trabajo para la casa’ contenida en el art. 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar”.



Ahora bien, la STS núm., 497/2020, de 18 de septiembre, rec. nº 5628/2019, ha precisado que la compensación del art. 1438 CC exige que uno de los cónyuges hubiese trabajado con mayor intensidad que el otro en el hogar, por lo que para obtenerla no basta con que uno de ellos haya realizado un trabajo, insuficientemente retribuido, en la empresa del otro, si no va acompañada de una dedicación preferente al trabajo doméstico.

En la demanda de divorcio el marido había solicitado el reconocimiento de la compensación prevista en el art. 1438 CC, por un importe de 60.000 euros. Ambos cónyuges eran farmacéuticos y trabajaban en farmacias hasta que la mujer, tres años después del matrimonio, adquirió una farmacia. A partir de este momento, ambos cónyuges comenzaron a trabajar en la farmacia adquirida por aquella, en la que el marido trabajaría como autónomo, con unas percepciones de unos 1740 euros mensuales en 2015. Trascurridos casi diez años en esta situación, tras la separación, el marido dejó de trabajar en la farmacia de la mujer y comenzó a trabajar en otra farmacia en 2016 con un salario de 1780,48 euros al mes, que luego subió a 1956 euros. La sentencia de primera instancia desestimó la petición. Interpuesto recurso de apelación por el marido, el mismo fue estimado parcialmente en el sentido de establecer a su favor una compensación económica con cargo a la esposa por un importe de 50.000 euros, por considerar aplicable el art. 1438 CC, al entender que el “trabajo para la casa” también se refiere al trabajo para el negocio del otro cónyuge sin salario o con salario insuficiente.

El TS estimó el recurso de casación de la mujer, con dos argumentos: El primero y principal, el de la falta de constancia de que el marido hubiese trabajado “con mayor intensidad en el trabajo para la casa, por lo que mantuvo intacto su desarrollo profesional”, habiendo ambos cónyuges sostenido las obligaciones familiares “sin que conste preponderancia de alguno de ellos”. El segundo (meramente adicional y a mayor abundamiento), el de que el trabajo desarrollado por el demandante en la

farmacia de la mujer había sido retribuido con un “salario adecuado, y similar al que luego obtuvo en las otras farmacias que lo contrataron después de la ruptura conyugal. Por tanto, el recurrido no trabajó prioritariamente en las tareas del hogar, ni fue retribuido precariamente, por lo que procede excluir la aplicación del art. 1438 del C. Civil”.

Lo interesante de esta sentencia es que deja claro que, aunque el salario del marido no hubiese sido adecuado al trabajo realizado en la farmacia del otro cónyuge, esta mera circunstancia no le hubiese permitido obtener la compensación del art. 1438 CC. Podemos, pues, decir, que el trabajo precario realizado en una empresa familiar no excluye la posibilidad de aplicar dicho precepto, pero, por sí solo, no da derecho a reclamar la compensación prevista en el precepto; ello, sin perjuicio -claro está- de la posibilidad de acudir al principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

4. Un problema práctico recurrente es el de la cuantificación del importe de la compensación, en defecto de acuerdo de los cónyuges, ante la inexistencia de parámetros en el art. 1438 CC.



a) A este respecto, se proponen como parámetro “el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar” (STS núm. 614/2015, de 25 de noviembre, rec. nº 2489/2013; STS núm. 300/2016, de 5 de mayo, rec. nº 3333/2014; y STS núm. 658/2019, de 11 diciembre, rec. nº 5664/2018).

La STS núm. 534/2011, de 14 de julio, rec. nº 1691/2008, consideró procedente el criterio seguido en la sentencia de primera instancia, que realizó la cuantificación “en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona”: la compensación se fijó en 108.000 euros, cantidad que resultaba de multiplicar los 600 euros, que costarían una empleada del hogar al mes, por doce meses, multiplicado dicho resultado por los 15 años de duración del matrimonio.

b) Para el cálculo habrá que tener en cuenta -claro está- el tiempo de duración de la convivencia, como también si quien reclama

la compensación tuvo ayuda en la realización de las tareas domésticas, pues una cosa es que el auxilio de terceros no impida obtener la compensación (que no lo impide) y otra cosa muy distinta es que no se toma en cuenta dicha circunstancia para cuantificar el importe de la misma (STS núm. 614/2015, de 25 de noviembre, rec. nº 2489/2013; y STS núm. 658/2019, de 11 diciembre, rec. nº 5664/2018).

c) Otro factor que habrá ponderar para la cuantificación (o incluso para negar la aplicación del art. 1438 CC) es la existencia de anteriores compensaciones realizadas durante el matrimonio en favor de quien trabajó para el hogar.

La STS núm. 16/2014, de 31 de enero, rec. nº 2535/2011, consideró, así, procedente que la sentencia recurrida tuviera en cuenta para excluir la aplicación del art. 1338 CC, la “anticipada compensación pecuniaria” a favor de la mujer, si bien la razón principal de la no concesión de la compensación fue la falta de prueba de que la demandante se hubiera dedicado de manera exclusiva a las tareas domésticas.



La STS núm. 658/2019, de 11 diciembre, rec. nº 5664/2018, tuvo en cuenta para aminorar la cuantía de la compensación la circunstancia de que la mujer, durante el matrimonio, había recibido una donación de 3.000.000 de euros, con los que se había comprado una cosa remodelada con dinero del marido.

5. Uno de los problemas más interesantes es el determinar la relación entre la pensión compensatoria por desequilibrio del art. 97 CC y la compensación por trabajo doméstico en la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, que, según reiterada doctrina jurisprudencial, son compatibles, por ser distintos sus presupuestos y sus respectivas finalidades (STS núm. 300/2016, de 5 de mayo, rec. nº 3333/2014; STS núm. 185/2017, de 14 de marzo, rec. nº 893/2015; STS núm. 94/2018, de 20 de febrero de 2018, rec. nº 1164-2017; y STS núm. 658/2019, de 11 diciembre, rec. nº 5664/2018).

A la diferencia entre ambas figuras se refirió, por ejemplo, la STS núm. 252/2017, de 26 de abril, rec. nº 1370/2016, según la cual, "Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la 'dedicación pasada y futura a la familia.'" Por el contrario -añade, "la compensación del art. 1438 del C. Civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares".

Por lo tanto, mientras la pensión compensatoria pretende reparar el desequilibrio económico, consistente en el daño que un cónyuge sufre al perder oportunidades y expectativas laborales o profesionales, como consecuencia de su exclusiva dedicación pasada actual y futura a la familia (que pese a lo que diga el art. 97 CC no es ya un mero criterio de cuantificación de la pensión, sino que, en la práctica, se ha convertido en un presupuesto para la concesión de la misma), la compensación del art. 1438 CC (que, obviamente, sólo se da cuando, existiendo un régimen de separación, se liquide este) tiene como finalidad reparar directamente el valor de la dedicación pasada a la familia, entendida esta como una modalidad de contribución exclusiva de un cónyuge al levantamiento de las

cargas familiares. En realidad, es obvio que, más allá de la distinción teórica entre la pensión compensatoria y la compensación por trabajo doméstico, entre ambas existe un evidente punto de conexión, que es el que resulta de la "dedicación pasada a la familia", que, aunque no es lo que directamente se indemniza a través de la primera, no obstante, sirve como criterio de cálculo de la misma, por lo que es inevitable que la cuantificación de la una incida en la de la otra.

La STS núm. 658/2019, de 11 diciembre, rec. nº 5664/2018, estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por el marido, quien no negaba que concurrían los requisitos para conceder la compensación por trabajo doméstico, pero sí atacó su cuantificación, sosteniendo, con toda razón, que, al fijar la cuantía de la compensación, se había tenido en cuenta un concepto, esto es, la pérdida de expectativas laborales, que no se debía resarcir por vía del art. 1438 CC, sino, a través del art. 97 CC (lo que, ya hacía la sentencia recurrida), pues se trata de un elemento integrante del desequilibrio económico que se compensa mediante este último precepto.



El TS estimó parcialmente el recurso de casación, observando que "una valoración equitativa de los trabajos de coordinación cualificados para la casa prestados por la demandante, durante los diez años del matrimonio, a razón de unos 7000 euros netos al mes, arroja la suma final de 840.000 euros, que consideramos procedente como indemnización liquidatoria del régimen de separación de bienes, que regía el matrimonio de los litigantes, ponderando además los otros elementos de juicio antes considerados, como donaciones recibidas [durante el matrimonio] de unos tres millones de euros [con los que la mujer compró una casa, que reformó a costa del marido], nivel de vida que disfrutó, pensión compensatoria de 75000 euros al mes durante cinco años, para cuya fijación se valoraron también sus expectativas profesionales" (la Audiencia había fijado la compensación del art. 1438 CC en 3.000.000 de euros).

6. Una última cuestión: el art. 1438 CC no puede ser aplicado por analogía a las uniones de hecho, dada la inexistencia de identidad de razón entre matrimonio y unión de hecho, tal y como sostiene la STS 1075/1994, de 24 de noviembre, rec. nº 3528/1991.

No me convence la tesis contraria (sostenida por algún autor) basada en el argumento de que la compensación que dicho precepto contempla tiene como causa el empobrecimiento del cónyuge que se ha dedicado al trabajo doméstico. En mi opinión, no es correcto recurrir a dicho precepto, ya que este presupone la existencia de un régimen económico matrimonial (el de separación de bienes), que en el caso de la unión de hecho no existe, pues, por definición, no hay matrimonio; y ello, aunque también aquí haya una separación entre los respectivos patrimonios de los convivientes (salvo que hayan pactado algún tipo de comunidad). Pero ello es bien diferente de la existencia de un estricto régimen económico matrimonial de separación de bienes, que, entre otras cosas, supone la sujeción de los cónyuges a las normas del régimen económico matrimonial primario de los arts. 1315 y ss. CC, además de a las específicas, de los arts. 1435 y ss. CC.

Con el fin de reparar el perjuicio del conviviente empobrecido, me parece más pertinente, acudir, directamente (cuando proceda), al principio general de prohibición de enriquecimiento injusto (que es lo que hacen los tribunales): desde un punto de vista práctico, el recurso a dicho principio hace, además, innecesario, la aplicación (aunque fuera analógica) del art. 1438 CC.

No obstante, desde un punto de vista teórico, sí que me parece posible que, del mismo modo, en que los convivientes pueden pactar, no una estricta sociedad de gananciales, sino una comunidad de ganancias, remitiendo su liquidación a las normas de aquella, puedan también pactar que la liquidación de las relaciones económicas generadas por la convivencia se sujete al art. 1438 CC, si bien, como ya he dicho, a efectos prácticos, las consecuencias que resulten de la aplicación de dicho precepto no diferirán mucho de la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.



ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DE CORRECCIÓN AL AMPARO DE LA STS 654/2019 DE 8 DE ENERO DE 2020



D. Jose María Gómez Villora
MAGISTRADO DE LA SECCIÓN 2 DE LA
AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA

1.Regulación actual. Planteamiento

El Art. 154 del CC, dispone lo siguiente: "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad."

La redacción actual procede de la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Del Preámbulo de dicha Ley cabe deducir

la preocupación del legislador en ahondar en la protección de los menores al amparo del artículo 39 de la Constitución Española y de los diversos instrumentos internacionales relacionados con los derechos de los menores.

Así, a título de ejemplo y en relación con la nueva redacción dada al artículo 158 del Código Civil, dice el Preámbulo que "Se opera una modificación del artículo 158 del Código Civil, partiendo del principio de agilidad e inmediatez aplicables a los incidentes cautelares que afecten a menores, para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivarse de rigideces o encorsetamientos procesales, permitiendo adoptar mecanismos protectores, tanto respecto al menor víctima de los malos tratos como en relación con los que, sin ser víctimas, puedan encontrarse en situación de riesgo. Con la modificación del artículo 158 se posibilita la adopción de nuevas medidas, prohibición de aproximación y de comunicación, en las relaciones paterno-filiales."

Parece por tanto que las reformas acometidas en los últimos años tiene una clara intención tuitiva, eliminando la posibilidad de que, en el ejercicio de ese derecho de corrección, los menores sean víctimas de malos tratos por parte de sus progenitores.

En ese contexto cabe situar la reforma del artículo 154 del Código Civil por la Ley 54/2007 de Adopción Internacional y que fue la que suprimió el inciso final en que se recogía que los padres podían corregir razonable y moderadamente a sus hijos en el ejercicio de la patria potestad.

2. ¿Puede decirse pues que ya no existe el derecho de corrección como manifestación de la patria potestad?

Como aborda acertadamente la Sentencia, no puede desvincularse el ejercicio de la patria potestad con una cierta capacidad de los progenitores de corregir, razonable y moderadamente a sus hijos ante malos comportamientos o comportamientos inadecuados de éstos, como una manifestación esencial del derecho a educarlos y a procurarles una formación integral que les impone, como deber, el propio artículo 154 del Código Civil.

Sería como el reverso de la moneda respecto de la obligación que impone el artículo 155.1.º del Código Civil a los hijos sujetos a la patria potestad, esto es Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre.

Ahora bien, cualquier corrección al menor ha de ir directamente encaminada a su educación y ha de estar presidida por los principios de proporcionalidad, razonabilidad y moderación.

3.Los Límites al derecho de corrección

Sentado lo anterior, el límite al derecho de corrección lo encontramos en la figura del delito de malos tratos del artículo 153.2 del Código Penal, sentando la Sentencia la siguiente doctrina:

"...los comportamientos violentos que ocasionen lesiones -entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyan delito- no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles."

En relación con el delito de malos tratos, conviene traer a colación dos pronunciamientos también recientes de la Sala Segunda.

La STS 342/2018 de 10 de julio, en relación a la imposición de la pena de alejamiento como obligatoria en los casos de condena, señala que "...esta Sala concluye que el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153 CP sí debe entenderse comprendido entre aquellos delitos para los que el apartado segundo del artículo 57 CP prevé la imposición preceptiva de la prohibición de aproximación.

Cuando el apartado primero del artículo 57.1 CP habla de los delitos «de lesiones», esta última expresión no puede interpretarse desde un punto de vista puramente gramatical - apegado, por otra parte, al texto del art. 147.1 y 2 CP (el que, por cualquier medio o procedimiento, «causare a otro una lesión»)-, porque cuando el artículo 57.1 CP enumera los delitos en general no lo hace en relación con delitos concretos, sino atendiendo a las rúbricas de los títulos del Libro II del CP. De no entenderlo así, no cabría imponer las penas accesorias a delitos como el asesinato o la inducción al suicidio (ya que no son delitos de homicidio del art. 138 CP); ni tampoco a los delitos que se consideran exclusivamente contra la propiedad, ya que el art. 57.1 CP se refiere a «delitos contra el patrimonio»."



Por lo que respecta al requisito de la convivencia a los efectos de aplicación del artículo 153 del Código Penal, la STS 47/2020 de 11 de febrero ha resuelto en el sentido de considerar que "se comete el delito de maltrato de obra cuando la víctima sea menor aún sin convivencia, cuando se halle sujeta a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.

Y en idénticos términos cuando la víctima fuere persona con discapacidad necesitada de especial protección».

Dicha doctrina puede tener incidencia en aquellos casos en que el progenitor no custodio, durante el régimen de visitas, traspasa los límites en el ejercicio del derecho de corrección, siendo frecuente en la práctica que la denuncia sea presentada por el otro progenitor, sobre todo en los casos de divorcios o separaciones particularmente conflictivos.

Por otro lado, si bien la Sentencia del TS analizada se refiere a malos tratos, resulta evidente que el ejercicio del derecho de corrección tampoco podrá amparar por la vía del artículo 20.7ª conductas que sean constitutivas de amenazas o coacciones leves de los artículos 171 y 172 del Código Penal.

De igual manera que no cabría invocar el principio de intervención mínima del Derecho Penal, pues como dice la Sentencia, con cita de la STS 1484/2004, de 28-2-2005, "En todo caso, se debe señalar que el principio de mínima intervención no es un principio de la interpretación del derecho penal, sino de la política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador. Se trata de un principio que en el momento de la aplicación del derecho penal se refleja en la posibilidad de una interpretación estricta de la ley penal, que, en el momento actual, significa que el principio de legalidad excluye la generalización del contenido del texto legal basado en la

extensión analógica del mismo. El derecho penal vigente no contiene la posibilidad de excluir por razones de oportunidad los hechos de poca significación, lo que en este caso, ni siquiera se podría plantear."



Dicha interpretación es además acorde con la previsión del artículo 3 del CC que impone la interpretación de las normas con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de aplicarse.

4. Un breve apunte sobre la prueba de la declaración del menor

En la práctica cuando finalmente hay una denuncia por uno de los progenitores frente al otro y el menor es llamado a juicio surge el problema de la adecuada aplicación de la previsión del artículo 416 de la Lecrim, cuestión a la que se refiere la STS Como dice la STS 663/2018, antes referida, "Se citan en esta sentencia la STS 209/2017, de 28 de marzo y la STS 699/2014 de 28 de octubre . De ellas se desprende que, en cualquier caso, siempre será necesario un ejercicio de ponderación sobre el nivel de madurez del concernido. Que el acogimiento a la dispensa es una

facultad personalísima tanto del ya mayor de edad como del menor ya maduro. Y que en el caso de menores que no hayan alcanzado ese grado de madurez suficiente para decidir por sí mismos, la decisión habrá de ser adoptada por el progenitor con el que no existe interés contradictorio; y si se detecta esa contradicción de intereses con ambos, habrá de acudir a los mecanismos sustitutivos previstos en la legislación civil para adoptar la decisión adecuada y conveniente al interés superior del menor."





del niño no suponen límite alguno para el ejercicio del derecho a ser oído y escuchado, aunque sirvan para modularlo, con la consiguiente obligación de darle audiencia en todos los procedimientos que le afecten, SSTS 20 octubre 2014 (Tol 4529938), 7 marzo 2017 (Tol 5990893), 25 octubre 2017 (Tol 6408304), 15 enero 2018 (Tol 6484675) y 25 abril 2018 (Tol 6592318).

Así se ha sustituido el término “juicio” por el de “madurez”, que se ajusta más con la aptitud no solo para comprender sino también para poder asumir las consecuencias de la actuación en el supuesto concreto; en todo caso, la norma considera que tiene suficiente madurez a partir de los 12 años cumplidos -reconocimiento legal de suficiencia madurativa que desatiende que cada niño tiene un nivel de desarrollo físico y emocional, que no siempre es coincidente con su edad cronológica-, y siendo menor de dicha edad, la madurez para poder comprender y opinar habrá de valorarse por personal especializado no siendo suficiente una valoración del Juez.

Todo este desarrollo legislativo y el nuevo enfoque de la capacidad y madurez del menor cobran sentido si se consideran los importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica en relación con situaciones de grave riesgo o desamparo. Es lógico que en el contexto actual la protección del menor se arbitre

como una protección contra la inseguridad o peligros extra familiares, y en algunos casos -los menos- intrafamiliares, pero quizás se atisba en la norma un cierto exceso al recortar las facultades parentales y un cierto recelo contra la familia como un entorno por definición peligroso y dañino para los niños. Y habrá situaciones familiares que indudablemente entrañen riesgos, violencia y desamparo para los menores que las leyes han de atajar rápidamente, pero en su gran mayoría, la propia familia es la que verdaderamente cuida, asiste y protege al menor, incluso de sí mismo. Y así lo reconoce el legislador cuando establece la necesidad para los menores de esta asistencia parental tanto en el plano jurídico como en el personal.

Esta nueva concepción de la madurez del menor ha supuesto, a su vez, una transformación gradual e irreversible en la concepción y contenido de la actual regulación de la patria potestad donde se la denomina como responsabilidad parental, tras la reforma del art. 154 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, y donde el conjunto de facultades que la ley otorga a los padres va dirigido o está subordinado al cumplimiento de unos deberes y funciones de crianza, formación y protección.

Así, el derecho de los padres, como señala la STS 12 mayo 2011 (Tol 2124714), no tiene en realidad carácter de derecho o interés preponderante sino de fin subordinado a la atención de forma preferente del interés del hijo menor.

La patria potestad deja de ser una potestas para concebirse como un officium, esto es, no como un derecho-poder sino como una función, un deber, subordinado a la defensa prevalente del interés superior del menor, del hijo, como establece de forma reiterada la jurisprudencia en numerosas sentencias entre las que destacamos las SSTS 11 octubre 2004 (Tol 514241), 19 abril 2012 (Tol 2532886), 9 noviembre 2015 (Tol 5551640) y 13 enero 2017 (Tol 5934212), entre otras y que debe ejercerse con respeto a los derechos, la integridad física y mental del hijo.

En consecuencia, la patria potestad o responsabilidad parental se configura, tanto en situación de paz como de crisis familiar, de acuerdo con los siguientes principios:

1) La patria potestad como responsabilidad parental es una función que corresponde a los progenitores y se ejercerá atendiendo a los principios de beneficio o interés del menor.

La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público y un principio general de carácter interpretativo (STS 19 abril 2012 (Tol 2532886)) tendente a procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a los de los demás intereses implicados, atendiendo a la evidente falta de capacidad del menor para actuar en defensa de sus propios intereses (STS 25 abril 2011 (Tol 2125260)).

2) La patria potestad se ejercerá con respeto a la personalidad del hijo, lo que incluye velar, entre otros, por la protección de los derechos de su personalidad como el honor, la intimidad e imagen del menor, su salud, libertad religiosa, etc. (SSTC 158/2009, de 29 de junio (Tol 1568038); SSTS 12 julio 2004 y 27 enero 2014 (Tol 4101573)).

3) El ejercicio de la responsabilidad parental, como regla general, debe ser compartido por ambos progenitores y debe inspirarse en la igualdad de trato y de oportunidades entre ambos titulares se hallen o no bien avenidos. Supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y que en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cuál de los dos titulares ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación.

4) La patria potestad se ejercerá con respeto a la integridad física y mental del hijo por lo que en caso necesario, se deberá recabar el auxilio de la autoridad ante situaciones de desobediencia grave que puedan conllevar un daño a los intereses del menor. La actual regulación del ejercicio de la patria potestad constituye un complejo equilibrio en las decisiones parentales, dada la ausencia de la facultad de corrección de los padres sobre los hijos tras la supresión de la segunda parte del art. 154 último párrafo CC, lo que va a suponer una dificultad para el correcto cumplimiento de este officium que se agrava si además existen desacuerdos entre los padres o de éstos con el menor. La solución que aporta el art. 154 CC in fine en su actual redacción: “Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”, no nos parece la más adecuada.

5) En consecuencia, se amplía el control jurisdiccional sobre los titulares de la patria potestad, estableciéndose en el art. 156 CC los mecanismos para dirimir los desacuerdos y en el art. 158 CC un

¿QUÉ OCURRE CUANDO ESTABLECIDO EL RÉGIMEN DE VISITAS UNO DE LOS PROGENITORES NO LO RESPETA?



Gonzalo Muñoz Rodrigo
Investigador Predoctoral (FPU)
Universitat de València

Una de las controversias que, una vez fijadas las medidas definitivas, habitualmente aparecen tras la separación y divorcio es el incumplimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia de los menores. Ya sea por parte del progenitor custodio que impida al otro progenitor poder ver a sus hijos o, en el caso inverso, sea el no custodio el que incumpla el régimen determinado al no pasar a recoger a los mismos, entregándolos tarde, etc. Pues bien, en el presente artículo vamos a analizar cuáles son los distintos instrumentos jurídicos que tiene al alcance el práctico del derecho para intentar llegar a una solución del problema.

Lo primero que hay que señalar es la despenalización que actualmente existe en este ámbito, ya que tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, 30 de marzo, se suprimieron los arts. 618.2 y 622 CP, dejando solo la vía penal para aquellos supuestos más graves como son los delitos de abandono de familia, sustracción de menores, etc. Aunque sigue siendo posible perseguir penalmente al incumplidor si existe una orden concreta del tribunal, con el correspondiente

previo apercibimiento ex art. 705 LEC, en la medida que estaríamos ante un delito de desobediencia del art. 556.1 CP. No obstante, rara vez se suelen llevar a cabo las mencionadas órdenes expresas y los autos dictados en ejecución de sentencia se limitan a requerir que ambos progenitores cumplan el régimen establecido. Como mucho se suele incorporar un apercibimiento de multa en el cual se advierte al progenitor que, si reitera su actitud, se le sancionará con una cantidad económica, por ejemplo 60 € mensuales.

De hecho, la práctica demuestra que tanto las multas y los apercibimientos no suelen variar la actitud del progenitor incumplidor y, cómo se indicará, si la situación persiste resulta mucho más práctico acudir a un cambio de custodia o de régimen de visitas en función de las circunstancias concretas. De todos modos, no está de más solicitar la ejecución de sentencia ante estas situaciones, pues los mencionados apercibimientos dejarán constancia del incumplimiento, lo que puede resultar muy útil para un procedimiento futuro

Seguidamente, hay que señalar que no toda irregularidad en el desarrollo del régimen podrá ser calificada de incumplimiento, pues necesariamente habrá que estar a la existencia de dolo o negligencia por parte del progenitor. En este sentido, para nada un mero retraso puntual en la hora de entrega podría considerarse como tal (a menos que se convierta en una costumbre que llegue a perturbar la organización del menor o progenitor de que se trate), tampoco lo sería una falta de entrega para desarrollar las visitas cuando la menor a caído realmente enferma y no es recomendable que saliese de su domicilio. Sobre esta cuestión, véase el AAP La Coruña, 9 marzo 2018 (ROJ 455/2018), que no considera que la madre haya actuado mal, dada la situación de la menor que había contraído una infección respiratoria y faringo-amigdalitis aguda con fiebre muy elevada. Incluso llega a censurar la actitud del padre que lejos de ser colaborativa acusa a la madre de obstaculizar el régimen de visitas.

En otro orden de ideas, si bien es ampliamente conocido que no es posible establecer una relación recíproca entre el pago de alimentos y el acceso al régimen de visitas. Esto es, que su impago permita al custodio no entregar al menor, habida cuenta que son instituciones que cubren necesidades totalmente distintas (mientras que la pensión de alimentos responde a sus necesidades económicas, el régimen de visitas hace lo propio con las necesidades afectivas y emocionales). Sí que se ha llegado a plantear por la doctrina si el incumplimiento del régimen de visitas permitiría, en función de quién sea el obstaculizador, aumentar la pensión o incluso suspender el pago (todo ello con el correspondiente pronunciamiento judicial). Sin embargo, considero al igual que la doctrina mayoritaria que dicho camino no sería el más adecuado y ante situaciones de incumplimientos reiterados hay medidas mucho más beneficiosas para el interés del menor. Pues esa solución solo acabaría

perjudicando al menor, especialmente la referida a la pérdida de la pensión de alimentos.

A este respecto, resultan de mucho más interés las particularidades que en el marco de ejecución de sentencia introduce el art. 776 LEC para este ámbito. Concretamente, los apartados 2º y 3º, referidos respectivamente a obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo y al incumplimiento reiterado del régimen de visitas:





Art. 776. 2º: “En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto”.

Art. 776. 3º: “El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas”.

En cuanto al art. 776.2º LEC, descartado que pueda haber una sustitución por equivalente pecuniario en el cumplimiento del régimen de visitas. Solo nos quedaría la posibilidad de solicitar una multa coercitiva que, como ya hemos señalado antes, ni suele conseguir cambiar la actitud del incumplidor, como tampoco los tribunales suelen imponerla. Además, sucede algo muy semejante con la suspensión de los alimentos, y es que los menores no se benefician de ello, dado que dichas multas acabarán ingresando en el erario público cuando se paguen, si es que el progenitor no se declara insolvente, o en ocasiones le resultarán indiferentes dada su capacidad económica. Cabe destacar, que la multa

no se puede establecer directamente una vez constatado el incumplimiento/s, sino que primeramente el progenitor será requerido y solo si continua en la misma tónica procederán las multas. Véase, por ejemplo, AAP Huesca, 8 octubre 2002 (ROJ 137/2002). Respecto al plazo y la cuantía, no se encuentran reconocidos límites o parámetros legales, por lo que el montante a asumir será fijado por el juez, y la multa se aplicará mensualmente hasta que el progenitor incumplidor reconsidere su postura.

Como he dicho anteriormente, ante una situación de obstrucción consolidada más efectivos resultarán los remedios contenidos en el art. 776.3º LEC. El primero sería el cambio de guardia o custodia que, obviamente, tendrá lugar cuando el incumplidor sea el progenitor que la ostente, a modo de ejemplo resulta muy ilustrativo el AAP La Rioja, 13 marzo 2018 (Tol 6662601), que relata un caso especialmente rocambolesco en el cual la madre desoyendo al juzgado de primera instancia había cambiado a los menores de localidad y escuela, con la mera finalidad de obstaculizar el régimen de visitas. Igualmente, se habían constatado numerosas faltas de asistencia al colegio, incluso el retraso académico de los niños. Por lo que se acuerda, en definitiva, el cambio de guardia y custodia en interés de los menores.

La otra cara de la moneda es la modificación del régimen de visitas, medida más flexible y que se podrá acomodar a más supuestos. Así, sería posible restringir o limitar el régimen de visitas (siempre y cuando se considere que será positivo para el menor), a modo de correctivo a aquel progenitor que cumple de manera irregular el régimen de visitas (faltas, retrasos, etc.) o incluso, suspenderlo en casos más flagrantes como el contemplado por la SAP Barcelona, 2 marzo 2016 (Tol 5715211), que directamente suspendió el régimen de visitas, habida cuenta que el padre, tras ser acusado de una falta por incumplimiento de obligaciones familiares, desapareció y fue imposible localizarlo, considerando el tribunal

que lo mejor era suspender el régimen para proteger al menor. A salvo siempre queda la privación de la patria potestad (art. 170 CC) como medida excepcional para los supuestos extremos de abandono familiar, puesta en grave peligro de los menores, etc. Cuyo carácter discrecional está sometido a elevados criterios de valoración. Pues como ya decía la STS 18 octubre 1996 (Tol 1659038), o la más reciente STS 23 mayo 2019 (Tol 7260577), requiere la inobservancia constante de los deberes atribuidos a la patria potestad, que afecte de forma grave al menor.





Sobre esta cuestión, la doctrina tiene dudas acerca de si es posible acordar las anteriores medidas de modificación de guardia o visitas en el marco del proceso de ejecución (art. 776 LEC) o, necesariamente habremos de acudir al procedimiento de modificación de medidas del art. 775 LEC. La primera postura argumentaría que las medidas contenidas en el art. 776 LEC son especialidades propias del proceso de ejecución forzosa que estarían encaminadas a tener una vigencia temporal hasta que desaparezcan las circunstancias que exigieron su adopción. De todos modos, parece que si las medidas afectan a un tercero (por ejemplo, los abuelos) no parte en el proceso sería necesario solicitar su consentimiento antes de que se dicten las mismas. No siendo posible acordarlas sin su intervención de conformidad con el art. 90.2 CC. Por el contrario, la segunda postura, más purista, entendería que sería preciso interponer la correspondiente demanda de modificación de medidas, pues al final, lo regulado en el art. 776 LEC no sería más que un reconocimiento legal a dicha posibilidad cuando se den tales hechos, pero eso no quita que haya que recurrir a un proceso judicial con

todas las garantías en el que se valoren todos los factores en juego. Resulta mucho más convincente esta solución, pues no parece muy garantista que se produzca una modificación de medidas en el proceso de ejecución, sin hacer una valoración conjunta de toda la situación.



Para ir terminando, la doctrina también se ha planteado si es posible solicitar una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del régimen de visitas, premisa que en teoría no tendría freno dado que el art. 1902 CC se constituye como una cláusula general en nuestro ordenamiento. Por lo que podemos pensar que es posible reclamar tanto daños morales como patrimoniales siempre y cuando se prueben los mismos y se cumplan los demás requisitos que exige la jurisprudencia en cuanto a indemnización de daños y perjuicios se refiere. Imaginemos que por culpa de la actitud obstruccionista del progenitor custodio, el otro progenitor pierde el vuelo para realizar un viaje largamente planeado con el menor, con el coste económico que pueda tener, así como también la zozobra que dicha experiencia pueda generar. O simplemente, ya centrándonos solo en daños morales, a causa de los repetidos desencuentros con un progenitor custodio nada colaborativo o hasta fugado, se produzca un deterioro de la relación con el menor debido a largos períodos sin poder verlo o comunicarse con él.

De hecho, nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un caso en el cual la madre decidió irse con el menor al extranjero, manteniéndose en dicha postura aun cuando fue requerida y le se atribuyó la custodia del menor al padre. Finalmente, nuestro Tribunal Supremo la condenó al pago de la cantidad de 60.000 € por el daño causado. En concreto, el Alto Tribunal fundamentó su decisión en la acción deliberada de la madre a impedir las relaciones del hijo con el padre, pues estando en su mano poder facilitarlas las impidió a toda costa, causando un daño irreversible en la relación del menor con su padre (STS 30 junio 2009 [ToI 1570707]).

Por último, una alternativa a la indemnización de daños y perjuicios, puede ser incluir una cláusula penal en el convenio regulador que prevea una reparación económica por el incumplimiento del régimen de visitas, pero no se puede convertir en un dinero de "arrepentimiento" que permita obviar la relación paterno-filial, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación.



ALGUNAS IDEAS PARA EVITAR EL COLAPSO DE LA AGENDA



Saturnino Solano

Abogado

saturninosolano.com

En las tareas del abogado surgen con frecuencia, determinadas actividades que por su complejidad, requieren de un mayor esfuerzo y dedicación. Me refiero por ejemplo, a una demanda compleja, un recurso de casación o apelación complicado, o la creación de tu despacho virtual, junto a otros compañeros.

Normalmente, las tareas sujetas a plazo, los abogados las hacemos de golpe, **siempre el último día**, concentrando durante este tiempo, todo nuestro esfuerzo y dedicación a esta única tarea. Motivo por el cual, dejas de atender todo lo demás, provocando el colapso de la agenda y un estrés considerable cuando al final la acabas.

EL CHECKLIST

Para evitar esta situación, voy a comentarte la técnica del checklist o “desmenuce” que consiste, básicamente,

en descomponer la tarea compleja en sus partes, programando después su ejecución a lo largo del plazo concedido, para ejecutarlo y realizarlo poco a poco, compaginando la ejecución de cada parte, con las demás actividades diarias.

VENTAJAS:

1. Evitas la pereza o procrastinación inconsciente: Procrastinar (del latín procrastinare) es posponer, retrasar indefinidamente la ejecución de una tarea o actividad.

Cuando te enfrentas a una tarea que tu cerebro juzga descomunal o compleja, nunca hay tiempo para empezarla. Cada vez que te lo propongas, tu subconsciente te sugerirá mil razones diferentes y actividades alternativas para no hacerlo.

Sin embargo, cuando coges papel y boli y empiezas a hacer una lista de las cosas que debes hacer para terminarlo, tu inconsciente empieza a motivarse, comienza a ver posible la tarea. Lo que antes era inalcanzable empieza ser posible e ilusionante. Tu subconsciente empieza a sugerirte ideas, colabora, **te llenas de ilusión al ver posible, lo que antes parecía interminable.**

2.- Evitas los taponos y el colapso de agenda que se crea de forma irremediable, cuando pasas una semana haciendo una sola cosa.

3. Te centras en el resultado: El hecho **pensar primero las partes** de lo que vas a ejecutar, supone una labor de análisis y de síntesis que te **genera una visión del conjunto**, esencial para su posterior ejecución. **Analizas serenamente todo el proceso, desgranando las partes del conjunto y logrando así una mayor eficacia en la ejecución.**

Cuando descompones una tarea, comprendes mucho mejor la finalidad de

cada parte respecto del conjunto y sobre el objetivo final de tu proyecto. Pones en valor cada tarea. Enfías el proceso de tu subjetividad profesional y **das al resultado, el impacto de la excelencia.**

3. En tercer lugar priorizas y delegas. La perspectiva que alcanzas con esta técnica te permite **priorizar y delegar las partes del trabajo**, dando al conjunto una mayor serenidad y eficacia. Cuantas veces, al iniciar un recurso el último día del plazo, te percatas de que necesitas hacer algo que ya no puedes hacer por falta de tiempo.

LOS PASOS :

1º ENUMERA.

Descomponer las diferentes tareas que debes realizar, es un proceso de análisis. Primero **escribe en un papel** todo lo que se te ocurre respecto a la ejecución de la tarea y, cuando digo todo, me refiero a eso: A TODO.





Luego vendrá el analizar cada parte en su importancia y urgencia, incluso suprimirla por su inutilidad, pero para ello, debes enumerarla primero.

Para que me entiendas cuando me refiero a TODO, te propongo como ejemplo las diferentes tareas que sueles hacer cuando te planteas recurrir una sentencia perdida.

- **Leer el fallo de la sentencia, y ponerte de mal humor**, (mandar a la mierda a algún compañero del despacho, beber más de la cuenta, cabrearte con tu pareja, etc...)
- **Mandar la sentencia al cliente**, quedar con él.
- **Valorar** los costes del recurso.
- **Leer demanda y contestación** de la demanda. (querella y escritos de acusación y defensa)
- **Repasar las pruebas** practicadas, visionar grabaciones de los juicios.
- **Leer de nuevo** la sentencia. Y detectar los posibles motivos para recurrirla.
- **Pedir aclaración** de sentencia
- Buscar **jurisprudencia** de cuestiones procesales y del fondo del asunto.
- **Planificar** los motivos del recurso.
- **Comentar** ideas con otro compañero.
- **Redactar** el recurso.
- **Repasar** la redacción.
- **Presentar** el recurso

2º PRIORIZA

Cuando tienes la lista delante y sabes que tareas son más importantes, cuales te son más fácil y atractivas de ejecutar que las demás, puedes decidir y programar mejor su ejecución. Enumera cada parte por el orden que vas a acometer la ejecución:

- 1.- **Leer el fallo de la sentencia**, leer la sentencia entera.
- 3.- **Mandar la sentencia al cliente**, quedar con él.
- 2.- **Valorar** los costes del recurso.
- 4.- **Leer demanda y contestación** de la demanda. (querella y escritos de acusación y defensa)
- 7.- **Repasar las pruebas** practicadas, visionar grabaciones de los juicios.
- 5.- **Leer de nuevo** la sentencia. Y detectar los posibles motivos para recurrirla.
- 6.- **Pedir aclaración** de sentencia
- 8.- Buscar **jurisprudencia** de cuestiones procesales y del fondo del asunto.
- 9.- **Planificar** los motivos del recurso.
- 10.- **Comentar** ideas con otro compañero.
- 11.- **Redactar** el recurso.
- 12.- **Repasar** la redacción.
- 13.- **Presentar** el recurso

3º PLANIFICA SU EJECUCIÓN.

Es el momento de distribuir en la agenda, la ejecución de cada parte del proyecto para acometerla cada día. Busca los días y horas en tu agenda que mejor te acomode para cumplir con cada tarea y **CÚMPLELO**.

4º DELEGA y adjudica cada tarea. Si estas solo, puedes entrar en los grupos de Fb, Twitter, linkedin y preguntar si alguien puede aportarte sentencias de casos similares, ideas o sugerencias: **COMPARTIR** es una de las grandezas de esta era de la comunicación. Seguro que en poco tiempo obtienes muchísimas sugerencias que llenarán de ilusión a tu proyecto. Cuando troceas primero, controlas mucho mejor su ejecución. Te sientes dueño de cada momento, el enfoque del conjunto crece en el trabajo, generando mayor concentración y eficacia, en lugar de trabajar con el estrés y la presión del último día.

5º Analiza, compara, diseña: PENSAR PARA ESCRIBIR, en lugar de escribir para pensar, (que es lo que hacemos la mayor parte de los abogados del mundo). La perspectiva que obtienes al ver las partes del conjunto, te permite planificar mejor las ideas y como estructurarlas. Después, cuando das forma con palabras a lo que primero surgió de las ideas, el texto goza del privilegio de la distancia. Surge así la

elocuencia, la perspectiva que dará al conjunto, el valor de la eficacia.

6º Seguimiento y control de ejecución: En los proyectos de larga duración, cuando delegas partes importantes del conjunto, es necesario planificar el seguimiento. Programa reuniones periódicas del equipo para analizar el conjunto de la ejecución, parar para ver donde estás, donde querías llegar y corregir, en su caso, el rumbo del proyecto. Esta tarea es imprescindible si quieres tener éxito.

7º DISFRUTA DE TU TRABAJO. La mejor forma de quitarte el cabreo cuando te notifican una sentencia perdida es, sin duda, analizar y aprender del resultado para alcanzar el éxito. Por cierto, el éxito, solo se alcanza cuando asumes un reto y lo ejecutas.

El conjunto de tareas que debes realizar para lograr el éxito son, unas veces sencillas y otras complejas. Cuando decides asumir un reto, debes hacerlo desde el sentido de la aventura de un nuevo proyecto, desde la prueba y el error.

Ahora dime: ¿Cuándo estás más cerca del éxito? ¿Cuándo estás pegándote un atracón Netflix, sentado en el sofá de tu casa? o... ¿Cuándo acabas de cometer un error y has descartado una, de las X posibilidades que debes ejecutar para lograr el éxito?



VIVIENDA FAMILIAR E HIJO MAYOR DE EDAD DISCAPACITADO



Manuel García Mayo
Profesor Ayudante Doctor de
Derecho Civil
Universidad de Sevilla

1. Más allá de lo que pudiera pensarse, la aplicación del art. 96 CC, referido a la atribución del uso de la vivienda familiar tras las crisis matrimoniales, sigue dando lugar a no pocos pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo. Ello se debe, fundamentalmente, a dos factores. El primero, la importancia que esta medida sigue teniendo en los conflictos matrimoniales. El segundo, las dudas que, hoy en día, sigue generando la aplicación del art. 96 CC y que trae causa de un doble motivo: por una parte, la oscuridad de los criterios establecidos en el referido precepto; por otra parte, la falta de precisión sobre la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar, que ha dado lugar a resoluciones de lo más variopintas.

2. La STS 181/2018, de 4 de abril. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 181/2018, de 4 de abril, de la que fue ponente el Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana, trae causa de una modificación de medidas instada por la representación procesal del esposo, siendo su pretensión que se declarase extinguida: la pensión compensatoria acordada a favor de la esposa, la pensión alimenticia a favor del hijo mayor de edad y el uso y disfrute de la vivienda conyugal que había sido atribuido a la esposa. Medidas, todas

ellas, que habían sido acordadas en el convenio regulador aprobado en la sentencia de separación y posteriormente ratificado en la sentencia de divorcio.

En primera instancia, el juzgado únicamente extinguió la pensión alimenticia del hijo, manteniendo el resto de las medidas acordadas en el convenio regulador. Y recurrida la resolución por el esposo, la Audiencia Provincial de Madrid revoca dicha resolución en el sentido de acordar la extinción de la pensión compensatoria con efectos desde la referida resolución y, respecto al uso de la vivienda familiar, atribuye el mismo a la hija mayor y a la esposa durante un año, transcurrido el cual el derecho se otorga, con carácter alterno, por años, en favor de ambos cónyuges, hasta la liquidación del patrimonio inmobiliario. La sentencia de segunda instancia fue recurrida por ambas partes. Nosotros vamos a centrarnos en el recurso de casación interpuesto por la esposa, con el que se pretendía dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia que extinguía el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a la hija y a su madre tras el transcurso de un año.

3. La consideración del hijo mayor de edad discapacitado a efectos del art. 96 CC. A sabiendas del criterio seguido por el Tribunal Supremo, que excluye la consideración de los hijos mayores de edad a efectos de lo dispuesto en el art. 96.I CC, en el supuesto de la sentencia de 4 de abril de 2018, la esposa –recurrente en casación– centra todo el peso de su argumentación, a fin de que se le atribuya el uso de la vivienda familiar, en que la sentencia recurrida, pese a acreditar la discapacidad de la hija –con patria potestad rehabilitada a favor de la madre, con quien convive en el domicilio familiar–, no la equipara a una menor a efectos del art. 96.I CC, limitando el uso al plazo de un año. Considera, pues, infringido, el referido precepto, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo expresada en la STS 325/2012 de 30 de mayo. La esposa pretende, en definitiva, que se le atribuya, de forma incondicional, la vivienda familiar, a ella y a la hija con la que convive, amparándose en la situación de minusvalía de esta última y en la prórroga de la patria potestad.

Ya han sido varias las ocasiones en las que el Tribunal Supremo se ha referido, en resoluciones sobre atribución del uso de la vivienda familiar, a supuestos en los que existía un hijo discapacitado.

La STS de 30 de mayo de 2012, citada por la recurrente, trae causa de un supuesto en el que se había declarado judicialmente la incapacidad plena de uno de los hijos, mayor de edad, rehabilitándose la patria potestad de la madre. El marido instó una modificación de medidas solicitando la extinción del uso de la vivienda familiar, que era propiedad exclusiva suya y que fue atribuida a la esposa cuando el hijo era aún menor de edad mientras éste siguiese conviviendo con ella. En el momento de instar la modificación, el marido estaba jubilado, mientras que la esposa se había comprado una casa a raíz de una herencia que había recibido. Frente a la oposición de la esposa alegando la incapacidad del hijo, la Audiencia Provincial, en segunda instancia, confirmó la extinción del derecho de uso, teniendo en cuenta la mejoría en la situación económica de la esposa que cuenta, además, con otra vivienda, razón por la que, la declaración de incapacidad no puede convertir en vitalicio un derecho que, por definición legal, queda siempre limitado en su vigencia en el tiempo.

El Tribunal Supremo, en cambio, mantuvo el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostentaba su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación.

Consideró que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. Interpretación que consideraba avalada por la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2016, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.





Ahora bien, no ha sido esta la única sentencia dictada sobre el particular. Se ha de atender, aunque, evidentemente, no es referida por la parte recurrente en el procedimiento que analizamos, a la STS 31/2017, de 19 de enero.

En este caso, el uso de la vivienda familiar había sido atribuido a la esposa por un plazo de tres años, al considerarse su interés el más necesitado de protección. La esposa recurre en casación, alegando infracción del art. 96.I CC y la oposición a la antedicha STS de 30 de mayo de 2012. Solicita, pues, que la atribución del uso lo sea con carácter indefinido, atendiendo a que convive con una hija, mayor de edad, que padece de una esquizofrenia que le impide vivir sola y precisa de la ayuda de un tercero para su control (especialmente para su medicación). El Alto Tribunal desestimó el recurso. En primer lugar, aclara que, a diferencia del supuesto contemplado en la sentencia de 2012, ahora la discapacidad no había sido reconocida judicialmente, ni constaba en autos resolución administrativa de discapacidad.

No obstante, no parece ser este el verdadero motivo por el que el Tribunal Supremo desestima el recurso. En lo que realmente centra su argumentación es en el tan reiterado carácter temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar. El art. 96 CC no configura el derecho de

uso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges.



En el caso de la existencia de hijos comunes menores de edad, al considerarse que su especial protección va vinculada a la minoría de edad, aun no estableciéndose explícitamente, ya cuenta una limitación temporal: el momento en el que alcance la mayoría de edad. Tal límite “proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo”. En definitiva, este límite temporal, como se ha reiterado hasta la saciedad, se reputa como necesario a fin de evitar que la atribución del uso de la vivienda –de forma indefinida– pueda llegar a ser algo similar a una expropiación, ya que el titular del bien se vería privado sine die del contenido principal de su derecho. Llegados a tal término, será, en su caso, el art. 96.III el que haya de invocarse a fin de poder atribuir el uso, con carácter temporal, al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección.

En cambio, en el caso de que el uso

se atribuyese a un discapacitado, precisamente por tener tal condición, difícilmente existirá un criterio de limitación temporal, pues tal discapacidad va a continuar sine die. Advertido lo anterior, considera el Alto Tribunal, en la referida sentencia de 19 de enero de 2017, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor, pues “El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad”.



Donde sí defiende tal equiparación es en supuestos muy concretos de prestación de alimentos, con el interés de que pueda superarse la condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos puedan ser atendidos por el alimentante en su casa. Así lo contempló la STS 372/2014 de 7 de julio, reiterada posteriormente en sentencias tales como las SSTS 547/2014 de 10 de octubre o 430/2015 de 17 de julio.

Deja claro el tribunal que, una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que siempre haya de imponerse limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando haya otras formas de protección no discriminatorias. Alcanzada la mayoría de edad, los padres están en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a la habitación (art. 142 CC), por lo que las necesidades de vivienda y alojamiento que pueda tener la hija, y que no pueda atenderlos por sí misma, serán satisfechas mediante la obligación de alimentos de los progenitores.

Esta doctrina es reiterada posteriormente en la STS 167/2017 de 8 de marzo, en la que el Tribunal Supremo vuelve a concluir que la discapacidad de un hijo mayor

de edad puede posibilitar la fijación de una prestación alimenticia, pero no la atribución de la vivienda familiar.

Asimismo, a estos argumentos, sobre seguridad jurídica y no equiparación en todo caso del interés del hijo mayor discapacitado al interés superior del menor, son a los que vuelve a recurrir la reciente sentencia de 4 de abril de 2018, en su fundamento jurídico tercero.

Ahora bien, si es cierto que, por las razones expuestas, el interés del hijo mayor con discapacidad no es equiparable al interés superior del menor, no es menos cierto que el argumento para negar tal equiparación puede ser aún más fácil. No habría más que recurrir, más allá de los caracteres del derecho de uso de la vivienda familiar –como la temporalidad a la que se ha recurrido–, al propio fundamento y finalidad de la medida.

Con la atribución del uso de la vivienda familiar en virtud de lo dispuesto en el art. 96.I CC, atendiendo a la existencia de hijos menores de edad, se pretende la especial protección del interés del menor, el cual se encuentra íntimamente vinculada con la permanencia de los menores en el entorno social en el que se vienen desarrollando. Fundamento, este, que no tiene razón de ser si ante lo que nos encontramos, no es ante un hijo menor de edad, sino ante un hijo mayor de edad, pero discapacitado. Las necesidades que pueda tener éste se podrán cubrir perfectamente con la pensión alimenticia que le corresponda, sin que haya de privarse al cónyuge propietario del uso de su inmueble.

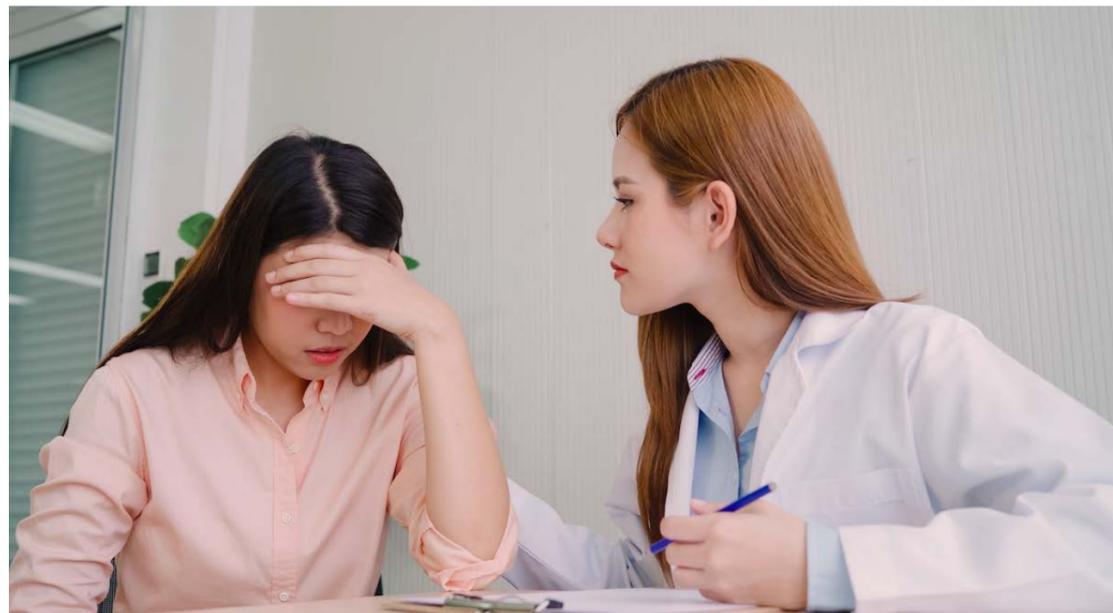
4. Interpretación no estricta del art. 96.I CC.

Pese a la evidencia y al peso del argumento señalado, en esta sentencia en particular encontramos otro argumento de peso para negar la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa y a la hija mayor de edad discapacitada.

Ha sido muy discutida la interpretación del primer párrafo del art. 96 CC. En este sentido, una interpretación literal e imperativa del referido párrafo, nos conduciría a un escenario en el que la existencia de hijos menores habidos en el matrimonio habría de llevarnos a la atribución automática del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio. Se trataría, pues, de una presunción iuris et de iure de que el interés más necesitado de protección siempre es el de los hijos menores, prescindiéndose, pues, de la necesidad de vivienda, de la titularidad privativa de la vivienda familiar del cónyuge no custodio o de la posible titularidad de otra vivienda por parte del cónyuge custodio. Frente a ello, surge una corriente doctrinal mayoritaria que intenta hacer ver las situaciones absurdas a las que nos conduce la atribución automática del uso de la vivienda familiar amparada en lo dispuesto en el párrafo primero del art. 96 CC.

Entre la disparidad existente en la jurisprudencia menor, ha de destacarse, a estos efectos, la trascendental STS 671/2012

de 5 de noviembre, la cual estableció que hay dos factores que eliminan el rigor de la norma –del primer párrafo del art. 96 CC– cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: “uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor” (en el mismo sentido, vid. las SSTS 241/2020 de 2 de junio y 351/2020 de 24 de junio).





En virtud de lo anterior, aunque se hubiese asimilado el interés de la hija mayor discapacitada al interés superior de los hijos menores, nos encontraríamos ante uno de los dos factores que eliminan el rigor del art. 96.I CC, pues, como consta en la sentencia, la esposa ha adquirido una vivienda que resulta apta para cubrir las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro tanto de la hija como de su madre.

Sin embargo, considero que ha de hacerse una precisión respecto a estas sentencias que, amparándose en la de 5 de noviembre de 2012, no atribuyen al cónyuge custodio la que ha venido siendo vivienda familiar durante la estabilidad matrimonial por entender que el hijo no precisa de la vivienda al encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios.

Por un lado, se han de distinguir aquellos supuestos en los que, al tiempo de establecer los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, el cónyuge custodio se encuentra ya viviendo y establecido en otro inmueble con sus hijos (vid., entre otras, las SSTS 191/2011 de 29 de marzo o 448/2015 de 15 de julio). En estos supuestos, poco sentido tendría la atribución del uso de la que ha

venido siendo vivienda familiar, pues los menores se encuentran con la necesidad habitacional cubierta y adaptados a un nuevo entorno. Es más, realmente la que constituyó la vivienda familiar ya no lo es, siéndolo ahora aquella que ocupa el cónyuge custodio con los hijos.

Por otro lado, nos encontramos con aquellos supuestos en los que, si bien se recurre al mismo factor al que nos venimos refiriendo para eliminar el rigor de la norma, lo cierto es que el cónyuge custodio y los hijos no se encuentran ocupando esa otra –segunda– vivienda en el momento en el que se procede a la atribución. Estrictamente, las necesidades no se encuentran satisfechas, aunque sí es cierto que podrían llegar a satisfacerse a través de esa otra vivienda (vid., entre otras, las SSTS 426/2013 de 17 de junio, 5/2015 de 16 de enero o la 461/2015 de 22 de julio). Es el caso del supuesto del que trae causa la sentencia que ahora comentamos, donde el cónyuge custodio y los hijos aún no venían ocupando esa otra vivienda.

En estos casos, los menores no se encuentran integrados en el entorno de esa otra vivienda. La finalidad del art. 96.I CC –su razón de ser– es el interés superior del menor, que es considerado el más necesitado de protección, salvo que se pruebe lo contrario. Y, ese interés, se encuentra íntimamente relacionado con la permanencia del menor en el entorno en el que se ha venido desarrollando pues, de lo contrario, no tendría sentido alguno que únicamente se contemple en el Código Civil la atribución de la vivienda que ha venido siendo familiar, y no la de otra cualquiera.

En virtud de lo anterior, el cambio de residencia de los menores al que puede abocar la decisión judicial ha de venir justificada, bien porque tal cambio no suponga una alteración sustancial del entorno en el que venía viviendo (v. gr. ambas viviendas se encuentran cerca), bien porque, aun conllevando un cambio de tal entorno, el interés superior del menor quede salvaguardado. En estos casos, con la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio o, simplemente, con la no atribución a ninguno de ellos –rigiéndose su uso por las normas generales de la comunidad–, se estaría protegiendo, además, el interés del cónyuge no custodio –en nuestro supuesto, el del esposo– que, en muchos casos, acabará repercutiendo positivamente en el propio menor: piénsese, por ejemplo, en la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio que cuenta con escasos recursos económicos, frente a un cónyuge custodio sobradamente solvente; esta atribución puede conllevar que el primero cuente con fondos para contribuir en mayor medida al resto de conceptos que componen los alimentos de los hijos.

5. Conclusión. Más allá del supuesto concreto abordado de la sentencia de 4 de

abril de 2018, en relación con el tratamiento del hijo mayor de edad discapacitado en la vivienda familiar, consideramos que en el término medio está la virtud. Que nos opongamos a una equiparación, en todo caso, del hijo mayor de edad discapacitado o incapacitado al hijo menor de edad, no nos puede llevar tampoco a defender la postura adoptada por el Alto Tribunal en las últimas sentencias, en las que le resulta totalmente indiferente, a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar, el hecho de que existan hijos, mayores de edad, discapacitados e incluso incapacitados.

Nosotros consideramos necesario y justificado, en determinados casos, la referida equiparación. Será en aquellos supuestos en los que la situación de discapacidad o incapacidad hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, de forma que tal necesidad no fuera posible satisfacerla de otra manera.

Es decir, mantenemos una interpretación de la norma según su fundamento y finalidad: la protección del más débil, encontrándose su necesidad habitacional directamente vinculada con la que ha venido siendo la vivienda familiar. Habría que atenderse, pues, caso por caso, a fin de valorar esa especial vinculación entre el hijo y la vivienda familiar.

En esta línea que venimos defendiendo se sitúa la nueva redacción del art. 96 CC propuesta por el reciente Proyecto de Ley 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, publicado en el Boletín de las Cortes Generales el 17 de julio de 2020.

***LAS FUENTES
DE ALGAR***



Rutas con niños por Fuentes del Algar

Las Fuentes del Algar es un paraje natural declarado como Zona Húmeda Protegida que se sitúa a 3 kilómetros de Callosa de Ensarriá, un pueblo muy cercano al conocido Benidorm. Si estamos por la zona de Benidorm y queremos hacer algo diferente en familia es una buena excusa para conocer un rincón natural de gran belleza donde los peques disfrutarán de los lindo ya que se podrán bañar y disfrutar el parque temático Dino Park Algar.

La ruta por Fuentes del Algar es una ruta sencilla circular de 1.5 kilómetros a lo largo del río Algar, durante su recorrido veremos todas sus cascadas y manantiales de aguas cristalinas donde darnos un refrescante baño en las zonas habilitadas para ello.

Aunque es una ruta sencilla ideal para hacer con niños hay tramos con escaleras y se complica si vamos con carrito.



MÁS COSAS QUE VER EN LOS ALREDEDORES

Las Fuentes del Algar es un sitio ideal para ir con niños, además cerca encontramos el parque temático de Dino Park Algar, está cerca del Jardín Botánico de Cactus del Algar, otro lugar recomendable para visitar con los más pequeños.

Dino Park Algar consta de maquetas de dinosaurios, atracciones infantiles y un cine en 3D que hará las delicias de los más pequeños de la casa.

CÓMO LLEGAR

Las Fuentes del Algar es una zona muy concurrida y si vamos en temporada alta puede estar lleno por lo que se recomienda madrugar o bien ir entre semana.

Por la zona hay muchos restaurantes donde comer o también podemos llevarnos nuestro bocata y comer en la zona habilitada para ello.

Si vienes desde Alcoy cogemos la CV-70. Pasamos por Beniloba y Benasau y giramos hacia Alcolecha para coger la CV-770 que nos lleva a la cima del puerto.



CALLOSA DE ENSARRIÁ

Después de un largo día en el Algar podemos visitar el bonito pueblo de Callosa de Ensarriá, un pueblo típico mediterráneo donde destaca el castillo de Bernia del que quedan los restos, su iglesia parroquial del siglo XVI, el poador o lavadero donde antiguamente acudían las mujeres a lavar, así como, los pocos restos que quedan de la muralla.



El municipio de Callosa d'en Sarrià situado a caballo entre los valles de los ríos Guadalet y Algar, estando rodeado de algunas de las estribaciones montañosas más importantes de la provincia (Sierra Aitana, Xortà, Bèrnia, Ponoig) con altitudes desde los 600 a 1.558 metros, posee una rica red de senderos de pequeño recorrido (PR) y rutas eco-culturales señalizadas y cuentan con mantenimiento.

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

Imágenes:

Imagen 1 [Portada las fuentes de algar Buscarutas.com](#)

Imagen2 [Escapadarural.com](#)

Imagen3 [alicanteout.com](#)

imagen 4 [Buscarutas.com](#)

Imagen5 [Buscarutas.com](#)

Imagen 6 [Callosa Densarriá: Información.es](#)