

# FAMILIA y SUCESIONES ICAV

## EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LAS SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR

**Pilar María Estellés Peralta**

LA DESHEREDACIÓN Y SUS CAUSAS,  
EN ESPECIAL EL MALTRATO  
PSICOLÓGICO, CON BREVE REFERENCIA  
A LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN  
DE ALIMENTOS POR AUSENCIA DE  
RELACIÓN CON EL PROGENITOR  
OBLIGADO A PRESTARLOS

**Silvia Moya Cebriá**

■ La cuantía de la prestación de alimentos: interpretación jurisprudencial del art. 93.I

■ Algunas ideas para fidelizar a tu clientela

■ La duración de la pensión compensatoria según los criterios del TS.

■ Formas de determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores en el derecho común

# CABALGATAS DE VACUNAS

El pasado 14 de marzo, se aprobó el Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Desde entonces, se adoptaron un conjunto de medidas dirigidas a proteger a las personas del riesgo de contagio, a atender a las que son especialmente vulnerables, a garantizar la prestación de servicios públicos esenciales, así como a velar por las personas trabajadoras y las empresas.

Para hacer frente a las posibles consecuencias de esas medidas, se nos dijo que la Administración de Justicia debía prepararse, tanto desde el punto de vista de la adopción de los cambios normativos necesarios en las instituciones procesales como desde la perspectiva organizativa.

En cuanto a datos se refiere en España tan solo existen 128 juzgados “especializados” en familia (excluidos los de incapacidades y tutelas), para una población total de 22.144.165 habitantes, con un volumen de asuntos de 194.299 (sin incluir los procesos de ejecución). Pese a todo, no debemos perder la esperanza ya que el legislador, aprobó el pasado 17 de diciembre de 2020 un Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, en el que en su Exposición de Motivos se nos dice que el Anteproyecto constituye un nuevo instrumento que pretende dar respuesta a los desafíos surgidos como consecuencia de la pandemia de la Covid-19, caracterizado entre otros por el fomento y la utilización de los medios adecuados de solución de controversias (MASC). Así se nos indica que el principal objetivo de los MASC es recuperar la capacidad

negociadora de las partes, dejando entre ver, de forma sutil a la par que educada, la incapacidad de consenso de los abogados. Lamentablemente el legislador, sabedor del uso residual y privilegiado de los medios alternativos o extrajudiciales de solución de conflictos ha decidido imponer lo que en esencia debe ser voluntario consiguiendo con ello que si finalmente el Anteproyecto ve la luz, existan nuevos trámites, mayores dilaciones, y graves costes para el justiciable.

Pese a todo ello, seguiremos defendiendo un derecho de familia con todas las garantías que merece el justiciable, y por supuesto, con o sin acuerdo entre las partes.

No puedo despedirme de vosotros, sin deseáros para el próximo año 2021 grandes dosis de felicidad y salud y mucha pero mucha paciencia en cuanto a lo judicial se refiere.



Paula Grau  
Vocal Sección Familia y Sucesiones ICAV

**4** Ejercicio de la patria potestad en las situaciones de crisis familiar

**Pilar María Estellés**

**12** La cuantía de la prestación de alimentos: interpretación jurisprudencial del art. 93.I

**José Ramón de Verda y Beamonte**

**24** La duración de la pensión compensatoria según los criterios del TS.

**Asunción Quinzá**

**08** La desheredación y sus causas, en especial el maltrato psicológico, con breve referencia a la extinción de la pensión de alimentos por ausencia de relación con el progenitor obligado a prestarlos

**Silvia Moya Cebriá**

**16** Algunas ideas para fidelizar a tu clientela

**Saturnino Solano**

**16** Formas de determinación del régimen de guarda y custodia de los hijos menores en el derecho común

**Javier Martínez Calvo**

# LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS: INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ART. 93.I CC.



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



**Álvaro Bueno Biot, Doctorando en  
Derecho, Universidad de Valencia**

**1.** Los parámetros a los que el art. 93.I CC se remite para fijar la contribución y, en definitiva, la cuantía de la pensión de alimentos, son, de un lado, “las circunstancias económicas” del progenitor obligado a pagarla (alimentante); y de otro, las “necesidades de los hijos” (alimentistas).

Debe existir una relación de proporcionalidad entre ambos, tal y como, con carácter general, establece el art. 146 CC en materia de alimentos, pero dichos parámetros no tienen la misma importancia cuando los hijos son menores, pues, en tal caso, lógicamente el segundo de los parámetros se convierte en prioritario respecto del primero.

Por ello, la jurisprudencia ha declarado que el principio de proporcionalidad establecido en el art. 146 CC solo es aplicable “a alimentos debidos a consecuencia de la patria potestad

(artículo 154.1 CC) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de éstos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta del vínculo de filiación y la edad” [SSTS 5 octubre 1993 (Tol 1655748) y 16 julio 2002 (Tol 202431)].

En el caso de divorcio judicial por mutuo acuerdo, la contribución de cada progenitor a los alimentos forma parte del contenido mínimo del convenio regulador, pero el pacto de los cónyuges no será aprobado, si es dañoso para los hijos (art. 90 CC). La SAP Málaga 30 enero 2018 (Tol 7022285) afirma, en este sentido, que corresponde “al prudente arbitrio judicial la determinación de la cuantía alimenticia, cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente con el suyo propio”.

Las Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el CGPJ, en 2013 y actualizadas en 2019, son, desde luego, meramente, indicativas.

**2.** Expondremos, a continuación, una serie de criterios para determinar la capacidad económica del obligado a prestar alimentos, que juegan, tanto, en el momento de la fijación inicial de la prestación, como, posteriormente, cuando (en un juicio de modificación de medidas) se alega una modificación del nivel de ingresos del alimentista para pedir la reducción o el aumento de su cuantía.

**2.1.** La capacidad económica del alimentista se determina por la entera situación patrimonial del alimentante. Para valorar “las circunstancias económicas” del alimentante habrá que tener en cuenta, no solo el importe de su salario neto que, en su caso, perciba, sino la totalidad de su patrimonio, tanto mobiliario (acciones, depósitos bancarios, bonos, etc.), como inmobiliario (rentas, plusvalías, o alquileres, etc.).

Así lo constata la STS 14 octubre 2014 (Tol 4526696) que observa que la “obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges”, por lo que “no es necesaria una liquidez dineraria inmediata para distraer de la misma la contribución sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad”. Concreta-mente, revocando la sentencia recurrida, fija como doctrina que “La obligación de pagar alimentos a los hijos menores no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos”.

La STS 22 junio 2017 (Tol 6201518), aplicando la misma doctrina, casó la sentencia recurrida, que había establecido una pensión de alimentos a cargo del padre de 250 euros, dada su

carencia de trabajo. La fijó en 400 euros, cuantía que era la que había establecido la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que el patrimonio de ambos progenitores era “importante, tanto que no han necesitado trabajar para mantener un estatus importante de vida”, afirmado que reducir la prestación a una cuantía tan mínima no resultaba “coherente ni con los recursos económicos, ni con el status social de la pareja”.

**2.2.** La posibilidad de acudir a la prueba indiciaria para determinar la situación económica del alimentante, ante la ausencia de pruebas directas.

Cuando el alimentista es un trabajador por cuenta ajena es fácil determinar sus rendimientos netos del trabajo (son estos los que se tienen en cuenta, no los brutos), que se acreditarán de manera objetiva a través de la correspondiente certificación de ingresos por parte de la empresa o entidad pagadora.

En cambio, cuando los ingresos del potencial deudor derivan del ejercicio de actividades de difícil fiscalización (profesionales liberales, participación en sociedades o percepción de comisiones complementarias del salario fijo) puede existir una gran dificultad para probar su verdadera capacidad económica, máxime cuando las declaraciones fiscales no la acreditan plenamente, ya que no contienen más que las manifestaciones realizadas de manera unilateral ante la Administración Tributaria y no excluyen que no puedan existir ingresos no declarados.







En este sentido, la SAP Pontevedra 20 julio 2015 (Tol 5391233) señala que, “en principio, las declaraciones tributarias carecen de valor probatorio, en la medida en que se trata de manifestaciones unilaterales y que no han sido objeto de la oportuna comprobación”. La SAP Murcia 16 junio 2010 (Tol 1905712) desestima una pretensión de reducción de cuantía de alimentos, considerando que a este propósito resultaban insuficientes los datos derivados de la declaración de la renta, pues “en todo caso le correspondía al recurrente una más exhaustiva acreditación al respecto, conforme a lo dispuesto en el art. 217 de la LEC, valorando, de un lado, el desempeño de otras actividades laborales extras” y el hecho de la existencia de determinados signos externos demostrativos de un nivel de vida superior, como cabría deducir de los tres turismos y dos motocicletas que posee”.

En estos casos (y en los que existen sospechas de economía sumergida) la jurisprudencia impone una mayor exigencia probatoria “conforme a lo dispuesto en el art. 217 de la LEC, derivada de la mayor facilidad y disponibilidad de quién es percceptor de tales ingresos” [SSAP Murcia 16 junio 2010 (Tol 1905712) y Murcia 20 junio 2013 (Tol 3846988)], porque, en dichos supuestos, “quien postula una pensión cuenta con enormes -por no decir diabólicas- dificultades para demostrar la situación pecuniaria del otro, mientras que a éste le es tremendamente fácil porque nadie como él la conoce, bastándole al

primero sembrar con un principio de prueba una duda razonable sobre la realidad de los ingresos aparentes del deudor para que, a partir de ahí, incumba a éste la carga de la prueba, con la grave consecuencia, en caso de no atender su deber, de que se den por ciertas las rentas que se le imputan” [SAP Murcia 28 julio 2003 (JUR 2003, 235370)]. En general, ante la existencia de pruebas directas respecto a la cuantía de los ingresos, es posible acudir a pruebas indiciarias, teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes datos:

a) Existencia de signos externos que permitan deducir que el obligado al pago tiene una capacidad económica superior a la que reconoce.

Existen gastos particularmente ostentosos, que permiten deducir que la capacidad económica del alimentista es muy superior a la que dice tener, como es el participar en cacerías periódicas en África [SAP Barcelona 26 julio 2012 (Tol 2669452)]. La SAP Barcelona 22 abril 2015 (Tol 5185583) señala que “En el presente caso existen indicios suficiente para considerar acreditado que la [demandada] trabaja realizando tareas domésticas en domicilios, tal como alegaba el demandado, sin reflejo fiscal, y sin que sea creíble que sea su hermana quien trabaja y le dé el dinero obtenido por su trabajo, como pretenden hacer creer sobre todo porque no se ha acreditado que la actora padezca enfermedad alguna que le impida trabajar, y en todo caso, puede hacerlo”.

Se habla, así, de “un principio básico en cuestiones de derecho matrimonial, según el cual, a falta de pruebas directas sobre los verdaderos ingresos de la unidad familiar, o cuando aquéllas no sean fiables, los signos externos indicadores del nivel socioeconómico en que se desenvuelve habitualmente la familia (tales como gastos de colegio o educación de los hijos, viajes y ocio, movimientos de tarjeta de crédito, marca y categoría de los vehículos que poseen, vestidos, joyas, etcétera) constituyen un elemento decisivo para deducir dicha realidad” [SAP Murcia 28 julio 2003 (JUR 2003, 235370)].

Se han considerado, así, un indicio externo relevantes la circunstancia de que el apelante viva en Santiago, que asuma los gastos de desplazamientos frecuentes a Lugo para visitar y atender a su madre y los gastos relativos a juegos on-line que por mínimos que sean en su cuantía, “lo cierto es que difícilmente se concilian con una ausencia total de medios económicos que se alega, y por lo mismo, no se puede obviar el gasto que implica el consumo de sustancias estupefacientes, pues, todo ello hace suponer que, a pesar de no realizar actividad laboral, dispone de medios económicos que le permiten hacer frente a la pensión fijada como mínimo vital en la sentencia apelada” [SAP La Coruña 30 diciembre 2015 (Tol 5669119)].

b) El trabajo en la empresa familiar, a pesar de no constar como socio, o ni siquiera como empleado de la misma o, figurando como trabajador, se le fije un salario inferior a las funciones que realmente realice.

Es, por ejemplo, el caso de un padre que se dedicaba de manera encubierta a ejercer la actividad de gestión de un negocio de comercio de artículos de saneamiento, actividad que anteriormente a la ruptura matrimonial ejercía junto con su esposa y que, roto el vínculo matrimonial, pasó a ejercerla bajo una sociedad que figuraba a nombre de su madre cuyo objeto social era similar a la que regentaba con su esposa. El Tribunal que resolvió el caso consideró notable el indicio de que la empresa titulada a nombre de su madre

coincidiera en su actividad “con la de aquella en la que el recurrente prestó sus servicios profesionales durante un importante período y con una remuneración elevada, lo que pone de relieve su cualificación y competencia, que hace difícilmente imaginable que no haya puesto profesionalmente al servicio de la nueva empresa” [SAP Valladolid 29 julio 2002 (EDJ 2002, 45840)].

Es también el caso de un demandado que figuraba en la nómina de la empresa que regentaba su propio padre, como peón, cuando, en realidad, reconoció que desempeñaba funciones de gerente y comercial, siendo propietario de un 10% de la misma y conduciendo un BMW que figuraba a nombre de ella. Se daba, además, la circunstancia de que había reducido artificialmente el importe de la nómina para pagar una menor cuantía de alimentos, resultando un contraste con la de la anualidad inmediatamente anterior a la crisis familiar, contradicción que carecía “de toda lógica si sus circunstancias laborales no habían variado” [SAP Murcia 28 julio 2003 (JUR 2003, 235370)].

c) La titularidad de inmuebles, en particular, si han sido adquiridos en fechas próximas a la fecha en la que se piden los alimentos, ya que ello es demostrativo de que no solo percibe los ingresos que declara.



En esta línea, la SAP Málaga 29 marzo 2007 (Tol 1125817) indica que “existen indicios más que racionales como para poder entender la percepción de otras cantidades por conceptos diversos, siendo muestra de ello no solamente la titularidad de dos inmuebles sino, incluso, la adquisición en fechas próximas de una tercera vivienda a la que trasladó su residencia, siendo intrascendente a los efectos aquí debatidos si las otras viviendas se encuentran ocupadas en régimen de arrendamiento o si van a ser vendidas, puesto que lo esencial es que ello es demostrativo de no contar exclusivamente con ingresos netos mensuales de mil quinientos veinticinco euros con veinte céntimos (1.525,20 €) mensuales sino de una cantidad superior”.

Se ha considerado, así, procedente imponer al padre el pago de una pensión mensual de 1.625 € por cada uno de los dos hijos menores, destacando que era gestor de un entramado societario importante y que, aunque negaba percibir 15.000 € mensuales, “lo cierto que se soporta actualmente un importante nivel de gastos, a la sazón, hipoteca mensual por importe de 8.500, la tenencia de un importante patrimonio inmobiliario, a la sazón, un dúplex de lujo en Marbella, que está alquilado, afrontándose también una hipoteca de algo más de 500 mensuales, o la propiedad también de otro inmueble sito en Torremolinos, plaza de garaje, una nave en un polígono industrial, que también está alquilada, y que genera los oportuno rendimientos, todo lo cual permite deducir que se mantiene un importante nivel de ingresos como consecuencia de la explotación de dichos negocios, y no obstante afirmar que la situación empresarial y mercantil del recurrente es muy opaca, si bien dicho entramado social y financiero siempre ha sido dirigido y explotado únicamente por aquel” [SAP Madrid 14 julio 2015 (Tol 5407109)].

d) Una noticia en internet en la que se contaba que el padre, que negaba ejercer la profesión liberal como arquitecto, había entregado una obra en un municipio.

Así lo consideró la STS 5 julio 2010 (Tol 1908405), que admitió el recurso

extraordinario por infracción procesal del art. 286 LEC, al entender que debía de haberse admitido (y dado traslado a la otra parte) el escrito presentado por la mujer después del período de alegaciones, tan pronto como tuvo conocimiento de la noticia publicada en internet. Observa que “la demandante había insistido durante el procedimiento en la posibilidad de que el marido ejerciera su profesión liberal como arquitecto al margen de la relación laboral probada” y que el descubrimiento de un documento en el que podría fundarse esta realidad constituía un hecho nuevo que, “por lo menos debería haber sido valorado, por ser importante en determinar la cuantía de los alimentos de los menores”, máxime, “teniendo en cuenta que la introducción del hecho nuevo no modifica en absoluto la petición formulada en la demanda”, no debiendo considerarse una “mutatio libelli”, sino un mero complemento.

**2.3.** La toma en consideración de las cargas y gastos soportados por el alimentante.

Evidentemente, para determinar la capacidad económica del alimentante habrá que tomar en consideración, no solo el activo, sino también el pasivo de su patrimonio, esto es, las cargas y los gastos que soporte, en particular, los que se requieran para atender sus propias necesidades más elementales, so pena de ruptura del principio de proporcionalidad.



La SAP Córdoba 13 diciembre 2016 (Tol 5973478), así, tiene en cuenta como gasto el importe que debía satisfacer el alimentista en concepto de alquiler, de manera que, para calcular la cantidad sobre la que operar en la determinación de la cuantía de la prestación alimenticia, detrajo los 350 euros -cuota de alquiler- de los 1260 euros, que era el rendimiento neto del trabajo como militar.

Así mismo, para fijar la cuantía de la prestación de alimentos, habrá que tener en cuenta el conjunto de medidas de trascendencia económica previstas en la sentencia que las establezca, pues todas ellas, aunque sean distintas, están interrelacionadas.

Se considera, así, que el establecimiento en el marco de una custodia monoparental de un régimen de relaciones personales con los hijos muy amplio en favor del progenitor, que, en la práctica, da lugar a períodos de convivencia muy semejantes a los que resultaría de un sistema de custodia compartida, ha de ser considerado para reducir el importe de la pensión [SAP Córdoba 30 septiembre 2013 (JUR 2014, 76240)].

Así mismo, desde esta perspectiva, uno de los parámetros que adquiere mayor relevancia en orden a determinar la cuantía de la prestación de alimentos es a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar [SSAP Barcelona 26 julio 2012 (Tol 2669452), Córdoba 30 septiembre 2013 (JUR 2014, 76240), Barcelona 30 enero 2014 (Tol 4109030) y Madrid 21 abril 2019 (Tol 1760026)], pues el usuario de la misma obtendrá un importante beneficio, en detrimento del otro, que tendrá que seguir pagando el préstamo hipotecario, si la vivienda es privativa de él o pertenece a ambos, sin poder disfrutar de ella, debiendo, normalmente, proceder a formalizar un alquiler o compraventa de otra vivienda.

En definitiva, el derecho uso de la vivienda familiar tiene un valor económico, por lo que quien no lo tiene deberá satisfacer una cuantía inferior de alimentos de la que debería de haber satisfecho si la hubiese tenido [SAP Madrid 21 abril 2019 (Tol 1760026)]; y viceversa: de ahí que se haya establecido una pensión de alimentos a cargo del padre de 350 euros el padre y 400

la madre, compensando con ello que esta disfrutara del derecho de uso exclusivo de la vivienda familiar, “mientras que ambos han de soportar por mitad la cuota hipotecaria y los gastos que no sean los de suministros, uso, impuestos y conservación” [SAP Barcelona 30 enero 2014 (Tol 4109030)].

**3.** La necesidad del alimentista.  
El segundo de los criterios establecidos por el art. 93.I CC para determinar la cuantía de la pensión alimenticia es el de las “necesidades” de los hijos.

Conforme al art. 154, III.1º CC, la patria potestad comprende el deber de los progenitores de tener a sus hijos en compañía, “alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”.

La jurisprudencia ha observado que el deber contemplado en el precepto, “no se limita estrictamente al concepto de mero subsidio, complementado por la disponibilidad de medios del progenitor obligado; sino que atiende a un criterio posibilista, o de optimización, una vez que el deber del progenitor alcanza a la mayor satisfacción de las necesidades del hijo, en la medida en que mejor se lo permita la totalidad de los medios económicos a su disposición” [SAP Granada 22 junio 2018 (Tol 6829050)].





### 3.1. La apreciación subjetiva de las necesidades.

Mientras el criterio de la capacidad del alimentante tiene siempre carácter objetivo, en cambio, el de las necesidades del alimentista es "de condición subjetiva o relativa", pues su cuantificación dependerá de varios factores, "entre los que sin duda tiene especial significación la situación económica disfrutada por el grupo familiar" [SSAP Madrid 19 diciembre 2006 (JUR 2007, 162380) y Madrid 14 octubre 2014 (JUR 2015, 9899)], ya que "no se trata de que la pensión alimenticia cubra las necesidades más básicas de los menores, sino que permita que los hijos continúen en lo posible con el status económico y social existente con anterioridad a la ruptura de la convivencia entre sus progenitores" [SAP Málaga 14 enero 2016 (Tol 5797698)].

Las necesidades de los hijos deberán, pues, valorarse "conforme al correspondiente status o posición social de la familia" [STS 21 octubre 2014 (Tol 4530267)]. Por ejemplo, en el contexto de una familia de economía media puede resultar desproporcionado obligar al alimentista a pagar la matrícula de un colegio privado, unas clases de golf o de tenis o comprar un piano a los menores, lo que, sin embargo, será normal en el contexto de una familia adinerada.

La SAP Granada 22 junio 2018 (Tol 6829050), observa, así que el padre, titular único de una sociedad de responsabilidad limitada con un volumen de beneficios anual de 500.000 euros debe "contribuir al necesario y justo complemento para la más desahogada satisfacción integral de sus necesidades, habida cuenta del

ostensible desequilibrio de medios, en los períodos que pase con su madre, entre las que se incluye no solamente la comida, sino también la ropa, vivienda, ocio, complemento educacional y todos cuantos aditamentos fueran apropiados para procurar el mejor desarrollo del menor en las privilegiadas condiciones que permite la fortuna de aquél". Por ello, la circunstancia de que el padre aceptara pagar en exclusiva la educación al menor en el costoso centro escolar en el que se encontraba matriculado (por no menos de 8.000 euros al año) no le eximió de pagar una pensión compensatoria, cuyo importe se fijó en 400 euros.

Se ha considerado que, en el ámbito de una familia con alto nivel de vida, los gastos derivados de "la actividad de Kart de elevado coste" del menor (entrenamientos, fichas federativas, reparaciones...), son gastos ordinarios, pues en ella concurren las notas de previsibilidad y habitualidad, y deben ser abonados por mitad por ambos progenitores [SAP Castellón 3 septiembre 2014 (Tol 4713475)].

Se ha observado también que las necesidades de los hijos "no son uniformes" y, dado que en el concreto caso que enjuicia "el status familiar de las menores está por encima de la media", cobran sentido ciertos gastos que el alimentista "considera superfluos como la pertenencia a una cofradía o a un club náutico, la asistencia al conservatorio o la adquisición de instrumentos musicales" [SAP Alicante 28 abril 2015 (Tol 5183882)].

Así mismo, han de tomarse en consideración necesidades especiales de los menores, distintas a las propias de su edad, en particular, las que derivan de su condición de salud.

Por ello, se ha tenido en cuenta a la hora de fijar la pensión de alimentos del padre que la hija padeciera una serie de patologías de carácter crónico (síndrome de cordedad isquiosural, hiperlordosis lumbar, escoliosis de columna y dismetría de caderas), que exigirían "un tratamiento rehabilitador de por vida" (masajes descontracturantes, ejercicios de auto elongación y manipulación pélvica entre otros), incluyendo en la pensión la cuantía mensual de dichos tratamientos, que se desprendía del presupuesto elaborado por un centro terapéutico [SAP Alicante 27 abril 2015 (Tol 5065643)].

Las necesidades de los hijos pueden ser cambiantes a lo largo de los años, por lo que será posible que en un juicio de medidas se modifique la cuantía de la pensión alimenticia para adecuarse a ellas (por ejemplo, cuando, por su edad, han de ser escolarizados, en particular, si los progenitores no optan por un centro público o concertado).

### 3.2. La necesidad de garantizar el mínimo vital.

Como ya hemos dicho, de los dos criterios tenidos en cuenta por el art. 93.I CC para determinar la cuantía de la prestación de alimentos (entre los cuales debe haber una relación de proporcionalidad), el prevalente es el constituido por las "necesidades de los hijos" menores; y ello, porque se trata de una obligación legal basada en el principio de solidaridad familiar, que tiene fundamento en el art. 39 CE, conforme al cual los poderes públicos han de asegurar "la protección social, económica y jurídica de la familia", lo que se traduce en un deber incondicional de los padres para con los hijos, con independencia de la mayor o menor dificultad que tengan los primeros para proporcionar los alimentos a los segundos.

Por lo tanto, aunque exista una situación de dificultad económica de los progenitores, habrá que fijar siempre una cantidad mínima de pensión que contribuya a cubrir los gastos más imprescindibles para la atención y el cuidado del menor, debiéndosele garantizar lo que jurisprudencialmente se viene denominando el "mínimo vital" o "de mera subsistencia" [STS 5 octubre 1993 (Tol 1663192)], es decir, lo necesario para que los menores puedan desarrollarse en "condiciones de suficiencia y dignidad a los efectos de garantizar, al menos, y en la medida de lo posible, un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional" [SAP Málaga 30 enero 2018 (Tol 7022285)].

Estamos, pues, ante un tope mínimo por debajo del cual no puede ni debe establecerse la pensión de alimentos, aunque ello suponga un gran sacrificio para el padre. Las Audiencias Provinciales vienen fijando el mínimo vital en una franja que oscila entre los 100 y 200 euros al mes. Las SSAP Barcelona 22 mayo 2014 (Tol

4493268), Burgos 23 noviembre 2016 (Tol 5927774) o Asturias 16 diciembre de 2016 (Tol 5946604) lo fijaron en 100 euros; la SAP La Coruña 29 junio 2018 (Tol 6870992) en 125 euros; las SSAP Valencia 7 febrero 2011 (Tol 2104854), Baleares 5 noviembre 2013 (Tol 4032587), Valencia 7 de julio 2014 (Tol 4520507) y Alicante 8 de mayo 2015 (Tol 5183797) en 150 euros; la SAP Valencia 11 de abril 2014 (Tol 4409876) en 170 euros; la SAP Cáceres 2 marzo 2015 (Tol 4788775) en 180 euros; y la SAP Murcia 12 noviembre 2009 (JUR 2010, 8075) (Tol 1756087) en 200 euros.

La jurisprudencia insiste que el alimentante no puede eximirse de atender ese "mínimo vital" alegando encontrarse en paro, cuando exista una falta de diligencia en la búsqueda de un puesto de trabajo.

La SAP Albacete 19 febrero 2015 (Tol 4765877) observa, así, que "debe fijarse una cantidad prudencial mínima que permita cubrir parte de las necesidades más básicas de los hijos -el llamado mínimo vital", "aunque el alimentante carezca de ingresos o se encuentre desempleado, siempre que objetiva y físicamente pueda desarrollar una actividad laboral que le permita generar ingreso", considerando que ese mínimo vital no puede ser inferior a 100 euros.





## EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN LAS SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR



**PILAR MARÍA ESTELLÉS PERALTA**

Directora del Departamento de Derecho Privado  
Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir"  
pm.estelles@ucv.es

Las crisis familiares cabría definir las como situaciones o tiempos de dificultades o cambios graves que hacen peligrar el estado actual de las cosas en el seno de la familia, institución que ha evolucionado en las últimas décadas y donde se ha producido una importante quiebra en las relaciones conyugales y parentales dado el aumento en el número de fracasos matrimoniales,

De acuerdo con la "Guía de criterios de actuación en materia de custodia compartida", de 29 de junio de 2020, las rupturas conyugales, tanto si se encauzaron inicialmente por los trámites del mutuo acuerdo como por la vía contenciosa transcurrido un período medio en torno a los dos años de la ruptura son fuente de innumerables controversias en el ejercicio de la parentalidad; el 25% de las rupturas da lugar a una situación claramente conflictiva y los mayores damnificados son los menores implicados en estas situaciones. Se producen así conflictos y dificultades cuando los padres tienen opiniones encontradas entre sí aunque también cuando hay divergencia entre los padres con sus hijos menores adolescentes en cuestiones relacionadas con el ejercicio de los derechos de la personalidad de estos menores, como las alternativas educativas y/o

lo que ha generado un incremento de situaciones de crisis familiar en que pueden verse inmersos los menores generando en ellos problemas de adaptación y relación social, fracaso escolar, desajustes en clave de angustia, agresividad, hábitos desordenados, etc.; estas crisis familiares afectan, asimismo, a la titularidad y ejercicio de la patria potestad.

religiosas, académicas, la imagen física y corporal del menor, los embarazos de adolescentes, la prestación o negativa del consentimientos para determinados tratamientos e intervenciones médicas, etc., que surgen no sólo de las crisis conyugales sino también, en gran número de ocasiones, son generadas por los propios adolescentes quienes se enfrentan a los titulares de la patria potestad y complican su ejercicio.

En estas situaciones de crisis familiar, las transformaciones sustanciales que ha experimentado en tiempos recientes el Derecho de familia y que afectan al reconocimiento y garantía de un importante abanico de derechos en favor de los menores encabezado siempre por la prevalencia de su interés superior, va a suponer un gran avance y un reforzamiento de las garantías en favor de su protección.



Al mismo tiempo se aprecia una continuada evolución y modificación de su autonomía personal basada en su madurez que supone, en contrapartida, un debilitamiento de la función en que consiste la patria potestad que regula el art. 154 CC y que podrían suponer una grieta para los intereses del menor que se pretenden proteger al dificultar el cumplimiento de los deberes y facultades de "velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral". Teniendo en cuenta todos estos intereses en liza trataremos de dilucidar los distintos supuestos de resolución de crisis familiares, su incidencia en la garantía y prevalencia del interés superior del menor, la consideración de la madurez del menor y las dificultades de llevar a la práctica este officium.

El interés superior del niño va a ocupar el vértice de los diferentes intereses en conflicto en lo referente a la resolución de las distintas situaciones de crisis y discrepancia familiares. Su reconocimiento a nivel jurisprudencial se observa tanto en el Tribunal Supremo, SSTS 29 abril 2013 (Tol 3711046), 20 octubre 2014 (Tol 4529938), 17 noviembre 2015 (Tol 5596288), 27 junio 2016 (Tol 5775431), 27 junio 2016 (Tol 5775378), 21 junio 2017 (Tol 6201490), 26 febrero 2019 (Tol 7099258), 29 julio 2020 (Tol 8039309) y 29 julio 2020 (Tol 8039303), entre otras; como en el Tribunal Constitucional, SSTC 152/2005,

de 2 de junio (Tol 673515), 124/2002, de 20 de mayo, FD 6 (Tol 258656), 138/2014, de 8 de septiembre (Tol 4517085), 185/2012, de 17 de octubre (Tol 2675044) y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH de 11 octubre de 2016, rec. n.º 23298/12, affaire Iglesias Casarrubias et Cantalapiedra Iglesias c. Espagne (Tol 6412910), que han recogido reiteradamente este principio en sus pronunciamientos.

Con el fin de determinar el interés del menor, cobra especial dimensión la idea de que el interés del niño ha de ser entendido como superior y prevalente en todo caso (SSTS 5 febrero 2013 (Tol 3010824), 18 noviembre 2014 (Tol 4556709), 16 febrero 2015 (Tol 4719934), 17 noviembre 2015 (Tol 5596288), 27 junio 2016 (Tol 5775378), 12 mayo 2017 (Tol 6097928), 22 septiembre 2017 (Tol 6355916), 15 enero 2018 (Tol 6484675), 14 febrero 2018 (Tol 6516349), 6 abril 2018 (Tol 6566012), 24 abril 2018 (Tol 6592056), 9 de mayo 2018 (Tol 6602553), 15 octubre 2018 (Tol 6852505), 17 enero 2019 (Tol 6999235), 26 febrero 2019 (Tol 7099258), 5 abril 2019 (Tol 7205213), 24 septiembre 2019 (Tol 7503994)), más allá de las preferencias de los padres, tutores o administraciones públicas. En este sentido la STS 30 junio 2016 (Tol 5765231) señala la existencia de intereses contrapuestos entre madre e hija ante la acción de reclamación de filiación que ejercita la madre bajo el pretexto



## Justicia y sociedad

de buscar la verdad biológica de la niña y que entiende el Tribunal que no actúa por los intereses -preferentes- de ésta sino por motivos personales y distintos del bienestar de la menor que se halla -insiste- colmado desde su nacimiento. En definitiva, la madre no procede realmente "en defensa de los intereses de su hija".

Consecuencia de lo anterior, partiendo de la contradicción de intereses que declara la sentencia recurrida entre la hija menor de edad y la madre, ésta no puede ser representante legal de aquella en las acciones ejercitadas, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el art.163 CC, procedería el nombramiento de un defensor que la represente en juicio, o lo que es lo mismo que la represente para el ejercicio de estas acciones si aprecia que con ello se satisface el interés de la menor, bien entendido que el no ejercicio de ellas no priva a la hija de la acción de reclamación al llegar a la mayoría de edad, y por su propia y voluntaria determinación.

El interés superior del menor se ha erigido, pues, en un principio elemental, necesario e indeclinablemente inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos; por tanto, como señala la SAP Ávila 30 septiembre 2019 (Tol 7575498) el interés de hijo menor es el que debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el llamado bonum filii o favor filii ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos del código civil (arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170 CC) y, en

general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (arts. 39.2 CE) y responde a la nueva configuración de la patria potestad.

Pese a ser una de las finalidades de la LO 8/2015, de 22 de julio, de protección de la infancia y la adolescencia, este principio se reconoce pero no se define concretamente aunque exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de los progenitores como ponen de manifiesto las SSTS 5 abril 2019 (Tol 7205213), 25 noviembre 2019 (Tol 7615742), 4 abril 2018 (Tol 6568354), FD 2 y 12 septiembre 2016 (Tol 5823940).

La jurisprudencia ha ido definiendo tal concepto en el sentido de entender que el "interés del menor" constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental, debiendo presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, en tal sentido se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, se protegerá la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas, se ponderará el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten y a que la medida que se adopte en el interés superior del menor no

restrinja o limite más derechos que los que ampara. Así las SSTS 25 abril 2018 (Tol 6592125), 15 diciembre 2017 (Tol 6461936), 19 octubre 2017 (Tol 6402978), 28 septiembre 2016 (Tol 5843549), 17 noviembre 2015 (Tol 5596288), 31 enero 2013 (Tol 3020982). Es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos menores tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status si no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento de crisis familiar (SSTS 13 febrero 2015 (Tol 4712378), 3 abril 2014 (Tol 4218412) y 17 junio 2013 (Tol 3794745)).

Así, el interés superior que se debe atender en cada caso, es el particular y personal interés del menor en liza en ese momento y circunstancia concretos, el de ese menor perfectamente individualizado, como pone de relieve la STS 13 febrero 2015 (Tol 4712378), concluyendo que "el interés en abstracto no basta"; y que además, debe ponerse en relación con el desarrollo libre e integral de su personalidad, por tanto, el interés del menor debe interpretarse a la luz del libre desarrollo de su personalidad poniendo especial cuidado en su respeto (Así ha sido destacado, entre otras, por la STS 5 febrero 2013 (Tol 3010824), que expone que "el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE)").

Sin embargo, en ocasiones la decisión más adecuada a los intereses del menor será aquella precisamente contraria a sus deseos pero que los titulares de la patria potestad -o el juez en su caso- deberán adoptar por el interés superior del hijo y aunque ello conlleve conflictos en el seno familiar. Esta nueva formulación del interés del menor ha supuesto indudablemente un avance en la prevalencia y garantía de los intereses del menor, sin embargo, los criterios y elementos establecidos siguen siendo muy generales, difusos y diversamente interpretables, lo que conlleva algunos inconvenientes, como

la enorme discrecionalidad que se concede al juez, quien se convierte en el "tercer progenitor".

La progresiva evolución en la forma de concebir la capacidad jurídica del niño atendiendo a su desarrollo y grado de autonomía, ha provocado una transformación del enfoque tradicional que atribuía a los niños el papel de receptores pasivos de cuidados y atenciones de los adultos a reconocerlos como protagonistas activos y, por tanto, llamados a participar en el proceso de adopción de aquellas decisiones que puedan afectarles de acuerdo con su capacidad y madurez.

En esta nueva concepción del menor, más amplia, deben tomarse en consideración, para la resolución de las crisis familiares, las opiniones del niño y también sus deseos en todos los procedimientos administrativos y judiciales que le afecten, promovándose la participación de éste y velándose por que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones en todos los asuntos que le conciernen. La edad o la madurez







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





## LA DESHEREDACIÓN Y SUS CAUSAS, EN ESPECIAL EL MALTRATO PSICOLÓGICO, CON BREVE REFERENCIA A LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS POR AUSENCIA DE RELACIÓN CON EL PROGENITOR OBLIGADO A PRESTARLOS



**Silvia Moya Cebriá**  
**Abogada de Familia**  
**Letrada ICAV 11.994**

En este artículo pretendemos abordar las diferentes situaciones jurídicas, en las que nos podemos encontrar cuando se produce el fallecimiento de un familiar, y, en concreto y al hilo de la reciente jurisprudencia que los tribunales han ido dictando, aquellas realidades sociales de las que se han hecho eco, como es el abandono de un familiar, y su posterior consecuencia en el derecho a testar, en íntima conexión, con los escenarios que con ocasión de la sentencia núm. 104, de fecha 19 de Febrero de 2019, nos podemos encontrar, cuando los hijos ya mayores de edad, no quieren tener contacto con el progenitor con el que no conviven, pero por el contrario, se consideran acreedores de las pensiones de alimentos que perciben.

Nuestro Código Civil, recoge en el Libro Tercero, Título Tercero, Capítulo Segundo, Sección Novena, los artículos 848 a 857, relativos a la desheredación.

En este sentido el artículo 848 del CC, su

dicción literal dice: “ La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley”.

Y en relación con lo anterior, el mismo cuerpo legal en los artículos 852, 853, 854 y 855, fijan las causas para desheredar a los hijos y descendientes, a los padres y ascendientes, y al cónyuge, respectivamente.

Centrando, las líneas de nuestro artículo, pues este hace especial referencia a aquellas situaciones en las cabe la desheredación por maltrato psicológico, a los hijos y descendientes, no podemos lógicamente desoir, el artículo 853 del CC, que establece ad litterum: “Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2o,3o,5o y 6o, las siguientes:

1ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.

2ª Haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

La desheredación, es la institución mediante la cual el testador, en virtud de un acto o declaración testamentaria expresa, priva voluntariamente de su legítima a un heredero forzoso, en base a una de las causas establecidas en la ley ( DGRN Resol 6-3-19; 15-7-17).

Hasta la sentencia dictada por nuestro alto tribunal de fecha 3 de Junio de 2014, la jurisprudencia, como todos sabemos, no admitía más formas de desheredación que las tasadas, específicamente en los artículos a los que ya se ha hecho referencia, es decir, no se permitían interpretaciones de la norma; la relación exhaustiva a que se referían los preceptos mentados, era a las que nos teníamos que acoger para acudir a esta institución, defendiéndose por tanto una interpretación restrictiva, es decir, que esta sólo podía efectuarse por alguna de las causas expresamente previstas en la ley ( numerus clausus), ex artículo 848 CC, por lo tanto insistimos no era válida la alegación de causa distinta, de otra forma y como se establecía por la jurisprudencia, se estaría quebrando todo el sistema legitimario ( TS30-9-75 ,EDJ 236).

Esta corriente jurisprudencial, dio un giro importante, en el año 2014, como ya hemos referenciado, y así el Tribunal Supremo, experimentó, a partir de este momento una constante y progresiva flexibilización, en torno a la desheredación, y admitió el abandono del testador como causa de desheredación por maltrato psicológico, y lo que vino a establecer, es que este puede equipararse al maltrato de obra, de forma que esta causa, ya tipificada en nuestro código civil, la entendió de una forma amplia.

No podemos obviar, por tanto, la sentencia dictada por la Sala I del Tribunal Supremo, que como ya se ha dicho, constituyó el origen en el cambio de doctrina por nuestro Alto Tribunal, de fecha 3 de Junio de 2014, a las que siguieron las sentencias 30 de enero y 20 de julio de 2015.

El cambio experimentado, en orden a la desheredación de los legitimarios, es consecuencia de las nuevas realidades sociales; como es de ver, en nuestro Código Civil, los hijos y descendientes, ostentan unos derechos hereditarios desmedidos, y ello porque, hasta su derecho a la herencia, es superior al de la viuda del causante, a quien le concede el usufructo del tercio destinado a mejora, lo que evidencia que el Código Civil antepone los derechos hereditarios de los hijos descendientes respecto del cónyuge viudo.







Pero, ¿que hacemos, cuando legitimarios, en concreto los hijos y descendientes, por mor del Código Civil, desatienden, ignoran, no acuden a socorrer en los momentos más difíciles del curso de la vida a su familiar más directo, y los tenemos sumidos en el olvido más absoluto?; pues bien, en estos casos en los que se ve afecta la dignidad de la persona, piedra angular de nuestro derecho constitucional ( artículo 10 CE), parece más que acertada la doctrina del Alto Tribunal, pues es evidente que dicha situación sume al afectado en un estado emocional, compatible con el maltrato psicológico.

Como ya decía, ab initio, los que han quebrantado los deberes más elementales de cuidado y atención de aquellos de quienes resultan legitimarios, esto es de sus ascendientes, no pueden ver premiada su actitud con la concesión de los derechos que ampliamente a mi juicio les concedía el Código Civil, atendiendo a su originaria interpretación; pues en este caso estaríamos conculcando los valores más elementales intrínsecos a la propia familia.

El Código Civil vigente, al que nos atenemos, y que nos rige, y en especial refiriéndonos a la materia tratada en este artículo, es evidente que cuando se

aprobó en 1889, las circunstancias que marcaban el destino de las personas, y con ello me refiero, en este punto a las familias, era muy diferente a la actual realidad; nuestros antepasados, tenían una concepción de la vida familiar, que es evidente y debido al cambio y realidad social, mutatis mutandi, en la actualidad difiere, y mucho, a la que existía en aquel momento. Pero este cambio y circunstancias, que a todos afecta, y que sería objeto de otro debate, no pues ser óbice, para que aquellos familiares, a quienes se descuida, se abandona, se ignora, y no se atiende ni a nivel emocional ni asistencial, provocándoles con ello un hostigamiento psicológico, queden obligados, por mor del Código Civil, y de su interpretación restrictiva, a reconocer a los causantes de tanto sufrimiento como legitimarios de su herencia.

Por tanto, merced a los cambios sociales, “el maltrato de obra, de acuerdo con su naturaleza, debe ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural o a los valores del momento en que se producen”, y ello tal y como establece, la Sala I del TS, que en su sentencia que dio origen a esta nueva jurisprudencia de fecha 3 de Junio de 2014 esta flexibilidad la entiende incluida

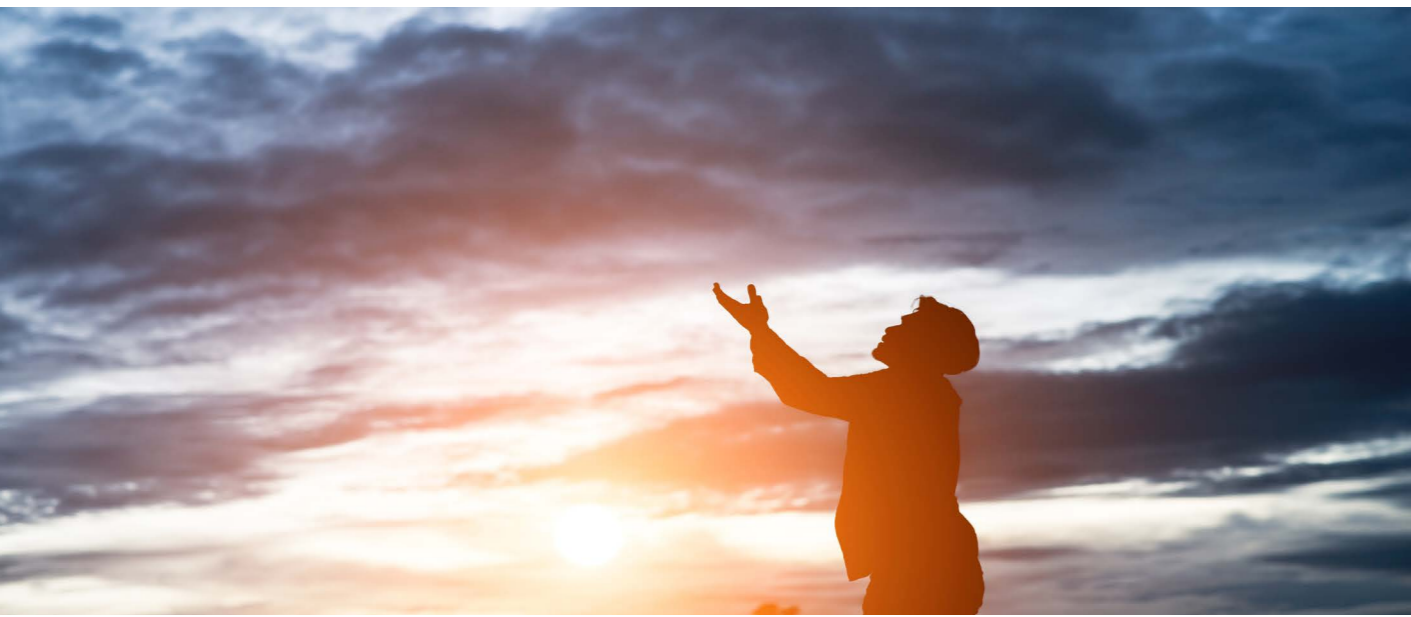
en el maltrato psicológico, en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, y así “ admitió una desheredación por incurrir en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos años de vida del causante en donde ya enfermo quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno.”

De especial relevancia son igualmente las sentencias de fecha **30 de enero y 20 de julio de 2015**, que no podemos dejar de citar en este artículo, pues el Alto Tribunal siguió la doctrina anteriormente expuesta, y en concreto la de **30 de Enero de 2015**, que fija con claridad meridiana, el criterio que se aleja de la anterior interpretación restrictiva de las causas de desheredación.

Al amparo de esta doctrina, y a nuestro juicio, aquellos que han soslayado intencionadamente las funciones más elementales de cuidado, afecto y atención,

podrán quedar particularmente mermados desde un punto de vista patrimonial, de los bienes y derechos que ostentaban sus familiares, en detrimento de aquellos que si prestaron dicha ayuda asistencial, o bien de aquellos a quién el testador elija en un acto tan solemne e íntimo como son sus últimas voluntades; esta doctrina, que ya vienen acogiendo, nuestros Tribunales menores, y cuyo camino marcó el Tribunal Supremo, lógicamente se aleja del criterio rigorista de las normas del Código Civil, en lo que a la institución de la desheredación afecta; y nos parece, en lógica conexión, con los nuevos tiempos, acertada, lógica y coherente, y calma el propósito de todos aquellos, que en el acto de testar, se sientan abandonados e ignorados por sus familiares más directos, o por alguno legitimarios, ya sea por todos, o por alguno de ellos, a quienes permítaseme la expresión, podrán dar “un escarmiento póstumo”, si así finalmente nuestros tribunales lo entienden para el caso de que se impugnare, lo que ocurre en, prácticamente, la mayoría de las ocasiones.





Ahora bien, en el camino que se recorre desde el acto de testar, hasta el fallecimiento, aquel que considere que sus familiares directos, no son dignos de recibir sus posesiones, al amparo de este maltrato psicológico que entiende se le ha irrogado, deberá de especificarlo en el testamento, haciendo constar de forma explícita, las causas que legitiman la desheredación, y en concreto, si esta deviene de un maltrato psicológico, deberá de puntualizar de forma exhaustiva, y así se deberá de trasladar al Notario, los motivos que dan origen a la desheredación por este motivo, esto es, a nuestro juicio, no se podrá nombrar la causa de forma genérica, del artículo 853 inciso segundo del Código Civil, indicando en este punto, e identificando con claridad meridiana las razones por las que se opta por penalizar la conducta de estos familiares, y decimos penalizar, porque se van a ver privados de aquellos bienes, derechos...etc, que por legítimo derecho le corresponden, según nuestra legislación, y que su conducta rayana en el olvido, y descuido hacia sus familiares, ha propiciado, desde luego si se acredita, de forma justa.

**Breve referencia a la extinción de la pensión de alimentos respecto de**

**los hijos mayores de edad, cuando no existe relación afectiva con el progenitor no conviviente.**

Sin duda, esta cuestión, la encontramos, en íntima conexión con la sentencia de fecha 19 de Febrero de 2019, y ello porque en esta resolución el Alto Tribunal, abre la puerta, a extinguir las pensiones de alimentos respecto de los hijos mayores de edad, que no mantienen relación con sus progenitores, lógicamente se entiende con los no convivientes, ahora bien dicha conducta ha de ser imputable al hijo, es decir, ha de ser este, el que debe de negar al padre la relación afectiva, sin razón, ni motivo aparente alguno.



En este sentido la mentada sentencia examina: "si la conducta que tenga un hijo mayor de edad hacia su progenitor puede, en función de su intensidad, amparar que se extinga la pensión alimenticia que recibe de él o ha de seguir manteniéndose ésta" y en este sentido señala: **"ahora bien, admitida esta causa, por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a efectos de extinción de la pensión alimenticia, entraría en consideración el segundo plano a que hacemos mención. Sería de interpretación rigurosa y restrictiva valorar la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo."**

En definitiva, y para finalizar este artículo, es evidente que nuestro Tribunal Supremo, y ello en contra de lo que debiera hacer nuestro legislador, ha ido adaptando sus sentencias, lógicamente sin desoír, la ley, pero sí interpretándola, a las nuevas realidades sociales, en las que nos encontramos, y de las que el justiciable precisa una respuesta; pues de otro modo, y a mi modo de ver, estos se alejarían de la justicia, circunstancia que no debiera de darse, pues sólo ante ella podemos defender y reclamar nuestros derechos, y ello porque ante las situaciones a las que se ven abocados, las personas que se encuentran en los supuestos a los que hemos hecho referencia, existe una ausencia de respuestas jurídicas, que nuestro Tribunal Supremo ha suplido con la doctrina a la que he hecho referencia en este artículo, que el justiciable, en esta serie de supuestos agradece, pues ve cumplidos sus designios de todo punto legítimos.





## ALGUNAS IDEAS PARA FIDELIZAR A TU CLIENTELA:



**Saturnino Solano**

Abogado

[saturninosolano.com](http://saturninosolano.com)

Alguna vez te has preguntado ¿Por qué vuelven tus clientes? Y lo más importante: ¿Alguna vez se lo has preguntado a ellos?

En el aprendizaje de nuestro trabajo, nadie nos enseña a captar clientes. Pero lo más dramático es que tampoco nos enseña nadie a mantener la clientela que tenemos. Por eso quiero compartir contigo algunas ideas que he aprendido a base de prueba y error (es decir, equivocándome, fundamentalmente) y que he ido depurando con los años que creo que te pueden resultar efectivas.

### Recoger información

Una de las cosas que más te puede ayudar a fidelizar la clientela es conocer lo más posible a tus clientes.

Por eso, en la primera visita, no dudes en pedirle datos relevantes, como por

ejemplo su fecha y lugar de nacimiento, su actividad laboral y otras actividades por las que obtiene ingresos, alquileres, inversiones etc. Sus relaciones personales y familiares: si tiene Pareja, hijos, etc. Toda esta información además de ser esencial para gestionar su asunto, te permitirá conocer el entorno del cliente.

Igualmente, a lo largo de las sucesivas entrevistas, irás obteniendo información muy valiosa que debes anotar, como por ejemplo sus hobbies u otras actividades que definen sus gustos, sus aficiones e intereses personales.

La nueva realidad profesional requiere de una especialidad, es cierto, pero también de una capacidad de asesoramiento global a tu cliente que te permita analizar, desde la heurística global de su entorno, los problemas legales como persona, como profesional, como vecino, como dueño de mascota, como aficionado a su deporte favorito etc. etc.

Si tienes esa información podrás sorprenderle remitiéndole el enlace de una App gratuita para dormir mejor, un anuncio sobre una feria su sector profesional, las nuevas paradas de autobús en su barrio, la información de un seguro para su perro, o compartir un artículo sobre Badminton.

Toda esta información te permitirá poder mantener una posterior relación con tu cliente, mucho más fluida y completa, que hará ver a tu cliente que no solo te interesas por su problema legal, sino también, como persona.

### Una reflexión sobre tu especialidad

En varias ocasiones te he comentado mi opinión sobre los cambios que está sufriendo nuestra profesión en el momento presente y la necesidad actual de no limitarse a dar un solo tipo de servicio.

Por eso, creo que ceñirse excesivamente a una única actividad especializada en la profesión, es cortarte las alas en exceso, para la realidad que vivimos en el nuevo mercado del asesoramiento legal.

La clientela de cualquier negocio puede definirse de dos maneras: Aquellos negocios que tienen **un cliente una sola vez**, en los que las probabilidades de que el mismo cliente repita son escasas o nulas; y aquellos otros sectores, donde **el cliente fideliza y repite**, para disfrutar más veces de los servicios. En estos últimos, en ocasiones, el cliente se convierte en apóstol del negocio, remitiendo a nuevos clientes.

En nuestra profesión, la inmensa mayoría de los abogados delegamos toda nuestra actividad de marketing en nuestra clientela, y confiamos en **que un cliente traerá a otro** y... así nos va. Esto pudo ser útil hace años, en un sector local donde tener un determinado prestigio podía ser un referente, pero en la actualidad, te puedo asegurar que no es suficiente.





¿Qué crees que sucede, cuando te especializas de tal como que solo atiendes un tipo de asuntos? ¿Cuántas veces repetirá cada cliente? ¿Cuántas veces se divorcia un cliente en su vida? ¿Cuántas hipotecas con cláusulas abusivas firmará a lo largo de su vida? ¿Cuántos pleitos penales tendrá? ¿Cuántos despidos? Por ello hay que ponerse las pilas. **Puedes mantener una especialidad que te defina profesionalmente, pero es necesario ampliar tu carta de servicios**, para atender otras muchas necesidades que cualquier cliente pueda precisar habitualmente y hacérselo saber para que, cuando termine el asunto, te conviertas en su consultor legal de referencia.

### Las cartas manuscritas

Esta técnica de fidelización, la aprendí cuando empecé a compaginar la actividad de abogado con la gestión inmobiliaria y, créeme cuando te digo que es de lo más efectivo que he hecho en mi vida. ¿Cuántas cartas manuscritas has recibido a lo largo del año pasado?

De tu respuesta obtendrás, precisamente, la potencia de este medio para fidelizar a tu clientela.



Si al finalizar cada asunto, te tomas cinco minutos en escribir de tu puño y letra, unas palabras de agradecimiento a tu cliente, por haber depositado en ti su confianza y ofrecerle tus servicios para cualquier otra cuestión que pueda precisar, te puedo asegurar que el éxito estará garantizado.

La reacción que tienen los clientes cuando reciben una manuscrita de su abogado, agradeciéndoles su confianza, les cautiva la atención y genera la consideración de una distinción incomparable.

### Mantén el contacto con tu cliente a lo largo del año

No te límites a escribir una carta manuscrita al finalizar el asunto. Sin necesidad de ponerte pesado y machacarlo con llamadas telefónicas, puedes diseñar un plan de comunicación

para algunos de los siguientes eventos:

Felicítale por su cumpleaños, por su santo, mándale un Whatsapp por navidad. Contacta en las redes sociales, remítele un artículo, o una noticia que puede serle de interés. Para eso has recolectado tanta información.

Lo mejor es que si lo haces a través de tu programa de gestión del despacho o a través del programa de tu correo electrónico puedes automatizar su envío, sin que te suponga una carga adicional en tu trabajo.

Nunca te conviertas en pesado. Si dudas si un Mail con una noticia puede interesarle o no, simplemente, no se lo mandes.

Más vale que te añoren, a que te esquiven.





# LA DURACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA SEGÚN LOS CRITERIOS DEL T.S LA DURACIÓN



**ASUNCIÓN QUINZÁ**

Abogada colegiada 6506

**La pensión compensatoria, como sabemos, es un instrumento que prevé el artículo 97 del Código Civil a fin de poder reequilibrar la situación económica de los esposos tras la ruptura de la convivencia conyugal, intentando corregir los desequilibrios que se hayan provocado como consecuencia de la mayor dedicación de uno de los esposos al matrimonio, por**

Ya nuestro más alto Tribunal ha dejado claro que la pensión compensatoria no es un mecanismo equiparador de economías dispares ni dador de cualidades profesionales que no se tienen, pero sí pretende evitar el desequilibrio en los supuestos que legalmente proceda. El propio precepto que regula la pensión compensatoria establece que ésta puede consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

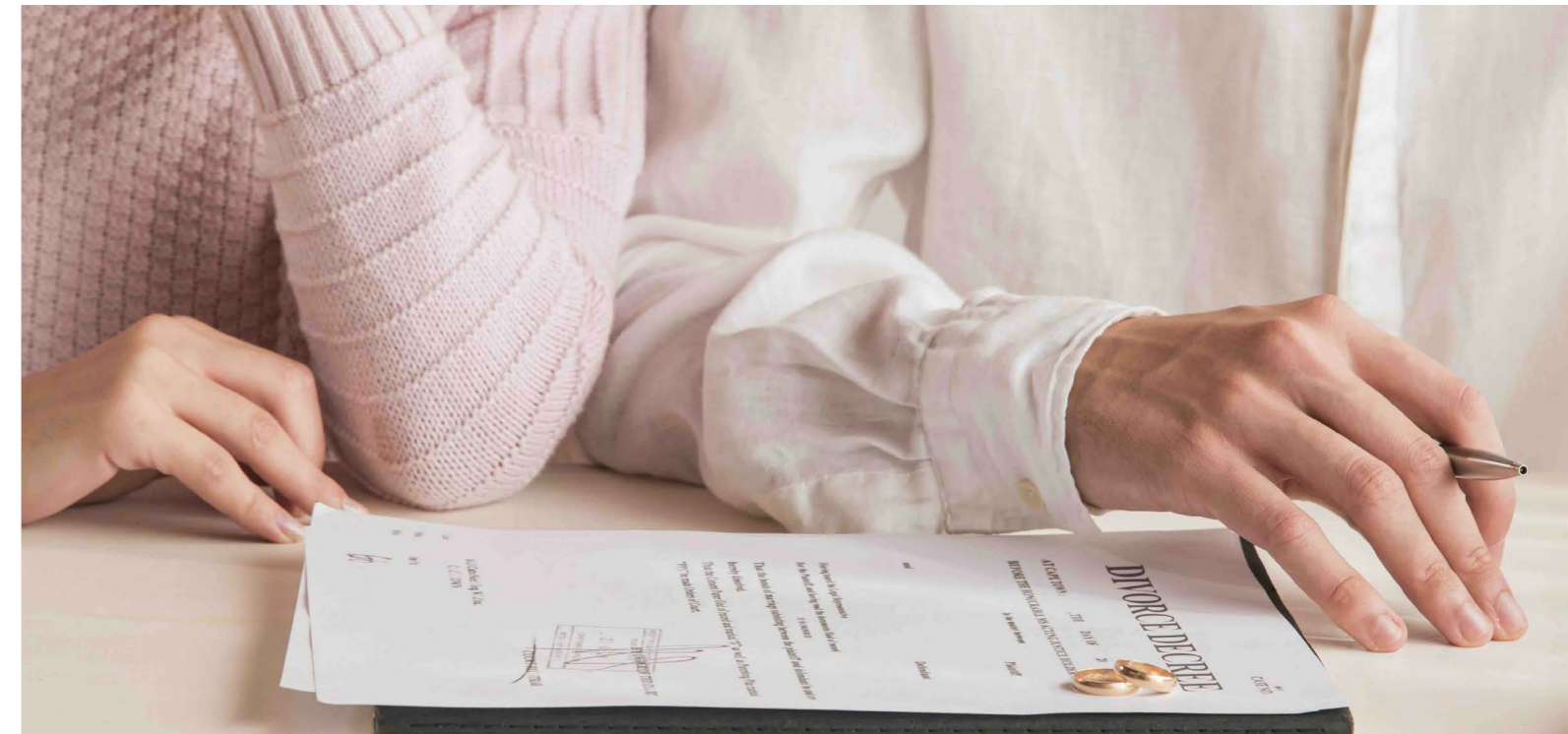
Una vez se dan los presupuestos que hacen nacer el derecho a pensión compensatoria, una de las cuestiones fundamentales radica en ver la duración de la misma.

Si bien es cierto que, como el resto de

**la diferencia sustancial en las retribuciones de los cónyuges, por su especial dedicación a la familia que ha impedido una mayor proyección laboral..., en definitiva, paliar la situación claramente desfavorable económicamente de un cónyuge respecto del otro una vez roto el matrimonio atendiendo a determinadas circunstancias.**

medidas de procesos de familia, puede estar sujeta a modificación, esto es, el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento es el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal. Por tanto, igual que debe concederse cuando se den los presupuestos para ello, también debe extinguirse cuando cesa la causa que lo motivó.

Y hablando de la duración de la pensión compensatoria, hay que señalar que el año 2.020 ha servido para que el Tribunal Supremo se haya pronunciado expresamente a favor de la pensión compensatoria de duración indefinida.



En concreto, hay que señalar, por su importancia, las tres Sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo, de las que se pueden extraer los criterios actuales de la jurisprudencia en torno a la duración de la pensión del artículo 97 del Código Civil. **Estamos hablando de las Sentencias; STS 1682/2020 de 3 de junio de 2020, STS 2225/2020 de 6 de julio de 2020 y STS 2679/2020 de 13 de julio de 2020.**

Según recogen estas Sentencias, *“el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso..., que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.”*

Esto es importante porque esta Sentencia nos está diciendo que el Juzgador debe tener la CERTEZA de que, con el tiempo se va a superar el desequilibrio existente, para poder

poner límite a la pensión compensatoria. Por tanto, para fijar un límite a la pensión compensatoria, el Juzgador debe realizar un juicio prospectivo con criterios de certidumbre.

Así, el juicio prospectivo, en el que se valoran los factores del artículo 97 del código civil es el que va a permitir prever si, esa superación del desequilibrio ocasionado, es factible en unos años o sí, por el contrario, es difícil que se produzca. Esta superación es la que va a determinar la duración de la pensión, en el primer caso pensión temporal y en el segundo pensión indefinida. **El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio** (STS. de 6 de julio de 2020).

Por ello, las Sentencias aludidas, reiterando lo ya establecido por el alto Tribunal en la STS 538/2017, de 2 de octubre, establece “la fijación temporal de la pensión ha de partir de la convicción del tribunal de que, dentro del plazo fijado, se ha de poder restaurar el equilibrio por los propios medios del cónyuge beneficiario. Cuando no existe tal convicción, lo oportuno es el establecimiento de una pensión con carácter indefinido, lo que no implica un derecho a cesar en la búsqueda de tal restauración del equilibrio mediante ingresos propios y la imposibilidad de solicitar una modificación de medidas cuando tal búsqueda no se produce, con la finalidad





de mantener el percibo de la pensión por parte de quien se beneficia de ella. Es decir, si no hay probabilidades reales de que, transcurrido el plazo establecido, se haya superado el desequilibrio existente, el plazo debe ser de mayor duración o indefinido, pero ello no obsta a que, el receptor de la pensión debe ir buscando reestablecer dicho equilibrio, conllevando la pasividad en su conducta la posibilidad del pagador de promover una modificación de medidas precisamente por esta conducta.

La STS de 6 de Julio de 2020 revoca precisamente una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, en tanto que la Audiencia había fijado límite temporal a una pensión compensatoria dictada con carácter de indefinido por el Juzgador de Instancia.

Esta Sentencia resume la doctrina de la Sala del TS sobre la fijación del límite temporal de la pensión compensatoria, y que ya se fijaron en la Sentencia 153/2018, de 15 de marzo. Y así establece claramente que *“el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan sólo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de establecer el equilibrio que le es consustancial. Para ello obliga a valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo*

*concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá la percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre!*

**EN DEFINITIVA, PARA VER LA DURACIÓN DE LA PENSIÓN DEBE HACERSE UN VERDADERO JUICIO PROSPECTIVO, con CRITERIOS DE CERTEZA,** con altos índices de probabilidad, de que en ese tiempo se va a superar el desequilibrio existente, y todo ello, por supuesto sin perjuicio de poder valorar en un futuro, alteraciones que evidencien mayor potencial económico de



quien la percibe y poder -vía modificación de medidas- proceder a su límite e incluso a su extinción. En este sentido, resulta muy ilustrador, el resumen que realiza esta última STS (13-julio-2.020) en torno a la extensión temporal de la pensión compensatoria, estableciendo como jurisprudencia consolidada que:

1) El establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso.

2) Que para fijar la procedencia, cuantía y duración temporal de la pensión compensatoria es necesario atender a los factores a los que se refiere el artículo 97 del CC.

3) Que, a tales efectos, la función judicial radica en valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción.

4) Tal juicio prospectivo o de futuro deberá de llevarse con prudencia, ponderación y con criterios de certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad.

5) El plazo, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio.





## FORMAS DE DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES EN EL DERECHO COMÚN



**Javier Martínez Calvo**  
**Profesor Ayudante Doctor (acred. Contratado Doctor). Universidad de Zaragoza**

**1.** De acuerdo con los últimos datos disponibles del Instituto Nacional de Estadística, en el año 2018 tuvieron lugar en España 95.320 nuevas rupturas, y en más de la mitad de los casos (51.7%) existían hijos menores. En estos supuestos, una de las cuestiones que ha de resolverse es la determinación del progenitor que va a asumir el cuidado de los hijos menores del matrimonio, o si lo van a hacer ambos de forma alterna. Para ello contamos con la figura de la guarda y custodia.

La ruptura matrimonial puede articularse a través de dos vías: el procedimiento contencioso o el de mutuo acuerdo. Cabe advertir que los acuerdos alcanzados por las partes gozan de preferencia sobre la intervención del juez, que tiene carácter subsidiario. Ello supone que el establecimiento judicial del régimen de guarda y custodia solo procederá en defecto de acuerdo de las partes (o bien cuando este no sea aprobado o resulte incompleto).

**2.** Cuando el procedimiento se sustancia por la vía del mutuo acuerdo son las propias partes las que deciden conjuntamente las medidas que regirán su ruptura y, entre ellas, el régimen de guarda y custodia de sus hijos menores.

Nuestro Derecho Civil concede un amplio margen a la autonomía de la voluntad, que, en este supuesto concreto, se concreta en un extenso poder de decisión de las partes para regular las relaciones entre sí y con sus hijos tras la ruptura de la pareja. No en vano, con objeto de facilitar que las partes alcancen un acuerdo, la Ley de Enjuiciamiento Civil permite que puedan hacerlo también durante el transcurso del procedimiento (arts. 770.5 y 771.2 LEC). Además, se faculta a las partes para que en cualquier momento puedan solicitar la suspensión del procedimiento para someterse a mediación (art. 770.7 LEC).

El instrumento a través del cual los cónyuges pueden prever conjuntamente las medidas que regularán sus relaciones entre sí y con sus hijos tras la ruptura matrimonial es el convenio regulador. Su presentación es obligatoria en todos los procedimientos de mutuo acuerdo (o instados por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro), debiendo acompañar a la demanda de separación o divorcio. Así lo exige el Código Civil en sus arts. 81.1 (para la separación) y 86 (para el divorcio).

El Código Civil recoge el contenido mínimo que debe incluir el convenio regulador en su art. 90.1, de cuya lectura puede extraerse que el régimen de guarda y custodia de los hijos menores debe formar parte del mismo (art. 90.1 a) CC).

Naturalmente, los padres podrán acordar el régimen de guarda y custodia que estimen conveniente, sin verse vinculados por el carácter preferente que las diferentes normas otorgan a uno u otro régimen, ya que dicha preferencia legal solo rige en defecto de acuerdo de las partes.

Para que el convenio regulador pueda gozar de eficacia debe ser aprobado por el juez. Las causas por las que el juez puede denegar la aprobación del convenio regulador son dos: que los acuerdos a los que hayan llegado las partes sean dañinos para los hijos, o bien que resulten gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (art. 90.2 CC). De la literalidad del precepto puede deducirse que, mientras que en el caso de los cónyuges se exige que el perjuicio que les cause sea grave, en el de los hijos basta con que les provoque cualquier

tipo de daño. Esto es consecuencia de que la materia que nos ocupa está presidida por el principio del interés superior del menor, que deberá prevalecer incondicionalmente.

**3.** Cuando los progenitores no hayan alcanzado un acuerdo sobre el régimen de guarda y custodia de sus hijos menores, este será establecido por el juez conforme a lo establecido por la ley. De la regulación del Código Civil se desprende una clara preferencia por la modalidad de custodia exclusiva. Y es que, aunque la ley 15/2005, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introdujo por vez primera en el Código Civil la figura de la custodia compartida, le atribuyó un carácter excepcional.

La posibilidad de adoptar la custodia compartida en defecto de acuerdo entre las partes se recoge en el párrafo octavo del art. 92 CC, que comienza con la palabra "excepcionalmente", lo cual es bastante representativo del carácter residual que el legislador parece haberle querido dar a esta opción. Pero, además, exige unos requisitos bastante más restrictivos para la custodia compartida que para la exclusiva. Así, se requiere **(a)** que exista petición de parte, **(b)** que concurra informe favorable del ministerio fiscal (aunque, como enseguida veremos, el inciso "favorable" ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre) y **(c)** que la custodia compartida sea la única forma de proteger adecuadamente el interés superior del menor.







a) Por tanto, el primer requisito que exige el art. 92.8 CC para poder establecer el régimen de guarda y custodia compartida en ausencia de acuerdo entre las partes es que dicha modalidad de guarda y custodia haya sido solicitada al menos por una ellas, lo que supone que no cabe la posibilidad de que el juez establezca la custodia compartida de oficio. En cuanto a la forma que debe adoptar la petición del régimen de custodia compartida, parece que bastará con que se solicite de manera alternativa o incluso subsidiaria, es decir, para el caso de que la pretensión principal no resulte estimada. Ahora bien, no será suficiente con que ambos padres hayan solicitado para sí la custodia exclusiva (STS 19 abril 2012).

b) Respecto al informe favorable del ministerio fiscal, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/2012, de 17 de octubre declaró la inconstitucionalidad del inciso "favorable" previsto en el art. 92.8 CC, por lo que este ya no se configura como un requisito indispensable para acordar el régimen de custodia compartida. Para declarar su inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se basó en que suponía una limitación de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) y una

vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Cabe advertir que lo anterior no quiere decir que el ministerio fiscal no intervenga en el proceso. De hecho, antes de pronunciarse sobre la guarda y custodia de los hijos menores, el juez debe recabar en todo caso informe del ministerio fiscal (art. 92.6 CC). Lo que sucede es que la inexistencia de informe favorable ya no resulta admisible como fundamento para negar la admisión del régimen de custodia compartida.

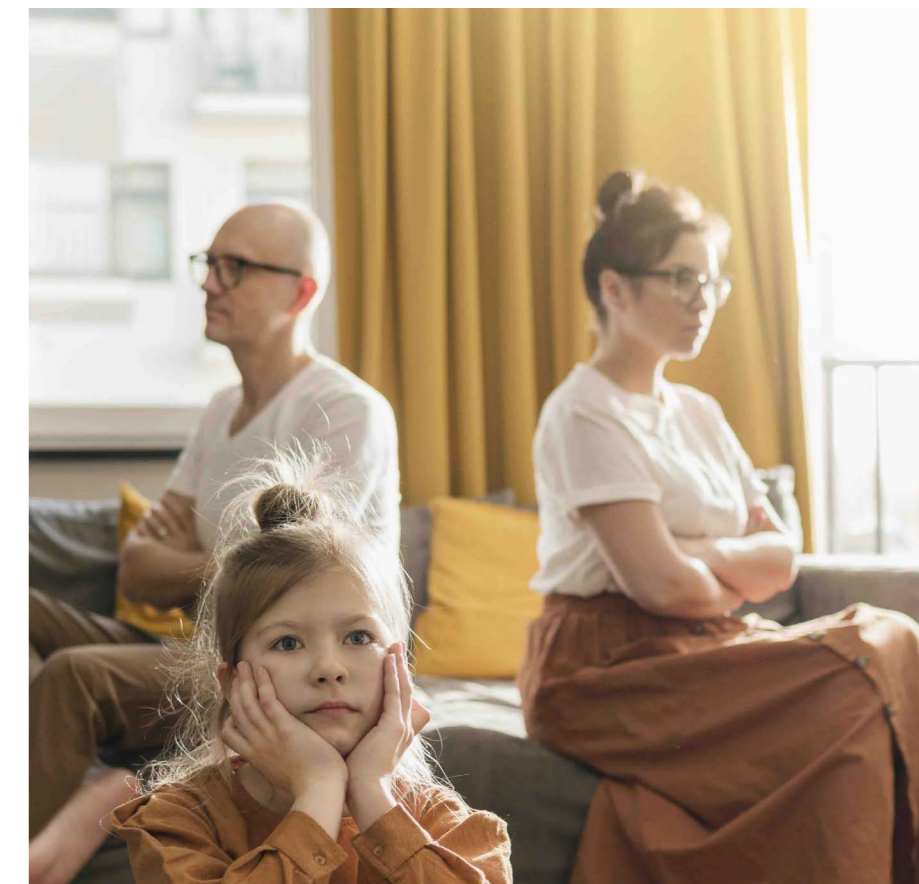
c) Por último, el art. 92.8 CC establece como requisito para la adopción de la custodia compartida que quede acreditado que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. De ello cabe deducir que no es suficiente con que el régimen de custodia compartida sea el que más beneficia al interés superior del menor, sino que resulta necesario que sea el único modo en que dicho interés quede protegido. A mi modo de ver, nos encontramos ante un requisito excesivamente estricto, ya que dificulta notablemente el posible establecimiento del régimen de custodia compartida. Además, puede suscitar serias dudas desde el punto de vista del interés superior del menor. Piénsese, por ejemplo, en un supuesto en el que, pese a que el interés del menor quede protegido

como por el de custodia exclusiva, el juez considere que resulta mucho más conveniente el de custodia compartida. Pues bien, en tal caso el juez se vería obligado a establecer el régimen de custodia exclusiva, es decir, debería adoptar el régimen de guarda y custodia que menos beneficia al interés superior del menor, porque así se lo impone la ley.

Sin perjuicio de los restrictivos requisitos que prevé el Código Civil para adoptar el régimen de custodia compartida, a los que acabo de referirme, lo cierto es que en los últimos tiempos nuestros tribunales están mostrando una actitud cada vez más favorable al establecimiento citado régimen. Resultan especialmente elocuentes algunas de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, como la STS 8 octubre 2009, que inicia esta tendencia de superación de la excepcionalidad de la custodia compartida o la STS 22 julio 2011. En ellas, el Tribunal Supremo defiende que la expresión "excepcionalmente" con la que da comienzo el art. 92.8 CC se refiere no tanto a que el régimen de custodia compartida sea en sí mismo excepcional, sino a la ausencia de acuerdo de los progenitores, o, dicho de otra forma, que la regla general es el acuerdo de los progenitores y la excepción el establecimiento judicial del régimen de guarda y custodia. Incluso llega a considerar que la guarda y custodia compartida debe ser la medida más normal y deseable (SSTS 14 octubre 2015, 11 febrero 2016, 6 abril 2018, 18 julio 2019 y 16 junio 2020). Con ello, el alto Tribunal ha llevado a cabo una interpretación extensiva de la ley, yendo más allá del tenor literal de la misma y actuando como motor de cambio para una posible modificación legislativa.

Este proceso de avance de la custodia compartida hubiera culminado de

haber prosperado la reforma que pretendía impulsarse a través del fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia presentado por el Gobierno el 19 de julio de 2013. En dicho Anteproyecto, aun sin dotar al régimen de custodia compartida de un carácter preferente, se superaba su carácter excepcional, equiparándolo al régimen de custodia individual y dejando en manos del juez la decisión sobre qué modalidad de custodia es más conveniente en cada caso para el interés del menor superior (art. 1.4 del Anteproyecto). En cualquier caso, no llegó a ser aprobado, por lo que el sistema actual de preferencia por la custodia exclusiva permanece inmutable a la espera de una futura reforma.





***RUTAS DE LA SIERRA  
AITANA***





2

La sierra de Aitana es el punto más alto de la Provincia de Alicante. Son 1.557 metros de altitud y es el extremo oriental de la cordillera Bética. En la cumbre se pueden ver los radares de la antigua base militar y los repetidores de televisión.

Destaca Aitana por su extraordinaria variedad de elementos. Paredes infinitas, pequeños bosques, peñas, cortados, simas, fuentes...

Desde la cima, si no hay nubes, que no suele ser lo habitual, las vistas son increíbles. Al este toda la costa alicantina, al norte el valle de Guadalest con sus impresionantes montañas y al Oeste Alcoy con la Font Roja y la Sierra Mariola.

Ocupa la sierra unas 2000 hectáreas y limita con los municipios de Alcolecha por el noroeste, Confrides y Benifato por el norte y Sella por la parte sur. Desde todos ellos se puede acceder a la cima. Nosotros vamos a hacer la ruta entre el puerto de Tudons y la cima de Aitana, que corresponde al sendero de pequeño recorrido CV 20. Buena parte de esta ruta coincide con la ruta PR-CV 21 que va de Benifato-Aitana y el PR-CV 22 Confrides-Aitana.

## CÓMO LLEGAR

Si vamos en coche lo podemos dejar en el puerto de Tudons frente a la subida a la base militar donde hay un pequeño descampado. 200 metros más abajo, a la derecha, comienza el sendero.

Al puerto de Tudons, desde Alicante se accede por la CV-770. Esta carretera comarcal comienza en Villajoiosa. Si vienes por al AP-7 la salida del peaje va a dar a esta carretera. Giras a la derecha y pasas por los pueblos de Orxeta y Sella antes de llegar a la cima del puerto de Tudons.



3



4

## SUBIDA A LA CIMA AITANA

Esta ruta son unos 18 kilómetros ida y vuelta que dividimos en tres «etapas».

Puerto Tudons – Font de l'Arbre. 4 km Hasta la font de l'Arbre puedes llegar en coche desde Confrides. Son 7 km por una pista de tierra.

Font de l'arbre – Font de la Forata. 3 km Y hasta muy cerca de la Font de la Forata puedes llegar en coche desde Benifato.

Font de Partagás – Pas de la rabossa – Cumbre de Aitana. 2 km

Mira en el sidebar lateral el mapa de la ruta.

Empezamos a 1040 metros de altura con lo que tenemos casi 500 metros de desnivel. El camino está perfectamente señalizado con marcas de senderismo y señales con distancias.

## PUERTO TUDONS – FONT DE L'ARBRE. 4 KM

El primer tramo de poco más de 4 kilómetros empieza en la CV-770 con una larga subida de 2,5 km. A la derecha tenemos las paredes de la sierra de Aitana y a la izquierda se alternan pinos, encinas, miradores con unas preciosas vistas al valle con las poblaciones de Alcolecha y Ares del Bosque y bancales ya abandonados. Un pequeño descenso nos llevará a nuestra primera parada: La Font de l'Arbre.



5



6

Seguimos, pues, el camino hasta el Pas de La Rabosa por el llamado sendero botánico Passet de La Rabosa. Nos encontraremos con paneles de madera que nos explican esta microreserva de flora. Destacan las plantas almohadilladas que han tenido que adaptarse a la ventisca y los rigores del frío invierno en esta parte de la sierra. El paso lo tenemos muy cerca y tocará trepar un poco. Subimos por el caos de rocas desprendidas de la montaña, fácil pero con cuidado, y por un pequeño pasillo entre rocas, Pas de la Rabosa, accedemos a la otra cara de Aitana. Desde aquí las vistas son tremendas y podemos ver todo el camino realizado.



# 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](mailto:ptrelis@icav.es)

## Imágenes:

Imagen 1 Portada Fuente Les Haines

Imagen 2 EnamoradosdeAlicante.com

Imagen 3 vivood.com

Fuente: Aitanaventures.com

Imagen 4 [https://s1.wklcdn.com/image\\_1/43512/14803615/9206035Master.jpg](https://s1.wklcdn.com/image_1/43512/14803615/9206035Master.jpg)

Fuente: Aitanaventures.com

Imagen 5 Casataino.com