



A S O C I A C I O N  
DE JUEGES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL  
DERECHO FAMILIA

Nº 5 SEPTIEMBRE  
2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y  
DISTRIBUCIÓN:  
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:  
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:  
Natalia Velilla Antolín



## ÍNDICE

### **1.- Compensación del artículo 1438 CC en el régimen de separación de bienes: procedencia.**

STS Sala Primera, de 26 de marzo de 2015

Nº Sentencia: 135/2015

Nº Recurso: 3107/2012

Comentario realizado por D<sup>a</sup>. CRISTINA SÁNCHEZ BLANCO, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

### **2.- Extensión del sistema de visitas en la custodia monoparental ejercida por la madre en hija menor de corta edad. Pernoctas.**

SAP Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2016

Nº Recurso: 401/2016

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. RICARDO MOYANO GARCÍA, Magistrado de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria.

**1.- STS SALA PRIMERA, DE 26 DE MARZO DE 2015**

**Nº SENTENCIA: 135/2015**

**Nº RECURSO: 3107/2012**

**CRISTINA SÁNCHEZ BLANCO**

**COMENTARIO**

En la sentencia comentada se reitera lo establecido en las sentencias de Pleno, de 31 de enero de 2014 y sentencia de 14 de julio de 2011 en cuanto a la procedencia de la indemnización del artículo 1438 del C.C y determina que la norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges: la esposa que solicita la compensación se ha dedicado de forma exclusiva a las tareas del hogar durante la vigencia del matrimonio con apoyo de terceras personas en la realización de tales menesteres: la dedicación debe ser exclusiva, lo que aquí se acredita, pero no excluyente: y en cuanto a la cuantificación: no es necesario para obtenerla que se haya producido un incremento patrimonial de uno de los cónyuges, del que pueda ser participe el otro: lo que se retribuye es la dedicación de forma exclusiva al hogar y a los hijos, dentro de la discrecionalidad que autoriza la norma.

El artículo 1.438 del C.C establece "*Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. 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*".

La novedad en esta sentencia es que, por un lado se ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico y además y establece como doctrina, la exigencia de 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. 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.

¿Qué significa que esta dedicación sea Exclusiva aunque no Excluyente? Según la sentencia que nos ocupa, significa que el cónyuge que ha estado dedicado al cuidado del hogar lo ha tenido que hacer de manera exclusiva al 100% de dedicación y al 100% del tiempo que ha durado el matrimonio, es decir se excluye la indemnización aunque sólo haya trabajado algún periodo de tiempo fuera de casa, por muy breve que hubiere sido dicho periodo, independientemente de la duración del matrimonio, sin entrar a valorar si quiera las circunstancias que hayan llevado al cónyuge a desempeñar dicho trabajo fuera de casa de manera esporádica. En resumen: si has trabajado fuera de casa alguna vez, no hay derecho a la compensación.

No excluyente significa que esa dedicación exclusiva a la familia y al hogar, si se ha podido realizar con ayuda externa (empleados del hogar) o incluso con la colaboración ocasional del otro cónyuge.

Respecto del carácter no excluyente, estoy totalmente de acuerdo pues el disponer o no de servicio del hogar se tendrá que poner en consonancia con el nivel de vida del matrimonio y que el otro cónyuge colabore, de manera ocasional, no es más que, desde mi opinión, compartir las responsabilidades del hogar y la familia de una manera responsable y desinteresada y por eso, y por entender este carácter No excluyente, no puedo compartir el carácter

exclusivo que se le ha otorgado, como explicaré.

Creo que precisamente, la discrecionalidad que está prevista en la cuantificación de la indemnización, es la manera que tiene el juez de moderar la cuantía a otorgar en caso de comprobar que se dan los requisitos para la concesión de la indemnización, es decir, si se ha acreditado que la dedicación a la familia y a las tareas del hogar ha sido de manera exclusiva, pero en algún momento de la vida del matrimonio si se ha trabajado fuera de él, se debería minorar la cuantificación de la indemnización pero no eliminarla sin más.

Y creo que el verdadero sentido del artículo 1.438 del C.C, tiene su fundamento en la necesidad de compensar al cónyuge que ha prestado su trabajo personal para la casa por el efecto o incidencia negativa que esa dedicación exclusiva a las tareas del hogar y cuidado de la familia haya supuesto en su esfera profesional y laboral y que le pasa factura a la hora de la separación. Como expone de manera brillante Ilmo Sr Don Juan Pablo González del Pozo -Magistrado-juez titular del juzgado de Primera Instancia nº 24, de Familia, de Madrid, en su trabajo publicado en Id. vLex: VLEX-214781053: *“el cónyuge acreedor que aporta su trabajo personal a la realización de las tareas de la casa y cuidado de los hijos de forma muy superior y mayoritaria respecto del otro sufre una anulación, limitación o merma de su disponibilidad y tiempo personal para el trabajo y actividades fuera del hogar que puede traducirse en la eventual pérdida de expectativas de formación profesional; un detrimento, menoscabo o retraso en su promoción o ascenso profesional en un determinado empleo y una mayor dificultad de incorporación o reincorporación al mercado laboral”*.

Y esto en relación directa con “la ventaja” que el cónyuge deudor, liberado del trabajo de la casa, obtiene para sí y puede dedicar a su formación, proyección y desarrollo profesional exclusivo, como consecuencia de la dedicación del cónyuge acreedor a las tareas propias del hogar y cuidado de la familia.

Si bien es cierto que se ha eliminado, y también ha sentado Doctrina, la necesidad del enriquecimiento del deudor, no es menos cierto que en este dato, esta “ventaja” que tiene el deudor frente el acreedor (independientemente del rédito que haya podido obtener), representa, a mi entender, también la justificación para el derecho a obtener la indemnización.

**Referencia CENDOJ: STS 1490/2015.- ECLI:ES:TS:2015:1490**

**2.- SAP LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, SECCIÓN 3ª, DE 30 DE JUNIO DE 2016**

**Nº RECURSO: 401/2016**

**RICARDO MOYANO GARCÍA**

*El meollo de esta sentencia, orillando cuestiones menores respecto a medidas definitivas del proceso de divorcio entre ambos progenitores, se centra en la extensión del sistema de visitas en la custodia monoparental ejercida por la madre. Ya que al tratarse del caso de una hija común de corta edad, la madre pretende que se excluya la pernocta con el padre, pero no basándose, como sucede en la mayor parte de los casos, en la fría relación entre padre-hija, que exige una progresividad en el tramo inicial del sistema de visitas antes de avanzar en el tiempo hacia la pernocta (o bien, incluso, descartando ya de entrada esa progresión) sino por la conveniencia para la hija de continuar con la lactancia natural materna hasta una edad muy prolongada, en concreto los cinco o seis años de la menor.*

*La madre aporta en apoyo de su pretensión, ya rechazada en primera instancia, documentos periciales de parte y estudios doctrinales.*

*En la sentencia se razona la necesidad de un equilibrio entre los beneficios de la lactancia materna y el derecho-deber del padre de relacionarse*

de forma intensa con su hija, lo que también forma parte, y no sólo la lactancia, del beneficio del menor, evitando la reducción del rol paterno al de progenitor secundario, padre "visitante" en el sentido peyorativo del término. También se aborda en la sentencia el rechazo a estas doctrinas y asociaciones, minoritarias en la opinión científica de la pediatría, que patrocinan lactancia natural hasta los cinco o seis años, acogiendo la opinión mayoritaria que considera suficiente un período inferior ("destete").

### **COMENTARIO**

Como anuncio en el resumen de la sentencia, el sentido y "ratio decidendi" de la resolución es el rechazo a la prolongación de la lactancia natural materna hasta los 5-6 años, si ello pretende utilizarse como argumento para impedir la pernocta paterna. Por un lado, porque las doctrinas que patrocinan el sistema de "co-lecho" hasta tan avanzada edad de la menor son minoritarias, y así se refleja en la sentencia, y fue puesto de relieve en el dictamen del Gabinete Psicosocial. Y por otro lado, porque aunque así no fuera, hemos de diferenciar el caso de pareja conviviente (donde la lactancia no impide la relación padre-hija) de los casos de ruptura de la pareja matrimonial o de hecho, en que esa prolongación de la lactancia materna (sin "destete") supondría la exclusión de la pernocta del padre con su hija, lo que supone efectos perniciosos para el propio interés de la hija, que ha de ser el mantenimiento del mayor grado de corresponsabilidad de los progenitores. Se hace preciso pues, en estos casos, arbitrar fórmulas de equilibrio entre los distintos intereses -y elementos de determinación del interés- lo que no pasa precisamente por extremar la lactancia hasta los 6 años de edad de la menor.

Por lo demás, la posición de la madre apelante no se basó en pruebas específicas que recomienden en este caso singular dicha lactancia extrema, sino en aportación de documentos genéricos que contienen opiniones generalistas de Asociaciones pro Lactancia Materna, o de estudios científicos en el mismo sentido, que por otro lado no son la corriente mayoritaria en la

pediatría y la psicología infantil.

Para la doctrina mayoritaria, en cambio, el período de co-lecho materno debe reducirse a entre seis meses y dos años. Dado que la menor, en este caso, estaba ya cercana a los tres años de edad, se confirma la decisión del juzgador "a quo" de implantar ya la visita con pernocta paterna.

Para concluir, en el Tribunal de Familia (Sección especializada) nos hemos encontrado muchas veces con el problema de si implantar o no la custodia compartida o bien la custodia monoparental con pernocta, en casos de menores de muy corta edad (menos de 18 meses de vida), siendo éste el terreno donde habitualmente se sitúa la polémica. Se trata en esos casos, ahí sí, de interrumpir o no la lactancia materna, pues en alguna resolución rechazamos ya la exigencia, que contenía la sentencia de primera grado, de que la madre se extrajera a sí misma la leche natural y la entregara en biberón esterilizado al padre.

Uno de tantos problemas pues que plantea la práctica del Derecho de Familia en los supuestos de crisis de la pareja, tan frecuentes hoy día.

Transcribo el fundamento de la sentencia en lo relevante.

*«Régimen de visitas.- Existe una discrepancia principal con la introducción de la pernocta entre padre e hija, y discrepancias menores referidas a otros aspectos del sistema de comunicación y estancia con el padre.*

*»a) Pernocta de la menor con el padre D. Gabriel: La disconformidad de la madre se basa en la prolongación "a demanda" de la lactancia materna de su hija Julie, que considera beneficiosa para la niña, y que implica el sistema del "co-lecho" entre madre e hija, unidas por un lazo de intensa afectividad que se refleja en el acto de lactancia como acto de amor; y por tanto inconveniente, desde el punto de vista nutricional y emocional, la pernocta con el padre antes de los cinco-seis años de edad de Julie, lo que apoya en infomes periciales y*

documentales, esencialmente los emitidos por Doña Pilar Abad, monitora de lactancia materna de una Asociación (Asociación Canaria pro-lactancia materna) e informe psicológico de la sra. Strump. Ahora bien, estos informes por un lado se contradicen con las conclusiones del informe del Gabinete Psicosocial del Tribunal de Familia, y por otro, representan visiones maximalistas de la lactancia materna, que no constituyen una doctrina asentada en la "communis opinio" de la comunidad científica (pediatras, psicología infantil), hasta el punto de que reflejan posiciones propias basadas en ese apriorismo doctrinal particular y minoritario, sin constituir recomendaciones para Julie como caso concreto. Es decir, no se trata, en tales informes, de recomendaciones basadas en una específica necesidad de recortar la relación entre padre e hija por la inadecuada funcionalidad de las visitas paternas para el interés de la menor, sino de doctrinas generalistas - pero minoritarias, insistimos- que bajo el punto de vista de esas profesionales aconseja prolongar extraordinariamente la lactancia materna, a costa de reducir las relaciones con el padre, hasta los cinco o seis años de edad de la niña. Estas opiniones no son refrendadas por el dictamen del Gabinete Psicosocial, que considera el caso enjuiciado un supuesto estandarizado, ordinario, en el que se han de aplicar pues las reglas generales, que aconsejan el destete a partir de los dos años, y la pernocta a partir de los tres años. Lo que coincide con la doctrina jurisprudencial, por ejemplo SAP Toledo 16/1/2006: "Hemos señalado en ocasiones precedentes que el derecho de visitas, en su vertiente de estancia y permanencia del hijo menor en compañía del progenitor no custodio, representa un derecho (derecho-deber) subordinado al beneficio o interés superior de lograr la protección integral del menor, lo que permite que su ejercicio pueda modularse e incluso limitarse en función de los distintos factores concurrentes entre los que adquieren especial significación la edad del menor, condiciones y capacitación del progenitor no custodio para atender a los hijos cuando se encuentran bajo su cuidado, localidad donde residen uno y otro progenitor, hábitos de los hijos... etc. La multiplicidad de variables determina que la solución final más idónea sería aquélla capaz de adaptarse con flexibilidad a las circunstancias del caso concreto. Es un dato conocido (siguiendo un criterio de común experiencia retrospectiva) que la corta



edad del menor (inferior al año) y las necesidades afectivas y cuidados de distinto orden que por lo general precisa el mismo (lactancia, aseo, descanso... etc.) requieren un contacto más intenso con la madre, sirviendo ésta como fuente de estímulo y como medio de conexión con el resto de los estímulos ambientales.

»Es entre los seis meses y los dos años (según refiere la generalidad de los autores) cuando más necesita el menor el contacto afectivo de su madre. Sin embargo ello no puede suponer que el derecho de visitas (cuya función se centra esencialmente en fomentar el desarrollo normal de la relación afectiva entre el menor y el progenitor no custodio y sus allegados) pueda verse limitado por esa Sala circunstancia hasta el punto de ser suspendido de hecho durante el primer año de vida. En el caso concreto que nos ocupa la lactancia del menor y los hábitos de descanso del mismo no son argumento suficientes para impedir que el padre pueda acceder al contacto físico y afectivo con su hijo, no constando, de otro lado acreditada, ni invocada, una situación de inidoneidad de aquél para atender correctamente al hijo en los períodos en los que pueda permanecer en su compañía, si bien el niño no tiene edad, por ahora, suficiente para pernoctar fuera del domicilio materno. Es obvio que durante los primeros meses de vida los períodos de lactancia se alternan con los de descanso en los que el bebé permanece dormido, dependiendo éste de la madre para obtener no solo su sustento sino también su bienestar, de modo que si una toma se retrasa en exceso el niño se sentirá incómodo a causa del apetito y la madre debido a la sensación de repleción de sus pechos. No obstante, transcurridos los cuatro o seis primeros meses de vida es posible introducir en la dieta del lactante otros alimentos alternándolos con la leche materna la cual sigue aportando nutrientes y anticuerpos y estimulando en el bebé la producción de sus propios anticuerpos. Cuando la producción de leche se encuentra correctamente establecida y el bebé ha desarrollado un horario suficientemente regular para pronosticar cuándo querrá ser alimentado (entre las seis semanas y los tres meses posiblemente) es posible saltarse alguna toma, pudiendo (en el caso de que se tenga previsto no estar con el bebé) ofrecerle el biberón a partir de las seis semanas (biberón de sustitución, pudiendo incluso utilizar leche materna

*previamente extraída y conservada o bien un biberón de leche preparada al instante). En síntesis, nada impide, si existe la deseable colaboración entre ambos progenitores que el régimen de visitas establecido a favor del padre en la resolución impugnada pueda desarrollarse plenamente con la indispensable flexibilidad en función de las circunstancias concretas concurrentes en cada momento hasta que el menor alcance la edad adecuada para pernoctar fuera del domicilio materno, sin que por ello se vean afectados sus hábitos de vida, alimento, descanso y cuidado, generalmente fijada entre los 2 y 3 años de edad (no concurriendo circunstancias extraordinarias que aconsejen la adopción de especiales medidas de protección)." Y es que las teorías expuestas por los profesionales de parte omiten la afectación del interés de la menor en mantener un contacto estrecho con su padre no custodio, como modo de intensifica la relación con quien ha sido apartado de la guarda, como modo de equilibrar la relación de la triada familiar (padre, madre, hija) y por ello de contribuir al armonioso desarrollo integral de su personalidad. Por lo demás, la evaluación de la prueba en su conjunto -interrogatorio de partes, documentos, periciales, testificales- ha sido realizada en primera instancia sin que se detecten errores de valoración, conclusiones irracionales o ilógicas, antes al contrario, se inclina la sentencia por el dictamen que goza de la más plena objetividad, la pericia judicial emitida por el Gabinete del Tribunal de Familia, frente a periciales de parte sin el marchamo de esa objetividad y aquilatada experiencia en procesos de familia que ofrece el reputado Gabinete pericial ya mencionado. El sistema de visitas ordinario respeta el mandato legal del art. 94 del C.C., no restringir las visitas sin que concurran circunstancias excepcionales, y en este caso, insistimos, nos hallamos en un supuesto ordinario. La pretensión de la madre de maximizar la lactancia no puede realizarse a costa del interés de la menor en su relación regular con el padre, lo que incluye lactancias a partir de los tres años, que es lo acordado en la sentencia apelada».*

**(En el momento de la edición de este Boletín, esta sentencia no se hallaba incluida en el Fondo Documental del CENDOJ)**