

CUADERNO DE FAMILIA

BOLETÍN JURÍDICO DE INFANCIA, FAMILIA Y CAPACIDAD DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA
Nº 2 diciembre 2022



AJFV
ASOCIACIÓN
JUDICIAL
FRANCISCO DE
VITORIA

SUMARIO:

LA DOBLE MATERNIDAD

Susana Jiménez Bautista

DILACIONES INDEBIDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

Carmen López-Rendo Rodríguez

LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

María Rosa Rubio Ramos

RESÚMEN DE JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA DE FAMILIA

Susana Jiménez Bautista, Jose Antonio Baena Sierra y Adalberto de la Cruz Correa

diciembre 2022

Cuaderno de familia

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

ajfv@ajfv.es

Comité Editorial:

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

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

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

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

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

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

Diseño: Raspabook

ISSN: 2605-2687

Exención de responsabilidad:

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

Sumario

03

LA DOBLE MATERNIDAD: BREVE ANÁLISIS DE LAS SSTS NÚM. 45/2022, 27 DE ENERO Y NÚM. 558/2022, DE 11 DE JULIO

por Susana Jiménez Bautista

19

DILACIONES INDEBIDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

Carmen López-Rendo Rodríguez

32

LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

Por María Rosa Rubio Ramos

52

RESÚMEN DE JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA DE FAMILIA 2021-2022

Por Susana Jiménez Bautista, Jose Antonio Baena Sierra & Adalberto de la Cruz Correa

LA DOBLE MATERNIDAD: BREVE ANÁLISIS DE LAS SSTS NÚM. 45/2022, 27 DE ENERO Y NÚM. 558/2022, DE 11 DE JULIO

Susana Jiménez Bautista

Magistrada del Juzgado de 1ª Instancia n.º 7 de Alcalá de Henares. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA DOBLE MATERNIDAD. BREVE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SSTS 45/2022 DE 27 DE ENERO Y 558/2022 DE 11 DE JULIO. SUPUESTOS DE HECHO Y CONSIDERACIONES PREVIAS

III. CONCLUSIÓN

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto un breve análisis de la reciente jurisprudencia dictada sobre la doble maternidad -en concreto las dos sentencias más arriba referidas- esto es, de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, en caso de dos mujeres, una gestante o biológica y la otra no, y de los requisitos que para ello se exigen legalmente, en especial la necesidad de vínculo matrimonial entre ambas y la necesidad del consentimiento. Igualmente se tratará de la función que la posesión de estado y el principio del interés superior del menor, desempeñan al respecto. Por último, se hará una breve referencia a los pronunciamientos del Tribunal Supremo en la materia, como antecedente necesario, y las soluciones aportadas en cada caso.

ABSTRACT: *The purpose of this article is a brief analysis of the recent jurisprudence issued on double maternity -specifically the two sentences referred to above- that is, of the filiation derived from the use of assisted reproductive techniques, in the case of two women, one pregnant or biological and the other is not, and the requirements that are legally required for this, especially the need for a matrimonial bond between the two and the need for consent. It will also deal with the role that the possession of state and the principle of the best interest of the minor, play in this regard. Finally, a brief reference will be made to the pronouncements of the Supreme Court on the matter, as necessary background, and the solutions provided in each case.*

PALABRAS CLAVE: Filiación; técnicas de reproducción asistida; doble maternidad; posesión de estado; interés superior del menor

KEY WORDS: Filiation; assisted reproductive techniques; double maternity; possession of state; best interests of the minor.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre dos cuestiones de gran trascendencia e impacto social, la doble maternidad y la maternidad subrogada o gestión por sustitución, por cuanto, si bien desde el punto de vista legal la solución se antoja clara- y sin perjuicio de su posible deficiente regulación- de modo que, ante el supuesto de hecho previsto en la norma, se aplica la consecuencia prevista en ella, no obstante, la percepción social sobre dichas cuestiones, más allá de la respuesta legal, plantea un debate extramuros que desborda o excede del ámbito legal, lo que exige del juzgador resoluciones claras y unívocas que introduzcan seguridad jurídica, al margen de aquel debate, y al que solo debe darle respuesta el legislador, de ahí que no esté de más detenernos en el análisis de las resoluciones referidas. Adelantando que la respuesta del Alto Tribunal, más allá de las peculiaridades propias de cada supuesto de hecho que ha motivado sus pronunciamientos, lo es, razón que justifica humildemente el presente comentario.

Dichos asuntos son los de la doble maternidad y la maternidad subrogada, recientemente tratados en sendas sentencias del TS, la núm. 45/2022, de 27 de enero, ECLI:ES:TS:2022:243, y la 558/2022 de 11 de julio, ECLI:ES:TS:2022:3002, sobre doble maternidad, de un lado, y la del pleno de 277/2022, de 31 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:1153, sobre maternidad subrogada, de otro.

En el presente artículo y por razones de espacio, me voy a limitar al análisis de la primera cuestión, la doble maternidad, no obstante, no está de más, dedicar unas líneas en relación a la segunda, maternidad subrogada o gestación por sustitución. Al respecto, y en aras al principio constitucional de seguridad jurídica, con el nuevo pronunciamiento, se confirma la doctrina de la Sala, y se declara: (i) la nulidad del contrato de maternidad subrogada; (ii) que la posesión de estado, es un medio de prueba y de legitimación, ex artículo 767 LEC, nunca título que origine un vínculo de filiación (ex artículos 114 y 120 CC y artículos 7 y 10 LTRHA) ; (iii) que el interés superior del menor, como principio general en la materia, debe valorarse en cada caso, y si está suficientemente protegido por otras vías o instituciones, como es el caso de nuestro ordenamiento jurídico español, que sí ofrece soluciones idóneas y aptas para protegerlo suficientemente, a él y a la unidad familiar de facto en que esté inmerso -verbigracia, a través de adopción -artículos 175 y 176 CC, el acogimiento y la guarda de hecho -artículos 172 y 173 y 237 CC- así como al permitirse la determinación de la filiación del padre comitente o de intención que lo fuera biológico, artículo 10.3 LTRAH- no puede ser causa o título de filiación per se. En definitiva, se concluye en dicha STS núm. 277/2022, de 31 de marzo, habida cuenta que en el ordenamiento jurídico español, se da una respuesta compatible y suficiente para dar cumplimiento al artículo 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH -artículo que consagra

el pleno respeto a la vida privada y familiar del menor y los progenitores, distinguiendo entre injerencia legítima e ilegítima, con la debida ponderación de intereses, rechazando cualquier forma de injerencia o intromisión ilegítima-, se concluye que no existe injerencia ilegítima con la solución del legislador español -ATS del pleno de 2 de febrero de 2015, en el que se instó la nulidad de actuaciones respecto de la STS del pleno 835/2013 de 6 de febrero, por infracción de la doctrina jurisprudencial del TEDH-

Desde un plano legal, abordar el problema de la filiación, plantea ab initio, la necesidad de coherencia diversos principios consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, en la norma constitucional y en la norma sustantiva básica en la materia que en el ámbito del derecho común, lo es el código civil, y que tradicionalmente distinguía entre la filiación por naturaleza y la legal -adopción- y que en la actualidad ya no se agota en dicho texto legal y con dicha clasificación, sino que se completa con la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, y que ha sido y lo es objeto de regulación en una ley especial la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante LTRHA, -que ha sido objeto de diversas reformas hasta la redacción actual vigente-, que hasta la operada por la Ley 3/2007 de 15 de marzo, dispuso en orden a la filiación, que los efectos derivados del empleo de dichas técnicas, se asimilaban a los derivados del régimen legal previsto en el código civil, de suerte que dependiendo de la existencia o no de matrimonio y a través del juego de los

consentimientos, permitía una filiación matrimonial o no matrimonial.

No obstante a partir de la reforma acaecida en la materia por la citada ley 3/2007 de 15 de marzo, se introdujo, junto a los formas de determinar la filiación por naturaleza matrimonial y no matrimonial dispuestas en los arts. 114 y 120 respectivamente del código civil -conforme a la redacción vigente en dicho momento- la filiación prevista en el art. 7.3 LTRHA, cuya novedad, lo fue la posibilidad de crear una filiación legal - hasta el momento inexistente en nuestro ordenamiento jurídico- en caso de doble maternidad, esto es, de dos mujeres casadas entre sí, a través del empleo de técnicas de reproducción asistida, cuando la esposa -no separada legalmente ni de hecho- de la mujer que se somete a dichas técnicas de reproducción, presta su consentimiento y lo hace en la forma que determina la LRC, que como sabemos, en su redacción vigente -LRC2011- puede hacerse en la clínica donde se verifique el alumbramiento

II. LA DOBLE MATERNIDAD. EXAMEN DE LAS SSTS NÚM. 45/2022 DE 27 DE ENERO Y NÚM. 558/2022 DE 11 DE JULIO. SUPUESTOS DE HECHO Y CONSIDERACIONES PREVIAS EN AMBOS CASOS.

Como se dijo, centramos el análisis en las SSTS núm. núm. 45/2022, de 27 de enero, ECLI:ES:TS:2022:243, y la 558/2022 de 11 de julio, ECLI:ES:TS:2022:3002, ambas sobre reclamación de una filiación extramatrimonial por posesión de estado de la ex pareja de la madre biológica o

gestante. Ya adelantamos que en ambas resoluciones se concluye desestimar la solicitud de determinación de filiación, instada por la no biológica, si bien la solución en las distintas instancias, fue diversa. El matiz entre uno y otro supuesto de hecho, lo es que en la primera, la demandante de la filiación, primero fue pareja, y luego esposa de la madre por naturaleza -una vez nacido el hijo-; en la segunda demandante y demandada no contrajeron matrimonio -si bien ello no supone ninguna especialidad a los presentes efectos y su solución legal, dado que al nacer el menor, la biológica no estaba casada con su pareja en el primer supuesto-.

La respuesta en primera y segunda instancia, como ya se adelantó, fue distinta. Así en la núm. 45/2022, de 27 de enero, ECLI:ES:TS:2022:243, se estimó la demanda y se confirmó la sentencia apelada por la audiencia. En la núm. 558/2022 de 11 de julio, ECLI:ES:TS:2022:3002, se desestimó la demanda, pero la audiencia estimó el recurso de apelación, revocando la resolución apelada, y determinando la filiación no matrimonial reclamada con los efectos legales a ello inherentes. En ambos casos, el Tribunal Supremo, concluye en la misma solución: *«no se dan los presupuestos legales ni jurisprudenciales para que prospere la reclamación de maternidad extrajudicial por posesión de estado»*.

1.- Supuestos de hecho y consideraciones previas en ambos casos

En la STS 45/2022, de 27 de enero, ECLI:ES:TS:2022:243, y como se adelantó,

el procedimiento tuvo su origen en una demanda de «reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado» interpuesta por quien fuera pareja -aunque luego esposa, eso sí, después del nacimiento- de la madre biológica.

En esencia, los hechos declarados probados fueron que el menor nació en fecha 4 de diciembre de 2014, a través del empleo de técnicas de inseminación artificial con semen de donante, siendo la madre biológica pareja de la reclamante de la maternidad, e inscribiéndose aquél como hijo de la biológica/gestante, con sus apellidos; ambas contrajeron matrimonio con posterioridad, el día 12 de junio de 2015, y se separaron meses después, en octubre del mismo año, dictándose sentencia de divorcio en fecha 15 de junio de 2016, procedimiento en que la no biológica fue declarada en rebeldía y en la que se acordó la disolución del vínculo con los efectos legales a ello inherentes -no se acordó ninguna medida en relación al menor-. En fecha 12 de junio de 2018, se interpuso la demanda que trae causa de los presentes recursos de casación e infracción procesal, en la que se solicitó se declarara madre extramatrimonial del menor por posesión de estado a la demandante; como se anticipó dicha demanda se estimó por sentencia que fue confirmada por la audiencia. Consecuencia de lo cual se declaró la filiación no matrimonial de la demandante, no gestante, con los efectos legales derivados de la misma. Frente a dicha sentencia la madre biológica interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de

casación, que dio lugar al recurso CIP n.º 6482/2020.

La STS 45/2022, estimó el recurso de casación de la madre biológica, y dejó sin efecto la filiación no matrimonial determinada, al resolver que no concurrían los presupuestos legales previstos en la norma vigente y de aplicación; en síntesis que al nacer el menor, la madre biológica estuviera casada con la no biológica -y solo casada, no separada- y además que concurriera el consentimiento de la mujer casada con la madre *«ante el encargado del registro civil, para determinar a su favor la filiación cuando el niño naciera»*. Y sobre dicha premisa, esto es, no concurrir los presupuestos legales referidos, entra a valorar la posesión de estado y el interés superior del menor, analizados en la sentencia recurrida en casación, y en cuyo fundamento se declaró al filiación, y la sentencia que aquí analizamos, concluye en que ni la posesión de estado ni el interés superior del menor, son causa o título para determinar o atribuir la filiación.

En la STS núm. 558/2022 de 11 de julio, ECLI:ES:TS:2022:3002, al igual que en el anterior se trata determinar la filiación materna no biológica y no matrimonial respecto de un menor nacido en 2007, frente a la madre biológica que lo fue a través del empleo de técnicas de reproducción asistida con donante de semen anónimo, sin que la no biológica aportara material genético ni prestara consentimiento a la fecundación. Como hechos probados se declara que demandante y demandada constituyeron

pareja de hecho desde 1998 a 2010; que en 2006 la madre biológica se sometió a técnicas de reproducción asistida, a resultas de lo cual nació el menor en agosto de 2007, rompiéndose la relación de pareja ocho meses después, retomándola en verano del 2009 y cesando dicha relación definitivamente, en mayo de 2010 -como se adelantó, la demanda fue desestimada, pero la audiencia estimó el recurso de apelación, declarando la filiación reclamada-. En la STS 558/2022, se resuelve que no concurre el requisito previsto en la LTRHA, esto es, que la no biológica estuviera casada con la madre biológica y prestara su consentimiento ante el encargado del registro civil, para que se determinara la filiación respecto de ella, al hijo cuando naciera. Y sentando ello, concluye como ya se hiciera en la núm. 45/2022, de 27 de enero, que ni la posesión de estado ni el interés superior del menor permiten al juez atribuir una filiación, frente a lo resuelto en la resolución recurrida en casación.

Descritos los hechos en que se fundan ambas sentencias que analizamos, los fundamentos jurídicos utilizados en ambas, y sus conclusiones, en esencia, son los mismos.

Haciendo un inciso, y para mejor exposición y entendimiento, debo destacar que el marco normativo vigente en el momento a que se contraen los hechos permitía el matrimonio entre ambas mujeres. En el supuesto de hecho de la STS 558/2022, la no gestante estaba casada con un tercero y no divorciada-, y en el caso de la STS núm. 45/2022, dicho matrimonio se efectuó con posterioridad

al nacimiento del menor, aunque por muy breve espacio de tiempo. Además, en dicho marco normativo, la no biológica bien pudo adoptar al menor, lo que no se efectuó, en ningún caso.

Delimitados los diferentes supuestos de hecho de ambas sentencias, un adecuado análisis exige examinar tres aspectos: 1. el marco normativo vigente al acaecer los hechos, artículo 7.3 LTRHA; 2. la posesión de estado, y en su caso, su función; 3. el interés superior del menor y su función; y 4. el análisis de las SSTS núm. 740/2013 de 5 de diciembre, ECLI:ES:TS:2013:5765, y núm. 836/2013 de 15 de enero de 2014, ECLI:ES:TS:2014:608, como antecedentes precisos y necesarios. Y es que como se declara en la STS 558/2022, de 11 de julio, (FJ.5.5) y ante la deficiente regulación vigente en la materia: «las sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, admitieron, a la vista de las circunstancias, que prosperaran acciones judiciales de reclamación de maternidad, valorando de manera conjunta la existencia de un proyecto reproductivo en común de las dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre», de ahí que sea preciso su análisis.

Antes de adentrarnos en ello, y respecto de la posesión de estado y el interés superior del menor, como cuestiones de hecho y su acceso a la casación, debemos hacer las siguientes puntualizaciones, por constituir doctrina jurisprudencial. De un lado, en la STS núm. 267/2018 de 19 de mayo, ECLI:ES:TS:2018:1617, se declara que «de acuerdo con la jurisprudencia

de la sala, en el recurso de casación puede impugnarse la valoración jurídica realizada por la sentencia recurrida acerca de si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado». De otro, respecto del interés superior del menor, como recuerda la STS núm. 48/2018, de 7 junio, ECLI:ES:TS:2018:204, «el interés del menor tiene aspectos casacionales (sentencia 614/2009, de 28 de septiembre) y no se trata a través de este cauce de cuestionar la valoración de la prueba ni de atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados. La determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión en casación (sentencias 384/2005, de 23 de mayo, 614/2009, de 28 de septiembre). La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene, y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta sala examinar, las circunstancias más adecuadas para dicha protección».

2.- Marco legal aplicable

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su redacción original no reguló la doble maternidad, y así dispuso en su artículo 7, sobre filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida:

«1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

2. *En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación».*

Fue la disposición adicional 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, la que adicionó un apartado 3 al art. 7 de la Ley 14/2006 para permitir la doble maternidad legal sin adopción -en vigor desde 17 de marzo de 2007-. Conforme a dicha redacción, el art. 7.3 de la Ley 14/2006 dispuso:

«Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

De esta forma se creó un nuevo título de determinación de otra maternidad, además de la maternidad por naturaleza, pero sometido a estrictos requisitos formales, pues como resulta dicho artículo se requería además del matrimonio con la madre (no separada legalmente ni de hecho), la manifestación por la no gestante del consentimiento previo al nacimiento y ante el Encargado del Registro Civil, de que cuando naciera el hijo de su cónyuge se determinara su filiación respecto del nacido. Dicho régimen estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la reforma del precepto, operada por la disposición final 5.1 de la Ley 19/2015, 13 de julio.

En efecto, la Ley 19/2015, de 13 de julio, de

medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, modificó el art. 7.3 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida. Conforme a la nueva redacción, vigente desde el 15 de octubre de 2015, dispone el art. 7.3 de la ley: *«Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».*

La misma Ley 19/2015 modificó el art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que, en su apartado 5, por lo que interesa aquí, declara: *«También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».*

Por tanto, el régimen vigente al acaecer los hechos objeto de ambos recursos de casación, lo era el art. 7.3 LTRHA, introducido por la reforma operada por la Ley 3/2007, y en vigor desde 17 de marzo de 2007. Y en ambas sentencias del Alto Tribunal, se concluye que no concurren los requisitos legales exigidos, para determinar la filiación no matrimonial reclamada en su día y objeto de los recursos.

Con tal respuesta, por otro lado, incuestionable, se aborda a continuación la posesión de estado y el interés

superior del menor, pues como se dijo, sobre dichas instituciones se declaró la filiación no matrimonial. Como también, se adelantó, la conclusión no puede ser más clara, ni uno ni otro constituyen causa o título para determinar una filiación no matrimonial, que solo puede determinarse por el legislador. Veámoslo.

3.- Posesión de estado

En relación a ésta, y como indican las SSTs núm. 45/2022, y la núm. 558/2022, de 11 de julio (FJ 5.6): «La posesión de estado tiene un componente fáctico, los hechos probados a partir de los cuales el tribunal valora jurídicamente si existe o no la posesión de estado. Este dato justifica que pueda impugnarse la afirmación por el tribunal de instancia de la posesión de estado de filiación por vía de los dos recursos: en el recurso por infracción procesal puede impugnarse error en la valoración de la prueba de los hechos que integran los diversos elementos de la posesión de estado (nomen, tractatus, fama) y en el recurso de casación puede impugnarse la valoración jurídica de esos hechos, es decir, si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado (sentencias 45/2022, de 27 de enero, y 267/2018, de 19 de mayo)».

Declara la sentencia 45/2022, al respecto: «[...]Las sentencias de instancia han valorado de forma decisiva la existencia de un proyecto común de las litigantes de formar una familia que se habría manifestado en la prestación de consentimiento en la clínica y en los

actos inmediatamente posteriores al nacimiento. Ciertamente, en nuestro sistema, el consentimiento de la esposa de la madre es esencial en la determinación extrajudicial de una doble maternidad en el ámbito de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida cuando se presta con los presupuestos y requisitos legales, pero de acuerdo con la doctrina de la sala no es suficiente cuando lo que se ejercita es una acción de reclamación de filiación por posesión de estado.

»En particular, la sentencia recurrida ha considerado acreditada la constante posesión de estado valorando el tiempo de convivencia transcurrido desde el nacimiento del niño hasta la separación de las dos mujeres (que habría tenido trascendencia en el ámbito familiar), cuando lo cierto es que, en atención a su brevedad y a las circunstancias concurrentes, no puede considerarse con entidad suficiente para conformar una relación de maternidad vivida.

»La sentencia recurrida, confirmando el criterio de la sentencia del juzgado (que consideró irrelevantes los actos posteriores al nacimiento y la formación del denominado proyecto familiar común precisamente por ser posteriores), ha restado relevancia a los actos posteriores al nacimiento, cuando en realidad son decisivos para apreciar si existe una persistencia y constancia en el comportamiento como madre a efectos de apreciar la posesión de estado. Tras la separación, la relación se ha limitado a contactos esporádicos, más propios de la amistad con la madre, con quien tiempo después del divorcio la demandante quiso recuperar la relación a la que había puesto fin, que con una

relación de maternidad con el niño. La demandante, además, abandonó todo intento de solicitar medidas personales y patrimoniales respecto del niño en el procedimiento de divorcio, lo que permite cuestionar la constancia y continuidad en la relación. Finalmente, el que efectuara unas transferencias a una cuenta propia y según su disponibilidad económica, en concepto de ahorro, en espera, según se dice, de que la madre proporcionara una cuenta, no comporta una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan».

Por lo que respecta a la STS 558/2022, declara, (FJ 6.3): «[...]La sentencia recurrida ha prestado más atención a las manifestaciones de terceros (la mayoría, personas del círculo familiar cercano de la demandante, una amiga, y una madre del colegio, que no tienen un conocimiento sino sesgado de la relación) que al comportamiento de la actora, difícilmente compatible con la afirmación de una maternidad vivida de forma constante y sin fisuras. La sentencia recurrida no ha valorado las contradicciones en el actuar de la demandante, pues no solo no consintió la inseminación ni realizó intento alguno de que posteriormente quedara determinada la filiación por las vías legales disponibles (alegando que no era posible porque todavía estaba casada con una pareja anterior o que la adopción era muy cara), sino que no ha asumido gastos del menor, porque según dice no se le pidieron e, incluso, cuando ejercita la demanda

y acumula la petición de custodia compartida o subsidiaria de visitas no solo no ofrece pagar alimentos sino que se opone a la petición subsidiaria de la madre de que los preste con el argumento jurídico formal de que no era el momento procesal oportuno. Ello, evidentemente, no comporta una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan».

Ante las argumentaciones expuestas, concluye la Sala, que no se dan los presupuestos legales ni jurisprudenciales para que prospere la reclamación de maternidad extrajudicial por posesión de estado.

4.- Interés superior del menor

Declara, al respecto la STS 558/2022, de 11 de julio:

«[...]Como dijimos en la sentencia 45/2022, de 27 de enero, no puede darse por supuesto que el superior interés del menor quede tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recaería en dos personas. No es esa una valoración correcta del interés del menor que conduzca a la estimación de una reclamación de maternidad, porque desde ese punto de vista todas las acciones de reclamación de paternidad y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas, aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales.

»Tampoco se ajusta a los criterios que ha adoptado la sala en las citadas sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, que atendieron al interés de los menores de preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno filial. En el presente caso no se da esa situación ni se ve el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el ya adolescente.

»Como bien dice el Ministerio Fiscal en su escrito de apoyo al recurso de casación interpuesto por la madre, el desarrollo legislativo del principio básico del interés superior del menor contenido en el art. 2 LOPJM modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, exige:

«1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

»Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

»2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés

superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales,

»a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

»b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

»c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.
»(...)

»3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

»a) La edad y madurez del menor.

»b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

»c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

»d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su

personalidad y desarrollo futuro.

»e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

»f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

»Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. (...).

(...)

»Es improcedente y contrario al interés del menor que, tras no haber quedado determinada la filiación por el cauce legal previsto para ello se fije judicialmente cuando no solo no resulta de una constante relación de maternidad vivida, sino que además es contraria a la voluntad, los deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente, a quien debe reconocerse su derecho a participar en las decisiones progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en una etapa tan fundamental para su vida».

La conclusión no puede ser más clara, ni el marco del sistema legal vigente en nuestro ordenamiento jurídico, ni la posesión de estado ni el interés del menor pueden ser causa de atribución de una filiación, que solo podrá determinarse por el legislador.

5. Examen de las SSTS núm. 740/2013, de 5 de diciembre y la del pleno núm. 836/2013 de 15 de enero de 2014.

Por último, debemos hacer un análisis y breve referencia, en lo estrictamente esencial, y al objeto de evitar confusiones, y por ser distintos a mi juicio, de los casos resueltos por las sentencias 740/2013 de 5 de diciembre, ECLI:ES:TS:2013:5765, y la del pleno núm. 836/2013 de 15 de enero de 2014, ECLI:ES:TS:2014:608, también relativos a supuestos de filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida y doble maternidad, y en los que la Sala valoró el interés del menor concreto a que se referían los litigios, y la posesión de estado, de forma conjunta.

Así, la sentencia 740/2013 de 5 de diciembre, ECLI:ES:TS:2013:5765, se contrae a un supuesto de filiación matrimonial -gemelas que nacieron con empleo de TRHA después de contraer matrimonio la pareja- (FJ 3.6) concluyó que la regla del artículo 131 CC, que atribuye a la posesión del «estado de filiación» el papel de presupuesto de legitimación para el ejercicio de la acción, aplicable en el ámbito de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, y sobre la base de un consentimiento prestado por la no gestante en la clínica -lo que a mi juicio fue determinante en la resolución del indicado recurso y lo diferencia claramente de los analizados en las SSTS 45/2022, y 558/2022 por cuanto, reitero que, a mi juicio, sobre dicho consentimiento gravita la atribución de la filiación- se resuelve declarando la filiación, atendiendo al interés de las menores gemelas, cuya filiación reclamaba la excónyuge de la madre. Pero en este caso, y a mi juicio, la posesión de estado y el interés superior del menor

reforzaron el consentimiento prestado por la no gestante, en ningún caso lo sustituye.

El matiz lo constituye, además de cumplir con los restantes requisitos legalmente previstos en el artículo 7 Ley 14/2006, TRHA, redactado conforme a la disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, el momento de prestar el consentimiento la no gestante antes el Encargado del RC «*que consiente que cuando nazca el hijo de su consorte, se determine a su favor la filiación*».

Y es que ante el silencio de la norma, los interrogantes que se plantearon lo fueron ¿cuándo se debe consentir, al momento de la inseminación o antes de nacer?, y por el juego de los artículos 39 CE y 3.2 CC, en dicha sentencia se concluyó, sobre la base de la existencia de consentimiento: «*[...] que la interpretación más acorde no solo con el hecho de que la inseminación no determina necesariamente el posterior embarazo y nacimiento del hijo de uno de los cónyuges, sino con el artículo 39 CE, que reconoce la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación, y esta no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo*».

Añade dicha sentencia:

«*[...] que la prestación del consentimiento*

para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque “constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigante del deseo de ser progenitoras”, hasta el punto, dice la sentencia recurrida, que “dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige. Seguramente por esta razón la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su artículo 7, apartado segundo (quiere decir el 8), prescribe que “Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”». Es evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad».

Lo que parece quedar claro de la lectura dicha sentencia, es que la posesión de estado legitima el ejercicio de una acción de filiación, ex art. 131CC, pero no es título que atribuya la filiación.

Con cita de la anterior- esto es, la STS 740/2013- la sentencia del pleno núm. 836/2013 de 15 de enero de 2014, ECLI:ES:TS:2014:608-que contó con un Voto Particular- sobre determinación de la filiación no matrimonial de mujer homosexual por posesión de estado, la

cual no puede entenderse sin tener en cuenta el recurso de casación número 1334/2008, resuelto por la Sala por STS número 320/2011, de 12 de mayo, ECLI:ES:TS:2011:2676, como antecedente imprescindible y que atribuyó a la recurrente, ex pareja de la biológica, un régimen de relaciones personales como allegada con el menor, declaró:

«[...]partiendo del concepto de unidad familiar de los textos internacionales europeos, señala que “aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en su art. 7.3, modificado en 2007, en cambio sí debe considerarse que, como se ha dicho antes, existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológica de una de ellas”. A continuación, en el Fundamento de Derecho Sexto reconoce que esta posibilidad legal no podía aplicarse en este caso, puesto que ambas convivientes no estaban casadas. Sin embargo, y atendiendo al interés del menor, mantiene el régimen de relaciones personales amplio entre el niño y la demandante otorgado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª».

Pues bien, como se dijo, con el antecedente necesario expuesto, a través de la STS del pleno núm. 836/2013, y partiendo de la posesión de estado como título legitimador para el ejercicio de la acción y como medio de prueba de la filiación, se valoró el interés del menor en que continuara una relación que se había prolongado durante tres años, en un caso en el que se afirma que existió una unidad

familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, y que la relación o trato con dicho hijo fue de madre y que además resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía.

Pero por encima de lo anterior, y en lo que al presente me interesa destacar es que dicha sentencia del pleno declara: *«claramente acreditados los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño al primer apellido de su pareja», lo que destaca “integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada».*

Se concluye, por tanto, en dicha sentencia que el consentimiento prestado por la conviviente que no es la madre biológica, más la posesión de estado y el superior interés del menor determinan la filiación no matrimonial reclamada en forma de doble maternidad.

Por lo demás como se dijo, dicha sentencia contó con un Voto Particular, en que se discrepó, en esencia, con los siguientes argumentos:

(i). Por no considerar que no estaba acreditada la existencia del consentimiento de la no biológica al empleo de las técnicas de reproducción asistida; ni de otro, que la determinación de la filiación fuera lo más beneficioso para el menor, dado que la ruptura

entre ambas partes fue traumática, con episodios de malos tratos -incluso con orden de alejamiento-.

(ii). Por considerar que las sentencias de la Sala citadas como precedentes, conducen a la solución contraria, y así se destaca que el régimen de visitas reconocido en su día, a la no gestante, por la STS de 13 de mayo de 2011, lo fue en su condición de allegada, llegando a declarar que: «no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, en su art. 7.3, modificado en 2007» (FJ 4º, párrafo último)».

Se añade que «tampoco la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2013 (sentencia n.º 740/2013, recurso n.º 134/2012, en adelante STS 5-12-2013) autoriza la estimación del presente recurso, pues aunque ciertamente atiende a la posesión de estado, lo hace en cuanto “íntegra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma [la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida] a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad” (FJ 3º-5). Si a esto se une que en el caso entonces enjuiciado hubo matrimonio entre las litigantes; adopción, antes del matrimonio, de una niña, nacida de una de las litigantes, por la otra; consentimiento de las dos litigantes, antes de casarse, para la fecundación in vitro de la que ya era madre biológica; nacimiento de dos niñas cuando las litigantes ya se habían casado; y en fin, intentos de la madre biológica, constante matrimonio, de

que estas niñas fuesen inscritas como hijas matrimoniales de ella y de su cónyuge, mediante un expediente de rectificación del Registro Civil, fácil será comprender las sustanciales diferencias con el presente caso, pues lo que primordialmente tuvo en cuenta entonces esta Sala fue que el requisito temporal del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil no podía prevalecer sobre el hecho indiscutible de la voluntad conjunta, que se mantuvo después de haber contraído matrimonio y, portanto, concurriendo materialmente todos los requisitos exigidos por la LTRHA tras su modificación de 2007. Es más, esta sentencia de 2013 atiende muy especialmente a “la estabilidad que resulta del matrimonio” en relación a ese conjunto de efectos que comportan “la patria potestad, guardia y custodia, alimentos, apellidos y derechos sucesorios” (FJ 3º-4)».

(iii). Por no concurrir los requisitos que exige la ley especial aplicable -en su redacción conforme a Ley 3/2007, de 15 de marzo- para el caso de relaciones entre personas del mismo sexo que sean mujeres, ya que siguiendo el indicado Voto Particular: «cuando una decida tener hijos mediante la aplicación a sí misma de las técnicas de reproducción asistida, supedita la relación de filiación entre la persona que nazca y la otra mujer a que esta última esté casada con la madre biológica y no se encuentre separada de ella legalmente o de hecho. La ley especial opta, pues, por un requisito, el matrimonio, en el que no es difícil advertir un elemento de estabilidad, o cuando menos de

propósito de estabilidad, como con acierto razona la sentencia recurrida citando en su apoyo la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de octubre de 2009 y como igualmente razonó esta Sala en su STS 5-12-2013 según se ha puntualizado anteriormente».

Y se añade: «Además, se desprende de la interpretación literal de lo dispuesto por el artículo 7.3 LTRHA que para que la mujer no progenitora pueda “consentir” que se determine a su favor la filiación es necesario que previamente esté de acuerdo con ello la madre biológica, pues en caso contrario se daría la paradoja de que podría elegir libremente la no progenitora mientras que la madre biológica no podría imponer ni evitar tal consecuencia, que siempre quedaría al libre arbitrio de su cónyuge».

Por lo que concluyen los magistrados que suscriben tal Voto Particular, «que no existe consentimiento, que en el caso sería el título de determinación de la filiación».

(iv). Se añade que la posesión de estado no es en modo alguno un título de determinación de la filiación.

(v). Por último se rechaza que el interés superior del menor exigiera la solución acordada por la mayoría, en atención a lo que resultó probado.

Como indica el Voto Particular, referida anteriormente:

«[...]SEXTO. Hasta la reforma introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación de la mención relativa al sexo de las personas, la LTRHA no preveía otro título de determinación materna de la filiación que el parto. Con la reforma se permitió que junto con la

maternidad biológica, determinada por el parto, pudiera reconocerse a la mujer que estuviere casada, y no separada, con la mujer que fuera a dar a luz mediante las técnicas de reproducción asistida reguladas en la ley, la posibilidad de consentir “en que, cuando nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación respecto del nacido”.

»Al margen de si se la considera una maternidad por naturaleza (que no biológica) o legal, la determinación de la filiación se lleva a cabo por una manifestación realizada por la mujer cónyuge de la madre biológica, ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, de que “consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. Se trata de un nuevo título de determinación de la filiación, aplicable sólo cuando haya mediado reproducción asistida, que consiste en el consentimiento de la mujer de ser tenida como madre, el cual ha de prestarse antes del nacimiento del hijo y estando casada, y no separada legalmente o de hecho, con la madre biológica.

»Es importante resaltar que este título de determinación se apoya en el mero consentimiento de la mujer, prestado bajo unas condiciones de tiempo y estado civil, pues se exige que sea antes del nacimiento del hijo y estando casada con la madre biológica.

»Al basarse este nuevo título de determinación de la filiación en el consentimiento de la mujer, no cabe en ningún momento que se le pueda imponer esta maternidad, de tal forma que no podría prosperar ninguna reclamación de la filiación contra ella, ni siquiera por

parte del hijo, aunque se cumplieran el resto de los requisitos legales y durante años se hubiera comportado como madre. »En el presente caso, quien reclama la maternidad no puede acceder a esta forma de determinación de la maternidad porque, dejando al margen la exigencia de que se haga antes del nacimiento del hijo, nunca ha estado casada con la madre biológica. El hecho de que no hubiera podido hacer uso de una facultad como la prevista actualmente en el art. 7.3 LTRHA antes de que naciera el hijo respecto del que se solicita el reconocimiento de la filiación, pues para entonces (2003) ni podía estar casada con la madre biológica, con la que sí convivía, ni se permitía esta forma de doble maternidad, no justifica un ejercicio posterior de esta facultad. Detrás de la exigencia legal de que la mujer esté casada con la madre biológica, y no separada legalmente o de hecho, para que pueda determinarse a su favor la maternidad subyace una opción legal por la estabilidad en la relación que puede conferir su formalización mediante el matrimonio civil, con vistas a facilitar, en beneficio del hijo, el ejercicio de la patria potestad. Este punto será tenido en cuenta, luego, para explicar por qué el interés del menor no sólo no justifica la interpretación realizada por la mayoría, sino que la impide, a no ser que se confunda con el interés de la mujer que reclame la maternidad.»

Se concluye, por tanto, en que no concurría el requisito previsto en la LTRHA, esto es, que la no biológica estuviera casada con la biológica, y prestara su consentimiento ante el encargado del registro civil, para que se determinara la filiación respecto de ella al hijo cuando naciera. E igual que la STS núm. 45/2022, de 27 de enero, se redunda en que ni la posesión de estado ni el interés superior del menor permiten al juez atribuir una filiación. Los argumentos expuestos en dicho voto, como vemos, son plenamente compatibles, con las conclusiones y solución ya indicadas, contenidas en las SSTs 45/2022 y 558/2022, aquí analizadas.

III.- CONCLUSIÓN

Como conclusión final, y cierre del presente análisis, en definitiva, la regulación vigente sigue exigiendo que la mujer que presta el consentimiento para que se determine la filiación, esté casada y no separada legalmente o de hecho con la madre. Esto es, debe existir matrimonio y consentimiento, en la forma y tiempo legalmente exigidos. Y la posesión de estado y el interés superior del menor no constituyen título de determinación de la filiación per se, correspondiendo al legislador la función de determinar tales títulos.

DILACIONES INDEBIDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

Carmen López-Rendo Rodríguez

Doctora en Derecho Profesora titular Universidad de Oviedo
Tesorera AEAFA

SUMARIO

- I.-INTRODUCCIÓN.
- II.- INFRACCIÓN DE NORMATIVA ESTATAL E INTERNACIONAL.
- III.- DEMORA EN EL SEÑALAMIENTO DE LITIGIOS.
- IV.-CONCLUSIONES.
- V.-BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este artículo aborda el problema de las dilaciones indebidas en los procedimientos judiciales con especial referencia a los procedimientos de familia y a las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimatorias de la vulneración del artículo 24 de la CE y del artículo 6.1 del Convenio europeo de Derechos Humano.

ABSTRACT: *This article deals with the problem of undue delays in legal proceedings with special reference to family proceedings and the Judgments of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights estimating the violation of Article 24 of the CE and Article 6.1 of the European Convention on Human Rights.*

PALABRAS CLAVE: Dilaciones indebidas, plazo razonable, funcionamiento anormal de la administración de justicia, responsabilidad del Estado

KEY WORDS: Undue delay, reasonable time, abnormal functioning of the administration of justice, state liability

I. INTRODUCCIÓN

La justicia española presenta un grave problema en lo que se refiere a la lentitud en la tramitación y resolución de los procedimientos judiciales. Esta cuestión desde antiguo fue uno de los males de la administración de justicia y por ello, en Justiniano ya se encuentran fuentes que hacen referencia a la materia. El CJ 3.1.12 Dispone: *“Deciden todos los magistrados y divinos jueces los litigios en breve plazo; y si alguno de los litigantes hubiere acudido repetidas veces al juez competente y sufrido demora sin justa causa, diríjase al príncipe, esperando auxilio de él”*.

Esta situación motivó que el emperador Justiniano promulgase una constitución imperial dirigida a Juliano Prefecto del pretorio, en el año 530 dC, que nos transmite CJ 3.1.13 pr y 1, en la que se establecen unos plazos de duración máximo de los litigios, a fin de que no se hagan casi interminables, y excedan de la duración de la vida de los hombres. Así dispone que ninguno de los pleitos sobre cantidades de cualquier cuantía que sea, o sobre condiciones, o sobre el derecho de las ciudades o particulares, se hubieren comenzado, o sobre posesión, o dominio, o hipoteca, o servidumbres, u otras causas cualesquiera por la que los hombres litigan entre si, excepto solamente las causas que al derecho fiscal se refieren, o las que hacen relación a las funciones públicas deban prolongarse más de tres años después de contestada la demanda, sino que a ninguno de los jueces, ya desempeñen administración mayor o menor, o en esta augusta ciudad, o en provincias, ya estén constituidas

en magistratura o hayan sido dados de nuestro conejo o delegados por nuestros proceres, se le haya de permitir extender la duración de los litigios a más de tres años. Pues no hay quien ignore, que esto depende principalmente de la potestad jurisdiccional, porque si ellos mismos no quisieren, no hay nadie tan audaz, que contra la voluntad del juez, prolongue un litigio.¹”

Es sorprendente observar cómo los problemas actuales no son algo nuevo, sino que ya existían en el Siglo VI dC y continuaron en todos los tiempos sin resolverse.

En la actualidad, todos los procedimientos judiciales civiles, penales, contencioso-administrativo, laborales continúan padeciendo este problema de duración de los procedimientos más que la vida de los hombres, siendo interminables y especialmente graves en los procedimientos de familia.

El Derecho de familia actual sufre cada vez más esa demora, así como la falta de especialización de los jueces, fiscales, letrados de la administración de Justicia, funcionarios o psicólogos, a lo que se une, la falta de medios personales y materiales, y la inversión necesaria que conlleve la infraestructura adecuada para una rápida resolución de los procesos de familia.

Todo ello determina que las dilaciones se prolonguen excesivamente, en ocasiones durante años, sin justificación alguna,

¹ García del Corral, Ildefonso. *Cuerpo de Derecho Civil romano*, Tomo IV. Código. T.I, Barcelona, 1892, p.314-315.

y ello motiva, que el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas consagrado en el artículo 24 de la CE se vea totalmente proscrito y restringido, siendo víctimas del anormal funcionamiento de la administración de justicia en materia de Familia, no solo los miembros de la pareja, también sus hijos menores de edad, cuyo interés superior también se ve infringido.

Estos retrasos en la tramitación y resolución de los procesos judiciales generan daños emocionales irreparables, que pueden dar lugar a indemnizaciones a favor de los ciudadanos afectados, y cuyo germen nace de la contumacia negativa del Estado español a crear la especialización en materia de infancia-familia y capacidad, dentro del orden jurisdiccional civil, en condiciones iguales a la mercantil, dotando de medios materiales y personales para acabar con estas dilaciones indebidas que venimos denunciando a diario.

La multiplicidad de conflictos, tanto de índole personal como patrimonial en el ámbito de la Familia exigen procedimientos judiciales ágiles que proporcionen respuestas inmediatas en muchas ocasiones y ámbitos propicios para sus soluciones, debiendo ser examinados y resueltos por jueces y tribunales especializados, a quienes debe exigírseles además de profundos conocimientos de Derecho, y de Familia en particular, unas dosis elevadísimas de empatía, psicología y comprensión y una vocación especial hacia esta rama del Derecho.

Lograr que los procedimientos judiciales se tramiten en un tiempo óptimo, tal cual establece la ley, ha de ser un objetivo común de todos: estado, tribunales, fiscales, personal al servicio de la administración de Justicia, policía, abogados, procuradores, testigos, peritos... La pronta y eficaz solución judicial por la que el abogado debe luchar evitará la nociva multiplicación de expedientes judiciales conexos que se prolongan temporalmente en detrimento de los justiciables.

II. INFRACCIÓN DE NORMATIVA ESTATAL E INTERNACIONAL.

El art. 24.2 de la Constitución, empleando la expresión utilizada por el art. 14.3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977\893 y ApNDL 3630)², reconoce el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, que es similar, según se haya declarado en la STC 5/1985, de 23 de enero, al que consagra bajo la fórmula de «*derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable*», el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Políticas³ aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España en Instrumento publicado en el

² Art. 14.3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York: “Toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a ser juzgado sin dilaciones indebidas”.

³ Art. 6. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, pública y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)

BOE de 10 de octubre de 1979, que forma parte de nuestro ordenamiento interno (art. 96 CE).

El valor interpretativo de estos tratados y acuerdos viene expresamente sancionado en el art. 10.2 de nuestra Constitución, habiendo sido igualmente reconocido por nuestra doctrina constitucional, de manera reiterada y constante, el valor que a estos efectos tiene la jurisprudencia pronunciada por el TEDH.

La frase «sin dilaciones indebidas» empleada por el art. 24.2 de la Constitución expresa un concepto jurídico indeterminado⁴, cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos recogidos en la STC 5/1985, de 23 de enero (RTC 1985/5)⁵: la complejidad del litigio, los

márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades.

En relación con este derecho fundamental, la Constitución española, en el artículo 121 de la CE preve el derecho a una indemnización por los daños causados por error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

El contenido de este derecho reconocido en el artículo 121 de la CE ha sido desarrollado en los artículos 292 y ss de la LOPJ, comprendiéndose dentro del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, los daños causados por las dilaciones indebidas que generan una indemnización como forma de reparación de la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas consagrado en el artículo 24 de la constitución española, si es imposible la reparación *in natura*.

El deber de impartir justicia de forma eficaz y dentro de un plazo razonable ha de entenderse como un derecho prestacional cuyo incumplimiento dará lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado quedando obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados cuando no haya posibilidad de reparación *in natura* o, aun siéndolo, haya existido previamente lesión tal como disponen

4 STC de 11 de junio 1996: “Una expresión constitucional que encierra un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto a la luz de determinados criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, porque tal derecho no se identifica con la duración global de la causa, ni aun siquiera con el incumplimiento de los plazos procesales”.

5 Sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ver ANGUITA SUSÍ, Alberto: “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional”, Revista de Estudios Jurídicos, 1998, pág. 16. BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercé, DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio: “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Revista del Poder Judicial, 1997, Págs. 26-28. FERNÁNDEZ-VIAGÁS BARTOLOMÉ, Plácido: Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, Editorial Civitas SA, Madrid, 1994. PULIDO QUECEDO, Manuel: El TC, el TEDH y el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 18/2003, 2003. PULIDO QUECEDO, Manuel: Sobre el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas y

las deficiencias estructurales de la Administración de Justicia. ¿Una jurisprudencia controvertida?, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 13/2008, 2008. TOSCANO TINOCO, Juan José: “Las dilaciones indebidas. Una cuestión no resuelta. Evolución jurisprudencial. Regulación legal y visión crítica. Revista de derecho penal y Criminología, 3ª Época nº 10 (julio 2013). Págs. 237-292.

los arts. 9.3, 121 CE; art. 292 de la LOPJ.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁶ ya ha determinado que el quebrantamiento del derecho a un juicio en un tiempo razonable es un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y como tal, es indemnizable.⁷

En el supuesto de vulneración del artículo 6.1 CEDH, el TEDH no declara la reparación *in natura*, sino que obliga al Estado a indemnizar económicamente al ciudadano por los daños morales causados (no los materiales) y a que adopte las medidas oportunas para evitar que se viole nuevamente⁸.

El artículo 6 § 1 del Convenio exige que todas las fases de los procedimientos

judiciales para resolver «las controversias sobre los derechos y obligaciones de carácter civil» se lleven a cabo en un plazo razonable⁹, sin que se puedan excluir las fases posteriores a las resoluciones sobre el fondo (ver las sentencias *Robins c. Reino Unido*, de 23 septiembre de 1997, § 28, Repertorio de sentencias y decisiones 1997-V, *Estima Jorge c. Portugal*, de 21 de abril de 1998, § 35, Repertorio de sentencias y decisiones 1998-II, y *Buj c. Croacia*, no 24661/02, § 16, 1 de junio de 2006).

La jurisprudencia del TEDH ha dispuesto unos criterios objetivos que no son *numerus clausus*, para concretar el concepto jurídico indeterminado del “plazo razonable” y poder valorar en cada caso concreto si se ha vulnerado el derecho a ser juzgado en un plazo razonable del art. 6.1 CEDH que pueden sintetizarse en los siguientes:

- a) El comportamiento del demandante
- b) La complejidad del asunto o litigio: por ejemplo, intervención de varias personas en los hechos o diversos tribunales, la naturaleza del litigio, dificultad de encontrar a varios testigos, la práctica de tramites complicados como las comisiones rogatorias, incidentes procesales, dificultad de cuestiones jurídicas o novedosas, etc.
- c) La conducta de las autoridades nacionales. El TEDH ha declarado que incumbe a los Estados organizar el

6 Entre otras, STEDH 13 de julio de 1983, caso *Zimmermann y Steiner v. Suiza*, ECLI:CE:ECHR:1983:0713JUD000873779.; STEDH de 23 de abril de 1987, caso *Lechner y Hess v. Austria*, ECLI:CE:ECHR:1987:0423JUD000931681. STEDH de 6 de abril 2000, caso *Thlimmenos contra Grecia*, 34369/97, en el que el procedimiento duró siete años, un mes y veinte días, sin que fuera imputable al solicitante, existiendo 2 periodos de inactividad de casi 3 años. El tribunal estima que corresponde a los Estados contratantes organizar su sistema judicial de manera que sus jurisdicciones puedan garantizar a todos el derecho a obtener una decisión definitiva en un plazo razonable, y que el caso guardaba relación con el futuro profesional y la carrera del solicitante, la duración del procedimiento no respondía a la exigencia del «plazo razonable».

7 COBREROS MENDAZONA, E., «Violación del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su compensación y dos consecuencias importantes», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 2014, pp. 921 y ss.

8 Cfr. COBREROS MENDAZONA, E., «La reparación del incumplimiento del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y una posible consecuencia para el estatus de los derechos fundamentales», *RVAP*, n.º 109-I, 2017, p. 56.

9 SALADO OSUNA, A. «El «plazo razonable» en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en García Roca, J. y Santolaya Machetti, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 305-308 y 317-321

sistema judicial, de tal forma que los órganos judiciales puedan garantizar a todas las personas el derecho a obtener una resolución definitiva sobre sus derechos y obligaciones civiles dentro de un plazo razonable. Por ello, existe responsabilidad del Estado si las demoras de los procesos tienen su origen en causas estructurales por una organización inadecuada o deficiente del sistema judicial o por una carencia importante de medios materiales o personales, particularmente si para solucionar estos inconvenientes las autoridades legislativas, administrativas o judiciales del Estado no han adoptado las medidas necesarias¹⁰. Así estimó la responsabilidad en supuestos de vacantes prolongadas de los titulares de los órganos judiciales, en los supuestos de cambios frecuentes de sus titulares¹¹, realización de actuaciones procesales innecesarias¹² así como en los supuestos de sobrecarga de trabajo

de órganos judiciales.

d) Las consecuencias que la demora cause o pueda producir en la esfera patrimonial y personal del actor.

La obligación de garantizar este derecho debe ser efectiva, a pesar de que la dilación se deba a carencias estructurales de la organización judicial, pues no es posible restringir el alcance y contenido de este derecho, dado el lugar que la recta y eficaz Administración de Justicia ocupa en una sociedad democrática, con base en distinciones sobre el origen de la dilación que el propio precepto constitucional no establece¹³.

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 129/2016, de 18 de julio, estimatoria de un recurso de amparo, expresa y resume perfectamente la doctrina constitucional sobre dilaciones indebidas en la justicia, refiriéndose en el FJ4 en los siguientes términos:

10 SSTEDH Zimmermann y Steiner c. Suiza, de 13 de julio de 1983; Martins Moreira c. Portugal, de 26 de octubre de 1988; Pizzetti c. Italia, de 26 de febrero de 1993; Muti c. Italia, de 23 de marzo de 1994; Caillot c. Francia, de 4 de septiembre de 1999; Lenaertsc. Belgique, de 11 de junio de 2004; Nold c. Alemania, de 11 de diciembre de 2006.

11 SSTEDH Deumeland c. Alemania, de 29 de mayo de 1986; Capuano c. Italia, de 25 de junio de 1987; Triggiani c. Italia, de 19 de febrero de 1991; Wiesinger c. Austria, de 30 de octubre de 1991; Debono c. Malta, de 7 de mayo de 2006; Nold c. Alemania, de 11 de diciembre de 2006; Salmanovc c. Rusia, de 31 de octubre de 2010; Grujović c. Serbia, de 21 de octubre de 2010 y Utyuzhnikova c. Rusia, de 7 de enero de 2011.

12 SSTEDH Kemmache c. Francia, de 27 de noviembre de 1991; Vallée c. Francia; de 26 de abril de 1994; Doustaly c. Francia, de 23 de abril de 1998; Ayık c. Turquía, de 21 de enero de 2009; Yardimci c. Turquía, de 28 de junio de 2010 y Makbule Akbaba y otros c. Turquía, de 17 de diciembre de 2012

“Como afirmamos en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 54/2014, por referencia a la doctrina contenida en la STC 142/2010, de 21 de diciembre, «por más que los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica,

13 TOSCANO TINOCO, Juan José, Las dilaciones indebidas: una cuestión no resuelta. Evolución jurisprudencial, regulación legal y visión crítica. Revista de Derecho Penal Y Criminología, ISSN 1132-9955., p. 250. Vid también STEDH de 6 de mayo de 1981, Caso Bucholz.v. Alemania, ECLI:CE:ECHR:1981:0506JUD000775977.

si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso. Y es que el elevado número de asuntos de que conozca el órgano jurisdiccional ante el que se tramitaba el pleito no legitima el retraso en resolver, ni todo ello limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a tal retraso, puesto que no es posible restringir el alcance y contenido de ese derecho (dado el lugar que la recta y eficaz Administración de Justicia ocupa en una sociedad democrática) en función de circunstancias ajenas a los afectados por las dilaciones. Por el contrario, es exigible que jueces y tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que lleva implícita la necesidad de que el Estado provea la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales precisos para el correcto desarrollo de las funciones que el ordenamiento les encomienda. Este es también el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando en su sentencia caso Unión Alimentaria Sanders c. España, de 7 de julio de 1989, afirmó el carácter estructural de las dilaciones sufridas por la sociedad demandante, concluyendo que esta situación no puede privar a los ciudadanos de su derecho al respeto del plazo razonable (§§ 38 y 42) o cuando en su sentencia caso Lenaerts c. Bélgica (§ 18), de 11 de marzo de 2004, razonó que el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales obliga

a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable» (FJ 6). Atendiendo a esta circunstancia, esto es, las causas estructurales que provocaron las dilaciones indebidas, la sala considera necesario dar traslado de esta sentencia al Consejo General del Poder Judicial y al Ministerio de Justicia, a los efectos que procedan”.

Por ello se habla de Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, pues no sólo responderá el Estado por actos u omisiones de Jueces o Magistrados, sino también por los llevados a cabo por el Ministerio Fiscal y los demás funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Las deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales, o el elevado número de asuntos de que hayan de conocer, aún cuando pudieran excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo alteran el carácter injustificado del retraso, ni limitan tampoco el derecho fundamental de los ciudadanos a reaccionar ante tal retraso y así lo ha declarado la STC 142/2010, de 21 de diciembre¹⁴, en la que se reproduce

14 STC 142/2010, de 21 de diciembre. ECLI:ES:TC:2010:142: “Atendidas las circunstancias del caso, podemos concluir que el retraso en el señalamiento de la vista obedece al volumen de trabajo que tiene el Juzgado al que ha correspondido el conocimiento del recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, como ha señalado este Tribunal, entre otras, en las SSTC 160/2004, de 4 de octubre, FJ 5, y 153/2005, de 6 de junio,

la doctrina sentada en las SSTC 160/2004, de 4 de octubre, FJ 5, y 153/2005, de 6 de junio, FJ 6.

El Tribunal Europeo de Derechos humanos ha tenido ocasión de analizar varios asuntos civiles, penales, contencioso-administrativo, etc en los que ha declarado el incumplimiento del artículo 6.1 del CEDH por parte del estado español en materia de no resolución en un tiempo razonable y la condena al resarcimiento pecuniario.

En el orden civil, en el caso Ortuño Ortuño resuelto por STEDH 27 de septiembre de

FJ 6, por más que los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso. Y es que el elevado número de asuntos de que conozca el órgano jurisdiccional ante el que se tramitaba el pleito no legitima el retraso en resolver, ni todo ello limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a tal retraso, puesto que no es posible restringir el alcance y contenido de ese derecho (dado el lugar que la recta y eficaz Administración de Justicia ocupa en una sociedad democrática) en función de circunstancias ajenas a los afectados por las dilaciones. Por el contrario es exigible que Jueces y Tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que lleva implícita la necesidad de que el Estado provea la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales precisos para el correcto desarrollo de las funciones que el Ordenamiento les encomienda (STC 180/1996, de 16 de noviembre, FJ 4). En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reafirmado que el art. 6.1 CEDH obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable (STEDH de 11 de marzo de 2004, caso Lenaerts contra Bélgica, § 18).

2011¹⁵ en un procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales que supera los once años en una única instancia, se declaró el incumplimiento del Estado español de lo regulado en el artículo 6.1 del CEDH en materia de dilaciones indebidas con la obligación de que el Estado español abone a la demandante, en tres meses a contar desde el día en que la sentencia sea definitiva conforme al artículo 44 § 2 del Convenio, la cantidad de 21.000 EUR (veintiún mil euros) por daño moral, más el importe que pueda ser debido en concepto de impuestos sobre esta cantidad y a partir de la expiración de dicho plazo y hasta el pago, esta cantidad será incrementada por un interés simple calculado conforme al tipo de interés de la facilidad marginal de crédito del Banco Central Europeo incrementado en tres puntos de porcentaje.

Existiendo otras vulneraciones en el orden penal reconocidas en STEDH de 15 de marzo de 2016, caso Menéndez García y Álvarez González c. España¹⁶, al haber durado la instrucción en un proceso penal 4 años, o el caso Moreno Carmona c. España, reconociéndose la vulneración en STEDH de 9 de junio de 2009, al haber durado la fase de instrucción trece años y medio hasta que se dictó auto de sobreseimiento definitivo al haber prescrito el delito. También en ejecución de una sentencia penal se apreció por la STEDH, Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan c España de 9 de junio de 2009, la vulneración del artículo 6.1 del

¹⁵ STEDH 27 septiembre 2011 Caso Ortuño v Ortuño. España.

¹⁶ STEDH de 15 de marzo de 2016, caso Menéndez García y Álvarez González c. España,

Convenio, al tardar más de siete años y nueve meses en ejecutarse.

Igualmente, en el orden contencioso-administrativo, en STEDH de 16 de febrero de 2005 Alberto Sánchez c. España, se reconoció el derecho del demandante y la condena de España, al haberse demorado la resolución de un incidente sobre la competencia del tribunal. Asimismo la duración de 10 años del procedimiento en única instancia jurisdiccional, motivó la condena de España en la STEDH de 20 de diciembre de 2016, comunidad de propietarios Pando nº20 c. España¹⁷. En la Sentencia de 20 de diciembre de 2016 (Caso Ruiz-Villar Ruiz c. España)¹⁸ ha considerado que se ha vulnerado el art. 6.1 del Convenio y España ha sido condenado al pago de una indemnización al demandante por daños morales por importe de 10.000 euros solicitados más los impuestos exigibles, así como al pago de 2.904 euros más los impuestos exigibles al demandante en concepto de daños y costas, al haber durado el procedimiento 19 años abarcando cuatro instancias jurisdiccionales.

III. DEMORA EN LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE DEMANDAS Y SEÑALAMIENTO DE JUICIOS

En el presente apartado quiero destacar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y del derecho a la tutela judicial efectiva consagrados en el artículo 24 de la CE y el derecho a obtener resolución en un plazo razonable a que se

¹⁷ STEDH de 20 de diciembre de 2016, comunidad de propietarios Pando nº20 c. España.

¹⁸ STEDH de 20 de diciembre de 2016, Caso Ruiz-Villar Ruiz v. España. ECLI:CE:ECHR:2016:1220JUD001647611

refiere el artículo 6.1 del CEDH. con la admisión a trámite de las demandas y el señalamiento de la vista o comparecencia en un tiempo excesivamente largo y no razonable y por consiguiente antes de dictarse resolución definitiva en el procedimiento.

Cada día es más frecuente y constante la demora en la admisión de las demandas y el señalamiento de los juicios o comparecencias. No es de recibo y atenta contra el artículo 24.1 de la CE y 6.1 del CEDH que se señalen medidas provisionales previas a una demanda de separación, divorcio o nulidad a 3, 6, 9 y 12 meses vista a contar desde que se interpone la demanda y que se prolongue la admisión a trámite de una demanda más de 3 y 6 meses.

Esta vulneración del artículo 24 de la CE ha sido reconocida por la STC 142/2010 de 21 de diciembre que aplica la doctrina consolidada por las SSTC 160/2004, de 4 de octubre, FJ 5 y 153/2005 de 6 de junio, FJ6¹⁹ y la reciente Sentencia 125/2022, de 10 de octubre (BOE núm. 277, de 18 de noviembre de 2022)²⁰ en un asunto que afecta al procedimiento laboral, en el que el 13 de julio de 2021 el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla dictó decreto por el que admitía a trámite la demanda, señalaba el acto de conciliación previo al juicio el día 7 de noviembre de 2024, a las diez y diez horas, y, para el caso de que no se lograra avenencia, el acto del juicio para ese mismo día a las diez y cuarenta horas. Esto es el acto de conciliación

¹⁹ Ver p. 25.

²⁰ SENTENCIA 125/2022, de 10 de octubre (BOE núm. 277, de 18 de noviembre de 2022) - ECLI:ES:TC:2022:125

previo al juicio y el juicio, si no había avenencia, se señalaba para dentro de 3 años y casi 5 meses desde la admisión a trámite de la demanda.

Es evidente no solo el incumplimiento de plazos procesales establecidos en la legislación procesal ordinaria y la falta de motivación al no indicar las razones de la excesiva demora en el señalamiento sino también la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24 de la CE y del artículo 6.1 del CEDH.

No obstante lo anterior y tras el oportuno recurso de reposición, por el Juzgado de lo social se dictó Decreto el 19 de octubre de 2021, desestimando el recurso de reposición argumentando que *“el señalamiento se ha realizado conforme a los criterios generales dados por S. S^a. y teniendo en cuenta la sobrecarga de trabajo que pesan (sic) sobre los juzgados de lo social, que han visto considerablemente incrementados (sic) su volumen de trabajo como resulta notorio y es fácilmente constatable con los datos de entrada de asuntos; situación que ha llevado a las dilaciones existentes en los señalamientos; sin duda perjudicial para el justiciable y no imputable al juzgado”*.

Tras los trámites legales pertenecientes y previa demanda de recurso de amparo, el TC dictó sentencia en cuyos considerandos se indica:

“En cuanto a los márgenes ordinarios de duración de los litigios, este tribunal ha apreciado la existencia de dilaciones indebidas –vulneradoras del derecho

fundamental consagrado en el art. 24.2 CE– en supuestos en que entre la fecha de interposición de la demanda ante la jurisdicción ordinaria y la fecha del señalamiento para vista habían mediado los siguientes plazos: dos años y seis meses (STC 54/2014, de 10 de abril), dos años y tres meses (STC 99/2014, de 23 de junio), un año y once meses (STC 129/2016, de 18 de julio), un año y seis meses (STC 142/2010, de 21 de diciembre) y un año y tres meses (STC 89/2016 de 9 de mayo).

En cuanto al último de los criterios indicados, actuación de las autoridades, este tribunal se ha pronunciado de manera ya reiterada en el sentido de que el hecho de que la demora denunciada se deba a motivos estructurales, no imputables directamente al órgano judicial, no impide apreciar la vulneración del derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, pues esta situación no altera su naturaleza injustificada, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias.(..)

Atendiendo a los referidos criterios, podemos afirmar que en el caso sometido a examen se ha producido una dilación indebida proscrita por el art. 24.2 CE, pues:

(i) El asunto planteado, como se dice en la demanda, no revestía una especial complejidad, al tratarse de una simple reclamación de cantidad derivada del eventual incumplimiento de unos compromisos laborales previos. Teniendo en cuenta la materia, no parece razonable que su señalamiento y resolución se difieran en el tiempo en unos plazos

tan extraordinariamente dilatados: tres años y cinco meses en el primero de los señalamientos, y casi dos años en el señalamiento “anticipado”.

(ii) Tanto el primero de los señalamientos como el segundo de ellos, (señalamiento “anticipado”), se encuentran dentro de los rangos temporales que han servido de base a este tribunal para declarar la existencia de una dilación indebida en casos anteriores, siendo, además, ambos plazos claramente superiores a los tiempos medios de resolución de asuntos equivalentes por los juzgados de lo social de toda España, tiempo medio que se situaba en el año 2021, en que fue interpuesta la demanda, en catorce meses y medio de acuerdo con la estadística publicada por el Consejo General del Poder Judicial relativa a la actividad de los órganos judiciales. Por consiguiente, cabe apreciar que el presente caso se inscribe también en lo que nuestra doctrina ha calificado como demora constitutiva de una dilación indebida.

(iii) El interés que arriesga el recurrente en el pleito es el de obtener una resolución judicial que determine si le corresponde percibir una indemnización por la negativa de la Universidad de Sevilla a formalizar el contrato postdoctoral que había aceptado suscribir con el hoy recurrente de amparo —hasta entonces vinculado a la universidad por un contrato predoctoral— una vez presentada oficialmente su tesis doctoral. Se trata, en definitiva, de una reclamación de cantidad que puede tener un impacto muy significativo en la vida del recurrente en amparo, teniendo en cuenta que la negativa de formalización

del contrato postdoctoral implica, de entrada, que el recurrente se quede en situación de desempleo y sin la que hasta entonces venía siendo su fuente de ingresos (contrato predoctoral de formación).

(iv) Ha de excluirse que la conducta del demandante merezca reproche alguno, dado que, además de no haber propiciado el retraso en cuestión, ha denunciado ante el órgano judicial la concurrencia de las supuestas dilaciones, utilizando cuantos remedios legales se hallaban a su disposición para denunciar el retraso y solicitar que se corrigiera, tanto frente a la resolución que acordó el primer señalamiento, como frente a la resolución que acordó el segundo señalamiento “anticipado”.

(v) El único motivo aducido por el órgano judicial para justificar esa dilación consiste en la sobrecarga de trabajo permanente o estructural a la que ha de hacer frente y la carencia de los medios personales y materiales necesarios para sacarla adelante en unos plazos razonables. Como ya se ha indicado extensamente, no cabe aceptar esta razón como causa suficiente para neutralizar la lesión al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; pues esta situación no altera su naturaleza injustificada, según reiterada jurisprudencia de este tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias.

Por todo lo anterior, cabe concluir que se ha vulnerado en este caso el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del

recurrente (art.24.2CE); y en consecuencia, se declara la nulidad del decreto de 13 de julio de 2021 y de las dos resoluciones que desestimaron los recursos de reposición y revisión formulados contra el mismo. Conforme a lo solicitado por el recurrente, se acuerda que el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla proceda a efectuar un nuevo señalamiento que resulte respetuoso con el derecho fundamental lesionado”.

IV. CONCLUSIONES

1.- Se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas consagrado en el artículo 24 CE y el artículo 6.1 del CEDH con la excesiva duración de la tramitación y resolución de procedimientos judiciales.

2.- Igualmente se vulnera los derechos antes mencionados con la admisión a trámite de las demandas si se retrasan las resoluciones de admisión más de 3 o 4 meses y los señalamientos de vistas, comparecencias que superen el plazo de 6 meses y un año desde la interposición de la demanda.

3.- Los motivos estructurales, no imputables directamente al órgano judicial, no impide apreciar la vulneración del derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, al ser ajena esta circunstancia al ciudadano.

4.- Si se han producido daños cuantificables materiales, personales o morales, deberá acudir a la vía administrativa de la reclamación indemnizatoria frente al Estado por causa del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia

tal como refiere la STC de 16 de abril de 2007.

5.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha determinado que el quebrantamiento del derecho a un juicio en un tiempo razonable es un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y como tal, es indemnizable económicamente al ciudadano por los daños morales causados (no los materiales) y a que adopte las medidas oportunas para evitar que se viole nuevamente, sin que quepa la restitución in natura.

6.- Es urgente la creación de una jurisdicción especializada en familia, infancia y capacidad con medios materiales y personales especializados: jueces, Magistrados, Fiscales, letrados de Administración de justicia, Funcionarios, equipos psicosociales que termine con las dilaciones indebidas en materia de familia y haga realidad el derecho fundamental de todo ciudadano a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas a fin de que su asunto sea resuelto dentro de los plazos procesales previstos en la legislación ordinaria.

V. BIBLIOGRAFÍA

ANGUITA SUSÍ, Alberto: “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional”, Revista de Estudios Jurídicos, 1998, pág. 16.

BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercé, DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio: “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Revista del Poder Judicial, 1997, Págs. 26-28.

COBREROS MENDAZONA, E., «Violación del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su compensación y dos consecuencias importantes», Revista Vasca de Administración Pública, núm. especial 99-100, mayo-diciembre, 2014, pp. 921 y ss.

COBREROS MENDAZONA, E., «La reparación del incumplimiento del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y una posible consecuencia para el estatus de los derechos fundamentales», RVAP, n.º 109-I, 2017.

FERNÁNDEZ-VIAGÁS BARTOLOMÉ, Plácido: Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, Editorial Civitas SA, Madrid, 1994

GARCÍA DEL CORRAL, ILDEFONSO: Cuerpo de Derecho Civil romano, Tomo IV. Código. T.I, Barcelona, 1892, p.314-315.

PULIDO QUECEDO, Manuel: El TC, el TEDH y el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 18/2003, 2003.

PULIDO QUECEDO, Manuel: Sobre el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas y las deficiencias estructurales de la Administración de Justicia. ¿Una jurisprudencia controvertida?, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 13/2008, 2008.

SALADO OSUNA, A. «El «plazo razonable» en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en García Roca, J. y Santolaya Machetti, P. (coords.), La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEPC, Madrid, 2009, pp. 305-308 y 317-321

TOSCANO TINOCO, Juan José: “Las dilaciones indebidas. Una cuestión no resuelta. Evolución jurisprudencial. Regulación legal y visión crítica. Revista de derecho penal y Criminología, 3ª Época nº 10 (julio 2013). Págs. 237-292.

LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA: LAS NUEVAS MEDIDAS DE APOYO Y LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

María Rosa Rubio Ramos

Fiscal Delegada de la Especialidad Civil y de Provisión de Apoyos a las Personas con Discapacidad para la Comunidad Autónoma de Canarias

SUMARIO

I. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA LEY 8/2021

II. LAS NUEVAS MEDIDAS DE APOYO PARA EL PLENO EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA POR PARTE DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

III. LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES PARA LA PROVISIÓN DE APOYOS

IV. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA DE LA LEY 8/2021. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS YA ACORDADAS CONFORME CON LA LEGISLACIÓN ANTERIOR

V. LAS ADAPTACIONES Y LOS AJUSTES NECESARIOS DEL PROCEDIMIENTO

Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, no son otros que la desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad y el respeto al ejercicio de los derechos y a la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad. Se analizan igualmente las nuevas figuras de apoyo, así como los nuevos procedimientos judiciales y el mandato legal de la necesaria adaptación de todos los procedimientos judiciales para su comprensión por las personas con discapacidad que, de un modo u otro, intervengan en ellos.

RESUMEN: En este artículo se pretende abordar la profunda reforma introducida por la Ley 8/2021 en lo que afecta a los principios generales que inspiran la nueva normativa y que, en consecuencia, deben ser la guía de quienes la aplican. Tales principios básicos, de acuerdo con la

ABSTRACT: *This article deals with the big reform introduced by Law 8/2021 in what affects the general principles that inspire the new regulations. These basic principles, in accordance with the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, done in New*

York on 13 December 2006, are none other than the dejudicialization of the lives of persons with disabilities and respect for the exercise of rights and will, the wishes and preferences of persons with disabilities. It also addresses the new support figures, as well as the new judicial procedures and the legal mandate of the necessary adaptation of all judicial procedures for their understanding by people with disabilities who, in one way or another, intervene in them.

PALABRAS CLAVES: Medidas de apoyo; guarda de hecho; curatela; ajustes del procedimiento; postulación procesal.

KEY WORDS: *Support measures; guard in fact; conservatorship; procedure adjustments; procedural application.*

I. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA LEY 8/2021

La reforma introducida en la Ley 8/2021 tiene como finalidad adecuar la normativa interna a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, la Convención). En tal sentido, el preámbulo de la Ley invoca el artículo 12¹ de dicho

1 Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las

texto internacional, que proclama la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones a cualesquiera otras personas que no tengan discapacidad. Esto supone la adopción por parte de los Estados de las medidas que aseguren a las personas con discapacidad el acceso al apoyo o a los apoyos que, en su caso, pudieran necesitar para el libre ejercicio de sus derechos y libertades como garantía y respeto de su dignidad como personas con las salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir abusos y con las garantías del libre ejercicio de los derechos y el respecto a los deseos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad sin conflicto de

personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

intereses ni concurrencia de influencias indebidas. Tales medidas habrán de ser, además, proporcionadas y adecuadas a la persona concreta, adaptadas a sus circunstancias y al menor tiempo posible y sujetas a valoraciones periódicas por parte *de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*.

En definitiva, lo que el legislador promueve es un sistema radicalmente diferente al vigente en nuestro país: el abandono del actual sistema en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad *por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones*. Así, más allá de un cambio en la terminología utilizada hasta ahora -que también- en la que se releguen los términos habituales de *incapacidad* o *incapacitación*, la idea central estriba en el apoyo a la persona con discapacidad que así lo requiera. Y solo excepcionalmente, cuando no pueda prestarse de otro modo y únicamente ante esa situación de imposibilidad, podrá concretarse el apoyo en la representación en la toma de decisiones.

La lectura de la nueva normativa permite extraer como principios fundamentales el de la desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad y el respeto al ejercicio de los derechos y a la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad

La desjudicialización de la vida de las

personas con discapacidad supone, como principio general, alejarlas del vínculo que hasta ahora mantenían con juzgados y tribunales por el mero hecho de su situación de discapacidad. Por tal razón, la nueva normativa impide a la autoridad judicial la adopción de medidas judiciales de apoyo cuando existan medidas de naturaleza voluntaria o una guarda de hecho que garanticen de manera suficiente el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad (artículo 255 del Código Civil). Será solo en ausencia, insuficiencia o ineficacia de estas medidas, o cuando exista una situación de abuso, riesgo de injerencias o de conflicto de intereses, cuando deba garantizarse una medida de apoyo de naturaleza judicial, que en todo caso, habrá de ser proporcionada a las circunstancias de la persona y quedar sometida a revisiones temporales.

Por lo que respecta al respeto al ejercicio de los derechos y a la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad, la reforma hace suyo el denominado concepto social de la discapacidad introducido por la Convención. Así, más allá de la discapacidad que pueda presentar una persona, el mero hecho de ser persona la supone -como cualquier otra- titular de derechos y libertades. Por tal razón -como también se recalca en el preámbulo de la Ley 8/2021- la Convención plantea la situación de las personas con discapacidad en el plano de los derechos humanos. Así, las personas con discapacidad pueden y deben formar su propia voluntad -para lo cual las Administraciones y la sociedad civil han de eliminar las barreras- y actuar

conforme a sus deseos y preferencias. No se trata ya, en consecuencia, de velar por el interés de las personas con discapacidad sino de respetar su voluntad y facilitar que la hagan posible en la práctica. Y solo cuando ello no sea posible, cabrá su representación o sustitución, pero siempre teniendo en cuenta cuál habría sido la voluntad o el deseo de la persona.

Comoquiera que la reforma apela continuamente al más absoluto respeto a la voluntad, a los deseos y a las preferencias de las personas con discapacidad, cabe afirmar que se consagra con ello el derecho a equivocarse en las mismas condiciones en que ya lo ejercen a diario las personas sin discapacidad y sin que ello presuponga límites o controles a su actividad.

Ahora bien, ese respeto a la voluntad no equivale a decidir y hacer siempre y en todo momento lo que la persona con discapacidad manifiesta desear. Es cierto que se legisla para lo general, no para los supuestos extraños o anecdóticos, pero no es menos cierto que eso que se dice extraño o anecdótico -más acertadamente debiera considerarse patológico- constituye buena parte de los asuntos que llegan al conocimiento de las fiscalías y de los juzgados, y así no es inusual hallar a personas en un estado de degradación tal que afecta a su propia dignidad o a la misma esencia de su condición de ser humano y que se niegan a recibir cualquier tipo de apoyo o asistencia. Por ello, resulta imprescindible conocer realmente esa voluntad y determinar si la persona obra de manera libre en su proceso de toma de

decisiones, pues en un estado de derecho no es lícito aceptar la idea de perjuicio, ni mucho menos la de la existencia de posibles abusos. En esta línea, el artículo 250 del Código Civil proscribiera cualquier situación en que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

Para conocer si efectivamente la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad está libre de esa idea de perjuicio y se ha formado de manera libre y reflexiva, habrá de estarse a las reglas de la experiencia, al resultado e impresiones de la entrevista y de la audiencia a los parientes o allegados y terceras personas, a los informes periciales con los que se cuente o a cualquier otro elemento que resulte de utilidad.

Indica el Tribunal Supremo en su reciente sentencia número 589/2021, de 8 de septiembre, que para determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad ha de realizarse un juicio o valoración de lo que tal persona decidiría si no estuviera afectada por este trastorno patológico y parte del principio básico de que se debe evitar o paliar la degradación de la persona bajo la consideración de que ese sería su deseo de poder decidir en libertad.

Aclara el Alto Tribunal que la propia Ley impide la consideración en todo caso de la voluntad de la persona como único referente en el sistema de medidas de apoyo, pues, aunque su oposición pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria

del artículo 42 bis, ello no impide al Ministerio Fiscal o a cualquier otro legitimado a acudir a un procedimiento contradictorio (el juicio verbal de adopción de medidas judiciales de apoyo de los artículos 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en cuyo seno -se entiende- podrán adoptarse las medidas más adecuadas aun contra la voluntad de la persona con discapacidad.

Continúa su exposición el Tribunal Supremo argumentando que lo que prescribe el artículo 268 del Código Civil cuando en la provisión de apoyos judiciales deriva a atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado es obligar al juzgado a recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. Y ello lo justifica en el término polisémico empleado por el Legislador, pues atender supone también *tener en cuenta o en consideración algo y no solo satisfacer un deseo, ruego o mandato*.

Finalmente, el Tribunal Supremo sanciona que no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos

casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal.

En cualquier caso, y a modo de conclusión, cabe esperar que, sobre el respeto a la voluntad, los deseos y preferencias de las personas con discapacidad se abra un espacio de reflexión que progresivamente irá evolucionando hacia tesis posiblemente distintas a las que se manejan en la actualidad, en exceso proteccionistas y condicionadas a una larga tradición eminentemente tuitiva, propia de las naciones de la Europa del Sur.

II.- LAS NUEVAS MEDIDAS DE APOYO PARA EL PLENO EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA POR PARTE DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

De lo dispuesto en el artículo 249 del Código Civil² y los restantes preceptos,

² El precepto establece: Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica

cabe concluir que los principios básicos de cualquier medida de apoyo -con independencia de su naturaleza como medida voluntaria, de hecho o judicial- se resumen en lo siguiente:

- Las medidas han de estar siempre orientadas al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, de tal modo que su finalidad no sea otra que la de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad.
- Las medidas han de estar inspiradas en el respecto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales.
- Las medidas que surgen de la voluntad de la persona han de prevalecer siempre frente a las medidas de origen legal o judicial, que solo proceden en defecto o insuficiencia de aquella.
- Todas las medidas se ajustarán a los principios de necesidad y proporcionalidad.
- Quienes presten los apoyos:
 - Lo harán siempre atendiendo a la voluntad, a los deseos y a las

con menos apoyo en el futuro.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

preferencias de la persona con discapacidad.

- Procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias.
- Fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.
- Solo de manera excepcional y después de haber hecho un esfuerzo considerable sin que haya sido posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, podrán las medidas de apoyo incluir funciones representativas. En el ejercicio de tales funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.
- La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios antedichos y, en particular, atienda a la voluntad, a los deseos y a las preferencias de la persona que las requiera.
- En los casos en los que una persona se encuentre en una situación que exija el apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de guardador de hecho el apoyo se prestará de modo

provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función (artículo 253 del Código Civil). En estos casos, la entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas.

Por lo que respecta a las nuevas clases de medida de apoyo, pueden clasificarse en tres grandes grupos:

- Las medidas de naturaleza voluntaria (la persona decide quién debe prestarle el apoyo y con qué alcance y establece, en su caso, los controles y salvaguardas que garanticen el respeto a su voluntad, deseos y preferencias).
- Medidas de apoyo a la persona o a los bienes realizadas en escritura pública ante Notario con constancia en el Registro Civil (artículo 255 del Código Civil).
- Los poderes y mandatos preventivos, realizados igualmente en escritura pública ante Notario y con constancia en el Registro Civil (artículos 256 a 262 del Código Civil).
- La guarda de hecho: medida informal de apoyo (el análisis de esta medida se desarrolla más adelante).
- Medidas de naturaleza judicial:
 - La curatela: medida acordada judicialmente que se aplicará a quien precise de un apoyo continuado con la extensión adecuada al caso concreto (siempre y cuando no existan medidas voluntarias o guarda de hecho, o estas figuras no sean suficientes o adecuadas³).

³ Artículo 269 del Código Civil: La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución

- El defensor judicial: medida acordada judicialmente en los casos en que se precise una necesidad de apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente. Cabe llamar la atención de la novedad que resulta de la reforma sobre esta otra función de la figura del defensor judicial⁴, que va más allá de sus encomiendas tradicionales y que lo configuran como medida judicial de apoyo a la persona con discapacidad no solo en los casos concretos en que -aunque tenga ya una medida de apoyo- sea preciso su actuación sino incluso cuando la necesidad de tales actos sea de carácter recurrente.

Las medidas de apoyo no están exentas de límites, pues se trata de asegurar que en todo caso su finalidad sea la de

motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad.

⁴ Artículo 295 del Código Civil:

Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:

1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.

2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.

4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.

5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.

Es el caso del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo de los artículos 42 bis

permitir el libre y pleno ejercicio de su capacidad jurídica a las personas con discapacidad.

Por tal razón, en la concreción de las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida. Y, también por tal razón, no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.

Por lo que respecta al orden de prelación establecido legalmente, ha de recordarse que las medidas de naturaleza judicial (curatela y defensor judicial) son subsidiarias de las que hayan sido previstas voluntariamente por la persona (con o sin discapacidad) y de la guarda de hecho. El tenor del artículo 255 del Código Civil resulta claro en tal sentido cuando sanciona que la autoridad judicial solo podrá adoptar otras medidas supletorias o complementarias *“en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente”*.

III.- LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES PARA LA PROVISIÓN DE APOYOS

Como reza el preámbulo de la Ley 8/2021, la adaptación normativa a la Convención también *debe extenderse al ámbito procesal, de modo que se sustituyen los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a*

proveer de apoyos a las personas con discapacidad. Y para la tramitación de tales procesos se opta por la vía de la jurisdicción voluntaria de modo preferente y por el protagonismo de la persona con discapacidad, que debe ser siempre escuchada y asistida de letrado.

Esto es, el legislador ha residenciado la nueva regulación de las medidas de apoyo en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, a salvo de la oposición de la persona con discapacidad, de persona interesada o del Ministerio Fiscal, y ha configurado varios de los expedientes sin que sea preceptiva la postulación profesional⁵.

Podría entenderse que los expedientes y procedimientos judiciales más relevantes son el expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad -artículos 42 bis a) a 42 bis c) de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria- y del juicio declarativo verbal de adopción de medidas judiciales de apoyo

⁵ Es el caso del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo de los artículos 42 bis a) a 42 bis c) de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria con la particularidad establecida específicamente sobre la postulación preceptiva de la persona con discapacidad. Es el caso también de los expedientes de tutela, curatela y guarda de hecho regulados en los artículos 43 a 52 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, salvo en los relativos a la remoción del tutor o curador y a la extinción de poderes preventivos; de nombramiento de defensor judicial, conforme previene el apartado 3 del artículo 28 de la misma Ley; de la autorización para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de las personas con discapacidad con medidas de apoyo (con los límites del artículo 62.3) y del procedimiento de aceptación de la herencia sin beneficio de inventario cuando la cuantía del haber hereditario sea inferior a 6.000 euros (artículo 94.4 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria).

a personas con discapacidad -regulado en los artículos 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, por su máxima importancia y dado que la Ley entiende excepcional el establecimiento de medidas judiciales de apoyo en defecto de medidas voluntarias y/o de la existencia de una guarda de hecho que se ejerzan de modo satisfactorio, es preciso tener en cuenta también el novedoso procedimiento establecido en el número 3 del artículo 52 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y al que la persona que asuma la guarda de hecho habrá de acudir cuando precise de autorización judicial para la realización de actos que así lo exijan conforme al artículo 264 del Código Civil y que no tengan ya establecido un procedimiento específico para el fin que se pretende (como sucede con la autorización para la enajenación de bienes o para aceptar la herencia sin beneficio de inventario, o para autorizar el internamiento no voluntario). Sin duda, la correcta interpretación del espíritu y la letra de la reforma introducida por la Ley 8/2021 deberá conducir a que este sea el procedimiento más utilizado.

1.- Expediente de autorización al guardador de hecho de los actos que así lo precisen (artículo 52.3 de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria)

Es el expediente al que acudirá -sin necesidad de abogado y procurador- el guardador de hecho en todos aquellos casos en que requiera de autorización judicial conforme con lo previsto en el artículo 264 del Código Civil y que no

tengan previsto otro procedimiento judicial específico.

Su tramitación es muy sencilla. La autoridad judicial:

- Entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad.
- Podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de la persona con discapacidad.
- Podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite.

Practicada la prueba y una vez comprobada la necesidad de la autorización judicial en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso, la autoridad judicial dictará auto en que autorice la realización del acto o actos que entienda necesarios para el desarrollo de la función de apoyo, que habrá de ser siempre ejercitada por el guardador de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (artículo 264 del Código Civil).

Aun cuando no se prevé expresamente, la intervención del Ministerio Fiscal resulta preceptiva por mor de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁶.

⁶ El Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare.

En el caso de que el guardador de hecho precise de autorización judicial para la realización de actos que ya tienen previsto su propio cauce procesal, se estará a la regulación específica. Así, sin ánimo exhaustivo, baste señalar que el guardador que pretenda autorización para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de la persona con discapacidad sobre la que realiza la guarda deberá seguir los trámites previstos en los artículos 61 a 66 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria; el que requiera de la autorización judicial para aceptar una herencia sin beneficio de inventario acudirá a los artículos 93 a 95 de la misma Ley y quien ejerza la guarda de hecho y entienda necesario el ingreso no voluntario deberá atender lo previsto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En ninguno de los tres supuestos referidos es preceptiva la asistencia letrada para la persona que ejerce la guarda de hecho, excepción hecha de las previsiones del artículo 62.3 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria para los actos de disposición, gravamen u otros referidos a los bienes y derechos de las personas con discapacidad con medidas de apoyo⁷ y en el 94.4 de la misma Ley para la aceptación de la herencia sin beneficio de inventario⁸.

⁷ Para la actuación en estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador cuando el valor del acto para el que se inste el expediente no supere los 6.000 euros o cuando los supere si la complejidad de la operación no lo requiere o no comparecen sujetos con intereses enfrentados

⁸ Para la actuación en estos expedientes no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador

Tanto en los procedimientos referidos a modo de ejemplo como en cualquier otro la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva, bien sea por el precepto genérico previsto en el artículo 4 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria antes indicado bien sea por la previsión expresa en cada uno de estos procedimientos (artículos 64 y 94.3 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y 763.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

2.- Expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad (artículo 42 bis a) a 42 bis c) de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria)

Es el procedimiento que deberá seguirse para establecer una medida judicial de apoyo de carácter estable siempre que no haya oposición por parte de la persona con discapacidad, de cualquier persona interesada o del Ministerio Fiscal (salvo que la oposición verse sobre la persona que deba asumir la medida de apoyo).

Cuando la medida judicial que corresponda no tenga el carácter de estable, de suerte que lo que precise la persona con discapacidad sea el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sean recurrentes, lo que procederá es el nombramiento de defensor judicial conforme con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 295 del Código Civil⁹.

cuando la cuantía del haber hereditario sea inferior a 6.000 euros.

⁹ El expediente para el nombramiento de defensor judicial viene regulado en los artículos 27 a 32 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

La competencia territorial sigue siendo la del juzgado del lugar donde resida la persona con discapacidad con la previsión específica tras la reforma de que, si antes de la celebración de la comparecencia se produjera un cambio en el lugar de la residencia, las actuaciones se deberán remitir al juzgado de ese nuevo lugar (artículo 42 bis a 2 párrafo segundo).

En cuanto al contenido mínimo de la solicitud (artículo 42 bis c, apartado 1, de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria) deben acompañarse los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

Asimismo, se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia.

El expediente finalizará en los siguientes casos (artículo 42 bis b, apartados 4 y 5):

- La persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo. Habrá de entenderse, aunque la Ley nada diga, que se trata de una opción firme y decidida y no una mera afirmación de asentimiento realizada ante el juzgador sin intención o sin voluntad suficiente para su cumplimiento y que el ejercicio de dicha medida sea posible y vaya a resultar satisfactorio para procurar el pleno ejercicio de la capacidad jurídica.
- Oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo o del Ministerio Fiscal o de cualquiera

de las personas interesadas. La Ley no fija el momento en que tal oposición se puede producir o el momento en que sus consecuencias conllevan el fin del expediente. Cabría entender, por tanto, que la oposición mostrada en cualquier momento sea por escrito una vez admitida la solicitud del promotor, sea durante la entrevista mantenida con la autoridad judicial, sea antes de producirse el recibimiento a prueba del expediente en la comparecencia preceptiva o ya en fase de conclusiones, la oposición pone fin al expediente. Y ello, aunque la mención a la oposición y sus efectos se haga en la Ley tras regular la comparecencia, lo que podría hacer pensar que solo tendría virtualidad la oposición que se realiza una vez desarrolladas todas las actuaciones. En cualquier caso, cuando la oposición provenga del Ministerio Fiscal, lo conveniente será adoptar una posición de prudencia, de suerte que solo se formule una vez concluidas todas las diligencias. Y ello porque es posible que el Ministerio Fiscal pueda modular su perspectiva y cambiar su decisión una vez practicada la prueba

- En el caso de que se presente oposición, la autoridad judicial podrá adoptar medidas provisionales de apoyo a la persona o al patrimonio, cuya duración máxima será de 30 días siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso.
- No se considera oposición la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta.

En el supuesto de que de la prueba practicada resulte que no es precisa la toma de una medida judicial por existir otras que permiten a la persona con discapacidad el pleno ejercicio de su capacidad jurídica, pero sí que quede acreditada la necesidad de la práctica de un acto por parte del guardador para los que precisa de autorización judicial por la antes indicada vía del artículo 52.3¹⁰ de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, razones de economía procesal permiten entender que la postura del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de su deber de mostrar su oposición al expediente por no proceder ninguna medida judicial, lo sea en el sentido de interesar asimismo se conceda la autorización al guardador de hecho del acto concreto de que se trate sin necesidad de derivar a este al expediente del artículo 52.3. Lo mismo habrá de ocurrir si es la propia parte interesada (o la persona con discapacidad) la que, tras la prueba, concluye que no es necesaria la medida judicial de apoyo, pero sí la autorización al guardador de hecho del acto o actos concretos que resulten.

3.- El juicio verbal de adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad (artículo 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

Es el procedimiento que deberá seguirse cuando resulte pertinente el nombramiento de curador y el expediente

¹⁰ Imagínese la necesidad que resulte acreditada de realizar un acto de representación o una actuación extraordinaria de carácter patrimonial para la que no haya prevista otro procedimiento concreto distinto al del artículo 52.3 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

de jurisdicción voluntaria que se siguió al efecto haya quedado terminado por oposición o no pudo resolverse (artículo 756.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La competencia territorial es del juzgado que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que se haya producido un cambio en el lugar de la residencia de la persona con discapacidad. Si con anterioridad a la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el proceso, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen (artículo 756.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Como notas básicas comunes a ambos procedimientos, se puede destacar:

Procedencia. La razón de ser de estos dos procedimientos se basa en la inexistencia de otras medidas de apoyo que puedan resultar suficientes para que la persona con discapacidad ejerza plenamente su capacidad jurídica¹¹.

Adaptaciones y ajustes necesarios. En ambos procedimientos se prevé el mandato para el letrado de la Administración de Justicia de realizar las adaptaciones y los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del expediente que le afecta, conforme con lo previsto con carácter general en ambos cuerpos legales¹². En

¹¹ Artículo 269 del Código Civil: La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad

¹² Los artículos 42 bis a) 5 de la Ley de la

consecuencia, el Ministerio Fiscal deberá velar por que tales mandatos se cumplan siempre y en todo caso.

Legitimación procesal. Además del Ministerio Fiscal (su actuación procede solo cuando no existan otras vías para procurar a la persona con discapacidad los apoyos necesarios), pueden promover este expediente únicamente las

Jurisdicción Voluntaria y 758.2, segundo párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil remiten al letrado de la Administración de Justicia para la realización las adaptaciones y los ajustes necesarios a lo establecido en sus sendos artículos 7 bis, cuyo tenor literal es idéntico, de suerte que en los procesos en los que participen personas con discapacidad se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.

Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

siguientes personas: la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos (artículos 42 bis a 3 primer párrafo de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Postulación procesal. La Ley no exige postulación profesional para instar la incoación del expediente de jurisdicción voluntaria, pero sí garantiza que en todo momento la persona con discapacidad esté asistida por abogado y procurador. En esta línea, debe advertirse el distinto tratamiento que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil dan a la asistencia y representación por letrado y procurador de la persona con discapacidad cuando esta no comparece por sí misma con dichos profesionales:

- El apartado 4 del artículo 42 bis a) de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria establece que, cuando no fuera previsible que la persona con discapacidad vaya a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud de promoción del expediente se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de Abogado y Procurador.
- El artículo 758.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece, en cambio, que, si la persona con discapacidad no comparece con su propia defensa y representación transcurrido el plazo de contestación la demanda, el letrado de la Administración de Justicia le designará un defensor judicial, a no ser que ya

estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento. A continuación, se le dará al defensor judicial un nuevo plazo de veinte días para que conteste a la demanda si lo considera procedente.

- Esto es, mientras en el expediente de jurisdicción voluntaria la persona con discapacidad estará siempre asistida de abogado y procurador, con independencia de su decisión y del rol que asuma el Ministerio Fiscal, en el procedimiento contencioso del juicio verbal solo estará asistido de tales profesionales cuando así lo decida por sí mismo. En caso contrario, será asistido por el Ministerio Fiscal si este no fuera quien ha interpuesto la demanda. Si el demandante fuera el Ministerio Fiscal, se le nombrará un defensor judicial al que la Ley no exige comparecer asistido de abogado y procurador.
- No se entiende cuál pueda ser la razón para esta disparidad de criterios, máxime cuando debiera ser en el procedimiento contencioso en donde más reforzada resultara la asistencia a la persona con discapacidad.

Intervención de terceras personas que acrediten un interés legítimo. El artículo 757.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la intervención a su costa de quienes acrediten un interés legítimo en los mismos términos que el artículo 13. Aunque no se prevé un precepto específico en el expediente de jurisdicción voluntaria, es lo cierto que el artículo 42 bis b) de la Ley permite en su apartado 2 a los interesados proponer

diligencias de prueba en el plazo de 5 días desde la recepción de la citación y mostrar oposición en su apartado 5. En cualquier caso, no debe olvidarse el carácter supletorio de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Búsqueda de posibles medidas de apoyo acordadas. El apartado 2 del artículo 42 bis b) de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y el 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil encomiendan al letrado de la Administración de Justicia que recabe certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que se consideren pertinentes, sobre las medidas de apoyo inscritas.

La entrevista con la persona con discapacidad. La entrevista judicial de la persona con discapacidad constituye el acto central del expediente iniciado para la revisión de medidas de apoyo y supone una garantía para el afectado en cuanto que permite acceder a la voluntad, deseos y preferencias de la persona (art.249 CC).

- Deberá atenderse especialmente al mandato antes referido de los ajustes del procedimiento encomendado al letrado de la Administración de Justicia.
- Ha de tenerse en cuenta el artículo 18.2. 4º de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, que establece que en aquellos casos -como este- en que el expediente afecte a los intereses de una persona con discapacidad, se

practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

Prueba (artículos 42 bis b de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Las pruebas esenciales -sin perjuicio de la práctica de aquellas otras que se entiendan precisas en el caso concreto- son la entrevista judicial con la persona con discapacidad y la audiencia a los parientes más cercanos. En la práctica de la prueba deben observarse las diferencias entre el juicio verbal y el expediente de jurisdicción voluntaria. Así:

- En el juicio verbal:
 - La autoridad judicial acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda.
 - No podrá dictarse sentencia para decidir sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado judicialmente. Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.
 - En los casos en que la demanda haya sido interpuesta por la propia persona con discapacidad se prevé expresamente la posibilidad de que Tribunal, previa solicitud de esta y de forma excepcional, acceda a no practicar las audiencias preceptivas

si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad.

- En el expediente de jurisdicción voluntaria:
 - La autoridad judicial podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia, con el fin de recibir información sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial.
 - La autoridad judicial podrá ordenar antes de la comparecencia un dictamen pericial, cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso.

En el auto que pone fin al expediente o en la sentencia dictada en el juicio verbal (artículo 42 bis c de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil):

- No es posible hacer ningún pronunciamiento sobre la discapacidad.
- No es posible declarar la mera privación de derechos
- Las medidas que se adopten han de ser conformes con lo establecido en la legislación civil.
- El Ministerio Fiscal, al ser notificado de la resolución judicial, cuidará de que se cumpla la Ley y activará los recursos procedentes en caso

contrario.

- Como ya se ha mencionado a propósito del estudio de la curatela, según el artículo 269 del Código Civil:
 - La curatela se establecerá mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad.
 - La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo.
 - Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad.
 - Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación.
 - El curador actuará bajo los criterios fijados en el artículo 249¹³.

- Controles de las medidas (artículo 270 del Código Civil).
- La autoridad judicial podrá:
 - Establecer en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida.
 - Exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella.
- El Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela, sin perjuicio de las revisiones periódicas de las resoluciones.

13 Artículo 249 del Código Civil: Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que

la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atiende a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

Recursos. Habrá de atenderse a la normativa general.

4.- El procedimiento de revisión de las medidas dictadas en el expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad y en el procedimiento declarativo verbal de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (artículos 268 del Código Civil, 42 bis c de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años.

- La autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años.
- Las medidas judiciales de apoyo serán revisadas en todo caso cuando ocurra cualquier cambio en la situación de la persona con discapacidad que pueda requerir una modificación de las medidas.

En la revisión de las medidas, la autoridad judicial:

- Podrá recabar un dictamen pericial cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso.

- Se entrevistará con la persona con discapacidad.
- Ordenará aquellas otras actuaciones que considere necesarias, como es el caso del informe de las entidades a las que se refiere el apartado 2 del artículo 42 bis b) de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Del resultado de dichas actuaciones se dará traslado a la persona con discapacidad, a quien ejerza las funciones de apoyo, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días, así como aportar la prueba que estimen oportuna.

Si alguna de las personas antes mencionadas o si el Ministerio Fiscal formulara oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (por los mismos trámites del juicio verbal de adopción de medidas judiciales de apoyo).

Finalmente, la autoridad judicial dictará el oportuno auto o sentencia con el contenido que proceda atendiendo a las circunstancias concurrentes.

IV.- LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA DE LA LEY 8/2021. REVISIÓN DE MEDIDAS YA ACORDADAS CONFORME CON LA LEGISLACIÓN ANTERIOR

Prevé la Ley 8/2021 que las personas con capacidad modificada judicialmente, los

declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. En los casos en que no exista tal solicitud, deberá la autoridad judicial acordarla de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

Aunque podría entenderse que este proceso ha de seguir la vía del nuevo expediente de jurisdicción voluntaria que se ha indicado para las medidas que se dictan en el auto que concluye el nuevo expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad o en la sentencia que finalice el reformado juicio verbal sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (artículo 42 bis c de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria), es lo cierto que la disposición transitoria quinta ni hace tal remisión ni realiza tampoco indicación alguna a cómo deberá llevarse a cabo la revisión de las medidas anteriores a la entrada en vigor de la reforma. Esta es una de las conclusiones a que llega el Grupo de Trabajo del Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad, de junio de 2022, en cuyas

pautas de actuación sobre el particular se propone entender que el expediente de revisión no pierde su naturaleza de jurisdicción voluntaria *aun cuando la persona con discapacidad o cualquiera de los interesados manifiesten su rechazo a las concretas medidas judiciales de apoyo que puedan acordarse o no comparezca.* Y ello porque la revisión de estas medidas resulta obligatoria para la autoridad judicial, que no podría quedar a la espera de que la parte interesada o el Ministerio Fiscal instara el correspondiente juicio verbal de adopción de medidas judiciales de apoyo previsto en el artículo 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, es importante tener en cuenta que en muchos de los expedientes que se revisen se llegará a la conclusión de que no es necesaria la continuación de la medida judicial de apoyo que en su momento se estableció, de suerte que no se hace necesario establecer ninguna medida de apoyo de naturaleza judicial. En la práctica, cabe recordar que la gran mayoría de las demandas de parte carecían realmente de *motivo* o razón para su interposición al no precisar la persona con discapacidad de ningún apoyo judicial en garantía del ejercicio de su capacidad jurídica. Es muy posible que aquellas que en su día pudieran haber tenido algún *motivo* (piénsese en la necesidad en aquel entonces de la venta de un inmueble, para cuya autorización era preciso haber seguido con anterioridad un procedimiento de capacidad) ya no lo tengan, bien porque ya se ha satisfecho la necesidad o bien porque su satisfacción en la actualidad

no exige una previa resolución judicial en la que se establezca una medida judicial de apoyo. Ello puede permitir que, con la finalidad de no hacer un uso innecesario de los limitados recursos con los que se cuentan en juzgados y fiscalías, se haga una primera prospección en lo que podría ser la comparecencia del expediente de jurisdicción voluntaria con el fin de mantener la entrevista con la persona con discapacidad y conocer si la persona hasta ahora tutora o curadora entiende precisa la continuación de una medida judicial de apoyo o le resulta suficiente con el ejercicio de la guarda de hecho, lo que, unido a los testimonios de los otros familiares o demás personas citadas y la documentación acumulada en la pieza de seguimiento de la tutela, puede llevar al archivo del procedimiento judicial sin necesidad de requerir nuevos informes.

V.- LAS ADAPTACIONES Y LOS AJUSTES NECESARIOS DEL PROCEDIMIENTO

Como se apuntaba al principio de esta exposición, la Ley 8/2021 implanta o traspone la normativa internacional de la Convención a nuestro Derecho interno y lo hace también en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 13 de dicho tratado internacional¹⁴.

¹⁴ Artículo 13. Acceso a la justicia.

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados

Según el referido precepto, deben los Estados que han ratificado la Convención garantizar el acceso a la Justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones al resto. Y para ello se establecerán los ajustes que sean precisos en cualquier tipo de procedimiento judicial y cualquiera que sea la posición que estas ocupen. Esto es, tanto si actúan como demandantes, demandadas, testigos, perjudicadas o víctimas; y también cuando el procedimiento penal se dirija contra ellas (incluyendo la fase de la investigación y otras preliminares).

Con tal objeto, se establece igualmente la necesidad de capacitación de quienes trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Como desarrollo del mandato internacional, la Ley 8/2021 introduce la accesibilidad de la Justicia en los procedimientos específicos en materia de capacidad, pero también lo hace con carácter general para todo procedimiento, ya se trate de un expediente de jurisdicción voluntaria de cualquier naturaleza ya sea un procedimiento contencioso en cualquier orden jurisdiccional.

De este modo, el artículo 42 bis a) 5 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, respecto del expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo, y el párrafo segundo del artículo 758.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto del juicio verbal de adopción de

Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

medidas judiciales de apoyo, establecen la obligación para el letrado de la Administración de Justicia de llevar a cabo las adaptaciones o actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 bis de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, las mismas adaptaciones o actuaciones que se deberán llevar a cabo en cualquier procedimiento judicial de cualquier orden jurisdiccional¹⁵.

Las adaptaciones y ajustes a que se refiere la Ley 8/2021 respecto de todos los procedimientos en los que participen personas con discapacidad se practicarán de oficio por el propio tribunal o a instancia de las partes o del Ministerio Fiscal y en cualquier fase o actuación procesal en que sea necesario (incluidos los actos de comunicación). Tales adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, a la comprensión o a la interacción con el entorno. Y es que las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que se lleve a cabo. Establece así la Ley:

- *Que todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o*

escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

- *Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.*
- *Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.*
- *La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.*

¹⁵ En este punto debe recordarse el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de las restantes normas procesales, por lo que el imperativo establecido en cuanto a la accesibilidad de las personas con discapacidad a la Administración de Justicia reza igualmente en el resto de los órdenes jurisdiccionales. El artículo 4 es claro cuando dispone: En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley.

RESÚMEN DE JURISPRUDENCIA RECIENTE EN MATERIA DE FAMILIA 2021-2022

Susana Jiménez Bautista

Magistrada. Letrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Jose Antonio Baena Sierra

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

Adalberto de la Cruz Correa,

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Arrecife Las Palmas

SUMARIO

- I.- GUARDA Y CUSTODIA
- II.- CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR
- III.- ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR
- IV.- COMPENSACIÓN DE PENSIONES YA DEVENGADAS Y DE OTRAS DEUDAS ENTRE LOS CÓNYUGES
- V.- NO PUEDE PRESCINDIRSE DE LA EXPLORACIÓN DEL MENOR EN MATERIAS QUE LE AFECTAN
- VI.- CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA
- VII.- RETROACTIVIDAD DE RESOLUCIÓN DICTADA POR LA SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA DE PENSIONES
- VIII.- NUEVO RÉGIMEN DE PROVISIÓN DE APOYOS INTRODUCIDO POR LEY 8/2021

RESUMEN: En el presente trabajo los autores realizan una crónica de alguna jurisprudencia más relevante del Tribunal Supremo en materia de derecho de familia durante el pasado año 2022 y finales del año 2021

ABSTRACT: *In the present work the authors chronicle some of the most relevant jurisprudence of the Supreme Court in matters of family law during the past year 2022 and the end of 2021*

PALABRAS CLAVE: custodia compartida, informe psicosocial, respeto mutuo, alimentos, pactos privados, cuenta bancaria conjunta, curatela

KEY WORDS: Joint custody, psychosocial report, mutual respect, maintenance, private agreements, joint bank account, curatorship

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

I.- GUARDA Y CUSTODIA

A continuación, se recogen algunas sentencias de interés en materia de guarda y custodia de hijos menores de edad:

1. STS número 437/2022 de 31 de mayo (ROJ: STS 2307/2022 – ECLI:ES:TS:2022:2307)

Custodia compartida: el presupuesto de que sea solicitado por uno de los progenitores. Régimen de custodia monoparental que se desarrolla forma similar a la custodia compartida. Valoración del informe psicosocial.

“Es cierto que en las sentencias 229/2012, de 19 de abril, 257/2013, de 29 de abril, 400/2016, de 15 de junio, y 389/2017, de 20 de junio, la sala ha reiterado que para la adopción de la custodia compartida es necesario que la solicite uno de los dos progenitores porque se precisa una decisión basada en un plan contradictorio que garantice el éxito de la institución en beneficio de los hijos.

(...)

Debemos partir, por tanto, puesto que este dato no ha sido impugnado por la recurrente de que, a pesar de que el auto de medidas provisionales le atribuyó a la madre la guarda con visitas del padre, de hecho, la forma de desarrollarse el régimen fue equivalente a una custodia compartida, tal como se declara en la sentencia del juzgado confirmada por la de apelación. En consecuencia, el tribunal de apelación contaba con la realidad de

cómo se venía desarrollando la guarda y pudo valorar si el sistema de custodia compartida era adecuado para el interés del niño, aun cuando no se hubiera acompañado a los escritos de ninguna de las partes un plan para su debate.

(...)

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

2. STS número 556/22 de 11 de julio (ROJ: STS 3003/2022 – ECLI:ES:TS:2022:3003)

Reiterando la doctrina asentada en la STS número 404/2022 de 18 de mayo (ROJ: STS 1952/2022 – ECLI:ES:TS:2022:1952), entiende la Sala que no se halla razón alguna para denegar el sistema de custodia compartida, no pudiendo considerar una justificación razonable en contra, el que hasta la fecha haya sido la madre la que se ha hecho cargo de la custodia del menor, pues ello sería tanto

como petrificar las relaciones familiares:

“Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado:

"La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril 2014).

"Como precisa la sentencia de 19 de julio de

2013: "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013).

"El régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable (STS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013), señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013, 25 abril 2014, 22 de octubre de 2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea.

"Se pretende aproximar este régimen

al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de "seguir" ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos.

"Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras:

"a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

"b) Se evita el sentimiento de pérdida.

"e) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

"d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia".

Por lo expuesto no se halla razón alguna para denegar el sistema de custodia compartida, no pudiendo considerar una justificación razonable en contra, el que hasta la fecha haya sido la madre la que se ha hecho cargo de la custodia del menor, pues ello sería tanto como petrificar las relaciones familiares (sentencia 404/2022, de 18 de mayo), por lo cual se estiman los motivos del recurso."

3. STS número 545/2022 de 7 de julio (ROJ: STS 2783/2022 – ECLI:ES:TS:2022:2783)

Un sistema de custodia compartida exige respeto mutuo entre los progenitores, lo que no impide que puedan tener desavenencias siempre que los enfrentamientos no afecten a los hijos menores:

"Hemos señalado que, para establecer un régimen de custodia compartida, no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas habilidades para el diálogo que se deben suponer concurrentes (sentencias 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero y 404/2022, de 18 de mayo, entre otras), sin que la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia justifique per se, que se desautorice este específico régimen de comunicación. Sería preciso que existiese prueba de que dichas diferencias o enfrentamientos afectaran de modo relevante a sus hijos menores, causándoles un perjuicio (sentencias 433/2016, de 27 de junio y 175/2021, de 29 de marzo).

En definitiva, como señala la sentencia 318/2020, de 17 de junio.

"En íntima relación con ese interés es cierto que la sentencia de 30 de octubre de 2014, rc. 1359/2013, a que hace mención la de 17 de julio de 2015, rc. 1712/2014, afirma que "Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad". Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a

salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.

Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (STS de 16 de octubre de 2014, rec. 683/2013).

Insisten en esa doctrina las sentencias 433/2016, de 27 de junio, y 409/2015, de 17 de julio".

En el mismo sentido, las sentencias 242/2018, de 24 de abril y 175/2021, de 29 de marzo."

II.- ALIMENTOS

1.- SSTS números 412/2022 de 23 de mayo (ROJ: STS 2076/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2076) y 557/2022 de 11 de julio (ROJ: STS 3004/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3004)

Dichas sentencias reiteran la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 148 del Código Civil, en relación al inicio del devengo de la obligación de alimentos, las pensiones anteriores a la demanda, la evitación de duplicidad de pagos y la imposibilidad de reembolso de las ya percibidas. La primera de ellas la expone en los siguientes términos:

"Esta Sala, en reiteradas ocasiones, ha tenido que manifestarse sobre la problemática que deriva de la obligación de alimentos en los procesos matrimoniales con respecto al momento de su devengo, las consecuencias de la modificación de su importe en sucesivas

resoluciones judiciales revisoras, así como por lo que respecta a las consecuencias jurídicas derivadas de su satisfacción a los efectos de evitar la duplicación de pago, y el carácter consumible de los alimentos que impide la devolución de los percibidos, creando de esta forma el correspondiente cuerpo de doctrina, que podemos sintetizar de la forma siguiente: (i) Los alimentos cuando se fijan, por primera vez, se devengan desde la fecha de interposición de la demanda en aplicación del art. 148.1 CC, incluso cuando sean establecidos por la Audiencia, al haber sido desestimados por el juzgado.

En este sentido, nos hemos pronunciado, por ejemplo, en la sentencia 644/2020, de 30 de noviembre, que reproduce la doctrina de la sentencia 86/2020, de 6 de febrero, cuando señala:

"Sobre la cuestión controvertida, relativa a la aplicación de la retroactividad limitada de los alimentos determinada en el art. 148 CC, debe de destacarse la reciente sentencia de esta sala STS 86/2020, de 6 de febrero, que ha venido a determinar: "[...] cuando la pensión se fija en la primera instancia, la pensión se ha de abonar desde la fecha de interposición de la demanda (art. 148 del C. Civil)".

En igual sentido la sentencia invocada por el recurrente, de 17 de enero de 2019, cuando declara que "será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación...".

Siguiendo esta doctrina jurisprudencial, debemos entender que se acierta en la sentencia recurrida cuando se fijan los alimentos desde la interposición de

la demanda, dado que la sentencia de la Audiencia Provincial es la primera sentencia que fija los alimentos, ya que la sentencia del juzgado no los fijaba y dejaba sin efecto los establecidos en el auto de medidas".

En este mismo sentido, relativo a que los alimentos se devengan desde la interposición de la demanda en primera instancia, las sentencias 483/2017, de 20 de julio, 183/2018, de 4 de abril y 32/2019, de 17 de enero.

(ii) Cuando los alimentos fijados en primera instancia se elevan o reducen en segunda instancia, el importe fijado por el tribunal provincial se devenga desde la fecha de la sentencia de la alzada, no desde la dictada en primera instancia.

En efecto, ya sea por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, "[...] cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente" (sentencias 162/2014, de 26 de marzo y 573/2020, de 4 de noviembre).

Por eso, la elevación de cantidad fijada en apelación solo opera desde la fecha de la sentencia de la Audiencia, así nos pronunciamos en la sentencia 575/2019, de 5 de noviembre, en la que señalamos:

"En la sentencia recurrida se aumenta la pensión de alimentos, y se determina su pago desde la interposición de la demanda, en contra de lo determinado

jurisprudencialmente (sentencia 459/2018 de 18 de julio, entre otras).

Es doctrina de esta sala (sentencias de 15 de junio de 2015 y 26 de marzo de 2014) que de acuerdo con los arts. 774.5 LEC y 106 del C. Civil, las resoluciones que modifiquen los alimentos solo son operativas desde que se dicten, por lo que la cantidad que se fija en apelación solo es exigible desde la fecha de la sentencia de segunda instancia.

En base a lo expuesto, al asumir la instancia esta sala, debe declarar que la cantidad de 400 euros de alimentos, deberá abonarse desde la fecha de la sentencia de segunda instancia, para no incurrir en retroactividad".

De igual manera, nos expresamos en la sentencia 32/2019, de 17 de enero, en la que resolvimos:

"La aplicación de la anterior doctrina determina que, en este caso, el motivo haya de ser estimado ya que la sentencia recurrida eleva la pensión de alimentos para la menor a la cantidad de 300 euros mensuales y acuerda que el efecto de dicho incremento ha de retrotraerse al momento de interposición de la demanda (31 de julio de 2014) cuando la solución seguida por la jurisprudencia de esta sala da lugar a que el incremento tenga efecto exclusivamente desde la fecha del auto de complemento de la sentencia dictada por la Audiencia, que fue el que ha dado lugar a dicha elevación (3 de abril de 2018)".

Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el

artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevaron a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente.

En el mismo sentido, además de las citadas, las sentencias 389/2015, de 23 de junio y 183/2018 de 4 de abril.

(iii) Las sucesivas modificaciones de la cuantía de los alimentos, en virtud de procedimientos de revisión por alteración sustancial de circunstancias, desencadenan su eficacia a partir del momento en que fueron dictadas.

Así, en las sentencias 86/2020, de 6 de febrero y 644/2020, de 30 de noviembre, proclamamos:

"Esta Sala mantiene una doctrina constante en relación con la retroactividad de la pensión alimenticia, entendiendo que cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas, la pensión que en él se fije (si es diferente a la de primera instancia), opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación".

(iv) Todo ello, sin perjuicio de descontar las cantidades abonadas en concepto de alimentos por el condenado a su abono

para evitar pagos duplicados de la misma prestación.

Así, en la sentencia 644/2020, de 30 de noviembre, dijimos:

"Sin embargo, sí debe estimarse parcialmente el motivo, en el sentido de que habrá de descontarse lo pagado en concepto de alimentos en virtud de medidas coetáneas a la interposición a la demanda, tal y como se solicita, para evitar el pago duplicado (sentencia 600/2016, de 6 de octubre, y las que ella cita)".

Cabe, en consecuencia, descontar las que se venían abonando durante la sustanciación del procedimiento siempre claro está cuando se demuestre cumplidamente el pago por quien lo invoca.

En el concreto caso de la sentencia 459/2018 de 18 de julio, de modificación de medidas por cambio de residencia, de menor de 17 años, pasando de custodia materna a paterna, resolvimos que:

"[...] debe concluirse que no se está declarando la retroactividad de la pensión alimenticia, sino que se fija como fecha a partir de la cual debe abonar la madre la pensión, la de septiembre de 2015 (fecha posterior a la presentación de la demanda), que es el mes en el que la menor pasó a vivir con su padre, por expreso deseo de la menor y por acuerdo escrito y temporal de padre y madre, mientras se sustanciaba el procedimiento, lo cual es plenamente compatible con el art. 106 en relación con el art. 148, ambos del C. Civil, por lo que en este aspecto se desestima el motivo".

(v) No procede la devolución de los alimentos consumidos aunque la obligación de prestarlos fuera reducida o extinguida.

Dicha regla es manifestación de una reiterada doctrina de este tribunal que se remonta a la antigua sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en las sentencias de 202/2015, de 24 de abril y 573/2016, de 29 de septiembre, conforme a la cual los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". (STS 483/2017, de 20 de julio y 630/2018 de 13 de noviembre). Su fundamento se encuentra en el carácter consumible de los mismos (sentencias 600/2016, de 6 de octubre 2016 y 147/2019, de 12 de marzo)."

III.- PENSIÓN COMPENSATORIA

1.- STS número 428/2022 de 30 de mayo (ROJ: STS 2176/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2176)

La STS número 428/2022 de 30 de mayo pone de manifiesto la validez de los pactos privados entre cónyuges a la hora de su fijación:

"La sentencia 116/2002, de 15 de febrero, en relación con los acuerdos en contemplación de situaciones de crisis matrimoniales, afirma que los cónyuges: "[...] en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales [...]. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación

de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (Sentencias, entre otras, de 26 de enero 1993, 7 marzo 1995, 22 abril y 19 diciembre 1997 y 27 enero y 21 diciembre 1998) y la doctrina registral (Resoluciones de la DGRyN de 31 de marzo y 10 noviembre 1995 y 1 septiembre 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial".

En el mismo sentido, más recientemente, las sentencias 615/2018, de 7 de noviembre, y 102/2022, de 2 de febrero.

No ha de ofrecer duda, por lo tanto, concluye la sentencia la precitada sentencia 130/2022, de 21 de febrero:

"[...] que encajan en el marco de los negocios jurídicos de familia, los pactos que los cónyuges celebren para autorregular sus relaciones horizontales, tanto personales como patrimoniales, con carácter vinculante para ellos; siendo igualmente válido pactar con respecto a las relaciones verticales con sus hijos, si bien dichos acuerdos están condicionados, en su eficacia, a la vigencia del principio del interés y beneficio de los menores, concebido como auténtico principio de orden público o bien constitucional".

Pues bien, circunscrito ya al específico ámbito del recurso de casación interpuesto, nos hemos manifestado, con reiteración, que dentro del marco legítimo del principio de la libre autonomía de la voluntad de los cónyuges se encuentran los pactos relativos a la pensión compensatoria, valga como simple botón de muestra al respecto las sentencias 100/2020, de 20 de febrero; 418/2020, de 13 de julio; 807/2021, de 23 de noviembre o 130/2022, de 21 de febrero, todas ellas expresivas de que ese derecho

personalísimo de crédito, que constituye la esencia de dicha pensión, entra en la esfera dispositiva de los cónyuges; y, por lo tanto, es campo abonado para celebrar los acuerdos que consideren oportunos cara a determinar el derecho a percibirla o no; fijar, en caso afirmativo, su duración, o establecerla sin límite temporal preestablecido; capitalizarla mediante una prestación única o periódica; constituir la bajo fórmulas de usufructo o renta vitalicia; delimitar, en fin, su contorno, así como las causas por las que dejaría de devengarse o extinguirse.

En este sentido, la sentencia 233/2012, de 20 de abril, señala que:

"1º La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración.

2º Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS 217/2011, de 31 marzo, confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997".

Este carácter vinculante de lo pactado con respecto a la pensión compensatoria fue reconocido, además de la precitada sentencia 233/2012, de 20 de abril, en la sentencia ulterior 134/2014, de 25 de marzo; así como en la sentencia 678/2015, de 11 de diciembre, en la que se estableció, como doctrina jurisprudencial, que "a los efectos de la extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenidos en el

convenio regulador, con absoluto respeto a la autonomía de la voluntad de ambos cónyuges, siempre que no sea contraria a la Ley, la moral y el orden público". O más recientemente en las sentencias 142/2018, de 14 de marzo o 130/2022, de 21 de febrero.

CUARTO.- Estimación del recurso

La sentencia 233/2012, de 20 de abril, se refiere a los convenios reguladores de la forma siguiente:

"Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación . . . El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos, como es el que ahora nos ocupa, (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes".

De igual manera, la sentencia 572/2015, de 17 de octubre, como manifestación de una consolidada jurisprudencia, señala que:

"La sentencia de 22 de abril de 1997, traída a colación por la de 31 de marzo de 2011, Rc. 807/2007, pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: "en primer lugar, el convenio en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser

aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mismo que prevé el artículo 90 CC ...".

Y, por último, podemos citar la sentencia 678/2015, de 11 de diciembre, que insiste, de nuevo, en que "los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación".

Pues bien, en el contexto expuesto, el recurso debe ser estimado, toda vez que las partes pactaron, al amparo de la libre autonomía de la voluntad, dentro del marco de sus facultades dispositivas, la fijación de una pensión compensatoria a favor de la recurrente, su importe, su periodicidad mensual, las concretas causas de extinción de la misma, con lo que la sentencia del tribunal provincial, al desconocer los términos de lo pactado, infringió lo dispuesto en el art. 1255 del CC, sin que la validez y cumplimiento de los contratos pueda quedar al arbitrio de una de las partes contratantes como establece el invocado art. 1256 CC.

IV.- LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

Seguidamente, se recogen algunas sentencias en materia de formación de inventario y liquidación de sociedad de gananciales.

1.- SSTS371/2021 de 31 de mayo (ROJ: STS 2194/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2194) y 454/2021 de 28 de junio (ROJ: STS 2579/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2579)

Sociedad de gananciales. Formación de inventario. Dinero privativo ingresado en cuenta conjunta y empleado en la satisfacción de gastos comunes. Procedencia del reembolso. Reiteración de doctrina.

"La Sala, reiterando la doctrina reiterada en la sentencia del pleno 295/2019, de 27 mayo, seguida entre otras por las sentencias 415/2019, de 11 de julio, 138/2020, de 2 de marzo, y 591/2020, de 11 de noviembre, sentó como doctrina que el derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y la financiación de un bien ganancial procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. Esta doctrina establece que el reembolso que prevé el art. 1358 CC para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluya expresamente. La atribución del carácter ganancial al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y debe reembolsarse el valor satisfecho a costa del caudal propio mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3.ª CC).

De la misma manera, en el caso de que se emplee dinero privativo para pagar la deuda contraída al adquirir el bien ganancial, se integra en el pasivo de la sociedad el crédito por el importe actualizado de las cantidades pagadas por uno solo de los cónyuges (art. 1398.3.ª CC y sentencia 498/2017, de 13 de septiembre). La sala ha reiterado también que el mero hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta conjunta no permite presumir que

se le ha atribuido carácter ganancial, ya que sería precisa la expresión de una voluntad clara en tal sentido, de modo que en la liquidación hay que estar al origen de los fondos (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre, 78/2020, de 4 de febrero, 216/2020, de 1 de junio, y 591/2020, de 11 de noviembre).

También hemos dicho que, salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente pues, a falta de prueba, que incumbe al otro cónyuge, se presume que se gastó en interés de la sociedad (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre, y 78/2020, de 4 de febrero, con cita de las sentencias 4/2003, de 14 de enero, y 839/1997, de 29 de septiembre).”

2. STS número 637/2021 de 27 de septiembre (ROJ: STS 3596/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3596)

Sociedad legal de gananciales. Formación de inventario. Naturaleza privativa del dinero perteneciente a la esposa ingresado en cuenta común de los cónyuges e invertido en la satisfacción de gastos de la sociedad. Inexistencia de presunción de aportación a título gratuito.

En el FD2. 2º, se declara lo siguiente:

“2º.- Exposición de la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión objeto del recurso

Constituye un reiterado criterio de este tribunal, el concerniente a que el mero

hecho del ingreso de dinero privativo en una cuenta de titularidad común de los cónyuges, vigente el régimen económico matrimonial, no atribuye a dicho dinero la condición jurídica de ganancial. Y, de esta manera, hemos fijado, en la interpretación de los precitados artículos, la doctrina siguiente:

i) Los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente a la originaria procedencia de los fondos o numerario de que se nutre la cuenta para determinar la titularidad dominical de los fondos.

ii) La persona que invoque el ánimo liberal del ingreso debe justificarlo (sentencias 454/2021, de 28 de junio; 534/2018, de 28 de septiembre, 83/2013, de 15 de febrero, y 1090/1995, de 19 de diciembre, con cita de otras). Tampoco en las relaciones entre cónyuges, aunque estén sometidos al régimen de gananciales, se presume que el dinero privativo se aporta como ganancial (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre; 591/2020, de 11 de noviembre y 454/2021, de 28 de junio, con cita de otras anteriores).

iii) Para que pudiera reputarse como ganancial sería preciso la expresión de una voluntad clara en tal sentido, de modo que, en otro caso, en la liquidación, hay que estar al origen de los fondos (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre, 78/2020, de 4 de febrero, 216/2020, de 1 de junio; 591/2020, de 11 de noviembre y 371/2021, de 31 de mayo).

Como señalamos en la sentencia, 657/2019, de 4 de febrero:

«Una cosa es que se admita una amplia autonomía negocial entre los cónyuges

(arts. 1323 y 1355 CC) y otra que pueda presumirse el ánimo liberal del cónyuge que emplea dinero privativo para hacer frente a necesidades y cargas de la familia. El régimen legal, por el contrario, refuerza que deben restituirse las sumas gastadas en interés de la sociedad».

iv) Salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente pues, a falta de prueba, que incumbe al otro cónyuge, se presume que se gastó en interés de la sociedad (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre, y 78/2020, de 4 de febrero, con cita de las sentencias 4/2003, de 14 de enero, y 839/1997, de 29 de septiembre, y más recientemente 371/2021, de 31 de mayo).

v) En las sentencias 657/2019, de 11 de diciembre; 78/2020, de 4 de febrero y 216/2020, de 1 de junio, hemos afirmado igualmente, insistiendo en tales ideas, que el mero hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta conjunta no permite atribuirle carácter ganancial y, en consecuencia, si se emplea para hacer frente a necesidades y cargas de la familia o para la adquisición de bienes a los que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyen carácter ganancial, surge un derecho de reembolso a favor de su titular, aunque no hiciera reserva de ese derecho en el momento del ingreso del dinero en la cuenta.

vi) Este derecho de reembolso se fundamenta en diversos preceptos legales. Entre las disposiciones generales del régimen económico matrimonial, en el art. 1319 CC, cuando dispone que:

«Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender

las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma (...). El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial».

En el marco de la regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, establece, por su parte, el art. 1364 CC, que:

«El cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común».

Y, en sede de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, dispone el art. 1398 CC que:

«El pasivo de la sociedad estará integrado por las siguientes partidas: (...) 2.ª El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad. Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad. 3.ª El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad».

vii) Por último, en la sentencia del pleno 295/2019, de 27 mayo, cuya doctrina aplicamos, por ejemplo, ulteriormente, en la sentencia 216/2020, de 1 de junio, declaramos que el acuerdo de los cónyuges para atribuir carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición, y genera un

crédito «por el valor satisfecho» a costa del caudal propio de uno de los esposos (art. 1358 CC), de manera coherente con lo dispuesto en el art. 1362.2.ª CC, conforme al cual, la adquisición de los bienes comunes es «de cargo» de la sociedad de gananciales (art. 1362.2.ª CC).»

3. STS número 795/2021, de 22 de noviembre (ROJ: STS 4225/2021 – ECLI:ES:TS:2021:4225)

Sociedad legal de gananciales. ingreso de dinero privativo en cuentas de titularidad conjunta y destino para la adquisición de bienes comunes. Derecho de reembolso del cónyuge titular de dichos fondos. derecho de crédito contra la sociedad de gananciales por su valor actualizado.

“El art. 1358 del Código Civil señala que: «Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación».

(...) En definitiva, podemos concluir al respecto que:

i) El derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y la financiación de un bien ganancial procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición.

ii) La atribución del carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y debe

reembolsarse el valor satisfecho a costa del caudal propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación, si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3.ª CC).

iii) En el caso de que se emplee dinero privativo para pagar la deuda contraída para la adquisición del bien ganancial, nace un derecho crédito del cónyuge titular del dinero, que se integra en el pasivo de la sociedad ganancial, por el importe actualizado de las cantidades satisfechas con tal fin (art. 1398.3.ª CC y sentencia 498/2017, de 13 de septiembre).

V.- MEDIDAS DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1.- STS número 706/2021 de 19 de octubre (ROJ: STS 3770/2021 – ECLI:ES:TS:2021:3770)

Procedimiento de fijación judicial de apoyos a personas con discapacidad. Curatela. Preferencia de la voluntad expresada por la persona con discapacidad sin que existan motivos para desvincularse de esta elección. Aplicación de la Ley 8/2021.

En el supuesto de hecho una persona con discapacidad había designado en documento notarial a las personas que debían realizar de manera sucesiva las medidas de apoyo. Durante la tramitación entró en vigor la Ley 8/2021 de 2 de junio, que se aplica en virtud de la DT En esta sentencia el Tribunal Supremo corrige (en dos ocasiones) a la Audiencia Provincial de origen, que había prescindido de la voluntad de la persona necesitada de tales apoyos, declarando que no se puede

prescindir de dicha voluntad sino por motivos desconocidos por dicha persona o que sean nuevas de carácter posterior:

“El recurso debe ser estimado.

Para ello hemos de tener en cuenta que, al asumir el conocimiento del recurso, ya entró en vigor la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. Esta circunstancia abre una nueva perspectiva resolutoria sobre la que se oyó a las partes, en tanto en cuanto la Disposición Transitoria sexta, relativa a los procesos en tramitación a la entrada en vigor de la ley, establece que se regirán conforme a lo dispuesto en ella, sin perjuicio de conservar su validez las actuaciones que se hubiesen practicado hasta ese momento.

Pues bien, en primer término, hemos de partir de la base de que las previsiones de autotutela se entenderán ahora referidas a la autocuratela y se regirán por lo dispuesto en la nueva ley (Disposición Transitoria Tercera de la Ley 8/2021).

En dicha ley se proclama la autonomía de la persona con discapacidad, con el reconocimiento expreso de que el nuevo sistema se basa en el respeto a su voluntad, preferencias y deseos (arts. 249, 250, 268, 270, 276 y 282 CC entre otros), lo que es plenamente coherente con lo normado en el art. 3 a) del Convenio de Nueva York, al establecer que los principios de la presente Convención serán: "a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas".

En la exposición de motivos de la nueva

ley 8/2021, de 2 de junio, concretamente en su apartado III, se insiste en que la reforma que el artículo segundo introduce en el Código Civil "[...] sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal".

En la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, hemos proclamado que "[...] la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias".

Igualmente, en la sentencia 269/2021, de 6 de mayo, hacíamos referencia que uno de los principios que derivaba del Convenio de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad.

El artículo 271 del CC, en su nueva redacción, regula la autocuratela, confiriendo a cualquier persona mayor de edad o menor emancipado, en previsión a la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con lo demás, el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Una propuesta de nombramiento de tal clase vinculará a la autoridad judicial al constituir la curatela (art. 272 I CC).

No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas

disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 272 II CC).

Pues bien, en el caso presente, no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos, ya que D.^ª Virginia convivía y sigue conviviendo con su hija D.^ª Virginia, que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora.

No cabe, por lo tanto, la imposición de otro sistema alternativo de curatela, como la institucional postulada por la recurrente D.^ª Flora, o la mancomunada impuesta por la Audiencia, con la atribución además del cargo de curador a una persona expresamente excluida por la demandada. Amén de resultar contraproducente el ejercicio de tal cargo bajo el régimen jurídico de la mancomunidad, dado el conflicto existente entre hermanos, que dificultaría la unidad de actuación que exige la curatela, cuyo ejercicio no es susceptible de conciliarse con discrepancias en las funciones asistenciales o, en su caso, excepcionales de representación.”