

# FAMILIA y SUCESIONES ICAV

**ADOPCIÓN DE MAYORES DE EDAD  
CON UNA ADOPCIÓN PREVIA.  
EQUIPARACIÓN ENTRE FILIACIÓN  
BIOLÓGICA Y ADOPTIVA**

**Fuensanta Pons**

**EL TRASLADO NACIONAL DE  
MENORES: LA DESIGUALDAD  
ESTÁ EN EL DESTINO**

**Cristina Díaz-Malnero Fernández**

■ **El desequilibrio  
económico  
en la pensión  
compensatoria**  
José Ramón de Verda y  
Beamonte

■ **Abandono de  
familia. Cuestiones  
suscitadas. Especial  
consideración de  
las condiciones de  
perseguidibilidad.**  
Francisco Monterde Ferrer

■ **La atribución del  
ejercicio de la patria  
potestad sobre  
menores, aunque sus  
padres no hayan sido  
privados de la misma**  
Juan Jose Nevado Montero

## REINVENTARSE EN TIEMPOS DE PANDEMIA

En medio de las III Jornadas de Derecho de Familia AEAFA-ICAV, en las que la elevada participación está siendo un orgullo para todos nosotros, llega a su fin el Estado de alarma, aquél durante el cual, la hiperactividad normativa, y el miedo al contagio, marcaron una actividad cotidiana que vivíamos con valentía e incluso, y por qué no, con cierta inconsciencia controlada.

Y en medio de la crisis sanitaria, entre las noticias de los contagios diarios, las restricciones de aforo, la incertidumbre, y los vaivenes constantes de noticias, esta Sección se resistía a desistir de nuestro proyecto colaborativo anual con la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA), de modo que decidimos apostar por la formación "100% On Line", y arriesgarnos con un formato que no a todos les encaja.

**Y hoy, solo podemos y queremos decir GRACIAS.**

Gracias al ICAV por su apoyo. Gracias a la AEAFA por respetar nuestra decisión "100%OnLine". Gracias a LIBERTAS EDICIONES por la creación de la plataforma que acoge las Jornadas, así como por la excelente ayuda técnica que está facilitando a los participantes. Y en especial, gracias a todos vosotros por la excelente acogida y participación, sin la cual las Jornadas no estarían teniendo el éxito que merecen. Gracias porque habéis batido un

récord histórico de participación en unas Jornadas AEAFA-ICAV, y en definitiva, gracias por el respeto y la responsabilidad que habéis mostrado ante la enfermedad, y la posibilidad de contagios no deseados.

Nos hemos reinventado, reformulado la manera de trabajar en tiempo real; hemos aprendido a relacionarnos, a comunicarnos y a formarnos, "de otro modo", a dominar nuevas tecnologías, a adaptarnos al cambio. Y hemos demostrado que somos versátiles, y valientes.

**Mi más sincera enhorabuena a todos vosotros.**



Palmira Trelis Martín  
Presidenta Sección de D° de Familia ICAV

**04** El desequilibrio económico en la pensión compensatoria

**José Ramón de Verda y Beamonte**

**14** Adopción de mayores de edad con una adopción previa. Equiparación entre filiación biológica y adoptiva

**Fuensanta Pons**

**18** El traslado nacional de menores: La desigualdad está en el destino.

**Cristina Díaz-Malnero**

**22** Abandono de familia. Cuestiones suscitadas. Especial consideración de las condicones de perseguibilidad

**Francisco Monverde Ferrer**

**26** El orden en el trabajo del abogado

**Saturnino Solano**

**32** La atribución del ejercicio de la patria potestad sobre menores, aunque sus padres no hayan sido privados de la misma

**Juan Jose Nevado Montero**

# EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA PENSIÓN COMPENSATORIA: CRITERIOS JURISPRUDENCIALES



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

La jurisprudencia desde la emblemática STS 19 enero 2010 (RAJ 2010, 417) ha declarado que las circunstancias del art. 97.II CC tienen una doble función: “a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio (...), y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión”. Ha integrado, así, los dos párrafos del precepto, afirmando que “la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un

desequilibrio que genere posibilidades de compensación”.

En el concreto caso, se consideró improcedente la concesión de la pensión compensatoria solicitada, por entender que la mujer “no ha sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio, ya que su capacidad de trabajo se ha mantenido intacta a lo largo del mismo”, ya que la dedicación a la familia “no le ha impedido trabajar cuando así lo ha considerado conveniente o cuando ha encontrado oportunidades laborales en el mercado de trabajo”. Se evidenció también que “El régimen económico matrimonial que ha regido las relaciones patrimoniales entre los cónyuges ha sido el de gananciales, lo que ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, de modo que los dos inmuebles de que son titulares lo son por mitad”.

Hay que observar que la integración propugnada por la jurisprudencia no afecta por igual a todas las circunstancias del art. 97.II CC, sino que, como ella misma dice, se centra, básicamente, en “la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge” (además de en el régimen económico matrimonial, circunstancia esta no prevista expresamente por el precepto, pensándose, sin duda, en lo regímenes de comunidad y, en particular, en la sociedad de gananciales), por lo que la denominada interpretación objetiva ha derivado en una identificación del desequilibrio con la pérdida de oportunidades, económicas y profesionales.

Por lo tanto, de acuerdo con la interpretación actual del art. 97 CC, la función de la compensación no es la de “permitir al cónyuge más desfavorecido seguir disfrutando de un nivel económico similar al que llevaba durante la etapa de normalidad conyugal” (Vid., entre otras muchas STS 22 junio 2011 (Tol 2227659)]. La STS 20 febrero 2014 (Tol 4142537) fija como doctrina jurisprudencial que “en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial”.

A través de dicho precepto, no se compensa, pues, cualquier desequilibrio, sino, tan solo, el que tiene su causa en la dedicación exclusiva (o prioritaria) de uno de los cónyuges al cuidado de la familia o en su coloración desinteresada en la actividad profesional o empresarial del otro, siempre que, como consecuencia de ellos, haya sufrido una pérdida de expectativas económicas o de desarrollo profesional o laboral.

La STS 16 diciembre 2015 (RAJ 2015, 5887) concedió una pensión compensatoria temporal a una mujer que, durante el matrimonio y en el periodo previo de convivencia more uxorio, cesó en su actividad como

titular de una empresa de publicidad por internet para dedicarse al hogar y colaborar en el desarrollo de la carrera profesional de su marido (como torero), realizando gestiones de administración de patrimonio e inversiones, y desarrollando actuaciones periféricas, complementarias y de apoyo a las actividades profesionales y mercantiles de aquél, a través de la utilización de portales web para promocionar su figura como matador de toros y del mantenimiento de relaciones con entidades bancarias, agentes inmobiliarios, asesores financieros, y periodistas, entre otros”. Se compensó, así, “la pérdida de expectativas de la esposa y el abandono de su actividad laboral en beneficio propio, para dedicar sus esfuerzos en beneficio del marido”.

Me referiré, a continuación, a una serie de criterios sentados por la jurisprudencia, en orden a la determinación de la existencia del desequilibrio económico compensable por la vía del art. 97 CC.

**1.** No procede la compensación, cuando quien la reclama ha venido realizando un trabajo retribuido fuera de casa, que le haya permitido mantener su independencia económica y conservar sus expectativas de promoción laboral o profesional; y, ello, aunque su salario sea muy inferior al de su cónyuge.





La STS 22 junio 2011 (Tol 2227659) ha revocado, así, una sentencia, que había concedido una pensión compensatoria, basándose en la disparidad de salario de los cónyuges: la mujer, auxiliar interina de biblioteca tenía un sueldo mensual de 1.649 euros, frente a los 2.900 euros percibidos por el marido, en su condición de profesor universitario. Por el contrario, ha evidenciado que la mayor dedicación de la mujer a la familia no había sido “un obstáculo o impedimento para su actividad laboral”, la cual había desarrollado durante el matrimonio, y que no había quedado probado que “su menor cualificación profesional, origen de la diferencia salarial y de la menor estabilidad de su empleo, respecto al de su esposo”, fuera “una consecuencia directa del matrimonio”, y no “de sus propias actitudes y capacidades”.

La STS 20 febrero 2014 (Tol 4142537) también denegó la pensión compensatoria solicitada por la mujer, aunque los ingresos de su marido eran el doble de los que ella percibí, por entender que esta diferencia salarial, no comportaba “automáticamente una absoluta disparidad desequilibrante”, evidenciando “el relevante patrimonio ganancial resultante del matrimonio”, la mayor contribución del marido en los alimentos de la hija común, “así como, particularmente, con la notable diferencia de edad entre ambos cónyuges en donde el marido, de 66 años, se encuentra próximo a la jubilación, donde disfrutará de una pensión inferior a los ingresos de su mujer que, con 51 años, ha ejercido y ejerce con normalidad su actividad profesional”.

Igualmente, la STS 13 septiembre 2017 (Tol 6347623) ha denegado la pensión compensatoria a una mujer sujeta a tutela del padre, como consecuencia de haber padecido un ictus después del nacimiento de la tercera hija; y ello, porque la enfermedad no le había impedido desarrollar un trabajo profesional altamente cualificado durante el matrimonio, quedando cubiertas sus necesidades con una jubilación por incapacidad de 2.554,49 euros al mes y una prestación mensual de MUFACE de 1.277,35 euros. Observa, además, que lo que “tampoco se ha probado es que la diferencia de ingresos entre los cónyuges traiga causa directa del sacrificio asumido por la esposa durante el matrimonio por su mayor dedicación a la familia y en concreto por el cuidado de los dos primeros hijos, ni que este sacrificio se encuentre en relación directa con el progresivo incremento de los ingresos del esposo por su trabajo durante el tiempo que duró el matrimonio” (los ingresos brutos anuales del marido eran de 137.868,15 euros). Por último, resalta que esa diferencia salarial “queda desdibujada desde el momento en que es a la esposa a la que se atribuye el uso de la vivienda y se la exonera de cualquier gasto de los hijos”.

La jurisprudencia ha precisado que la mayor dedicación a la familia no es causa de desequilibrio, si ello no ha sido “un obstáculo o impedimento para su actividad laboral” [STS 22 junio 2011 (Tol 2227659)].

La SAP Málaga 15 junio 2016 (Tol 5904574) denegó la pensión compensatoria solicitada a una mujer, doctora en Bellas Artes y profesora en la Universidad de Granada, que percibía unos ingresos netos de 1.700,00 euros mensuales, trabajo que había venido desempeñando durante todo el matrimonio, que había durado unos ocho años. Entendió que, si bien las decisiones sobre la casa eran tomadas por la mujer, ambos cónyuges se ocupaban de la misma y de los hijos comunes y que aquella no había probado que “esta mayor dedicación haya supuesto renuncia o sacrificio de promoción profesional para poder dedicarse al cuidado y atención a los hijos”. Fue determinante la declaración testifical del Director del Departamento en que trabajaba, el cual afirmó que, “desde que se casó no ha reducido su nivel de investigación y de dedicación a la Universidad, y si bien no se ha presentado a las oposiciones, ello se debe al sistema de la Universidad, en ningún caso por el hecho de tener que atender a la familia”.

**2.** Para entender que ha existido un desequilibrio económico compensable no se requiere una dedicación al hogar durante todo el tiempo de la celebración del matrimonio, sino que basta con que la dedicación altruista de uno de los cónyuges al cuidado de la familia se haya dado durante una parte significativa de la duración del matrimonio, con clara merma de sus expectativas económicas y profesiones, aunque en ciertos periodos haya trabajado fuera de casa, circunstancia esta, que, sin embargo, debe ser tenida en cuenta para aminorar el importe de la pensión.

La STS 25 septiembre 2019 (Tol 7515249) ha concedido, así, una pensión vitalicia de 600 euros mensuales a una mujer de 59 años que, al casarse, abandonó su profesión de maestra, habiéndose dedicado los diez primeros años del matrimonio (que duro treinta) al cuidado de la familia y, en

particular, al de los tres hijos comunes. Posteriormente, cursó estudios de auxiliar de clínica, profesión en la que trabajó intermitentemente, cotizando aproximadamente doce años. De todo ello se deduce que la mujer “perdió unas legítimas expectativas profesionales y económicas por su mayor dedicación a la familia, que no habrían acaecido de no mediar vínculo matrimonial, razón de peso para fijar la pensión compensatoria (...) máxime cuando la interrupción de la vida laboral durante el matrimonio, se produjo en los primeros años, que es el período determinante del desarrollo profesional de cualquier persona”.

El desequilibrio es más evidente, cuando nos encontramos ante trabajos meramente esporádicos y escasamente retribuidos.

La STS 16 noviembre 2012 (Tol 2685953) reconoció una pensión compensatoria vitalicia de 300 euros a una mejor, teniendo en cuenta su edad, la duración del matrimonio (22 años), y “su escasa cualificación profesional y una mínima experiencia dados los años de edad laboral dedicados exclusivamente al cuidado de la familia”, lo que solo le ha permitido acceder a un empleo a tiempo parcial en un Ayuntamiento (asistenta domiciliaria), “del que obtiene un pequeño salario”.



La SAP Badajoz 8 mayo 2017 (Tol 6185967) concedió también una pensión vitalicia a una mujer de 52 años, que había estado casada 28, con estudios primarios y sin ninguna cualificación profesional. Durante la vigencia del matrimonio se había dedicado al cuidado de la casa y de los hijos, compaginando dicha dedicación con trabajos esporádicos de corta duración. En los últimos años había estado activa en el PER y en los meses inmediatos anteriores al divorcio había trabajado como peón del Ayuntamiento, con un salario neto de 678 euros.

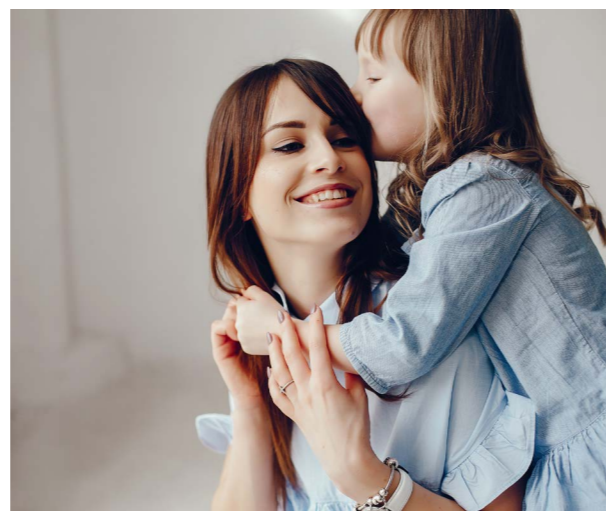
La SAP Córdoba 9 octubre 2019 (Tol 7672357) concedió una pensión temporal por 5 años a una mujer, que, durante los 33 años que había durado el matrimonio, se había dedicado sustancialmente a las tareas domésticas, cuidando de los hijos y del hogar, e, incluso, había ayudado en la explotación familiar, permitiendo que fuera el marido el que trabajara a jornada completa. A ello no fue obstáculo la circunstancia de que la mujer hubiera estado dada de alta en la Tesorería General de la Seguridad Social 7.997 días, pues solo había trabajado esporádicamente y había percibido la renta agraria.

**3.** La mera reducción de la jornada laboral con la clara finalidad de atender a la familia da lugar a un equilibrio susceptible de ser compensado, pues el empobrecimiento que ello origina es indudable, si bien a través de una pensión de carácter temporal de cuantía moderada, dado que el acreedor de la misma no abandonó completamente su actividad laboral durante el matrimonio y, por lo tanto, no perdió su independencia económica.

Por ello, la STS 25 septiembre 2019 (Tol 7515249) ha revocado una sentencia, que había denegado la pensión compensatoria pedida por la mujer, porque tenía 43 años, no sufría enfermedad incapacitante alguna, era bióloga y se encontraba trabajando desde antes de contraer matrimonio para una firma de control de plagas, con contrato indefinido y sueldo digno. Frente a ello, valoró la circunstancia de la reducción de jornada laboral de 2 horas pedida por

la demandante para atender a los hijos menores (de quienes era custodia), durante el matrimonio y mantenida tras el divorcio, como criterio para conceder una pensión compensatoria con carácter temporal. Dijo, así, que, “durante la convivencia matrimonial, la demandada centró especialmente su atención en el cuidado de los hijos comunes y a tal efecto solicitó una disminución de la jornada laboral de dos horas”; y que la “dedicación futura a la familia existe, dada su condición de cónyuge custodio, si bien en atención a la edad actual de los hijos de 16 y 13 años de edad, su implicación ya no es tan intensa por requerir menos atención personal”.

**4.** Para valorar si existe el desequilibrio (o la magnitud del mismo) hay que tener en cuenta la situación en que quedarán los cónyuges como consecuencia de las otras medidas definitivas adoptadas en la sentencia de separación o divorcio, en particular, sobre la asignación del uso de la vivienda familiar o el pago de pensiones alimenticias a los hijos: podría, así, resultar desmesurado imponer el pago de una pensión compensatoria al cónyuge que debe abandonar el uso del domicilio familiar (y, quizás, se ve obligado a alquilar o a comprar otra vivienda) y pagar una elevada pensión alimenticia (en relación con sus ingresos) a los hijos comunes.



La STS 22 junio 2011 (Tol 2227659) ha negado que existiera un desequilibrio a pesar de la diferencia de ingresos de los cónyuges (unos 2900 euros al mes de salario del marido, como profesor, más extras, por cursos, conferencias y dietas, frente a los 1649 euros de la mujer), pues dicha diferencia salarial debía ser puesta en relación con “las diferentes cargas que han de hacer frente a partir de la ruptura, no cabe concluir que exista una disparidad que sea fuente misma del desequilibrio”. Ha considerado, así, determinante que la mujer continuara en el uso de la vivienda familiar “y que la mayor parte de los gastos de alimentación de los hijos que con ella conviven, se sufragan con la pensión alimenticia a cargo del padre, que es, por el contrario, sobre quien han incidido en mayor medida las consecuencias económicas negativas derivadas de la ruptura conyugal, al tener que hacer frente a un alquiler de 530 euros mensuales, y al pago de las referidas pensiones alimenticias de sus dos hijos”.

**5.** Habrá que tener en cuenta el régimen económico matrimonial, ya que esta es una circunstancia que, aun sido objeto de expresa previsión legal, indudablemente

afecta al “caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge” (art. 97.II.8º CC), pues, si se rigen por gananciales, puede no existir un desequilibrio o quedar este paliado.

La STS 19 enero 2010 (RAJ 2010, 417) insiste en la necesidad de valorar el régimen económico matrimonial que ha regido las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, pues, si este ha sido el de gananciales, dará lugar a “transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos”.

Ahora bien, la mera existencia de una sociedad de gananciales no excluye la compensación con el argumento de que ambos cónyuges hacen suyos, por mitad, los ingresos procedentes del trabajo retribuido realizado por uno de ellos: ello podrá compensar la ausencia de rendimientos del trabajo de quien se dedicó al cuidado de la familia durante el matrimonio, pero no, necesariamente, eliminará el perjuicio derivado de la pérdida de expectativas de desarrollo profesional o de la dificultad o imposibilidad de acceder a un puesto de trabajo después de la separación o del divorcio.



La STS 10 marzo 2009 (Tol 1474923) consideró procedente reconocer una pensión compensatoria indefinida a la mujer, porque, como consecuencia de la liquidación de gananciales, “no recibió más que la mitad de lo que legalmente le correspondía, pero no la compensación por el desequilibrio que le produjo la ruptura y que, más allá de que le correspondieran bienes en igual valor que los de su marido, viene determinado por el hecho de haber dedicado 29 años de su vida a la familia y a subvenir con su dedicación a los éxitos económicos y empresariales de su esposo, y por el hecho de que, al separarse, su falta de experiencia y formación profesional, junto a su edad, la sitúan en desventaja frente al marido, al no tener la esposa otro patrimonio que el recibido”.

La STS 14 marzo 2011 (Tol 2080803) ha concedido también una pensión indefinida, teniendo en cuenta la duración del matrimonio (26 años), la edad de la mujer (50 años), la exclusiva dedicación a la familia y el tiempo en que estuvo apartada del mundo laboral, lo que permite concluir “que son razonablemente escasas las posibilidades reales de la esposa de obtener en un plazo concreto un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente, de manera que la función de restablecer el equilibrio consustancial a la pensión compensatoria solo puede entenderse cumplida fiándola con carácter vitalicio”.

Igualmente la STS 18 julio 2019 (Tol 7419524) ha entendido que había que atribuir carácter vitalicio a la pensión de una mujer de 54 años, dedicada durante los 27 años del matrimonio, de manera exclusiva, al cuidado de los dos hijos, salvo el último año en que había trabajado con contratos temporales, siendo sus ingresos brutos 323,75 euros, una vez que finalizara el contrato vigente, mientras que el marido tenía un trabajo estable, por el que percibía un salario medio de 1.500 euros mensuales.

Si quien reclama la compensación se encuentra en situación de excedencia voluntaria y puede reincorporarse fácilmente a su puesto, no habrá desequilibrio económico.

La STS 23 enero 2012 (Tol 2407043) observa que no existe derecho a percibir una compensación, cuando el desequilibrio tenga su exclusivo origen en “la diferente

aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja”. Concretamente, se la deniega a la mujer, de profesión enfermera, que se encontraba en situación de excedencia voluntaria.

En cualquier caso, una liquidación ventajosa de la liquidación de la sociedad de gananciales puede excluir el desequilibrio: por ejemplo, si la adjudicación de bienes ha sido especialmente beneficiosa a quien reclama la compensación, por haberse valorado a la baja los bienes adjudicados, o si, objetivamente, los bienes que recibe o espera recibir tras la liquidación le permiten vivir en una situación económica desahogada, sin necesidad de trabajar.

Así, la STS 14 febrero 2019 (Tol 7064894), recordando que la pensión compensatoria no es un mecanismo igualador de economías, se ha denegado la pensión compensatoria a una mujer con una edad próxima a los 60 años, tras la disolución de un matrimonio, que había durado más de 25 años. La mujer había trabajado durante 8 años; fue cotitular de una sociedad patrimonial con el marido, quien le donó una vivienda; estuvieron casados en sociedad de gananciales durante 13 años y era usufructuaria vitalicia de la vivienda familiar, cuya nuda propiedad había donado a los hijos: la recurrente había adquirido, en definitiva, un patrimonio, tanto común, en virtud del régimen de gananciales, como propio, del que podía obtener rendimientos. No se estimaron los argumentos de la mujer de que la familia dependía de los ingresos del esposo y de que este había tenido y seguía teniendo una proyección profesional de la que carecía la esposa.



**6.** Con frecuencia sucede que, entre la disolución y la liquidación de la sociedad de gananciales, media un lapso de tiempo considerable, lo que puede originar un gran perjuicio al cónyuge que carece de ingresos periódicos, con los que poder subsistir.

Pare evitarlo, la jurisprudencia ha considerado la liquidación de la sociedad de gananciales como una posible circunstancia que puede ayudar a superar el inicial desequilibrio al perceptor de la pensión cuando se lleve a cabo, teniendo en cuenta la previsible cuantía de dichas adjudicaciones lo que le permite fijarla con carácter temporal, en el momento de la separación o del divorcio, lo que, bien mirado, desvirtúa –a mi parecer– la naturaleza de la compensación, que, en este caso, pasa a cumplir la función propia de una pensión de alimentos, al remediar una situación de necesidad provisional de quien la recibe.

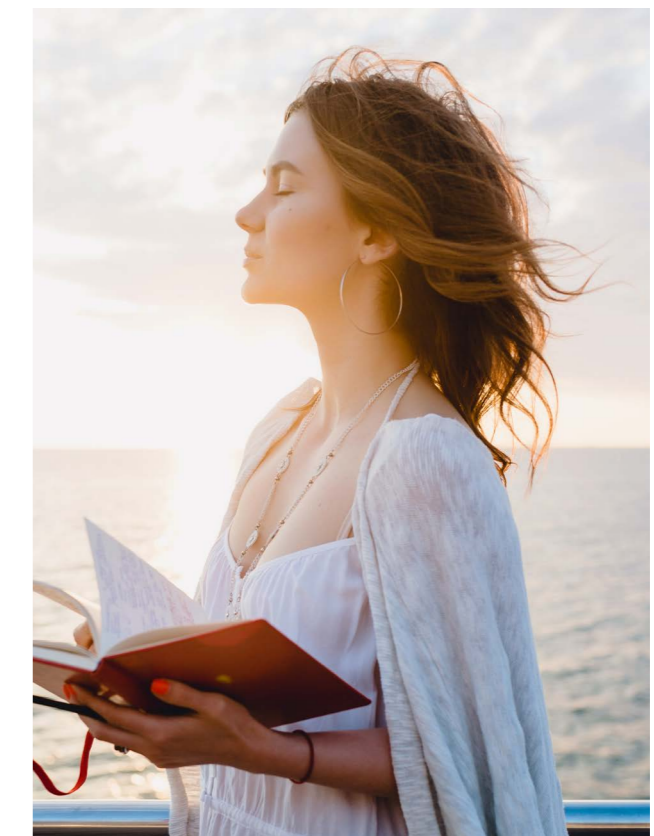
La STS 11 mayo 2016 (Tol 5728503) ha revocado, no obstante, la sentencia recurrida, que había limitado la percepción de la pensión compensatoria a un plazo de 7 años, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, la de hallarse pendiente la liquidación de la sociedad de gananciales, la cual, una vez realizada, “supondrá un importante refuerzo de su situación económica”. Admite que, en orden a la concesión de la compensación, “podría ser factor relevante el relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial y las potenciales adjudicaciones que pudiese recibir” de quien la solicita. Sin embargo, observa que en la sentencia impugnada “no se concreta en qué medida se verá afectada la economía de la actora tras la citada liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que tan poco adquirimos certidumbre sobre la superación de su desequilibrio”. Por ello, se concede la pensión con carácter indefinido.

**7.** La circunstancia de que, habiendo existido un régimen económico matrimonial de separación de bienes, el cónyuge que se hubiese dedicado al trabajo doméstico reciba una compensación ex art. 1438 CC, no excluye que pueda también percibir una pensión compensatoria ex art. 97 CC. A tenor del primero de dichos preceptos, “El trabajo para la casa será computado como contribución a las

cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.

Reiterada jurisprudencia afirma que la pensión compensatoria por desequilibrio del art. 97 CC y la compensación por trabajo doméstico en la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes regulada en el art. 1438 CC son compatibles, por ser distintos sus presupuestos y sus respectivas finalidades.

La STS 26 abril 2017 (Tol 6061137) ha precisado, así, que “Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la dedicación pasada y futura a la familia”; por el contrario la compensación del art. 1438 CC “tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares”.



Por lo tanto, mientras la pensión compensatoria pretende reparar el desequilibrio económico, consistente en el daño que un cónyuge sufre al perder oportunidades de obtener ingresos y expectativas laborales o profesionales, como consecuencia de su exclusiva o prioritaria dedicación pasada, actual y futura a la familia, la compensación del art. 1438 CC (que, obviamente, solo se da cuando, existiendo un régimen de separación, se liquide este) tiene como finalidad reparar directamente el valor de la dedicación pasada a la familia, entendida esta como una modalidad de contribución exclusiva de un cónyuge al levantamiento de las cargas familiares.

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

La STS 11 diciembre 2019 (Tol 7653638) ha estimado, así, un recurso de casación, observando que "una valoración equitativa de los trabajos de coordinación cualificados para la casa prestados por la demandante, durante los diez años del matrimonio, a razón de unos 7.000 euros netos al mes, arroja la suma final de 840.000 euros, que consideramos procedente como indemnización liquidatoria del régimen de separación de bienes, que regía el matrimonio de los litigantes, ponderando además los otros elementos de juicio antes considerados, como donaciones recibidas [durante el matrimonio] de unos tres millones de euros [con los que la mujer compró una casa, que reformó a costa del marido], nivel de vida que disfrutó, pensión compensatoria de 75.000 euros al mes

durante cinco años, para cuya fijación se valoraron también sus expectativas profesionales" (la Audiencia había fijado la compensación del art. 1438 CC en 6.000.000 de euros).

**8.** La compensación es teóricamente compatible con una pensión de alimentos en caso de separación: digo teóricamente, porque en la actualidad, unificadas las causas de separación y divorcio, las demandas de separación son raras y porque, en no pocos casos, cuando en las sentencias de separación se establece una pensión compensatoria se suele entender subsumida en ella los alimentos; y, en cualquier caso, siendo la necesidad del acreedor una circunstancia de cuantificación de la compensación (art. 97. II.8º CC), el hecho de que dicha necesidad quede paliada por la pensión de alimentos ha de disminuir la cuantía de aquella.



Sin embargo, es claro que ambas pensiones son distintas: la pensión de alimentos tiene un claro carácter esencialmente asistencial y procede en caso de necesidad, pues la separación legal (judicial o extrajudicial) suspende la obligación de socorro y asistencia mutua en la cual se subsumían los alimentos antes de la separación conyugal, dando entrada a la posible aplicación de los arts. 142 y ss. CC (alimentos entre parientes); la pensión compensatoria, aunque -como he explicado- no es totalmente ajena a la idea de necesidad- tiene, esencialmente, una finalidad reparadora del desequilibrio económico causado por la separación o el divorcio, por lo que su concesión es independiente de la noción de necesidad.

Además, hay que tener en cuenta que, tras la reforma del 2005, la compensación puede realizarse mediante una prestación única: cabría, pues la entrega de un capital o de un inmueble en concepto de compensación al cónyuge que ha sufrido el desequilibrio y el establecimiento de una pensión de alimentos a su favor, cuando, pese a la compensación recibida, se encontrara, no obstante, en situación de necesidad.

Disuelto el matrimonio por divorcio, se extinguirá la pensión de alimentos establecida en la sentencia de separación (por perderse la condición de cónyuge exigida por el art. 143.1º CC para reclamarlos) y, teniendo dicha pensión una naturaleza esencialmente distinta a la compensatoria,

no cabe pedir en el procedimiento de divorcio la conversión automática de aquella en esta.

Lo excluye claramente STS 9 febrero 2010 (Tol 1790763), que fija como doctrina jurisprudencial "que el desequilibrio que genera el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria".

En cualquier caso, hay que tener en cuenta si estamos ante una obligación voluntaria de alimentos pactada en convenio regulador de la separación, la misma, salvo que otra cosa se hubiera previsto expresamente, no se extinguirá por el divorcio.

En tal sentido se ha manifestado la STS 4 noviembre 2011 (Tol 2270289), que ha declarado que "el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos".



## ADOPCIÓN DE MAYORES DE EDAD CON UNA ADOPCIÓN PREVIA. EQUIPARACIÓN ENTRE FILIACIÓN BIOLÓGICA Y ADOPTIVA



**Fuensanta Pons**  
Abogada Mediadora

**Proceso a seguir el expediente de jurisdicción voluntaria, según el Auto de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24a, de fecha 10 de junio de 2020.**

La adopción de mayores de edad se configura como un supuesto excepcional que, por los requisitos que se le exigen supone la consagración legal de una situación fáctica de plena integración del adoptando en la familia del adoptante.

Se exige, a tal efecto, que el adoptante sea mayor de 25 años y tenga catorce años más que el adoptado (art.175 CC) , y que con el adoptado mayor de edad haya existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año (art.175 CC).

La adopción deberá ser consentida ante el Juez por el adoptante y el adoptando, y que se oiga al o a los padres del adoptando mayor de edad (art.177 CC).

El juzgador de Instancia entendió que por aplicación de los artículos 175.4 y

179 del Código Civil en relación con el artículo 40 de la Ley 15/2015 , y al existir una adopción previa, debía acudirse previamente al declarativo procedente para privar de patria potestad al padre adoptante, y **considerando inadecuado el trámite de jurisdicción voluntaria archivo el procedimiento.**

El artículo 175.4 contiene una redacción confusa, al contemplar varias situaciones , así "1.- empieza diciendo que nadie puede ser adoptado por más de una persona, es decir la regla general es que el adoptante sea siempre singular, una persona sola, 2.- a continuación establece dos excepciones a esa regla: i.- que la adopción se haga conjuntamente por ambos cónyuges, o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal; e ii.- sucesivamente por el cónyuge. De hecho si se produce la adopción inicial por una persona, y posteriormente se casa o forma pareja, este nuevo consorte/pareja puede adoptar también a ese hijo/a. 3.- Por último señala, que en caso de muerte del adoptante o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el art.179 será posible una nueva adopción".

El Tribunal hace una interpretación lógica y sistemática del referido artículo 175.4 del Código Civil, en el sentido de considerar que este último apartado va referido solo a aquellos supuestos en que el adoptante es una sola persona o siendo ambos hayan fallecido o sufrido la exclusión del artículo 179 CC, casos en que difícilmente se podrá iniciar una nueva adopción sin que exista una resolución judicial o administrativa (declaración de desamparo) que acredite la situación de desatención del menor, que justifique las adopción de una medida de protección o nueva adopción. Pero ello no es de aplicación cuando siendo dos los adoptantes, esas circunstancias solo se dan respecto a uno de ellos, pues en este caso el que sobrevive o no sufre dicha exclusión, sigue ejerciendo las funciones de protección, inherentes a su condición de progenitor adoptante, que puede compartir con su nuevo cónyuge o pareja estable, si se dan los requisitos legalmente previstos, que al principio hemos indicados.

En el caso de mayores de edad la figura esencial es la del adoptando, pues no existe un derecho legal protegible a ser progenitor adoptivo, máxime teniendo en cuenta que el Código Civil pone como requisito ineludible, cuando se trata de adopción de un mayor de edad, que haya existido previamente a la edad de emancipación del adoptando, una relación similar al acogimiento o convivencia de al menos un año, entre adoptante y adoptando. Artículo 175.2 CC.

Por lo que difícilmente se puede ir a un declarativo previo a los efectos del art.179 del Código Civil, al ser ello inútil e impracticable, desde el momento en que el adoptando es mayor de edad y no está representado ni protegido legalmente por su progenitor adoptante. Amén de que el propio art. 179 del Código Civil otorga amplias facultades en este tema al adoptado mayor de edad, que deberán ser valoradas durante la tramitación del expediente.

Consecuentemente la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid viene a considerar que si los adoptantes son cónyuges o parejas de hecho, existiendo una equiparación entre

filiación biológica y adoptiva, si se divorcian o separan, el nuevo cónyuge o pareja de uno de ellos, podrá iniciar el expediente de jurisdicción voluntaria de adopción, al existir en dicho expediente mecanismo para determinar si el padre adoptante previo está incurso o no en causa de privación de patria potestad, para determinar si debe asentir o ser simplemente oído.

El procedimiento concluyó tramitándose el expediente de adopción de mayor de edad por los trámites de la jurisdicción voluntaria en el juzgado de instancia, por resolución del Tribunal, y cumplidos todos los requisitos legalmente establecidos, el Juzgador de Instancia acordó la adopción, y se constituyó la relación de filiación entre el adoptante y la hija mayor de edad adoptada de su esposa , con la que había convivido su nuevo adoptante desde su infancia, consiguiéndose la consagración legal de una situación fáctica entre adoptando y adoptante.





## EL TRASLADO NACIONAL DE MENORES: LA DESIGUALDAD ESTÁ EN EL DESTINO



**Cristina Díaz-Malnero,**  
Abogada de familia, mediadora,  
Presidenta de la Sección de  
Familia del ICAB

### INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como trasfondo las situaciones creadas por el cambio de residencia de los menores de edad, decidido de manera unilateral por uno de sus progenitores, cuando dicho traslado de residencia se realiza dentro del territorio nacional.

Si bien cuando dicho traslado se realiza fuera del territorio nacional, sabemos y aplicamos al pie de la letra el acervo creado por la Conferencia de La Haya en su Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores o el Reglamento CE 2201/2003, de 27 de noviembre, Bruselas II Bis relativo a la Competencia, reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, cuando se realiza dentro del territorio nacional nos encontramos ante unas normas procesales y unas resoluciones judiciales que distan mucho del trato dado a dicha cuestión en el primer caso.

Sin embargo, todo traslado de domicilio de un menor sin el acuerdo previo de ambos progenitores o de la autoridad judicial, e insistimos en la palabra “previo”, es ilícito y vulnera el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental \*1.

### I.-LA RESPONSABILIDAD PARENTAL O EL MARCO DE VIDA DE LOS HIJOS E HIJAS CON SUS PADRES.

A pesar de que, de inicio, el reparto de la pauta de vida de los hijos comunes entre los padres parece ser siempre el caballo de batalla, muchas personas se sorprenden cuando, sentados en nuestros despachos, oyen pronunciar por primera vez, o casi, la palabra “responsabilidad parental” o incluso “patria potestad”. Les explicamos que la guarda no es más que la división del tiempo de vida de sus hijos con ellos, y que lo que realmente se circunscribe en la responsabilidad parental definida como el conjunto de derechos y obligaciones que la ley impone a los progenitores, inherentes a su función paternal o maternal, hasta la mayoría de edad, salvo caso de prórroga.

Así se les explica que la responsabilidad parental, que a veces consideran como algo totalmente secundario, es en realidad el marco de sus relaciones una vez se produce la separación de los padres, y que de ella derivan todas las decisiones relativas al bienestar y desarrollo integral de los menores: la pauta de vida, el lugar de domicilio de los hijos; el tipo de enseñanza y el centro educativo; las cuestiones de salud y, también, las de índole religioso. Y su sorpresa se hace aún mayor cuando se les indica que todas esas decisiones han de ser tomadas de mutuo acuerdo siempre o, en su defecto, por la autoridad judicial.

Cierto es que la evolución de la palabra “patria potestad” hacia la de “responsabilidad parental” es paralela a la propia evolución vivida por nuestra sociedad en la que la incorporación del padre a la vida familiar y de la madre al mercado laboral han desembocado en la importancia de que las familias puedan seguir siendo familias, pero transformadas, después de la ruptura. Además, los distintos modelos de familia que conocemos hoy en día se centran en la necesidad de garantizar a los hijos e hijas su relación con ambos progenitores, de la manera más igualitaria posible, en el entendimiento que la familia no se rompe, sino que evoluciona y se transforma para conformar un nuevo modelo familiar en beneficio del desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Cómo hemos dicho, uno de los pilares que conforman la responsabilidad parental es, precisamente, la decisión sobre el lugar de residencia de los hijos e hijas. Parece una obviedad, sin embargo, en ocasiones se debe recalcar que cada uno puede decidir dónde residir, pero no lo puede hacer de manera unilateral para sus hijos e hijas, sin contar previamente con el consentimiento del otro titular de la responsabilidad parental o de la

autoridad judicial.

### II.- EL TRASLADO NACIONAL ILÍCITO

En este contexto, nos encontramos en numerosas ocasiones con la voluntad de uno de los progenitores de trasladar su lugar de residencia, y también el de los hijos/as, traslado que dificultaría o imposibilitaría una guarda compartida o incluso una guarda individual con un amplio régimen de comunicación y estancias. Al margen del tratamiento judicial que se realice cuando el progenitor pido autorización judicial previo al cambio de residencia, trataremos aquí las situaciones en las que el traslado se realiza unilateralmente, sin autorización ni consentimiento del otro progenitor ni autorización judicial.



1. Artículo 154 del Código Civil; artículo 236-17 y siguientes del Código Civil de Catalunya.



Si bien cuando se trata de un traslado fuera del territorio nacional, la existencia de los instrumentos internacionales y europeos antes mencionados ponen en marcha un proceso de sustracción internacional de menores que tiende al retorno del menor por parte del Estado al que ha sido desplazado a su Estado de residencia habitual, determinando que dicho traslado es ilícito.

Pero ¿qué pasa si un progenitor se traslada de Barcelona a Jerez sin autorización parental ni judicial? ¿qué instrumento se aplica entonces para su retorno?

Aquí hemos de diferenciar la esfera penal de la civil. En la esfera penal, el artículo 225 bis del Código Penal tipifica el delito de sustracción de menores, en concreto en su apartado 1: “ El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.”, fijando en su apartado 2 que se considera sustracción : “1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente (...)”

La lectura dada por la jurisprudencia a dicha artículo acabó determinando que la convivencia referida no sólo se refería

al progenitor custodio sino también al que no lo es, por cuanto la convivencia también se ejerce mediante el régimen de comunicación y estancias establecido, y derivan del ejercicio de la responsabilidad parental . Dicho artículo no determina en sí que el lugar al que se le traslade sea fuera del territorio nacional, sino que contempla única y exclusivamente que se proceda por uno de los progenitores al cambio de residencia sin el consentimiento del otro titular de la responsabilidad parental.

En la esfera civil nos encontramos en una situación infinitamente más desprotegida por cuanto no hay en sí ninguna norma que determine cómo conseguir el retorno del menor a su lugar de residencia en caso de sustracción nacional. Si bien se considera que el traslado realizado vulnerando el ejercicio de la responsabilidad parental es “ilícito” no se llega a determinar ningún procedimiento para el retorno sino que, al revés, muchas veces nos encontramos con la teoría de los actos consumados y, cuando a ello se une la lentitud judicial, apenas y de puntillas se menciona dicha vulneración de la responsabilidad parental, pasando a considerar de entrada por la autoridad judicial que existen cientos de kilómetros entre los domicilios materno y paterno, dando ya de entrada por zanjado un posible debate sobre la atribución de la guarda de manera compartida entre los progenitores.

Sí, en efecto, leído así podría incluso parecer una estrategia de uno de los progenitores para evitar dicha pauta de vida compartida de los hijos/as, menoscabando directamente su derecho a relacionarse de manera igualitaria con ambos progenitores. Así las cosas, no podemos olvidar que los instrumentos con los que contamos ahora mismo pasan todos por procedimientos en los que se discute el fondo del asunto: medida cautelar de prohibición de salida; controversia en el ejercicio de la potestad parental, medidas provisionales previas, sin embargo, en los procesos de sustracción internacional todo pivota alrededor de la restitución inmediata del menor a su lugar de residencia habitual.

Entonces, en este contexto, es evidente que se hace necesario regular un procedimiento similar para los casos de sustracción nacional con el fin de garantizar el retorno inmediato al lugar de residencia dentro del territorio español , sin perjuicio del fondo del asunto, por cuanto actualmente el traslado de un menor de Barcelona a Jerez tendrá un trato legal distinto del que tiene el traslado de un menor de Barcelona a Perpignan. Pero hasta tanto el Legislador no tenga a bien realizar esta introducción normativa, nos hemos de preguntar si podríamos considerar la aplicación del artículo 778 quater de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por analogía, a los casos de traslado ilícito dentro del territorio nacional. Lo cierto es que la aplicación

análoga tendría sentido por entender que el interés superior del menor así como definido en la LO 1/96 de 15 de enero de Protección del Menor y en los instrumentos internacionales de obligado cumplimiento para España fijan la obligación de los tribunales españoles de considerar por encima de todo la garantía de los derechos de los menores, y en este sentido la aplicación análoga permitiría la aplicación del artículo 778 quater de la Ley de Enjuiciamiento Civil por cuanto existe un traslado ilícito del menor de su residencia habitual y se plantea su retorno a dicho lugar que sí se encuentra en territorio español. Hay un traslado ilícito, hay una solicitud de retorno y hay una garantía de preservar el interés del menor sin perjuicio de las medidas que se determinen una vez analizado el fondo del asunto por la autoridad judicial.

Todo ello tiene sentido con el fin de evitar que los traslados nacionales que se realicen de manera ilícita reciban un trato desigual a los traslados ilícitos internacionales que, en consecuencia, sólo perjudicará directamente a los que nuestros tribunales han de proteger: nuestro niños, niñas y adolescentes.

2. *Sentencia del Tribunal Supremo 84/2016, de 16 de noviembre; Sentencia de la audiencia Nacional, Sección Segunda de la Sala de lo Penal, de 1/2013 de 26 de diciembre.*

3. *Es una de las conclusiones del I Congreso de Infancia y Adolescencia celebrado en Madrid en marzo de 2021 bajo la organización de la Plataforma Familia y Derecho, el ICAM y el ICAB.*

4. *Artículo 778 quater 1: En los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo. No será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional.*

5. *Convenio de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, Carta Europea de Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000 entre otros.*

# I PARTE

## ABANDONO DE FAMILIA. CUESTIONES SUSCITADAS. ESPECIAL CONSIDERACION DE LAS CONDICIONES DE PERSEGUIBILIDAD



### Francisco Monterde Ferrer

Magistrado jubilado del Tribunal Supremo  
Miembro de número de la Real Academia

Valenciana de Jurisprudencia y Legislación

#### I.-INTRODUCCION HISTÓRICA

En cuanto a sus antecedentes más remotos, el abandono de familia se incluye por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico por la L.de 12 de marzo de 1942, cuyo artículo primero, inmediatamente después se incorpora al CP de 1944, manteniéndose hasta la fecha. Se acogió así en nuestro Derecho el sistema italiano de garantía de las obligaciones familiares asistenciales comprendiendo tanto las materiales como las morales, frente al sistema francés que otorga exclusivamente la salvaguarda penal a la prestación de orden material consistente en la prestación alimenticia familiar. Así en nuestro sistema vigente el núcleo de las prestaciones familiares exigibles con sanción jurídico penal abarca el conjunto de deberes jurídicos relativos a la atención y cuidado que corresponde a los miembros del grupo familiar.

Por otra parte, este delito de abandono de familia estaba insertado sistemáticamente, hasta el vigente Código de 1995 bajo la rúbrica de los delitos contra la libertad y seguridad, a pesar de que el bien jurídico tutelado es diverso a los agrupados bajo el enunciado

de la libertad y seguridad personales. Hoy se incluye dentro de los delitos contra las relaciones familiares.

Así, el Libro II del CP destinado a los "Delitos y sus Penas", contiene un T.XII sobre los "Delitos contra las relaciones familiares"; su Capítulo III trata de los "Delitos y deberes familiares"; y su Sección 3ª lleva por rúbrica "Del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección".

Estos artículos se encuentran vigentes, desde la entrada en vigor del CP de 1995, el 25 de mayo de 1996, no habiendo existido más modificaciones legislativas que las introducidas por la LO 9/2002, de 10 de diciembre que produjo el cambio de numeración de la Sección; así como por la LO.1/2015 de 30 de marzo que modificó la rúbrica de esta Sección 3ª; y por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (BOE de 26 de noviembre), con entrada en vigor en 1.10.2004, cuya modificación afectó a los apartados 1 de los arts 226 y 227, sustituyendo las penas de arresto de fin de semana, por las penas de prisión o multa que ahora se señalan.

#### II.- REDACCION ACTUALMENTE VIGENTE

##### Art. 226.

1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

##### 2. El Juez o Tribunal podrá

imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

##### Art. 227.

1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos en favor de sus hijos, serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

##### Art. 228.

Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

#### III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS:

#### 1. Abandono de familia propio (art 226)

**A.-Doctrina general.** El delito de abandono de familia consiste \*2 en dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge que se hallen necesitados.

El tipo penal reenvía a la correspondiente legislación civil que determina los deberes legales derivados de las relaciones familiares.

Por ello la descripción penal de esta figura constituye una de las denominadas leyes penales en blanco o preceptos punitivos incompletos, puesto que una parte de sus elementos típicos, no se halla inserto en el mencionado artículo, el cual necesariamente ha de completarse o integrarse con el contenido de preceptos extrapenales que esclarezcan lo que debe entenderse como deberes de asistencia.

En tal sentido, la STS 1563/98, de 15 de diciembre tiene declarado que "el delito que nos ocupa comporta una dinámica omisiva-comisiva con efectos permanentes cuya integración normativa de referencia dada su naturaleza de tipo penal en blanco la constituyen los artículos del CC. reguladores de los deberes inherentes a la patria potestad de cuyo núcleo central irradian con especial intensidad los de sostenimiento, guarda y custodia y educación del sujeto pasivo".

El tipo objetivo se realiza por el incumplimiento de cualquiera de los deberes citados, sin que el tipo requiera que se incumplan la totalidad de los deberes asistenciales exigibles en el marco de cada institución. Pero el delito de abandono de familia es básicamente un delito de omisión, requiriéndose en consecuencia la capacidad para realizar la acción debida. Por eso se excluye este delito en los casos en que el autor incumple las obligaciones legales debido a imposibilidad física o material (aunque es posible, en su caso, recurrir a la doctrina de las acciones liberae in causa). En el tipo subjetivo, se requiere el conocimiento de las circunstancias fácticas que generen el deber de asistencia y que con la omisión se incumple la acción debida.

1. Juan Saavedra Ruiz. Comentarios al CP. Bosch 2007.T.3 °. Pag 1675 y ss.

2. Angel Calderón y José Antonio Choc Ián. Código Penal Comentado y Concordado. Ed. Datadiar. Deusto Jurídico 2004. Pag.498 y ss.

**B.-El mero impago de pensiones no constituye este delito.**

La STS de 908/2003, de 16 de junio, el incumplimiento ha de ser voluntario. Si el relato fáctico de la sentencia no lo establece así no es posible la subsunción típica.

**C-Casuismo . Absentismo escolar de hijos .Ausencia del domicilio \*3**

La pertinaz y continuada inasistencia de la hija a las clases detectada por los servicios sociales del municipio, abarcando el ciclo escolar en casi su totalidad es suficiente para el nacimiento del delito enjuiciado sin que pueda aceptarse como excusa justificadora de las ausencias la necesidad de ocuparse de sus familiares, porque se trata de tareas impropias de una menor que no pueden interferir en su prioritaria educación. (Cfr SAP Alicante 249/03, de 7 de mayo; SAP Zaragoza 3-6-2000; 21-11-2000; 9-1-2001).

Llena el tipo objetivo del art. 226, la conducta de la madre consistente en ausentarse del domicilio dejando a sus hijos desamparados incumpliendo los deberes legales de asistencia a la patria potestad, compañía, alimentos, vestidos, educación, asistencia médica, e higiene. (Cfr SAP Cantabria 19/2003, de 13 de marzo).

**2. Abandono impropio(art. 227) .****A) Características.**

Es un delito complementario del anterior abandono de familia, que tiene como función la protección eficaz del cumplimiento de determinados deberes familiares establecidos por la legislación civil en el marco del matrimonio y las relaciones paterno-filiales. Pero el legislador ha querido castigar a través de este precepto la desobediencia a cumplir los requisitos temporales establecidos en relación con la resolución judicial en la que se acuerden las pensiones mencionadas, en el mismo hasta el extremo que se puede configurar como una forma específica de desobediencia a la

resolución judicial que fija la pensión, y por ello también se trata de un delito contra la Admón. de Justicia.

La STS 576/2001, de 3 de abril señala que esta figura constituye una segregación del tipo general de abandono de familia, incorporando al Código una específica modalidad del tipo básico con la que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente más débiles del cuerpo familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos en virtud de resolución judicial o de convenio judicialmente aprobado en los supuestos contemplados en el precepto.

Este delito no deja de ser objeto de controversia, por sus connotaciones con la proscrita pensión por deudas, ya que no tiene otra referencia objetiva más allá del impago, de las pensiones citadas en el mismo que justifique la conminación penal, es decir que no existe otro desvalor que el mencionado. En efecto, debe señalarse que, tanto el art. 11 del Pacto de Nueva York, como el art. 10.2 de la CE, proscriben la prisión por deudas, ahora bien, lo que sucede es que es que la jurisdicción civil por sí sola se ha mostrado incapaz de asegurar la eficacia del sistema de pensiones y el Legislador, por ello decidió incriminar esta conducta. \*4.

**B) Tipo objetivo.**

Según lo dicho anteriormente el tipo objetivo exige la existencia de una resolución judicial que haya establecido la pensión correspondiente.

Además de ello, se trata de un delito de omisión que entraña la infracción de un deber extrapenal; así como de un delito especial propio, distinguiendo entre prestaciones periódicas y de pago único. Igualmente es una cuestión debatida si la capacidad económica de los obligados para realizar la acción, en una u otra modalidad, pertenece al tipo objetivo. La supresión de la expresión "pudiendo hacerlo", que suprimió la LO 3/89, parece dar a entender que la solvencia no es un elemento del tipo.

Se ha suscitado también la cuestión de que el Juez penal podría convertirse en revisor de lo resuelto por el Juez civil a la hora de determinar la solvencia o insolvencia del sujeto activo. Hay que decir que, en principio, no se trata de una cuestión prejudicial de las previstas en la LECr. Sino que se trata de esferas independientes, y por ello el primero deberá resolver con arreglo al acervo probatorio del proceso penal. En cualquier caso, la carga de la prueba corresponde a la acusación, correspondiéndole acreditar la capacidad de pago. Sin embargo, el acusado deberá probar circunstancias como el estado de necesidad o la concurrencia de otra causa de exención de responsabilidad.

Por otra parte, la necesidad del beneficiario, tampoco se requiere, siendo indiferente que éste disponga de medios suficientes para la subsistencia. Ateniéndonos al texto legal el delito se comete con independencia del nivel de vida de los beneficiarios de la pensión (Cfr. STS 576/2001, de 3 de abril).

**C) Tipo subjetivo.**

Se trata de un delito doloso. Y de omisión. Por ello basta el conocimiento de la situación fáctica que genera el deber de actuar, la capacidad de pago del sujeto activo y que su comportamiento omita el cumplimiento del deber (Cfr STS 8 de julio de 2002).

La STS de 28 de julio de 1999, ya resaltó que la voluntariedad exigida resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida. Y en el mismo sentido se pronuncia la STS 185/2001, de 13 de febrero.

**D) Delito permanente. Delito de tracto sucesivo. Delito continuado.**

El Tribunal Supremo (Cfr. STS 3/3/87; 24/1/1990; STS 1974/92, de 21 de septiembre) ha considerado que el delito de abandono de familia, es un delito permanente, que, por tanto, supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración que sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona tal situación.

En consecuencia, no caber ser estimado delito continuado, estando integrado el tipo por una pluralidad de acciones. Y ello sin perjuicio de que haya de calibrarse la dilación temporal del incumplimiento del pago de la pensión para sopesar la gravedad del hecho como criterio determinante de la magnitud de la pena, ex art. 66. 1ª CP.

**E) Lugar de comisión.**

También se ha discutido, pero como delito de omisión, la regla es que se comete en el lugar donde debió cumplirse la obligación o el deber que integra la conducta típica, como es el correspondiente a la cuenta designada por el acreedor (Cfr ATS 21/1/1998).

**F) Responsabilidad civil.**

Conforme al art. 227.3 CP "La reparación del daño procedente del delito comportará comportará siempre el pago de las cantidades adeudadas". Con ello se clarifica una cuestión muy debatida en la teoría y en la práctica con anterioridad, en la medida en que se entendía que el impago de la pensión era antecedente del delito pero no consecuencia del mismo. Así esta previsión específica complementa el contenido de los arts 109 y 110 CP en la definición de la responsabilidad civil ex delicto que proclama el art. 116.1 CDP. A este respecto ya se había pronunciado afirmativamente la Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado. Del mismo modo, y ante lo expuesto, cabrá la atenuante de reparación del daño. \*5

**G) Concurrencia con alzamiento de bienes.**

El TS se ha pronunciado en este sentido en casos en que, por un lado el acusado dejó de pagar, en un tiempo que supera los dos meses consecutivos, las prestaciones económicas que habían sido fijadas en sentencia de divorcio, y, por otro, igualmente realizó una disposición patrimonial que dificultó o impidió la eficacia de los procedimientos iniciados o que se hubieran podido iniciar para exigir el pago de las prestaciones familiares a que venía obligado y a las que no hizo frente (Cfr. STS 1350/2002, de 8 de julio; STS 908/2003, de 16 de junio).

*\*La 2ª parte del artículo continuará en el número de julio*

3. Sánchez Melgar, Julián. "Código Penal .Comentarios y Jurisprudencia". Ed. Sepín. 2004.T. I. Pags 1176 y ss.

4. Juan Saavedra Ruiz. Ob. Cit. Pag.1679 y ss.

5. Juan Saavedra Ruiz. Ob .cit. Pag. 1681.

## EL ORDEN EN EL TRABAJO DEL ABOGADO:



**Saturnino Solano**  
Abogado  
[saturninosolano.com](http://saturninosolano.com)

El orden es un requisito esencial en el ejercicio de la profesión. Tan importante como el conocimiento. No es un capricho o un aderezo que da brillo a tu trabajo. Sin orden no se puede ejercer la profesión de abogado.

Esto no lo enseñan en la facultad. Tampoco sé de ningún seminario o curso que lo enseñe. Lo enseña el error. El perder una tarde de trabajo buscando un expediente. O peor aún, se aprende cuando el abogado se enfrenta a una imputación por negligencia profesional, al haber perdido un documento o habersele pasado un plazo.

No esperes a que el desorden te haga daño. Reacciona. El Desorden ralentiza tu trabajo, te hace perder eficacia, pero además puede ser el reflejo material de otro desorden más profundo: el desorden en tu vida. Ese que te hace sentir a disgusto contigo mismo sin saber por qué, que empolva

tus alegrías. Pero te diré que, igual que cuando te empeñas en mejorar tu trato con los demás, ese esfuerzo redundará en tu beneficio y terminas queriéndote de verdad a ti mismo. Cuando te empeñas en ser ordenado en tu trabajo y ves tu mesa ordenada y organizas tus papeles y tu tiempo; el orden, también trasciende a otros ámbitos de la vida. La satisfacción y la confianza en ti mismo crece enormemente, te sientes capaz, disfrutas, empiezas a mandar en tu vida.

Hay muchos mitos sobre el orden. Yo voy a desvanecer aquí tres de ellos:

**1º.- No es cierto que el orden solo se aprenda de pequeño** y hasta los siete años. Eso lo cuentan en los cursos para padres de los colegios, para que los padres les enseñemos a nuestros hijos a ser ordenados y no la líen en clase. El orden se enseña y se aprende mejor si te habitúas desde pequeño, pero el orden se aprende igual de mayor. (Yo lo sé por experiencia.)

**2º.-El segundo mito es que no es cierto que en la mesa de todo abogado viva un enanito cabrón** que lo esconde todo. (Bueno..., es cierto, pero cuando pones orden en la mesa se muere. De aburrimiento, pero se muere).

**3º.- No es cierto que no se aprenda del error ajeno.** Defender a compañeros imputados por negligencia profesional, por haber dejado pasar un plazo, o por haber perdido documentos, me ha enseñado muchísimo y me ha hecho ser más cuidadoso y ordenado. Lo que seguidamente te expongo es el método que yo uso. Ni es el único, ni probablemente el mejor, pero a mí me da buen resultado.

### ABRIR UN EXPEDIENTE:

- ¿Cuándo abres un expediente?, es decir, ¿cuándo coges del armario una carpeta nueva y rellenas en la tapa los datos del cliente, del asunto etc.?
- Dirás: Cuando sé que tengo un asunto nuevo.
- ¿Y cómo sabes eso? ¿Hay algún hito que defina el hecho de tener un asunto

nuevo? Podrás decirme: Claro, cuando firmo la hoja de encargo, si es que la haces, (que se que no la haces). ¿Y mientras... donde has guardado esa servilleta con el teléfono del cliente?, ¿El Whatsapp de tu amiga Carmen, contándote lo de su cuñado Manolo y su teléfono?

De todo este diálogo de besugos saco dos consecuencias:

**1º) Quanto más cara sea la carpeta que utilices, más te costará abrir un expediente.** (Lo sé por experiencia). Y mientras, el asunto de tu vida, el cliente que te puede hacer ganar miles de euros, vive pendiente de una servilleta que te puede arruinar un estornudo cuando acabes sonándote con ella... (También lo sé por experiencia.)

**2º) Abrir un expediente en el programa de gestión de despacho, no te cuesta dinero.** Aunque solo pongas un nombre (Manolo cuñado de Carmelilla) y un teléfono, ya puedes tirar la servilleta, o... sonarte con ella.





**EL EXPEDIENTE EN PAPEL**

Planteo aquí como guardar físicamente los expedientes en papel y como buscarlos. Y te lo planteo a nivel básico, es decir, como si no tuvieras ordenador, para que veas que el sistema funciona también “a pedales”.

Sé que en la era digital, hablar de ordenar los expedientes en papel puede parecer algo arcaico, pero como sé que sigues teniéndolos, esto te interesa.

El criterio de clasificación: Ordenar algo requiere un criterio para clasificarlo. Ordenas por número, por orden alfabético, por clientes, por juzgado etc.

**El abogado trata clientes.** (El asunto de fulanito o de menganita). El criterio, por tanto, que yo utilizo para buscar un expediente, es el nombre del cliente.

Pero **gestionar un archivo físico**, o sea, las carpetas de los expedientes, por **orden alfabético, es mucho más complejo que hacerlo por número.** (Saber que el expediente 1345 va antes que el 1368, se ve más rápido que si el expediente de Vinuesa va antes o después que el de Vilata). Por eso lo mejor es coordinar ambos criterios. Es decir, usar el nombre del cliente como criterio de búsqueda y para guardar y almacenar los expedientes en papel, el numérico.

CÓMO COORDINAR AMBOS: Ponle a cada carpeta un número correlativo bien grande en una esquina. Más abajo, el primer

dato: el nombre del cliente. Etc. (Luego te hablaré de que datos pongo en la tapa del expediente.)

A la hora de ordenar los expedientes hazlo por número y ordénalos correlativamente.

Cuando no tenía ordenador, cogía un montón de carpetas nuevas y las numeraba correlativamente, siguiendo la numeración del último asunto vivo que había abierto. Así, tenía preparadas ya, unas cuantas carpetas para no tener que hacerlo cada vez. Y dentro de cada carpeta metía una ficha, de esas apaisadas con unas rayitas rojas. Y ponía en la parte superior de cada una CLIENTE: \_\_\_\_\_ y en la otra esquina superior escribía el mismo número que había puesto en la carpeta.

Cuando me entraba un asunto nuevo, cogía una carpeta ya numerada, escribía el nombre del cliente en la tapa de la carpeta, el asunto etc., sacaba la ficha de dentro de la carpeta, (numerada ya con el mismo número que la carpeta), ponía el nombre del cliente y guardaba: la ficha en un fichero por orden alfabético, y la carpeta por su número correlativo en el archivo.

Para localizar la carpeta, buscaba en el fichero la ficha del cliente por su nombre y miraba el número del expediente que estaba guardado en el archivo por orden numérico correlativo: Fácil y sencillo. Este proceso de las fichas de cartón, hoy lo debes sustituir por una ficha informática, abriendo un asunto nuevo en el programa de gestión.

Porqué lo hacía de este modo:

1º.- Porque me lo enseñó mi mujer, que es la procuradora más ordenada del mundo.

2º.- Porque manejar las fichas ordenadas alfabéticamente, es más sencillo que buscar carpetas ordenadas alfabéticamente.

3º.- Porque, además, como luego la vida de un asunto es diferente a la de otro, la numeración salteada es mucho más fácil de manejar que la alfabética.

4º.- Si de un mismo cliente tienes varios asuntos, tendrás en el fichero tantas fichas del cliente como asuntos vivos le estés llevando. En este caso, es necesario un segundo dato en la ficha, Contrario, segundo cliente: (asegurado en las Cias de seguro) etc.

Evidentemente **la búsqueda del expediente con un programa de gestión**, la puedes hacer de mil maneras y es muy sencillo, pero lo que trato aquí de exponer, es como guardar las carpetas y como buscarlas “a pedales”. Si no tienes un programa de gestión, puedes usar una hoja Excel para hacerte una lista de asuntos y clientes, y usar la función de filtrar para agilizar la búsqueda, (un icono con forma de embudo) o dentro de la pestaña de datos “filtrar” (según versiones). Así cuando buscas el cliente “Mutua la Caçola”, te aparecen en la lista, ordenados por número, todos los asuntos de este cliente y su número:

EXP. Nº	CLIENTE	ASUNTO	JUZGADO
1326	MUTUA LA CAÇOLA	VERBAL TRAFICO	1ª INSTANCIA 21
1330	MUTUA LA CAÇOLA	VERBAL TRAFICO	1ª INSTANCIA 3
1331	MUTUA LA CAÇOLA	ATROPELLO	INSTRUCCIÓN 10



**QUÉ INFORMACIÓN PONER EN LA TAPA DEL EXPEDIENTE:**

Imagínate que te llega un cliente contándote que a su hija la acosa sexualmente un adulto por internet. Tú abres la carpeta, pones el nombre del cliente: José Jacinto Jarrón y en el Asunto: Pederastia.

El día de la declaración, antes de ir al juzgado, te bajas a tomar un café y dejas la carpeta boca arriba en la barra de la cafetería. Mientras pides tu café, el cliente que tienes a tu lado, comiéndose un bocata de calamares se entretiene leyendo mientras come: “Cliente: José Jacinto Jarrón, Asunto: PEDERASTIA”.

Y le oyes decir con la boca llena de calamares: “¡Coño, Jofe Jafinto ef un pededasta!”

#### La carpeta puede contener información muy delicada:

- NUNCA llesves el expediente en la mano. Se ensucia de rodajes de café y de grasa del bocata de calamares. Llévalo en la cartera o en un porta expedientes.
- Puedes quebrar tu obligación de secreto profesional.
- Cuida la información que pongas en la tapa. Usa abreviaturas. La protección de datos y el secreto profesional también pasan por la portada del expediente.
- Los datos de la tapa, deben ser: útiles, pocos y suficientes. (Si usas tu impresora para imprimir los campos Cliente: Asunto: etc. queda mejor.)

Este último dato es mucho más importante de lo que piensas, sobre todo al principio del asunto. Si te llama por teléfono Manolo García y te pregunta cómo va su asunto, muy probablemente no sepas quien es, ni cómo va su asunto, hasta que te diga “Soy el cuñado de la Carmelilla”. Ese, es el dato que debes poner también en la carpeta o en la ficha del programa de gestión. Ese dato es igualmente imprescindible para iniciar tu gestión de Marketing profesional. Analizar la procedencia de tus asuntos, es imprescindible para crecer como abogado. Y también te permite valorar la procedencia de tus

ingresos, es decir, cuánto dinero te ha dado a ganar al final del año, por ejemplo, tu amiga Carmen. Te asombrarás cuando lo hagas. [De eso hablaré en un post sobre marketing.](#)

#### COMO ARCHIVAR LOS EXPEDIENTES:

Dentro de un expediente guardas documentos confidenciales, declaraciones, pruebas insustituibles, la hoja de encargo... El contenido de un expediente es de vital importancia para la gestión del asunto y por supuesto, para tu cliente y para ti. Los expedientes son tus asuntos, de ellos proceden tus ingresos, vives de los expedientes... Te cuento todo esto que ya sabes, para que los valores mejor. Por eso ¿Crees que tenerlos amontonados en distintos estantes, sillas, mesa de juntas, en el suelo... es un método correcto de almacenar lo que te da de comer?

#### MONTONES DE EXPEDIENTES

**Amontonar no es ningún método de archivo.** Yo amontonaba expedientes y pasaba la tarde buscando cada carpeta para meter una providencia o sacar un documento. No me digas que son “**montones clasificados**” porque, tampoco es un sistema (montones por años, montones de asuntos del turno, el montón de pendientes de minutar, el montón de matrimonial...) Amontonar no es un sistema.

#### Piensa como trabajas con tus “Montones”:

Si quieres sacar el penúltimo expediente de un montón que, POR FIN, has encontrado, coges los expedientes de encima y los pones en... a ver... bueno... en el suelo (es un momento). Coges el expediente que buscabas (solo voy a consultar una cosa y cuando lo deje en su sitio ya los “amontonaré” correctamente). MENTIRA. AHORA TIENES DOS MONTONES. Sales del despacho corriendo y ni te acuerdas. La próxima vez harás lo mismo y el caos, vive ya cerca de tus “montones”. Pero, lo de levantar los montones para sacar el de debajo, lo haces las cinco primeras veces, cuando tus riñones aún responden. Pero cuando estás hasta el moño de buscar en distintos montones, tiras del penúltimo expediente, (lo sé por experiencia), momento en el que la fricción, la física y la ley de la gravedad, se encargan de “ordenar” definitivamente tus montones “clasificados”, haciendo un bonito y colorido abanico de papeles y documentos, mezclados entre sí que te auguran una tarde entretenida y de muy mal café. (También lo sé por experiencia).

#### Amontonar no es un sistema.

**Cómprate un archivador de cajones** que para eso los han inventado, invierte en uno de los elementos de mobiliario de oficina más útil y que te harán ganar más tiempo y dinero. Localizar los expedientes es rápido y comodísimo, así como guardar los documentos y providencias en cada expediente.

#### BUSCANDO EN EL ARCHIVO

Suele ser una excusa habitual para no guardar los expedientes en un archivador que, si no los tienes a la vista, te olvidas de hacer lo que tienes que hacer con él: un escrito, un recurso, minutarlo etc. NO CUELA. Si tienes que hacer muchas cosas con distintos expedientes, lo que procede, es que te hagas una lista de tareas, tal y como

te explico en [LA GESTIÓN DEL TIEMPO DEL ABOGADO, PARTE II](#); pero no tengas todos los expedientes encima de la mesa. Sacas el que vayas a utilizar y cuando termines lo guardas en el archivador y tacha la tarea de la lista.

Yo hago, además, una revisión general de asuntos cada mes. Abro cada cajón y compruebo uno a uno, la situación en que este cada expediente, haciéndome una lista de tareas de lo que hay que hacer con cada expediente que tenga alguna actuación pendiente. También compruebo si están anotados los señalamientos en la agenda.

Tener archivados los expedientes, te permitirá tener tu despacho ordenado y sin papeles. Convirtiéndolo en un lugar agradable para trabajar a gusto y disfrutar con tu trabajo. Dispondrás así de un lugar adecuado para recibir a tus clientes y tratar mejor sus asuntos.

#### POR DONDE EMPIEZO.

Cuando decidas ordenar tu despacho, saca con tu móvil una o varias fotos a tu Caos actual. Luego cada día oblígate a meter en el archivador solo tres o cuatro expedientes. Comprobaras que es cierto lo que decía Santa Teresa: **“La paciencia...todo lo alcanza”**.



NÚMERO Tu referencia

Cliente: nombre y apellidos

Móvil y mail

Remitido por: Nombre de quien te remite al cliente o persona a través de la cual te llega el asunto.

Asunto: genérico (querrela 189 CP etc.)

Contrario:

Letrado contrario: (nombre y teléfono)

## LA ATRIBUCIÓN DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE MENORES, AUNQUE SUS PADRES NO HAYAN SIDO PRIVADOS DE LA MISMA



**Juan José Nevado Montero**  
Abogado

La patria potestad es un concepto de orden público como institución básica de la estructura familiar, y al derivar de la filiación tiene idénticos caracteres que los estados civiles de la persona y, por tanto, es intrasmisible, irrenunciable e imprescriptible.

La intransmisibilidad deriva de que nace con la filiación, y se encuentra fuera del comercio, por lo que no puede cederse, aunque ciertos aspectos pueden ser delegados, por ejemplo, cuando un menor asiste a clase en un internado, o cuando permanece bajo el cuidado de familiares durante una temporada. La patria potestad la siguen ostentando los padres, pero se valen de un tercero para ejercer parte de las funciones. De igual forma, aunque no ejerzan la patria potestad, hay una serie de sujetos que pueden influir con sus actuaciones en dicho ejercicio, como los padres que asisten a menores que a su vez tienen hijos, el defensor judicial, el propio hijo que participa en las decisiones si tiene suficiente madurez, la autoridad si la requieren los padres en el ejercicio del derecho de corrección, o el Juez o Ministerio Fiscal cuando intervienen en los procedimientos de familia.

Su irrenunciabilidad trae causa de su imposición ex artículo 154 CC, sin que se contemple la dejación voluntaria de las tareas que comprende, es más, las obligaciones de velar por los hijos menores y de prestarles alimentos permanecen, aunque los padres no ostenten la patria potestad (artículo 110 CC), y su incumplimiento se sanciona en el artículo 226 CP.

En el ámbito personal la patria potestad atribuye derechos y deberes tanto a padres como a hijos.

Los deberes de los padres se relacionan en el artículo 154 CC, aunque son desarrollados en otros artículos y normas, y los de los de los hijos en el artículo 155 CC.

El artículo 154 CC menciona como deberes y facultades que comprende la patria potestad en su vertiente personal: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, y procurarles una formación integral, oyéndolos siempre si tuvieren suficiente madurez antes de adoptar las decisiones que les afecten.

Por su parte, el artículo 155 CC menciona como deberes de los hijos el obedecer a sus padres mientras se encuentren bajo su potestad y respetarles siempre, y la obligación de contribuir de acuerdo a sus posibilidades al levantamiento de las cargas familiares mientras convivan con sus padres.

**La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, introdujo la distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, y consagró un sistema de titularidad dual y ejercicio conjunto, que correspondían en igualdad de condiciones al padre y a la madre, sistema vigente actualmente, con la salvedad de la modificación operada por Ley 13/2005, de 1 de julio, posibilitando la titularidad y ejercicio de la patria potestad por personas del mismo o de distinto sexo.**

La distinción entre titularidad y ejercicio obliga a deslindar los conceptos y determinar cuál será el contenido de la titularidad si uno de los padres se ve apartado del ejercicio.

La titularidad no aparece definida de forma explícita en el CC, por ello, el concepto ha sido objeto de delimitación doctrinal como la posesión en abstracto de las facultades y deberes de la patria potestad, y la ostentan los dos progenitores, aunque no vivan juntos. El ejercicio es el desarrollo de la titularidad, su plasmación en la práctica, su vertiente activa, que permite participar y decidir en los asuntos atinentes a la vida del menor.

Ambos conceptos corresponderían respectivamente a una perspectiva estática y dinámica de la misma figura, pues la mera titularidad implicaría asumir unos deberes con respecto al hijo de los que no se puede liberar, si no es por la pérdida de la patria potestad, y el ejercicio haría referencia a la iniciativa, dirección, o realización material de funciones que integran el contenido de la potestad y requieren de relación inmediata con el hijo (educación, vigilancia o administración de bienes).

El término guarda y custodia fue incorporado al lenguaje legislativo con la publicación de la LEC que, en su artículo 748.4, al delimitar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Título I, del Libro IV de la LEC, decía que eran aplicables a “los que versen sobre guarda y

custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”.

Patria potestad y guarda y custodia no son figuras idénticas, y entre ellas existe la relación del todo a la parte en situaciones de normal convivencia de los progenitores. Así, cuando los padres viven juntos, la guarda y custodia sobre los hijos menores de edad se encontraría subsumida en la patria potestad, que se ejercería por ambos de forma compartida. Pero en situaciones de no convivencia, la guarda y custodia se separaría de la patria potestad, y comprendería las funciones de ésta que requieran de la convivencia (cuidado y compañía) con el hijo, pues no es posible que los padres realicen materialmente las funciones encomendadas en la patria potestad, sino que sólo el progenitor que tenga encomendada la convivencia o guarda podrá realizarlas. La patria potestad sería un concepto general, y la guarda y custodia un concepto especial, que aparecería ante la falta de convivencia de los hijos con alguno de los progenitores.







En determinadas circunstancias la guarda no es ejercida por ninguno de los progenitores sino por familiares, en la mayoría de los casos tíos o abuelos, pues no se suele dar el caso de menores sometidos a la guarda de hermanos dada la similar edad. Imaginemos situaciones en que los progenitores han fallecido, están en prisión, marchan a otro lugar por largo tiempo o simplemente se desentienden de sus hijos.

Las situaciones de guarda de hecho pueden suponer un grave quebranto del interés superior de los menores, pues determinadas decisiones de importancia para su desarrollo y bienestar están incluidas en la patria potestad, y no pueden ser tomadas por el guardador sino únicamente por los titulares de la patria potestad de común acuerdo o por aquel a quien el Juez le atribuya la capacidad de decidir en un procedimiento para la resolución de discrepancias.

Esas decisiones abarcan cuestiones como las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza pública o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por los menores de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento de los menores, de menos de 16 años, a tratamientos o intervenciones médicas preventivas,

curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas a los menores y la realización por éstos de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas.



Si los padres no pueden ser localizados para que muestren su conformidad con, por ejemplo, un cambio de centro escolar o el sometimiento a un tratamiento médico, el familiar guardador se verá imposibilitado de hacerlo, y únicamente podría pedir al Juez que se resolviera de acuerdo al interés del menor a tenor de lo establecido en el artículo 158 CC, que reconoce un amplio elenco de personas legitimadas para accionar.

Para salvaguardar el bienestar de los menores conviene que quien ostente la guarda de hecho solicite la atribución del ejercicio de la patria potestad.

La guarda y custodia puede ser atribuida a familiares en sede de medidas provisionales ex artículo 103 CC, pero resulta posible si se considera necesario realizar una interpretación del artículo 92 CC para hacerlo en procedimientos de nulidad, separación, divorcio o adopción de medidas paternofiliales.

La premisa es que, en cualquier procedimiento en materia de familia,

independientemente de los reproches que se pudieran hacer a cualquier progenitor o de otras cuestiones, lo que debe primar es el interés del menor (STS 823/2012, de 31 enero 2013, rec. 2248/2011), pero no el interés abstracto sino el real (STS 679/2013, de 20 noviembre 2013, rec. 679/2013). Ese interés ha de ser valorado caso por caso, ha de ser individualizado, y tener en cuenta al menor con nombre y apellidos, así como el entorno familiar, social y económico en que ha crecido y se ha desarrollado (STS 47/2015, de 13 febrero 2015, rec. 2339/2013).

En la mencionada STS 679/2013 se establece que resulta posible atribuir la guarda y custodia a quien no es progenitor de un menor a través de los artículos 103.1 CC y 158 CC, así como, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, por el interés público que prima en estos procedimientos con relación a los menores de edad, aunque excedan de las relaciones paternofiliales.



El primer precepto posibilita de forma excepcional encomendar a los hijos a los abuelos, parientes u otras personas que lo consintieren, y de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.

La medida no se contempla entre las definitivas que recoge el artículo 92 CC, pero como hemos indicado, no existe ningún problema en interpretarlo en el sentido de que con relación a la patria potestad se puede instaurar un régimen intermedio y extraordinario que permita atender la protección del interés del menor.

En ese sentido, el TS delimita de forma restrictiva el concepto de desamparo, y considerando necesario un análisis objetivo de la situación de cada caso concreto fijó como doctrina que cuando un guardador de hecho preste a un menor la asistencia necesaria supliendo el incumplimiento de sus progenitores de los deberes de protección establecidos en las leyes respecto de la guarda de aquel ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección (STS 582/2014, de 27 octubre

2014, rec. 2762/2013).

Las resoluciones comentadas sirven de fundamento al TS en la STS 492/2018, de 14 septiembre de 2018, rec. 4860/2017 para atribuir la guarda y custodia de una menor a la tía paterna, que se había hecho cargo de su sobrina desde que a su madre le diagnosticaron un cáncer que causó su fallecimiento. El Alto Tribunal considera que con la tía ha tenido un entorno estable y seguro que ha posibilitado la creación de vínculos afectivos, y por el contrario el padre no posee capacidad para atenderla de forma adecuada.

A mi juicio resulta criticable que se atribuya únicamente a los familiares la guarda y custodia, pues como hemos expuesto únicamente permite decidir las cuestiones del "día a día", pero no acerca de situaciones habituales y trascendentales en la vida de los menores como la elección de centro escolar, lugar de residencia, sometimiento a tratamientos sanitarios o realización de actos de carácter religioso.

En aras a salvaguardar el interés del menor debería de atribuirse junto a la guarda y custodia el ejercicio de la patria potestad, de manera que el guardador cuya capacidad para el cuidado del menor ha quedado demostrada en el procedimiento pueda cumplir dicha tarea sin trabas.

Si no es así pueden ocasionarse perjuicios a los menores de forma recurrente.

En los casos en que la guarda de menores esté encomendada a sus familiares, por lo general, los padres titulares de la patria potestad no serán fáciles de localizar, y si lo son puede que no se encuentren en condiciones de decidir sobre su hijo o ni siquiera quieran hacerlo. Si nos encontramos ante estas situaciones el guardador se verá imposibilitado de recabar el consentimiento de los progenitores para cualquier decisión de las mencionadas que tenga que adoptar, debiendo de acudir al procedimiento del artículo 158 CC con la dificultad de emplazar a los padres y el retraso que ello puede suponer.

La demanda debe ser interpuesta de forma escrupulosa, pues resoluciones como el AAP Madrid 244/2020, sección 24, de 14 mayo 2020, rec. 1687/2019 inadmiten por falta de legitimación pasiva la solicitud de una abuela que pide la atribución de la guarda y custodia de su nieto amparando su derecho en el tenor literal del artículo 103 CC, precepto que se incardina en un procedimiento en el que únicamente están legitimados los progenitores.

La resolución considera que la suspensión de la patria potestad o la privación de la misma son presupuesto previo e ineludible de la atribución de la guarda y custodia y de la tutela del menor.

En mi opinión el razonamiento no resulta acertado, por una parte, por inadmitir la demanda únicamente por fundarla en el artículo 103 CC, y por otra por considerar presupuesto la privación de la patria potestad. Ambas cuestiones vulnerarían el interés superior del menor, la primera por suponer una dilación por una simple cuestión procesal, y la segunda por obligar a un primer litigio para privar de la patria potestad cuando la atribución de la guarda es admitida en sede de medidas provisionales en los procedimientos de familia.

Otra opción es invocar que se prive de la patria potestad a los progenitores que se han desentendido del menor y subsecuentemente se constituya la adopción por parte del guardador, de forma que se consolide la patria potestad en su persona, con lo que podría ejercerla con toda su amplitud, sin necesidad de que se la atribuyera únicamente el ejercicio.



***LA VALL DE  
LAGUAR***



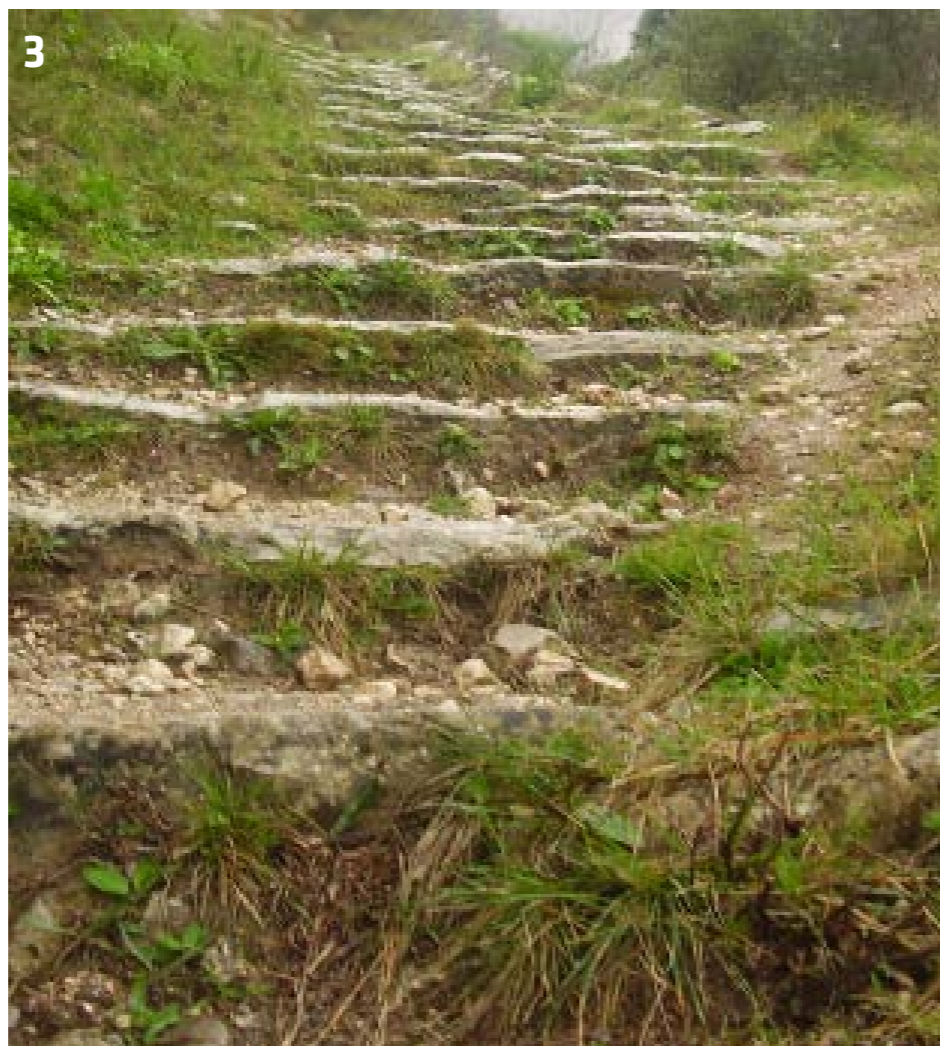
### La ruta de los 6000 escalones: el Barranc de l'Infern, la catedral del senderismo

Existe un lugar único en la Comunidad Valenciana. Un lugar capaz de transportarte al pasado, repleto de leyendas, de historia, de huellas de nuestros antepasados moriscos y de los cristianos que conquistaron Balansiya para fundar el Reino Cristiano de Valencia, dando lugar a que este paraje se convirtiera en uno de los últimos reductos de los moriscos antes de su expulsión definitiva por Felipe III. Un paraje bello pero duro a la vez, rocoso pero repleto de vegetación, que sin duda alguna no deja de sorprender a quien lo visita por culpa, en gran parte, de la ruta de los 6000 escalones.



La población, cercana al lugar del que hoy os dedico este artículo, no supera apenas los 1500 habitantes, manteniendo ese aire de montaña y rural elevado a unos 500 metros de altitud entre dos sierras del precioso valle donde se encuentra, dejando a un lado el tan conocido y visitado Barranco del Infierno, cita obligada por barranquistas, senderistas y espeleólogos, y al otro lado la Sierra del Cavall Verd o Sierra del Penyó (de 800 metros de altitud aproximadamente) con multitud de fuentes, manantiales y una particularidad que le hace un lugar especial: los más de 6000 escalones a recorrer para llegar su cima.

¿El nombre del enclave? La Vall de Laguar, que proviene del árabe "Al-Agwar" y que significa "las cuevas", un municipio de la Comunidad Valenciana perteneciente a la comarca de la Marina Alta, en la provincia de Alicante, siendo uno de los valles del interior de la montaña de Alicante formado por los núcleos de Benimaurell (Pueblo Alto, Poble Dalt), Campell (Pueblo Bajo, Poble Baix), Fleix (Pueblo de Enmedio, Poble d'Enmig donde se sitúa el ayuntamiento) y Fontilles, constituyendo, pues, todos estos pueblos un solo municipio: La Vall de Laguar.



Pero el nacimiento de estos escalones tiene un comienzo y una historia maravillosa, aunque también de muerte y sangre, y ese comienzo no es otro que la conquista de Jaime I y el cristianismo. Todo comienza en el siglo XIII, donde después de la Conquista de Jaime I, los moriscos que poblaban la zona de levante y las cercanías al lugar que nos concierne fueron desposeídos de sus tierras, discriminados e incluso esclavizados.



Por consiguiente, aquellos que durante siglos habían sido dueños y señores de tierras, o sus descendientes, en alguna de las tres Taifas de Balansiya, no tuvieron más remedio que refugiarse en las montañas de los valles de Guadalest, Laguar, Alcalá, Ebo y la Gallinera para poder, así, vivir más tranquilos y crear su propio refugio apartados del cristianismo. El hecho de que el desplazamiento fuera hacia el sur y no hacia el norte no era otro que el empuje de la Corona de Aragón (desde el norte) y, quizás, de las cercanías o proximidades al anhelado al-Ándalus, que empezaba pues su decaimiento por las consiguientes conquistas cristianas.

# FAMILIA y SUCESIONES ICAV

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

¿Te gustaría colaborar con un artículo?

¿Tienes sugerencias, ideas, opiniones para aportar?

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



o escribe directamente a [ptrelis@icav.es](mailto:ptrelis@icav.es)

Imágenes:

[Imagen 1 Portada](#)

[Imágenes y fuente de información Valencia Bonita](#)