

FAMILIA SUCESIONES ICAV

BEATRIZ HERMIDA BELLOT

Reflexiones acerca de la capacidad de personas con discapacidad intelectual para otorgar testamento tras la Ley 8/2021

FUENSANTA PONS SALVADOR

La causa objetiva en la extinción de la pensión compensatoria como justificación de la retroactividad. Artículo 101 cc.

JUAN JOSÉ NEVADO MONTERO

El derecho de acceso a informes policiales en materia de familia

MARTA OYANGUREN Y MANUEL PATUEL PARDO

La voluntad del testador, ¿Ley en la sucesión?

FEDERICO ARNAU MOYA

El régimen de visitas del progenitor no custodio (I)

TOTS A UNA VEU

Me vais a permitir que dedique esta editorial a las familias que han sufrido la tragedia de la DANA, que nos ha enfrentado a una realidad cruda y dolorosa; ese 29 de Octubre que cuando amanecía desconocíamos qué nos deparaba, y que sin duda para muchos marcará un antes y un después.

Las lluvias torrenciales, y las riadas posteriores sumieron a nuestra “terreta” en sufrimiento, desolación, llanto, indignación e impotencia. Estos son los estadios de aquellos que vivimos el terror de la dana en primera persona; pero más allá de la magnitud de los daños materiales son las vidas humanas las que nos invitan a reflexionar, máxime en el ámbito del derecho de familia en el que la vulnerabilidad de las personas nos obliga a abordar los asuntos con especial empatía y responsabilidad. Estaréis conmigo, que ante esta tragedia, que difícilmente podremos olvidar, con gran impacto emocional, pudimos abstraernos accidentalmente de todos de las discusiones legales que diariamente nos enfrentan en torno a los procesos de familia y así igualmente pudimos comprobar como de forma totalmente impredecible nuestra realidad cambió y lamentablemente para muchas familias nada volverá a ser lo mismo; comprobamos amargamente cómo esas estructuras creadas en torno a las relaciones personales, sociales, familiares.... como si de un castillo de naipes, se tratara, quedaron destruidas para siempre; y de nuevo esta reflexión nos invita a reflexionar sobre la fragilidad de nuestras vidas.

Como abogados de familia estamos acostumbrados a tratar de resolver los conflictos familiares derivados de las rupturas de pareja, las disputas por la guarda de los menores, las cuestiones económicas y patrimoniales, pero nadie nos preparó ante esta tragedia; debe ser nuestra prioridad atender a las familias que viviendo una situación de por sí difícil en esta serie de procesos se encuentran al borde de la desesperación por haberlo perdido TODO; no sólo el apoyo legal, sino el psicológico, social y económico se torna in-

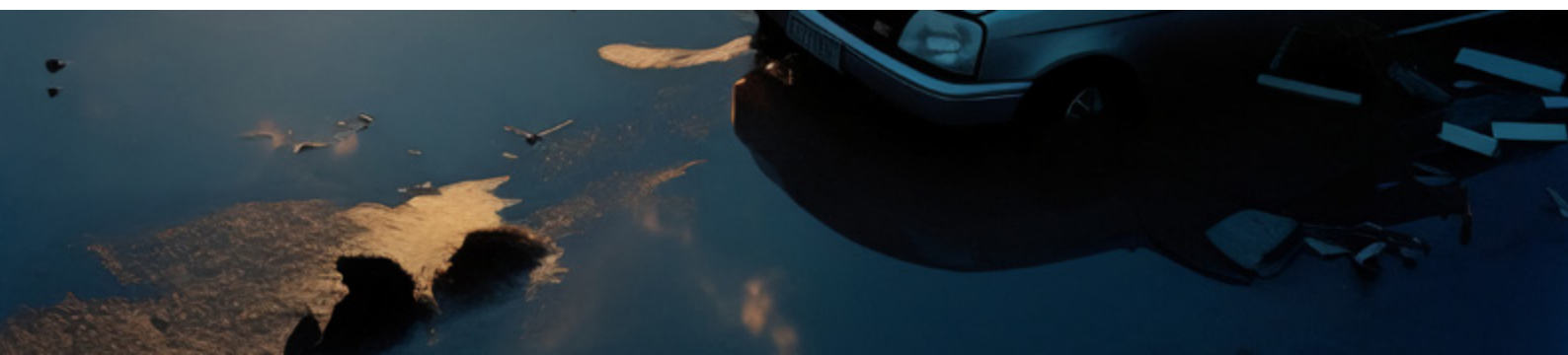
Silvia Moya
Abogada



dispensable y además necesario para ayudar a las víctimas a retomar su realidad y rehacer sus vidas, y desde las instituciones se les debe brindar sin ambages.

Es compromiso de esta sección acompañar a las familias en este arduo camino hacia la normalidad; actuemos juntos, TOTS A UNA VEU, con la solidaridad que ha imbuido a la sociedad, y que ha transformado la desesperación en esperanza.

Después de este exordio, y en las puertas del nuevo año he de participaros que son muchos los retos de la abogacía; sin duda la ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia, marcará el devenir de nuestra actuación, y estaréis conmigo que es un desafío al ejercicio de la profesión; nace para agilizar la justicia, o al menos esa es su seña de identidad; y nos aboca a la utilización de métodos alternativos de resolución de controversias (MASC), *pues en el orden jurisdiccional civil será necesario acreditar que previamente a la interposición de una demanda hemos intentado la conciliación, mediación, negociación y derecho colaborativo*. El debate está servido, y será la formación continua quién nos permita actuar con diligencia y responsabilidad, siempre bajo el manto de la especialidad, que es la reivindicación de todos los abogados de familia, en defensa de los derechos de las familias, y sobre todo de los Niños, Niñas y Adolescentes, que es a quién hemos de proteger.



02

EDITORIAL

SILVIA MOYA

Tots a una Veu

04

BEATRIZ HERMIDA
BELLOT

Reflexiones acerca
de la capacidad
de personas con
discapacidad
intelectual para
otorgar testamento
tras la Ley 8/2021

07

FUENSANTA PONS
SALVADOR

La causa objetiva
en la extinción
de la pensión
compensatoria
como justificación
de la retroactividad.
Artículo 101 cc.

12

JUAN JOSÉ NEVADO
MONTERO

El derecho de
acceso a informes
policiales en
materia de familia

18

MARTA
OYANGUREN Y
MANUEL PATUEL
PARDO

La voluntad del
testador, ¿Ley en la
sucesión?

21

FEDERICO ARNAU
MOYA

El régimen
de visitas del
progenitor no
custodio
(1ª parte)

icav

Ilustre Colegio de
Abogados de Valencia

FAMILIA Y SUCESIONES **ICAV**
NÚMERO 32/2025

[Edita] Sección de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.
Plaza Tetuán, 16- 46003 Valencia. Tel. 963 9412 887.

Web: www.icav.es / E-mail: familiaysucesiones@icav.es [Directora] Palmira Trelis Martín.
[Colaboradores] Silvia Moya, Beatriz Hermida Bellot, Fuensanta Pons Salvador, Juan José Nevado Montero, Marta Oyanguren, Manuel Patuel Pardo, Federico Arnau Moya

[Imágenes] Por Freepik.
ISSN 2659-3122

Las opiniones que figuran en la publicación "FAMILIA Y SUCESIONES **ICAV**" pertenecen exclusivamente a sus autores.

REFLEXIONES ACERCA DE LA CAPACIDAD DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL PARA OTORGAR TESTAMENTO TRAS LA LEY 8/2021



La Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica supuso la adaptación de nuestro Derecho a la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

De manera sucinta, esta ley introduce los siguientes cambios en materia de capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad: la ley elimina la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sustituyéndola por los términos capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica; elimina la institución de la incapacitación presumiéndose así que todas las personas tienen capacidad jurídica y pleno ejercicio de la misma; en materia de instituciones tutelares, suprime la posibilidad de nombrar tutor -más allá de la tutela prevista para los menores de

edad- y adquiere mayor relevancia la figura de la curatela que podrá ser representativa, pero tendrá carácter excepcional en este caso. También se impulsa, como medida de apoyo, al guardador de hecho, figura residual en el sistema anterior y que se abre camino tras la reforma como muestra la jurisprudencia menor más reciente.

Por su parte, en materia de sucesiones: se suprime del artículo 663 la mención a los incapacitados de manera que, interpretando este artículo *a sensu contrario*: tienen capacidad para testar los mayores de catorce años y aquellos que en el momento de testar puedan conformar y expresar su voluntad, aunque sea con ayuda de medios o apoyo para ello. Se elimina del artículo 665 la posibilidad que antiguamente tenía el notario de nombrar dos facultativos que valoraran la capacidad del testador incapacitado respecto del cual la sentencia de incapacitación no

contuviera pronunciamiento acerca de su capacidad para testar. Se introducen en el artículo 753 nuevas incapacidades relativas para suceder. Y, por último, se suprime la sustitución ejemplar dejando vacío de contenido el artículo 776 del Código Civil.

Sin perjuicio de las bondades de este nuevo sistema, en materia de sucesiones esta nueva regulación abre la vía a una doble problemática: por un lado, es posible que el notario no calcule correctamente la capacidad mental del testador para conformar su voluntad, ya que ni puede apoyarse en lo que dicte una sentencia de incapacitación, ni dispone de informes médicos complementarios sobre la capacidad para testar del testador, lo que compromete la viabilidad del testamento y la seguridad jurídica del testador y de los herederos.

Y, por otro lado, se plantea la cuestión de hasta qué punto las personas que ejercen medidas de apoyo (curador o guardador de hecho, fundamentalmente) prestan este apoyo sin influir indebidamente en la voluntad del testador que tenga una merma de capacidad mental.

En este contexto resulta obvio que cualquier persona mayor de 14 años (18 en el caso del testamento ológrafo según señala el artículo 688) y que pueda conformar y manifestar su voluntad en el momento de hacer testamento, tal y como señala el artículo 663 del Código Civil, tiene capacidad para testar y puede ejercitar su derecho a hacer testamento. Queda suprimida, por tanto, la posibilidad de que el juez señale, como antiguamente, por sentencia, que la persona carece de capacidad para testar, si bien puede señalar que sea asistida en el proceso de conformar su voluntad o de manifestar dicha voluntad.

En este punto, nos planteamos la siguiente cuestión: lo que justifica que una persona menor de 14 años no pueda otorgar testamento es, sin duda, la posibilidad de que cualquier persona pueda captar su voluntad. Sin embargo, en el sistema actual y tras la Ley 8/2021 una persona mayor de edad con discapacidad intelectual, que ostente una capacidad de entender y de querer similar a la de un menor de edad, sí que puede llegar a otorgar testamento, pues se presume su capacidad para testar ¿queda, entonces, esta persona protegida?



Según la normativa anterior, el juez, al decidir sobre la capacidad de la persona para otorgar testamento, se basaba en la prueba pericial presentada en el proceso de incapacitación, sobre todo en informes médicos que acreditaban o no su capacidad de entender y de querer.

En la actualidad, sin embargo, parece que la única forma de dispensar protección a estas personas es la apreciación por parte del notario, en el momento de otorgar testamento notarial, de la aptitud del testador para con-



formar la voluntad testamentaria, esta aptitud consiste en conocer el alcance y trascendencia jurídica del acto que está realizando. A mayor abundamiento, si el testamento no es notarial, ni siquiera contará el testador con la garantía que ofrece el juicio de capacidad que realiza el notario, por lo que ante una impugnación del testamento solo quedaría acudir a informes retrospectivos acerca de su capacidad para testar, sin duda poco garantistas.

Para evitar la posible captación de la voluntad que pueda sufrir el testador, persona con discapacidad intelectual, la ley incorpora nuevas incapacidades relativas para suceder en el artículo 753 del Código Civil. De esta manera, serán nulas las disposiciones hechas por personas internadas -pensemos en personas mayores que se encuentran en residencias- a personas físicas que ejerzan la guarda de hecho en centros de internamiento y a personas jurídicas -el propio establecimiento-, que tampoco podrá ser destinatario de disposiciones testamentarias. Presume el legislador que estas personas o establecimientos tienen una especial posición de superioridad respecto del testador vulnerable que podría facilitar la captación de su voluntad, así, se elimina la posibilidad de ceder por testamento los bienes del testador a cambio de cuidarle durante su última enfermedad.

¿Qué ocurre en caso de existencia de guardador de hecho de persona que no esté inter-

nada? Para estos casos, el artículo 753 en su tercer inciso señala que tratándose de personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga, solo podrán ser favorecidas en la sucesión si esta disposición es ordenada en testamento notarial abierto. De esta manera, el notario podrá valorar al realizar el juicio de capacidad si la voluntad del testador ha sido susceptible de captación por las personas mencionadas.

Quizás esta medida se podría haber adoptado también para los demás supuestos incluidos por la Ley 8/2021 en el artículo 753, lo que hubiera contribuido a dotar de mayor libertad de testar al testador con las debidas garantías, sin necesidad de establecer una incapacidad relativa para suceder.

**Beatriz
Hermida Bellot**

*Vicedecana
de Derecho
y Ciencias
Políticas
Universidad
CEU Cardenal
Herrera.*



LA CAUSA OBJETIVA EN LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA COMO JUSTIFICACIÓN DE LA RETROACTIVIDAD. Artículo 101 CC.



El Código Civil no contiene precepto alguno respecto a la retroactividad de la extinción de la pensión compensatoria, la conforma la jurisprudencia.

Aunque la regla general establece la no retroactividad de las resoluciones cuyo fallo acuerde la extinción de la pensión compensatoria, dada la naturaleza jurídica de las resoluciones constitutivas, a este respecto la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su Sentencia

674/2016, de 16 de noviembre (F.D. 3º), viene a decir:

“(…) conforme a la doctrina de esta Sala (...) que la sentencia no crea el derecho sino que lo modifica. La pensión venía declarada con anterioridad (...) Sobre tal cuestión sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: “los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de

la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo”, y el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...) y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicte, momentos en que sustituyen a las dictadas anteriormente”.

Esta regla general ha sido matizada jurisprudencialmente al permitir acudir como sistema de reparación a las acciones de enriquecimiento injusto, al abuso de derecho o al fraude de ley (artículo 7CC).

En este sentido la SAP de Cádiz de 22 de enero de 2010, y como han ido exponiendo desde entonces de forma generalizada las Audiencias Provinciales, diferencian al tratar el efecto retroactivo de la extinción de una pensión compensatoria, entre aquellos supuestos en los que la determinación de la concurrencia de una causa extintiva requiere de una actividad deductiva de valoración probatoria para resolver si se debe entender acreditada la circunstancia determinante al efecto, lo que impediría por su falta de fijeza y concreción previa la eficacia retroactiva, y aquellos otros supuestos en los que dicha circunstancia podría resultar indubitada, en cuyo caso sí podría darse el efecto retroactivo

A tal efecto traigo a colación dos recientes sentencias, donde intervino en la defensa de mis representados, para dar explicación y cabida a la jurisprudencia que se ha ido consolidando en materia de extinción de pensión compensatoria, para diferenciar la causa de pedir en un hecho indubitado, objetivo e indiscutible, o en un hecho a determinar y valorar a lo largo del proceso, distinción que nos sirve para determinar la retroactividad de la pensión compensatoria.

-I-

La primera sentencia hace referencia a lo preceptuado en el artículo 101.1 CC “El derecho a la pensión compensatoria se extingue por el cese de la causa que lo motivo, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.”

Sentencia nº.290/2023, de fecha 22 de junio de 2023, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 26 de Valencia, ratificada por la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, mediante Sentencia nº.604/2024, de fecha 28 de octubre de 2024. Estimatoria de la pretensión.

Se formula demanda de modificación de medidas frente a la demandada, solicitando la extinción de la pensión compensatoria establecida a su favor en la sentencia de divorcio, con efectos retroactivos desde el momento en que conste en un registro público su convivencia o subsidiariamente a ello, desde julio de 2021, fecha en la que se constata la vida marital, si esta fecha fuera posterior al registro público.

La prueba practicada en los autos, se pudo articular a través del Registro Público de Parejas de Hecho, el Padrón Municipal y un seguimiento duradero en el tiempo de un experto Detective Privado, considerando SS, sin ningún género de dudas, la existencia de una convivencia marital entre la demandada y su pareja sentimental, desde su inscripción en el Registro Público de Parejas de Hecho, determinando que la ex esposa había actuado con mala fe procesal y abuso de derecho, “no solo por la prolongada convivencia con tercero que no comunica al acreedor del pago de la pensión compensatoria, pese a que incluso se inscribe en el registro de parejas de hecho, sino además porque provoca que el demandante se vea obligado a recurrir a la tutela judicial para revertir la situación y que cese de forma efectiva la obligación de pago”, en cuyo fallo se acuerda la extinción de la pensión compensatoria, con efectos retroactivos “ex tunc” desde la fecha de inscripción de parejas de hecho, debiendo devolver la ex esposa las pensiones cobradas indebidamente desde entonces hasta la actualidad.

Al respecto de la sentencia enjuiciada por los tribunales de Valencia, indicar que de acuerdo con el carácter dispositivo de las normas que regulan la pensión compensatoria, y en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, las partes pactaron expresamente en el Convenio Regulador la extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital de la esposa.

SS. en su fundamentación cita dos sentencias del Tribunal Supremo, 12 de marzo y 9 de febrero de 2012, respecto a los requisitos que ha de tener una relación sentimental mantenida por la persona beneficiaria de una pensión compensatoria para dar lugar a esa causa de extinción, en aplicación del artículo 101 CC en cuanto al término “vivir maritalmente”.

Dichas sentencias de nuestro alto tribunal dicen “que para buscar cual es el verdadero



significado de vida marital a que se refiere el citado precepto deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada”.

De acuerdo con el primero, la finalidad de la norma, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio.

De acuerdo con el segundo, la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, la expresión vida marital con otra persona, puede hacerse desde un doble plano, siendo complementarios y no excluyentes:

- El subjetivo, cuando los miembros de la nueva pareja asumen un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma.
- El objetivo, basado en la convivencia estable.

Acaba aclarando esta sentencia que “es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido forma de matrimonio” y que no es necesario “la convivencia bajo el mismo techo, bastando una relación sentimental estable, pública, y con

permanencias y/o visitas de uno a otro en sus domicilios”, bastando “una prueba indiciaria o de presunciones para deducir ese estado familiar similar al del matrimonio de una serie de datos externos y objetivos”.

Y para fundamentar si la extinción debía reconocerse con efecto retroactivo y desde que momento, SS recogió la sentencia, alegada en la demanda al aplicar (en un caso de convivencia marital) la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018 (Ponente Antonio Salas Carceller), ES:TS:2018:2736 id Cendoj: 28079119912018100026, que entre otros fundamentos recoge que:

“resulta evidente que la causa de extinción consistente en contraer nuevo matrimonio habrá de producir efecto desde que este hecho se produce, con independencia de la fecha en que -conocida dicha situación- se interpone la demanda y se dicta sentencia decidiendo sobre la extinción (...). La razón de ser de la pensión compensatoria está en relación con la comunidad de disfrute entre dos personas -unidas por matrimonio de una determinada posición económica, lo que da lugar a que -extinguido el vínculo- deba ser compensado aquel de los cónyuges que sufre un desequilibrio perjudicial respecto de la situación en que se encontraba vigente el matrimonio, compensación que se extinguirá cuando esa comunidad de disfrute se instaura de nuevo con otra persona”.



-II-

La segunda sentencia hace referencia a lo preceptuado en el artículo 101.2 del CC “ El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”.

Sentencia nº.97/22 de fecha 22 de junio de 2022, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Llíria, confirmada en su integridad por la Sentencia nº.692/2023, de fecha 1 de diciembre de 2023, de Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, Décima Sala, declarándose firme en fecha 03/07/2023, por inadmisión del Recurso de Casación formalizado por el demandante-apelante ante el Tribunal Supremo.

Se formuló por las llamadas a heredar demanda de Modificación de Medidas para suprimir la pensión compensatoria pactada en el Convenio Regulador aprobado y homologado judicialmente en el procedimiento consensuado de Divorcio, en favor de la demandada por entender que concurría como

causa una insuficiente liquidez de la herencia del causante, que era el ex marido de la demandada, con efectos retroactivos desde el fallecimiento.

Los esposos pactaron una pensión compensatoria de 206.166 € a favor de la esposa a pagar por mensualidades durante 5 años, empezando a contar su pago a partir de enero de 2021, falleciendo el esposo en el mes de diciembre de 2020, por lo que la demandada, no cobró cantidad alguna.

La ex esposa solicitó de la Seguridad Social la pensión de viudedad, por lo que recibida la demanda de extinción por las llamadas a heredar, se allanó a la extinción a partir de la fecha que le fue reconocida la pensión de viudedad con efecto retroactivo de 3 meses, a 28 de agosto del 2021, entendiéndose devengadas las mensualidades de la pensión compensatoria desde enero a agosto, y en su consecuencia oponiéndose a la retroactividad de la extinción de la pensión compensatoria a la fecha del fallecimiento de su ex esposo.

La Sentencia de instancia consideró extinguida la pensión compensatoria según el allanamiento de la demandada sin efecto retroactivo, basándose en:

“Se destaca en las declaraciones prestadas en el acto de la vista, la existencia de una clara discrepancia económica y personal entre las partes que en esta resolución no procede entrar en valorar con procesos penales incluidos subsistentes entre ellos. No obstante, en lo relativo a la pensión compensatoria y valorando exclusivamente ese elemento objetivo del procedimiento, se entiende que no hay justificación para acordarse con efecto retroactivo, pero procede aceptar el allanamiento en la extinción de dicha pensión compensatoria dado que es la expresa voluntad de las partes”.

La Audiencia confirma la misma, fundamentando su fallo en que la pretensión de que los efectos de la extinción de la pensión compensatoria sean los del fallecimiento del causante bajo la alegación de estar quebrada la herencia, “no puede prosperar pues ninguna prueba definitiva se ha realizado que permita considerar el hecho, que no pasa de ser una mera alegación de parte, y las demandantes no han acreditado la concurrencia de los requisitos que se establecen en el segundo párrafo del artículo 101 del Código Civil para que los herederos del deudor puedan solicitar la supresión de la pensión compensatoria, es decir, que el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”.

Las demandantes interpusieron recurso de casación por error en la valoración de la prueba, siendo inadmitido a trámite por el Tribunal Supremo.

Hay que tener en cuenta el artículo 217 de la LEC, respecto a quién le corresponde probar los hechos constitutivos, y en especial el apartado 7 del referido artículo, en cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria, que en este caso le correspondía obviamente a las demandantes llamadas a la herencia y no a la demandada divorciada.

Ambas sentencias de instancia y apelación son escuetas, pero la prueba desplegada en el proceso de instancia fue muy amplia y exhaustiva por ambas partes.

Las demandantes tal y como consta en la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial, no demostraron la existencia de la causa que se pretendía “que el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima”.

Y en su consecuencia no se entró ya en la retroactividad de la extinción a fecha del fallecimiento del ex esposo, al que hubo igualmente oposición por la representación de la demandada en el sentido de que siendo una cuestión a valorar en el procedimiento, causa no manifiesta y discutible, a resolver mediante actividad probatoria en el procedimiento, impedía la aplicación de la retroactividad de acuerdo con el artículo 106 del CC y 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Actualmente se ha instado la ejecución de la Sentencia de Divorcio en cuyo Convenio Regulador se pactó la pensión compensatoria, al ser modificada parcialmente, por allanamiento parcial de la demandada en modificación de medidas, por decisión de ésta que eligió percibir de la Seguridad Social la pensión de viudedad, siendo esta incompatible con la pensión compensatoria, y procedido al embargo de los bienes de la herencia, donde se ha visto resarcida la ex esposa de aquellos legítimos derechos que por voluntad de la autonomía de las partes pactaron en Convenio Regulador.

COROLARIO.- Para el éxito de las pretensiones en un procedimiento de extinción de la pensión compensatoria, con efecto retroactivo, se ha de tener en cuenta los elementos probatorios a desplegar en el proceso, distinguiendo aquellos supuestos en los que la determinación de la concurrencia de una causa extintiva requiere de una actividad deductiva suficiente y valoración probatoria subjetiva para resolver si se debe entender acreditado el hecho, lo que impediría por su falta de fijeza y concreción previa la eficacia retroactiva, y aquellos otros supuestos en que la causa extintiva parta de hechos indubitados y manifiestos, en cuyo caso sí podría darse el efecto retroactivo.

**Fuensanta
Pons Salvador**

*Abogada-
Mediadora*

*Especialista
en derecho de
Familia*



EL DERECHO DE ACCESO A INFORMES POLICIALES EN MATERIA DE FAMILIA

A la hora de decidir la estrategia en algunos procedimientos de familia, puede ser de utilidad contar con información acreditada sobre determinados hechos.

Por ejemplo, en litigios sobre guarda y custodia puede ser de interés demostrar incumplimientos o, desde la parte contraria, saber que esos incumplimientos únicamente son conocidos por los progenitores, pero no han tenido trascendencia externa. O cuando se pretende invocar la desatención de los menores por un progenitor puede ser relevante aportar una prueba documental al respecto.

La demostración o la prueba documental a que hacemos referencia puede conseguirse mediante los informes policiales si los agentes han sido requeridos por alguna de las partes.

En la mayoría de ocasiones en que se producen discrepancias entre los progenitores respecto a los menores en cuanto a cumplimiento del régimen de visitas, o a su atención (ropa, vigilancia, etc.) se suele recabar el auxilio de las Policías Locales, que atienden dichos servicios en virtud de sus competencias para cooperar en la resolución de conflictos privados.



Conocer con anterioridad a entablar el pleito, la información que exista sobre el cliente facilitará la labor para decidir qué pedir, qué invocar, o qué callar.

El problema más común es el incumplimiento del régimen de visitas. Cuando el incumplimiento era constitutivo de infracción penal, tenía sentido que el progenitor afectado requiriera la presencia de la policía en el lugar donde debía de realizarse el intercambio de los menores. De esa manera los agentes de la autoridad podían identificar al progenitor y plasmar en un atestado donde se encontraba y a qué hora y, además, reflejar si en la vivienda donde los niños debían ser recogidos o entregados respondía alguien al llamar a la puerta, y en su caso, identificar al presunto incumplidor. Siendo testigos del delito, su declaración resultaba clave en el procedimiento penal, y estaban obligados a intervenir en su labor de averiguación delictiva.

Con la despenalización del incumplimiento del régimen de visitas, la intervención de la policía no se realiza por la posible comisión de un delito, al ser el incumplimiento origen de un litigio de orden civil.

Es por ello que, en algunas ocasiones se pueden encontrar reticencias a actuar. En este sentido, y como respuesta a la consulta de un padre sobre la actuación policial ante los incumplimientos de entrega de menores, la Subdelegación del Gobierno de Burgos recabó un informe de la Abogacía del Estado, y respondió en escrito fechado el 23 de mayo de 2017, que la policía carece de competencias en materia de control de convenios reguladores, siendo dicho control competencia exclusiva de los órganos judiciales. Además, concluye que entre las funciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad no se encuentra la de actuar como testigos en procesos, pudiendo el afectado promover un acta de notoriedad para hechos notorios que afecten a las relaciones personales que desea acreditar.

De esta manera, la despenalización traslada la carga probatoria al afectado por el incumplimiento, pues cuando era considerado delictivo la policía podía dar razón del incumplimiento con su presencia, pero actualmente lo harán en unas ocasiones y en otras no.

A mi juicio, la negativa policial a actuar ante los incumplimientos del régimen de visitas no está fundamentada, toda vez que el pro-

genitor incumplidor puede cometer un delito de desobediencia a la autoridad judicial.

Actualmente, salvo en casos excepcionales, no será posible incardinar en el tipo del artículo 226 CP los incumplimientos del régimen de visitas, pero quedaría dentro del orden penal el recurso al artículo 556 CP, donde se puede encuadrar la desobediencia a las resoluciones judiciales en lo que atañe al cumplimiento de dichas medidas establecidas en la sentencia.

El tipo del artículo 556 CP requiere para ser aplicado que se trate de un quebrantamiento grave (así lo recuerda en su FD Segundo la STS 870/2015, de 19 de enero), considerando la gravedad un elemento abierto del tipo que exige una valoración del hecho acorde con su entidad, en relación con el bien jurídico protegido.

Además, la aplicación del artículo 556 CP está supeditada a que concurren y se acrediten todos y cada uno de los requisitos del tipo penal, a tenor de la STS 1615/2003, de 1 de diciembre:

- La preexistencia de una orden legítima de la autoridad competente que sea de obligado cumplimiento.
- El conocimiento de esa orden por el interesado.
- La conducta omisiva de éste, que la desatiende y no la cumple. Se colma la tipicidad de la desobediencia cuando se adopta una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo y no se da cumplimiento al mandato.

Sobre la necesidad de cumplir estos requisitos resulta ilustrativo el AAP León 941/2017, de 5 de septiembre, que confirma un Auto de un juzgado que decretaba el sobreseimiento de un procedimiento penal iniciado por el

incumplimiento del régimen de visitas que atribuyó al autor un delito de desobediencia.

El Auto expone que actualmente las únicas vulneraciones del derecho de visitas que resultan punibles son las cometidas por terceros no progenitores, previstas en el artículo 223 CP, sin que la conducta obstructiva o abiertamente rebelde al régimen judicial por parte de un progenitor pueda ser sancionada de otro modo que a través del delito de sustracción de menores del artículo 225 bis CP,



cuyos elementos objetivos y subjetivo no se daban en el 556 CP.

Y respecto a la reconducción al delito de desobediencia dice que, si bien no incluye, según la más reciente doctrina jurisprudencial, la prevención al destinatario de una orden judicial de la posibilidad de incurrir en responsabilidad criminal en caso de apartarse de su tenor sí exige tal orden judicial, personalizada en el sujeto al que luego se dirige el reproche de responsabilidad criminal.

Además, considera que la exigencia de gravedad en el artículo 556 impide que la criminalidad de la conducta obstativa pueda ser apreciada después de un único fin de semana o turno de visitas.

Por lo expuesto, y como venimos afirmando, consideramos que la actuación de la policía en los supuestos de incumplimiento de visitas está justificada.

Respecto a la obtención del atestado a fin de evaluar si resulta conveniente invocarlo en las posibles acciones judiciales que se interpongan, resulta ilustrativa la Resolución del Consejo de Transparencia y buen Gobierno (CTBG) de 26 de noviembre de 2019 (que reitera argumentos de varias resoluciones anteriores).

La reclamación inicial la realiza una persona que solicitó copia de un informe policial que se elaboró sobre unos altercados que se registraron en una manifestación durante la celebración del Orgullo LGTB, y que el Ministerio del Interior le denegó invocando el

límite que establece la Ley 19/2013, de transparencia, en su artículo 14.1.d (la seguridad pública) y 18.1.b (que se trata de un informe auxiliar o de apoyo).

En lo referente a la seguridad pública se argumentaba que en el tipo de informes solicitados se contenían datos y análisis que afectaban, entre otras cuestiones, a las medidas necesarias para garantizar la seguridad ciudadana, para prevenir las actuaciones terroristas que pudieran producirse en una concentración de una gran cantidad de ciudadanos y para evitar actividad de delincuentes en general. Por ello, consideraba evidente que este tipo de análisis y actuaciones afectaban a la seguridad y no pueden difundirse.

Y respecto a la consideración como de informe auxiliar o de apoyo, se aseveraba que se trataba de un informe de carácter interno, encuadrado dentro de las

comunicaciones internas que hacen los funcionarios de las distintas unidades policiales referentes al desarrollo de los servicios que les han sido encomendados.

El solicitante reclamó ante el CTBG al considerar que no tenía sentido la negativa a proporcionarle el informe por los motivos expuestos si se había filtrado por fuentes policiales al diario El País.

El CTBG estimó la reclamación.

Sobre el límite relativo a la seguridad pública, considera que la respuesta del Ministerio del Interior adolece de falta de concreción en

cuanto al daño que pudiera producirse con el acceso, teniendo en cuenta que se trata de un informe sobre un hecho acaecido, lo que implica una objetividad en la exposición de los hechos producidos, y que ya había transcurrido un considerable plazo de tiempo desde el suceso. Además, el hecho de que el objeto del informe sean unos incidentes que fueron hechos públicos por los medios de comunicación supone a juicio del CTBG que las conclusiones alcanzadas en el mismo sean relevantes para el proceso de toma de decisiones y, más en concreto, la adopción de medidas que impidan que situaciones similares puedan producirse en el futuro.

Señala que los límites legales al derecho de acceso a la información pública, como las causas de inadmisión, deben ser interpretados de forma estricta o restrictiva, y no pueden aplicarse de forma genérica e indeterminada, sino exponiendo las concretas razones que existen y legitiman su aplicación a unos hechos concretos

El CTBG consideró que el Ministerio del Interior aplicaba el límite de seguridad pública sin explicar los motivos ni las particulares circunstancias existentes que fundamentaran que el acceso al contenido del informe supusiera un perjuicio real para la seguridad pública.

Por ello, si los informes policiales no son secretos o reservados, ni contienen información cuya revelación pueda suponer un riesgo para la seguridad pública, no existe óbice alguno a su acceso.

Existen otros límites que recoge la Ley de Transparencia, como son:

- la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, que operaría únicamente mientras dura la prevención, investigación y sanción.
- la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, que se aplicaría a los informes redactados en el trámite de un procedimiento.
- las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, que solo operaría mientras tienen lugar esas funciones.
- el secreto profesional, si el informe está sometido a él, pudiendo accederse a aquellas partes que no lo están.

-la garantía de confidencialidad, que operaría en el mismo sentido que el secreto profesional.

En cuanto al carácter de información interna o de apoyo, no puede aplicarse a los informes policiales. El CTBG considera que, aunque los informes no formen parte de expedientes concretos o desencadenen una actuación posterior, sirven para controlar si el funcionamiento de la Administración Pública ha sido legal o ilegal.

Respecto a los datos de personas cuya cesión a terceros precise de su consentimiento, deberán ser anonimizados o eliminados, indicándolo al solicitante.

En su virtud, no debería denegarse el acceso a los informes policiales aunque no se tuviera la condición de interviniente, como siguen exigiendo muchos cuerpos policiales para permitirlo, pues no existe fundamento legal para ello, y puede suponer un impedimento a la hora de plantear la estrategia en determinadas situaciones antes de entablar un procedimiento judicial, pensemos, a modo de ejemplo, en los abuelos que ven a sus nietos cuando se encuentran con el progenitor de su rama familiar y quieren acceder a informes policiales para hacer valer su derecho de comunicación, en los que figuran como implicados únicamente los progenitores. En el mismo sentido, podría ser de interés para otros parientes o allegados acceder a esos informes.

Juan José Nevado Montero

*Doctor en Derecho.
Policía Local de Montserrat*



LA VOLUNTAD DEL TESTADOR, ¿LEY EN LA SUCESIÓN?



¿Qué es la voluntad del testador? Lo cierto es necesitaríamos una eterna monografía para poder siquiera dilucidar este concepto. No obstante, esa no es la intención del presente artículo, que persigue únicamente plantear una duda que puede parecer surgida de la doctrina científica más abstracta, pero que tiene una vertiente práctica más amplia de la que pudiera parecer.

La premisa es sencilla, el análisis de la partición practicada por el propio testador que permite el art. 1056 I del CC. Pero, la pregunta que surge goza de mayor enjundia, ¿pueden los coherederos realizar acuerdos privados para repartir de forma distinta la herencia, previamente partida por el testador, contradiciendo su voluntad?

Para resolver este interrogante es necesario abordar el contenido del meritado precepto. Dispone el Art. 1056 I del CC que: “Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”. La conclusión, por tanto, parece sencilla, estamos

ante una partición efectuada por el propio testador, que se supone inamovible, sin la necesidad de que concurra la figura del contador-partidor o de que la partición sea realizada por los propios herederos. No obstante, las consecuencias jurídicas del precepto son realmente importantes.

El debate surge a la hora de evaluar si el reparto efectuado por el testador en su disposición de última voluntad se configura como una auténtica partición realizada por él mismo o si bien, tales adjudicaciones únicamente tienen el carácter de reglas de partición que deben ser tenidas en cuenta en el momento en el que esta se lleve a cabo, pero no supone una partición en sí misma.

Pensemos en qué, para que una partición hereditaria pueda tener dicha consideración, es necesario que se sujete a determinados criterios que constituyen, en definitiva, las operaciones particionales. Pero, entonces, la partición así realizada por el testador, ¿despliega todo su abanico de efectos jurídicos?

Efectivamente, este tipo de partición produce distintos efectos al resto de particiones pues supone una adjudicación directa de los bienes obrantes en el caudal relicto, es decir, los herederos reciben de forma inmediata la titularidad jurídica de los bienes de los que el testador hubiera dispuesto para ellos según su partición sin necesidad de más trámites legales siempre que se cumplan todos los requisitos jurisprudencialmente considerados para admitir que, efectivamente, el testador ha realizado una partición bajo su voluntad.

La primera consecuencia es que, al producirse una adjudicación directa de los bienes del de cuius, se determina una evitación de la comunidad hereditaria, es decir, los bienes del caudal relicto nunca llegan a ser comunes de todos los coherederos, sino que se integran directamente en sus patrimonios.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de julio de 1986 y en su sentencia de 26 de enero de 2012 al establecer que, en realidad, esta partición no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita y tiene lugar cuando el testador ha realizado todas las operaciones necesarias objeto de la partición, haciendo innecesario que se practique por otros medios. Constituyéndose así, la partición hecha por el testador, como un acto mortis causa que despliega su plena eficacia a la muerte del causante.

Por otra parte, resulta indispensable hacer referencia a la limitación fundamental a esta voluntad del testador, señalada directamente por el art. 1056 I del CC, y que no es otra que la legítima de los herederos forzosos. Esto es refrendado por el art. 1075 del CC, que permite la impugnación de la partición por los legitimarios perjudicados en su derecho.

No obstante, y pese a que el anterior es el único límite expreso contemplado en el art. 1056 I del CC, también encontramos un límite en cuanto a los elementos reales, es decir, el testador únicamente puede partir los bienes que le son propios al momento del fallecimiento, por lo tanto, es necesario que los bienes que el testador adjudica formen parte de su patrimonio en el momento de su fallecimiento, aunque no lo hagan en el momento de la partición.

La doctrina establecida por el TS en su Sentencia de 7 de septiembre de 1998 resulta vi-



tal, debido a que fija cuáles son los límites para poder determinar si efectivamente el testador ha realizado una partición expresa o si meramente ha consignado un conjunto de normas para la partición, que en ningún caso puede determinarse incluidas en el amparo del art. 1056 I CC, y por lo tanto dicho supuesto no desplegará las consecuencias jurídicas inherentes. A este respecto, mejor que realizar una explicación sesgada del contenido obrante en la Sentencia, traemos a colación un extracto significativo de la misma:

“El artículo 1056 del Código Civil, totalmente de acuerdo con la tradición jurídica española, faculta al testador para realizar él mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas.



Pero, ahora bien, no toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios, puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Y para delimitar la cuestión existe una O«regla de oro», consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones -inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes-, pero cuando, así no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione.”

Es decir, para que se considere que el testador ha realizado una partición en su disposición de última voluntad, esta debe contener su inventario, el avalúo del mismo, la determinación de haberes del caudal relicto, y su posterior reparto a través de las correspondientes adjudicaciones, y por ello, se habrá de estar a la existencia de dichas premisas para entender válida y eficaz esa partición.

Otra de las cuestiones que ha suscitado enconadas discusiones en la doctrina española es la relativa a la vinculación de la partición practicada por el propio testador a la existencia de un testamento. Es decir, que este tipo de partición únicamente es válida cuando

se encuentra refrendada por un testamento anterior o recibe su fuerza de un testamento posterior, conforme indica la doctrina mayoritaria, aunque, existen algunos sectores doctrinales que no comparten la misma consideración, como por ejemplo la posición de Martín Lázaro.

Finalmente, y tras toda esta conceptualización y análisis de la partición practicada por el testador, ha llegado el momento de dar respuesta a la pregunta formulada en un inicio. Esa expresión de voluntad del testador, ¿es realmente ley en la sucesión?

Por situarnos en un contexto concreto, se trata de resolver el supuesto en el que el testador, con el cumplimiento de la “regla de oro” indicada previamente en la Sentencia de nuestro Alto Tribunal y con los demás elementos formales necesarios, determina la partición de su herencia

específicamente a través de su testamento. Sus herederos, sean forzosos o no, y sin necesidad de constituirse en comunidad hereditaria, ven incorporados directamente en su patrimonio los bienes dispuestos en la partición. Pero entonces, ¿pueden los herederos alterar dicha partición realizada por el testador mediante acuerdos privados?

La primera reacción, impulsiva, después de leer todo lo indicado previamente, podría

ser la de contestar con un rotundo no, en el sentido de que los herederos estarían yendo en contra de la voluntad del testador, y esta es ley en la sucesión, por lo que debe ser en todo caso acatada siempre y cuando no perjudique los derechos de los legitimarios.

No obstante, el punto de llegada de este artículo, con fundamento en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo y en un sector de la doctrina como son los autores Manuel Espejo Ruiz o Camino Sanciñena Asurmendi es que sí que son posibles y válidos dichos acuerdos privados.

El fundamento de lo anterior lo encontramos, en primer lugar, en lo preceptuado por la STS de 28 enero de 1964, que si bien es cierto, no hace referencia al supuesto concreto aquí tratado, su interpretación analógica nos resulta de utilidad.

Se expresa nuestro Alto Tribunal en los siguientes términos:

“Autoriza a los herederos con plena capacidad de obrar a distribuir la herencia en la forma que estimen les conviene, precepto que tiene una proyección en el 839 del Código Civil y que ha sido aplicado reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala -Sentencias de 21 de enero de 1907, 2 de marzo y 7 de noviembre de 1935, 7 de enero de 1949 y 21 de octubre de 1958-, en cuanto declaran que para reclamar bienes hereditarios no es suficiente atenerse a la rígida y absoluta voluntad del testador, pues si bien los herederos deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos pueden, sin embargo, de común acuerdo prescindir de sus disposiciones y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto -lo que en el caso acontece- de personas que puedan válidamente atacarla.”

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 4 de febrero de 1994 y la STS de 5 de febrero de 2018.

En todo caso, los coherederos deberán ser mayores de edad y capaces para poder llevar a cabo los actos de disposición necesarios.

Otra cuestión es si esta capacidad la pueden llevar a término tanto los herederos forzosos como los no forzosos. Nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de junio de 1963 parece indicar que el punto de llegada es que los segundos no podrían, y que por

lo tanto se encuentran más vinculados a la voluntad del testador debido a que no ostentan un derecho legitimario sobre el caudal relicto. A pesar de ello, y atendiendo a que, como hemos indicado, existe en este tipo de partición una equiparación absoluta entre los dos tipos de herederos, la realidad es que, a juicio de los que suscriben, no parece existir impedimento para este tipo de pactos.

Por último, y en este caso a título absolutamente personal de los autores de este artículo, querríamos establecer una pequeña desviación a la tesis enunciada previamente. Consideramos que los acuerdos privados en este tipo de particiones hereditarias son perfectamente posibles, y ello sin necesidad de recurrir a interpretaciones analógicas de la doctrina del TS, sino por dos argumentos primordiales.

El primero de ellos es incluso demasiado evidente, y es que este tipo de partición implica una adjudicación directa y que, por tanto, evita el nacimiento de la comunidad hereditaria. Imponer la voluntad del testador equivaldría a encadenar unos bienes a un patrimonio sin entender cuáles son los márgenes, y establecer un freno a la autonomía de la voluntad de los coherederos que no tiene parangón en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, y muy en relación con lo anterior, es necesario indicar que la voluntad del testador no es una herramienta que pueda moldearse y adaptarse a capricho de los interesados en la herencia, sino que se trata de un elemento interpretador fundamental que si bien supone la ley de la sucesión, en ningún caso, se sitúa como la ley de los patrimonios privados de los coherederos.

No obstante todo lo anterior, ello siempre se expresa desde una perspectiva externa al denominado “proceso sucesorio”. Si bien es cierto, que, cómo se ha indicado, la adjudicación realizada directamente por el testador determinada por el art. 1056 CC permite evitar la composición de la comunidad hereditaria, ello no obsta en ningún caso para que se hayan de respetar los trámites formales que conforman el “proceso sucesorio”. Del mismo modo que existen normas imperativas inherentes al derecho de sucesiones que, en ningún caso, pueden ser obviadas.

Podríamos afirmar, por tanto, después de toda la reflexión expuesta, que la voluntad



del testador es absoluta e incontrovertible en el seno del “proceso sucesorio”, pero una vez el mismo concluye mediante la partición plasmada en documento público, pasa a preponderar la autonomía de la voluntad de las partes en su generalidad concebida. A pesar de ello, en el supuesto de que los herederos en su conjunto determinaran una alteración a dicha voluntad, no parece que pueda imperar oposición alguna por parte del fedatario público para su otorgamiento, como sí ocurre en otros casos, como por ejemplo, en el de los excesos de adjudicación entre herederos.

Huelga decir, que el prisma en el que se ha abordado tal cuestión es exclusivamente desde un análisis de derecho sustantivo, sin entrar a valorar las repercusiones fiscales

que dichos pactos pueden acarrear y que, a la hora de asesorar al cliente, no pueden ser obviadas, pues dichos acuerdos privados entre los herederos, no tienen la consideración de partición, si no de negocio jurídico independiente y sucesivo, por lo que generará una nueva tributación.

A modo de conclusión podemos afirmar que siempre que se den los requisitos establecidos para que la partición realizada por el testador sea válida, esta surtirá plenos efectos jurídicos, lo que no implica que los herederos puedan, de forma unánime, realizar pactos que contravengan esa voluntad.

Ahora bien, la rigidez y severidad de los parámetros exigidos para que se pueda entender eficaz la partición realizada por el testador, unido a las consecuencias fiscales que realizar actos dispositivos que la contradigan implica, hace que su operatividad práctica sea francamente escasa y que sean muy residuales los casos en los que nos encontramos con auténticas particiones realizadas por el testador al realizar la lectura de un testamento.

A efectos prácticos, y siempre a nuestro juicio, parece más recomendable asesorar como profesionales del derecho a que el testador efectúe, por ejemplo, un reparto de bienes por vía de legado y/o que asiente las reglas por las que quiere que se lleve a cabo su futura partición hereditaria, antes de invitarle a que se aventure a realizar una partición a la que, posiblemente, no se le vaya a revestir de tal consideración lo cual puede conducir a una inevitable y, al tiempo, indeseada, contienda judicial.

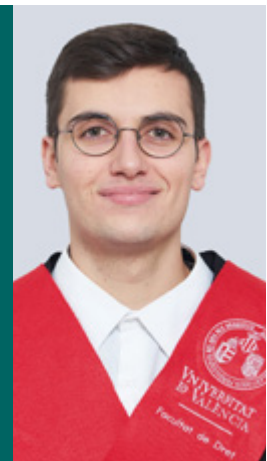
Marta Oyanguren

*Abogada.
Secretaría de
la Sección de
Derecho de la UE
e internacional
del ICAV*



Manuel Patuel Pardo

*Becario de
iniciación a la
investigación
en el
departamento
de Derecho
civil de la
Universidad de
Valencia*



EL RÉGIMEN DE VISITAS DEL PROGENITOR NO CUSTODIO

(1ª parte)



El régimen visita derecho de visita, comunicación y estancia de los hijos menores de edad y, ahora también con los hijos con discapacidad mayores o emancipados que precisen apoyo ha sufrido toda una serie de modificaciones con ocasión de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

1 La regulación del derecho de visitas en el Código civil. El denominado derecho aparece regulado de manera un tanto dispersa en el Código Civil en los arts. 90. 1 y 2, 94, 103, 160 y 161 CC y en el art. 776.3º LEC. A esta figura también se le denomina de manera más abreviada como derecho de visitas. En sentido estricto, el término visitar únicamente significa “ir a ver a alguien en el lugar en que se halla” (diccionario RAE). La visita, desde el punto de vista del menor, supondría que el menor es trasladado al domicilio del progenitor no custodio u a otro lugar como puede ser un Punto de Encuentro Familiar (PEF) para estar con este. Desde el punto de vista del progenitor es el derecho a tener al menor consigo durante un tiempo.

Dentro del término visita en sentido estricto no estaría incluido el denominado régimen de comunicación al que se hace referencia en los arts. 90.1.a) y b); 90.2.III; 92.10; 94.I y IV; 94.VI; 103.1º; 158.5º y 6º; 161; 172 ter 1.III; 178.4 I y III, todos ellos del CC. No obstante, el derecho de visita en sentido amplio sí que comprende el derecho de comunicación. En la doctrina se prefiere la utilización del término más preciso de “derecho a relacionarse” puesto que incluye tanto el derecho de visitas (breves estancias intersemanales sin derecho de pernocta) como el de estancia (períodos de varios días de estancia con pernocta) y el de comunicación (medios de comunicación a distancia entre progenitores e hijos, como teléfono, aplicaciones de mensajería instantánea, correo ordinario, etc.).

2 Las medidas dictadas en un proceso de crisis matrimonial o de pareja de hecho. Tras una situación de crisis matrimonial, o de pareja de hecho, en la que existen hijos comunes menores de edad (o mayores con discapacidad) y se ha acudido a un proceso de nulidad, separación o divorcio judicial o un proceso de guarda y alimentos en favor de los hijos en las parejas de hecho, en la sentencia se tendrán que recoger toda una serie de medidas en las que se regulen las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, así como la de estos con



sus hijos comunes e incluso con sus animales de compañía. Este tipo de medidas también se pueden recoger en un proceso de determinación de la filiación. Estas disposiciones relativas a la guarda y custodia, así como el correlativo derecho de visitas de los progenitores no custodios podrán establecerse de mutuo acuerdo en el convenio regulador (art. 90 CC). En el caso de desacuerdo, será la autoridad judicial la que establezca estas disposiciones con carácter definitivo al dictar sentencia en un proceso contencioso (arts. 91 a 101 CC). Estas medidas definitivas, en su caso, sustituirán a las medidas previas que se dictaron antes de presentar la demanda de nulidad, separación, divorcio o de guarda y custodia y alimentos de menores (medidas provisionales previas o provisionalísimas ex arts. 104 CC y 771 LEC). También sustituirán, a las dictadas por la autoridad judicial junto con la presentación de aquellas demandas para regular la situación de cónyuges e hi-

jos mientras se sustancia el procedimiento de separación, divorcio o nulidad (medidas provisionales coetáneas [arts. 102 a 106 CC y 773 LEC]). En estos casos de falta de común acuerdo, Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de que progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años" (art. 159 CC).

Estas medidas relativas a la guarda y custodia y el derecho de visitas es aconsejable que se establezcan siguiendo el mismo orden que se propone en el art. 90.1. CC para fijar los extremos que han de incluirse en el convenio regulador: 1º) *Determinar con que progenitor se van a quedar a vivir los hijos.* La guarda y custodia se tiene que fijar de acuerdo con las previsiones de los arts. 90.1.a); 94.I, 103.1, 104.I y 106.I CC. La guarda y custodia podrá tener carácter exclusivo (monoparental o individual), cuando se atribuye a un único progenitor, mientras que al otro se le atribuye un régimen de estancias, visitas y comunicaciones. La guarda y custodia también podrá tendrá carácter compartido cuando aquella se atribuye por igual a ambos progenitores, de modo que cada uno de estos convivirá con sus hijos durante períodos alternos. Esto supone, por lo general, un traslado alternativo de los menores por lapsos de tiempo determinados a la vivienda de cada uno de los progenitores. Terminado el turno pasan a convivir con el otro progenitor en su vivienda. En este caso, los progenitores, de modo similar a como sucede con la guarda y custodia exclusiva (art. 92.2 CC) pueden solicitar de mutuo acuerdo la guarda y custodia compartida en el convenio regulador o a lo largo del procedimiento (art. 92.5 CC). Excepcionalmente, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida cuando se solicite por sólo una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (art. 92.8 CC). En la anterior versión de este apartado 8º se exigía que el informe del Fiscal fuera «favorable» lo que fue declarado inconstitucional por la STC 183/2021 (Pleno) 17 octubre 2012 (RTC 2012,103) por entenderse que no hay ningún argumento que justifique la inserción por el legislador de este límite a la función jurisdiccional al haber otorgado un poder de veto del Ministerio Fiscal. En todo caso hay que tener en cuenta que desde la STS 29 abril

2013 (Tol 3711046) se considera a la custodia compartida como el sistema preferente y no el excepcional. Finalmente, con independencia de la modalidad de guarda y custodia solicitada por los cónyuges el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, por alguno de los miembros del Equipo Técnico Judicial o por el propio menor (art. 92.6 CC). 2º) *Establecimiento de las medidas que afecten a la patria potestad*. Respecto de esta figura, siempre que se produce un supuesto de separación, o ruptura y disolución vínculo conyugal (o separación de la pareja de hecho), la regla general es que los hijos menores de edad queden bajo la patria potestad de ambos progenitores, salvo los casos en los que por resolución judicial se produce la privación de esta potestad la misma a uno de los padres (art. 92.3 CC). Cuestión diferente a la titularidad de la patria potestad es su ejercicio que en principio la corresponde a quien tiene la guarda y custodia sobre los hijos comunes. En el art. 90.1.a) CC se exige que en el convenio se contenga el extremo relativo al “cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos” así como “el ejercicio de ésta”, así como el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor no custodio. Es de destacar que en la actual redacción del art. 160.1 CC se reconoce el derecho de los hijos menores a “relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga de otra cosa por resolución judicial [...]”. 3º) *La determinación del régimen de visitas del progenitor no custodio en los casos de guarda y custodia exclusiva*. Este régimen de comunicación y estancia se determinará de acuerdo con lo establecido en los arts. 90.1.a); 94.I, 103.1, 104.I, 106.I CC]. Este mismo derecho de visitas, comunicación y tenencia también podrá solicitarse por el progenitor no custodio respecto de sus hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyos. Esta cuestión también ha sido introducida por la Ley 8/2021 al modificar los arts. 91.II; 94 y 172 bis I y 173. 1 CC. El régimen de comunicación y estancia también cabe con la custodia compartida. En este caso, una vez fijado cada cuanto tiempo corresponde a los menores vivir con cada progenitor, también habría que establecer un régimen de comunicación y, opcionalmente uno de visitas intersemanales en favor del progenitor a quien no corresponde el turno. En la custodia compartida también hay que delimitar las cues-

iones organizativas respecto del cambio de turno: quien es el encargado de recoger a los menores cada vez que empieza un turno y quien tiene la obligación de reintegrarlo al otro domicilio cuando finaliza la estancia.

3. *El procedimiento a seguir para la delimitación y ejecución del régimen de visitas*. En la actualidad está regulado en la LEC en el Capítulo IV, bajo el epígrafe “De los procesos matrimoniales y de menores” (arts. 769 a 778), dentro del Título I “De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores” dentro del Libro IV “De los procesos especiales”. El art. 770 remite al juicio verbal teniendo en cuenta las reglas previstas en los arts. 748 y siguientes. LEC. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (en adelante LJV), también tiene algunos preceptos aplicables al derecho de visitas dentro de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia del título II. En concreto, dentro de la Sección 3ª “De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad” hay que destacar el art. 871.a) que permite, entre otros, la aplicación de la LJV para la adopción de las medidas de protección de los menores que establece el art. 158 CC (modificado por la Ley 8/2021). Entre estas medidas están las de los apartados 4º y 5º que contemplan la prohibición de aproximación y, comunicación con el menor que puede imponerse a los progenitores y cualquier otra persona. En el apartado 6º se prevé “la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”.

4. *La titularidad del derecho de visita*. Respecto a la titularidad del derecho de visita el art. 94. I CC estima que «el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía». Sin embargo, en la vigente redacción del art. 160 CC (redactado por la Ley 26/2015) este derecho que antes solo se configuraba en favor del progenitor, también pasa ser titularidad del hijo menor en su



apartado 1º al decir que: “Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores [...]”. En el apartado 2º de este mismo precepto este derecho del menor a tener relaciones personales con sus progenitores se extiende a “sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”. No obstante, en caso de colisión de derechos el del menor tendrá carácter preferente sobre el de los progenitores y abuelos u otros familiares por aplicación de lo dispuesto en el art. 2. 4 LO 1/1996 al decir que “En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. En este sentido la STS 16 mayo 2017 (RJ 2017,2219) estima que “El criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda sobre la situación del menor, incluido el régimen del llamado derecho de visita, es el del interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores que, aun siendo de menor rango, no resulta por ello desdeñable (STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176), con cita de otras anteriores). En esa misma sentencia el TS considera al derecho de visita del progenitor no custodio, no como un propio y verdadero derecho, sino como un complejo de derecho-deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene sólo por finalidad satisfacer los deseos

o derechos de los progenitores, sino también la de cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras de un desarrollo equilibrado. En la doctrina se ha matizado que es un derecho-deber para los progenitores mientras que para los hijos es únicamente un derecho.

5. *El interés superior del hijo menor.* El hecho de que el derecho de visitas se instaure en beneficio de los hijos permite que este pueda ser limitado o incluso suspendido en el caso de perjudicarse el interés superior del menor de aquellos. Son varios los preceptos en los que se admite la posibilidad de modificar las medidas definitivas dictadas por la autoridad judicial cuando se produzca un cambio de las circunstancias. En el nuevo art. 90.3 CC se dice que “las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges”. En el art. 91.I CC *in fine* se establece la posibilidad de modificar las medidas definitivas, no sólo las relativas al régimen de visitas, “cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”. De acuerdo con el nuevo art. 94 III CC la autoridad judicial puede “limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen [...]”. En la anterior redacción del precepto la modificación o suspensión del ré-

gimen de visitas estaba condicionada por hecho de que se dieran “graves circunstancias” expresión que ahora se ha sustituido por la de “circunstancias relevantes”. En el también reformado art. 775 LEC (Modificación de las medidas definitivas), en su apartado primero se exige para la modificación de las medidas definitivas (no sólo las relativas al régimen de visitas) que “hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”. Estarán legitimados para solicitar la modificación de las medidas los cónyuges, así como el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores. Asimismo, podrán solicitar la modificación ambos cónyuges de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

6. *Modificación de las medidas por incumplimientos del régimen visitas.* En algunas ocasiones, la modificación se solicita por una particular alteración de las circunstancias, se trata de aquellos casos en la que los hijos menores de edad han empezado a negarse a tener relación con uno de sus progenitores. En este caso la idea que debe primar antes de cualquier modificación de las medidas relativas al régimen de visitas, estancias y comunicaciones (o incluso su mantenimiento), una vez conocido el rechazo del menor, es que es necesario ponderar los dos intereses que en numerosas ocasiones entran en conflicto. Desde un punto de vista teórico es beneficioso para el menor la existencia de un vínculo afectivo o relación parento-filial con el progenitor no custodio. Por lo tanto, sería aconsejable el mantenimiento, restablecimiento o incluso la creación de los contactos del menor con su progenitor. Siempre que sea posible y no perjudique el interés del menor es aconsejable salvar la relación parento-filial puesto que hay que garantizar al menor a vivir crecer y desarrollarse contando con la relación con sus dos progenitores. En la jurisprudencia se ha insistido en el mantenimiento o en el restablecimiento del vínculo. Entre otras la SAP Barcelona (Sec. 18ª) 20 febrero 2020 (AC 2020, 355) establece que “Es importante mantener la fuerza del vínculo paterno-filial en especial para el adecuado desarrollo emocional del hijo, y por ello se tiende siempre a adoptar las medidas oportunas para restablecer el vínculo y favorecer la relación». En segundo, lugar en oposición al mantenimiento de la relación parento-filial se encuentra el hecho

de que el interés del menor exige preservar su estabilidad emocional y su salud psíquica que podría verse afectada si al menor se le imponen contactos no queridos con una persona a la que no sólo rechaza, sino que en ocasiones le produce verdadera aversión. De ahí que la imposición de contactos forzados en determinados supuestos, especialmente en el caso de los adolescentes, no solo no servirá para la mejora de las relaciones con el progenitor custodio, sino que acrecentará el rechazo que siente hacia aquel. De ahí que la respuesta judicial varía según las diferentes franjas de edad de los menores: en el caso de los menores de doce años, salvo que exista causa de riesgo justificada, no es admisible que el progenitor custodio ceda ante los caprichos del niño y es responsabilidad de aquel el cumplimiento del régimen de visitas. En la franja entre los doce y catorce años, salvo que exista causa grave y justificada se podrá exigir el cumplimiento del régimen de visitas, si bien ahora se tendrá que oír al menor (también en la franja de edad anterior si el menor tuviese suficiente juicio). Finalmente, en el caso de los menores entre catorce y dieciocho años se hace complejo imponer al menor adolescente una relación que no desea. No obstante, cabría la posibilidad de aplicar medidas de limitación del derecho de visitas de común acuerdo siempre que este derecho-deber se haya venido cumpliendo. En los casos de largos períodos de tiempo de interrupción de las visitas cabría aplicar un régimen flexible de acercamiento. Finalmente, en el caso de que haya fallado cualquier tipo de terapia social para el acercamiento entre progenitor e hijo no quedará otra alternativa que la supresión del régimen de visitas.

Más de este artículo en el próximo número

Federico Arnau Moya

*Profesor
Contratado
Doctor de
Derecho civil,
Universitat
Jaume I.*



SECCIÓN DERECHO FAMILIA

Si quieres
colaborar en
nuestra revista,
escuchamos tus
ideas y opiniones

escribenos a:

familiaysucesiones@icav.es

