

CUADERNO DE FAMILIA



ASOCIACIÓN
JUDICIAL
FRANCISCO DE
VITORIA



Revista Jurídica de Derecho de Familia
de la Asociación Judicial
Francisco De Vitoria



www.ajfv.es
ajfv@asociación.com

**JUNIO
2019**

SUMARIO

01

¿EFECTO NO DESEADO DEL DIVORCIO?

COMENTARIO DE LA SENTENCIA 539/2018 DE LA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE SEPTIEMBRE [Roj STS 3263/2018 – ECLI: ES:TS:2018:3263]

Alfredo García Gárate

Catedrático Universidad S. Pablo-CEU

02

LA PROBLEMÁTICA DEL CÁLCULO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS: UNA APROXIMACIÓN A LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS INFORMÁTICOS

Ernesto Pascual Franquesa

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona.

03

EL VOTO DE LOS DISCAPACITADOS

Joaquín Andrés Joven

Magistrado Juez

Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 2 de Palma de Mallorca

Delegado de Discapacidad de la Sala de Gobierno del TSJ de Baleares

04

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA:

STS Sala 1ª de 1 de marzo de 2019 (Roj:

STS 653/2019 - ECLI: ES:TS:2019:653)

ISSN: 2605-2687

DIRECCIÓN:

Gustavo Andrés Martín Martín

COORDINADOR:

Afonso Aliaga Casanova

CONTACTO:

ajfv@asociación.com

01

¿EFECTO NO DESEADO DEL DIVORCIO?
COMENTARIO DE LA SENTENCIA 539/2018 DE LA SALA
1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 28 DE SEPTIEMBRE
[Roj STS 3263/2018 – ECLI: ES:TS:2018:3263]

Alfredo García Gárate
Catedrático Universidad S. Pablo-CEU

Resumen: : *El autor analiza la [sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 2018](#) sobre la incidencia del divorcio posterior en la interpretación de la voluntad de la testadora, desde la óptica de la doctrina jurisprudencial.*

Voces: *divorcio; heredero; causa falsa en los testamentos; valoración de la prueba por el juzgador de instancia; recurso de casación; interpretación de los testamentos.*

La sentencia que se comenta casa la sentencia dictada por el Juzgado nº 1 de Onteniente que había sido confirmada en apelación por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia, y deja sin efecto el testamento en el que figuraba como heredero el “esposo” de la testadora, al haber sido disuelto el matrimonio por divorcio.

I. ANTECEDENTES

Dª Gracia y D. Esteban contrajeron matrimonio el 1 de julio de 1967. Cinco años después, el 6 de abril de 1972, Dª Gracia otorgó testamento instituyendo como único heredero “a su esposo” D. Esteban.

En 26 de mayo de 1994 el matrimonio quedó disuelto por divorcio, falleciendo Dª Gracia el 2 de febrero de 2011, sin haber revocado dicho testamento.

Dª Consuelo, hermana de Dª Gracia, interpuso demanda contra D. Esteban solicitando se declarara la ineficacia de la institución de heredero y se abriera la suce-

sión intestada de su hermana. Su petición se fundamentaba en el art. 767.1 CC con el argumento de que la institución de heredero estaba condicionada a que el instituido fuera el esposo de la causante al abrirse la sucesión.

La demanda fue desestimada en primera instancia (Juzgado nº 1 de Onteniente) y segunda instancia (Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia).

Las razones de esta decisión fueron las siguientes: la condición nunca se presume; hay que dar prevalencia al art. 675

CC, de modo que hay que estar a la interpretación literal a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; en este caso, la cláusula testamentaria en la que la causante instituye heredero universal a su esposo es clara, atendiendo a su literalidad no establece condición alguna; la sentencia de divorcio es de 26 de mayo de 1994 y el fallecimiento se produjo el 2 de febrero de 2011, es decir, dieciocho años más tarde sin que otorgara nueva disposición testamentaria para revocar la anterior; la aplicación del art. 767 CC requiere que se acredite el error invalidante y en este caso no hubo error porque cuando se otorgó el testamento el instituido era el esposo de la instituyente; no puede de-

ducirse del hecho del divorcio una revocación tácita, sin que exista norma legal en el Código civil que permita establecer una presunción de revocación.

La sentencia es recurrida en casación por los herederos de D^a Consuelo y la Sala, una vez admitido el recurso de casación en su modalidad de interés casacional, basado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, estima el recurso, casa la sentencia recurrida y, en su lugar, estima la demanda declarando la ineficacia de la institución de heredero a favor de D. Esteban y, en consecuencia, abierta la sucesión intestada de D^a Gracia.

II. ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

El razonamiento del Tribunal Supremo es del siguiente tenor literal: “Esta sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el art. 767.1 CC, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz. Conforme al art. 675 CC, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del art. 767.1 CC, que se refiere a la “expresión” del

motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja del testador. Esto es lo que ha sucedido en el presente caso en el que, tras contraer matrimonio, la causante otorgó testamento en el que instituyó heredero «a su esposo D. Esteban». El empleo del término «esposo» para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término «esposo» revela el motivo por el que la

testadora nombraba a Esteban como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero. Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión”.

En síntesis, para la Sala, en contra del criterio del Juzgado y de la Audiencia,

el motivo determinante de la institución de heredero fue el que fuera “su esposo”. Como al fallecer la testadora ya no lo era, el testamento perdió su razón de ser, dejando de ser eficaz. Aunque parte de la aplicación del art. 675 CC para la averiguación de la voluntad de la testadora, entiende que se trata de un supuesto de imprevisión y que en estos casos, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere el art. 767.1 CC, debe aplicarse este precepto y dejar sin efecto el testamento.

III. COMENTARIO

Antes de abordar el presente comentario tenemos que recordar, aunque sea brevemente, la doctrina jurisprudencial aplicable al caso, que se ha orientado en un doble sentido. El primero, referido a la misma función interpretativa que es una actividad de la soberana incumbencia del juzgador de instancia. El segundo, que el proceso interpretativo debe partir de un criterio subjetivista.

3.1 Valoración de la prueba por el juzgador de instancia y recurso de casación.

Bajo la vigencia de la ley de 1881, desde sus primeras sentencias, el Tribunal Supremo ha establecido como doctrina que “corresponde al juzgador de instancia interpretar para su recto y acertado cumplimiento las cláusulas testamentarias,

debiendo prevalecer tal interpretación en tanto no se demuestre que es equivocada por contrariar de modo manifiesto la voluntad del testador o que vulnera las normas del CC relativas a la interpretación de los actos de última voluntad”¹, o que es “arbitraria o absurda”², o contiene “un manifiesto error”³. Jurisprudencia que ha sido confirmada en la actualidad, de suerte que la interpretación de los testamentos sigue siendo competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, pues solo cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley pueden ser revisadas en casación⁴.

Lo mismo cabe afirmar respecto de la interpretación de las cláusulas testamentarias, pues como señala la STS de 30 enero

de 1997 "es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al Tribunal de instancia"⁵.

3.2 Doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de los testamentos. El llamado "favor testamenti".

Es doctrina jurisprudencial consolidada y muy reiterada desde antiguo que el proceso interpretativo debe hacerse con un criterio subjetivista, de conformidad con el art. 675 CC, que concede notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración, de acuerdo con la regla del Derecho romano "in testamentis voluntates testantium interpretantur"⁶. Sin embargo, con el fin de aclarar esa voluntad, se debe acudir no solo al conjunto del documento testamentario sino incluso, con la debida cautela, a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores a la disposición de la voluntad que se interpreta⁷. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador se-

gún el tenor del mismo testamento⁸. Aunque debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto⁹.

Igualmente olvida la sentencia la doctrina que las Sala ha establecido sobre el llamado "favor testamenti"¹⁰ (conservación de la validez del testamento) dentro del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos, no solo como mero criterio hermenéutico sino como auténtico principio general. Con esta nueva configuración se tiende a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual que se proyecta igualmente en el ámbito del derecho de sucesiones para reforzar los principios entroncados del "favor testamenti" y del "favor partitionis", facilitando el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica¹¹.

Aunque esta doctrina ha encontrado un desarrollo más amplio y completo en la jurisprudencia reciente, en materia tes-

tamentaria ya estaba presente desde hacía tiempo: “en la duda sobre el contenido de una disposición testamentaria debe preferirse la interpretación que le permita producir efecto”, decía la sentencia de 26 de junio de 1951.

3.3.- Interpretación del testamento objeto del recurso.

La juzgadora se apoya no solo en el art. 675 CC sino también en el hecho de que la condición testamentaria no se presume y el divorcio no implica una evocación tácita. Por su parte, la Sala entiende que la expresión “esposo” debe entenderse como una condición testamentaria y que, producido el divorcio, el testamento pierde su razón de ser, situación que debe equipararse a los supuestos contemplados en el art. 767.1 cuando en la institución de heredero existe la expresión de una causa falsa, en cuyo caso debe ser considerada como no escrita.

Lo cierto es que no hay una clara expresión en el testamento sobre la causa o motivo de

la institución de heredero por lo que a priori ambas interpretaciones son razonables y admisibles sino fuera porque en el presente caso concurren otros elementos probatorios a tener en cuenta.

3.4 Opinión personal.

A hilo de la doctrina jurisprudencial expuesta y de los datos que proporciona este caso, podemos concluir que la sentencia de instancia, confirmada en apelación, no debió ser casada¹² pues no solo resulta más convincente el criterio de la juzgadora y su argumentación sino que se acomoda con mayor fidelidad a la tradicional jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. A los argumentos de la juzgadora de instancia podemos añadir las siguientes consideraciones:

- 1) En primer lugar, porque no se califica la actividad probatoria de la juzgadora de instancia como arbitraria, irrazonable o con error patente, lo que hubiera sido necesario para poder casar la sentencia, y nada de esto se dice ni se puede decir.

-
- 2) El divorcio no solo no produce efectos negativos en materia testamentaria sino que no siempre va unido a la revocación de un testamento previo por razones muy diversas. Cosa distinta, es que puedan verse afectados otros derechos hereditarios como son los regulados en los arts. 834, siguientes y concordantes, del CC.
- 3) La condición testamentaria no se presume ni se puede considerar implícita por el hecho de que, al igual que ocurre en todos los testamentos, junto a la identificación del beneficiario, se añade su relación con la testadora. Lo relevante aquí es que la institución de heredero se hace nominativa y no por la relación que tenía en ese momento con la testadora. Tiene razón la Sala cuando afirma que el motivo del testamento es que era el esposo, pero una cosa es el motivo y otra la condición para disfrutar de ese beneficio, que no deben confundirse, y que la testadora, como en otros casos, podía haberlo establecido y no lo hizo. Es cierto que en la fecha del testamento, 1972, no existía el divorcio pero si la separación legal, la de hecho o el propio abandono. Podía haber condicionado su estamento a que no se produjera ninguna de estas circunstancias o, como se decía en algunos testamentos, a que el viudo no volviera a contraer nuevas nupcias y sin embargo no lo hizo.
- 4) La consideración anterior queda reforzada por el dato que pudiéramos considerar medio de prueba extrínseco o circunstancia exterior al testamento. Me refiero a una de las claves del presente caso, el hecho de que la testadora no revocara el testamento, pese al tiempo transcurrido desde el divorcio (18 años), porque este dato pone de relieve su voluntad de mantenerlo pese a que ya no eran esposos. Luego se puede concluir que la institución de heredero no venía condicionada, como erróneamente afirma la Sala, por su cualidad de “esposo”. De lo contrario tuvo tiempo más que suficiente para hacerlo y si no lo hizo fue porque, pese al divorcio, su decisión era que D. Esteban fuera su heredero universal por las razones que desconocemos y que pue-

den ser de muy variada índole. Como ha declarado el propio Tribunal Supremo, “la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento”¹³. El hecho de no revocar el testamento durante diecisiete años que transcurrieron desde el divorcio evidencia, sin género de dudas, una voluntad presunta de mantener como beneficiario al que había sido su “esposo”. Es

decir, el divorcio en este caso, como en otros muchos, por muy diversas razones, ya sean económicas, afectivas o morales, no llevó a la testadora no solo a no revocar el mismo sino ni tan siquiera a modificar alguna de sus cláusulas pudiendo haberlo hecho durante tanto tiempo.

- 5) La aplicación del art. 767.1 CC resulta forzada en este caso pues no se trata de una cláusula falsa, en todo caso inexacta que no es lo mismo.
- 6) Ante las dudas de interpretación que se planteaban en este caso se debió aplicar el llamado “favor testamenti” y optar por su validez.

LISTA FINAL DE LA JURISPRUDENCIA CITADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 4 de enero de 1899.
- 16 de febrero de 1901.
- 23 de octubre de 1925.
- 20 de enero de 1932.
- 29 de octubre y 18 de diciembre de 1934.
- 23 de diciembre de 1940.
- 21 de mayo de 1942.
- 10 de octubre de 1951.
- 10 de junio de 1954.
- 9 de junio de 1962.
- 25 de abril de 1963.
- 11 de junio de 1964.
- 23 de junio y 18 de diciembre de 1965.

- 5 de julio y 2 de diciembre de 1966.
- 30 de octubre de 1970.
- 23 septiembre de 1971.
- 22 de abril de 1978.
- 26 de marzo de 1983.
- 29 de febrero de 1984,
- 18 de julio de 1991.
- 31 de diciembre de 1992.
- 310/1994, de 6 de abril.
- 26 julio y 6 octubre de 1994.
- 1168/1996, de 31 de diciembre.
- 1197/1997, de 29 de diciembre.
- 602/1998, de 23 de junio.
- 721/1998, de 18 de julio.
- 200/2002, de 23 de febrero.
- 580/2002, de 12 de junio.
- 947/2003, de 9 de octubre.
- 964/2005, de 15 de diciembre.
- 902/2006, de 29 de septiembre.
- 291/2008, de 29 de abril.
- 1016/2008, de 7 de noviembre.
- 327/2010, de 22 de junio.
- 419/2011, de 9 de junio.
- 557/2011, de 18 de julio.
- 624/2012, de 30 de octubre.
- 785/2012, de 4 de enero de 2013.
- 140/2013, de 20 de marzo.
- 423/2013, de 28 de junio.
- 587/2014, de 3 de noviembre.
- 695/2014, de 10 de diciembre.
- 717/2015, de 21 de abril.
- 226/2015, de 6 de mayo.

1. Sentencia de 21 de mayo de 1942. En el mismo sentido, entre otras muchas, SS de 4 de enero de 1899; 16 de febrero de 1901; 23 de octubre de 1925; 29 de octubre y 18 de diciembre de 1934; 23 de diciembre de 1940; 10 de octubre de 1951; 10 de junio de 1954; 5 de julio y 2 de diciembre de 1966; 30 de octubre de 1970.

2. Sentencias de 25 de abril de 1963 y de 23 de junio de 1965

3. Sentencias de 11 de junio de 1964 y 18 de diciembre de 1965.

4. Por todas, la sentencia 226/2015, de 6 de mayo, donde entre otras cosas se afirma “En cuanto a la valoración de la prueba resulta conveniente comenzar por recordar que la restrictiva doctrina desarrollada por esta Sala, durante la vigencia de la LEC 1881 sobre el control en casación de la valoración arbitraria ilógica de la prueba, mantiene su vigencia, si bien dentro del ámbito que ahora es propio, del recurso extraordinario (STS de 28 de noviembre de 2008) y en esta línea se ha venido admitiendo con carácter excepcional la impugnación

(Sentencias de fechas 12 de mayo de 2006, 28 de noviembre de 2007, con cita de las de 8 de abril de 2005, 29 de abril de 2005, 9 de mayo de 2005, 16 de junio de 2006, 23 de junio de 2006, 28 de julio de 2006, 29 de septiembre de 2006 y 16 de marzo de 2007, entre las más recientes), indicando que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003; y de esta Sala de 24 de febrero y 24 de julio de 2000 y 15 de marzo de 2002, entre otras muchas)”.

5. En el mismo sentido SS de 26 julio y 6 de octubre 1994; 1168/1996, de 31 de diciembre; 1197/1997, de 29 diciembre; 602/1998, de 23 junio; 580/2002, de 12 junio; 947/2003, de 9 octubre; 964/2005, de 15 de diciembre; 902/2006, de 29 de septiembre; 291/2008, de 29 de abril; 1016/2008, de 7 de noviembre, junto a las más recientes 327/2010, de 22 de junio y 557/2011, de 18 de julio, entre otras muchas.

6. “En los testamentos debe(n) interpretarse la(s) voluntad(es) de los testadores”. Sentencia de 22 de abril de 1978.

7. Sentencias de 26 de marzo de 1983; 29 de febrero de 1984.

8. STS 419/2011, de 9 de junio.

9. Sentencias de 9 de junio de 1962; 23 de septiembre de 1971; 18 de julio de 1991; 721/1998, de 18 de julio y 200/2002, de 23 de febrero, entre otras.

10. SSTS 310/1994, de 6 de abril; 624/2012, de 30 de octubre; 785/2012, de 4 de enero de 2013; 423/2013, de 28 de junio; 587/2014, de 3 de noviembre.

11. SSTS 717/2015, de 21 de abril; 695/2014, de 10 de diciembre; 140/2013, de 20 de marzo, entre otras muchas

12. Como dijo el propio Tribunal Supremo en sentencia de 20 de enero de 1932 “para que pueda prosperar en casación el error atribuido al juzgador en orden a la interpretación de las cláusulas de un testamento es indispensable que ese error se patentice de un modo claro y manifiesto, circunstancia que no concurre cuando se ponen en pugna dos criterios defendidos con razones muy atendibles”.

13. Sentencia de 31 de diciembre de 1992.

02

LA PROBLEMÁTICA DEL CÁLCULO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS: UNA APROXIMACIÓN A LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS INFORMÁTICOS

Ernesto Pascual Franquesa
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Barcelona.

Resumen: *El autor analiza en este artículo la posibilidad de objetivizar los criterios para la fijación de pensiones de alimentos para los hijos menores en procesos matrimoniales, mediante la utilización de programas informáticos de cálculo de cuantías.*

Voces: *Procedimientos matrimoniales; pensión de alimentos; menores.*

I. INTRODUCCIÓN

Es muy usual que en los procedimientos matrimoniales, el punto de mayor conflictividad que condiciona la totalidad de la controversia sea la cuestión económica, concretamente la pensión de alimentos que habrá de pagar el progenitor no custodio para la manutención de los hijos. No existen reglas o criterios para el cálculo de la pensión de alimentos, y podríamos pensar que tampoco es bueno establecer reglas estandarizadas sino que cada caso debe ser objeto de un análisis independiente. Ello no deja de ser verdad, pero también lo es que la inexistencia de criterios uniformes da inseguridad a las partes, impide llegar a

acuerdos, provoca que las peticiones se formulen exageradamente a la baja o al alza en función de quien solicite la pensión, y que la pensión para un mismo caso pueda ser distinta en función de los criterios que aplique cada juzgado. Por ello es conveniente tratar de objetivar de algún modo la forma y los criterios para calcular las pensiones de alimentos. La objetivación de los criterios de cálculo, sin duda puede constituir una ayuda valiosa para todos los profesionales: jueces, letrados y mediadores intervinientes en los pleitos de derecho de familia.

II. ALTERNATIVA A LAS TABLAS ESTADÍSTICAS: REGLA DE PROPORCIONALIDAD EN EL BINOMIO DE GASTOS DE LOS HIJOS E INGRESOS DE LOS PROGENITORES

En esta línea se han elaborado tablas orientadoras en base a estudios estadísticos tomando como variables los ingresos de los progenitores y los gastos de los hijos en función de su lugar de residencia. Sin embargo, otra alternativa que aquí se propone, se fundamenta en que en la práctica los profesionales que intervienen en los procedimientos matrimoniales para calcular la pensión adaptándose a la economía de cada unidad familiar suelen hacer habitualmente determinadas operaciones de cálculo. Existe un principio contemplado en todas las legislaciones civiles: la regla de proporcionalidad en el binomio gastos de los hijos e ingresos de los progenitores.

2.1.- Operaciones matemáticas a practicar

Partiendo de este principio básico

se pueden hacer las siguientes operaciones para calcular la pensión:

1.- Conocidos los ingresos de cada progenitor se averigua el porcentaje que representa los ingresos del no custodio del total de los ingresos de ambos progenitores.

2.- Se cuantifican y suman todos los gastos de los hijos y se aplica sobre ellos el porcentaje mencionado, con lo que se obtiene la cantidad que corresponde pagar al no custodio como pensión de alimentos.

3.- Se equilibra la situación económica en que quedarán al final ambos progenitores, teniendo en cuenta los gastos, tanto personales, como de los hijos, que asumirá cada progenitor reduciendo o aumentando la cantidad que como pensión de alimentos paga-

rá el no custodio, de tal modo que a cada una de los progenitores le quede una cantidad similar y suficiente para poder vivir.

2.2.- Forma del cálculo de los ingresos y gastos

En cuanto a los ingresos de ambos cónyuges se computan netos y mensualmente. En relación a los gastos de los hijos se incluirán los que se consideran en la práctica forense por su periodicidad y previsibilidad como ordinarios (vivienda, alimentación y vestido, gastos de educación en general, comedor escolar, actividades extraescolares, colonias y casales, muta médica, etc.), excluyendo del cálculo los considerados como gastos extraordinarios que se abonarán aparte de la pensión de alimentos y normalmente por mitad entre los progenitores en el momento en que se devenguen.

La cuestión de los gastos, sin embargo, no es pacífica ya que hay gastos que puede resultar discutible la forma de computarlos, como es el de la vivienda en la que van a vivir los hijos con el progenitor custodio, porque

además de la vivienda de los hijos será también la del progenitor custodio. Otros gastos son de muy difícil cuantificación, como los de alimentación y vestido porque normalmente existen criterios totalmente dispares al cuantificarlos por cada parte según vaya a ser deudor o acreedor de la pensión. Es por ello, que a falta de una cantidad que no sea muy alejada de las previsiones de cada parte, puede acudir a estudios estadísticos, como por ejemplo el elaborado por la Confederación Española de Amas de Casa Consumidores y Usuarios (CEACCU), que desglosa una media de gastos de los hijos menores por franjas de edad.

2.3.- Forma de equilibrar la situación económica de ambos progenitores

Finalmente, en el último paso se trataría de equilibrar la situación económica de ambos progenitores de tal modo que a cada uno de las ellos le quede una cantidad similar y suficiente para poder vivir. Para ello se parte de los ingresos mensuales que tiene cada uno, teniendo en cuenta que al no custodio se le tendrá que detrar:

1) La pensión de alimentos que pagará.

2) El gasto que va a tener por su vivienda.

3) Si fuera el caso, la cuota de la hipoteca de la vivienda familiar cuyo uso tiene el custodio que asuma al ser co/propietario.

En cuanto al custodio a sus ingresos mensuales:

1) Se le suma la pensión de alimentos que percibirá.

2) Se le restan la totalidad de los gastos de los hijos que deberá pagar con sus ingresos y con la pensión de alimentos.

III. CONCLUSIÓN

En definitiva, el sistema que se propone, se basa en objetivar la forma de determinación de la pensión reduciéndola en la medida de lo posible a una cuestión de cálculo matemático con las variables de ingresos y de los gastos. La innovación que supone este sistema es que al basarse estrictamente en el cálculo permite que la pensión de alimentos se pueda calcular mediante programas informáticos de cálculo, y además de alguna manera se “audita” la situación económica familiar,

y la de cada cónyuge en particular tras la ruptura, permitiendo modular la pensión de alimentos con el fin de asegurar que se cubran todos los gastos de los hijos, y a la vez a ambos progenitores les quede una cantidad suficiente para poder vivir, intentando, que no siempre resulta posible, que los cónyuges puedan gestionar las consecuencias económicas de su ruptura de la mejor manera, y así se desvincule la cuestión económica de todo lo que hace referencia a la relación con los hijos.

03

EL VOTO DE LOS DISCAPACITADOS

Joaquín Andrés Joven

Magistrado Juez

Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 2 de Palma de Mallorca
Delegado de Discapacidad de la Sala de Gobierno del TSJ de Baleares

Resumen: *Habida cuenta de los distintos procedimientos electorales que hemos vivido recientemente, se considera oportuno abordar en este artículo un tema de plena actualidad como es el de la recuperación para las pasadas elecciones – tanto para las generales del día 28 de abril, como para las autonómicas, locales y europeas del 26 de mayo– del derecho de voto por parte de las personas discapacitadas.*

Voces: *derecho de voto; personas con discapacidad; personas con la capacidad modificada judicialmente; elecciones.*

I. PROBLEMA Y LEGISLACION A REFORMAR

La Ley Orgánica del Régimen Electoral General (en lo sucesivo LO-REG) hasta la reforma que con posterioridad analizaremos disponía en su artículo tercero apartado 1, apartados b) y c) que:

«1. Carecen de derecho de sufragio:

b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.»

Esta norma limitadora de derechos, contradecía claramente la normativa contenida

en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y que forma parte de nuestro derecho interno desde el día 3 de mayo de 2008, tras su publicación en el BOE en fecha 21 de abril de 2008 y cuyo artículo 29 preceptúa que “*Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:*

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante:

i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar;

ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda;

iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar;”

Habida cuenta de la limitación del derecho de sufragio al que se ha hecho mención con anterioridad y, en razón de que, tras la publicación de la Convención de Nueva York en el BOE, no se había llevado a cabo ningun-

na modificación legislativa tendente a superar la situación establecida en su día por la LOREG, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, en el examen al que sometió a España en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 35 de la Convención, aprobó en sus observaciones finales, en su 62.^a sesión celebrada el 23 de septiembre de 2011, la siguiente recomendación respecto del derecho de participación en la vida política y pública recogido en el artículo 29 del Tratado:

«47. Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. El Comité lamenta la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho de voto. El Comité observa con preocupación el número de personas

con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto.

48. El Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley Orgánica núm. 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar. Además, se recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales.»

A tenor de lo anteriormente expuesto, y en razón al compromiso adquirido por el Estado español – con la ratificación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – de

garantizar el pleno y efectivo ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, la Asamblea de Madrid, ejerció la iniciativa legislativa ante el Congreso de los Diputados con una Proposición de Ley de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General en el año 2017.

Tal propuesta que fue defendida en su día por tres diputados de la Asamblea de Madrid; por el Partido Popular, Alfonso Serrano, por el PSOE la diputada Mónica Silvana, y por parte de Podemos, Beatriz Jimeno; lo que dejaba bien a las claras la consideración unánime sobre la necesidad de la reforma legislativa. El Pleno del Congreso aprobó por 341 votos a favor, ninguna abstención ni voto en contra, la toma en consideración de la Proposición de Ley de la Comunidad de Madrid para reformar la Ley Orgánica de Régimen Electoral, en el que se pedía la suspensión de dos apartados de la normativa legal para que las personas con discapacidad pudieran votar.

II. REFORMA LEGAL INTRODUCIDA

Tras las oportunas enmiendas sobre la propuesta inicial, el pasado día 6 de diciembre – justo en la fecha del 40 aniversario de la C.E. – el BOE publicaba la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, cuyo artículo único establecía que *“La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, queda modificada en la forma siguiente:*

Uno. Se suprimen los apartados b) y c) del punto primero del artículo 3.

Dos. El punto segundo del artículo 3 quedará redactado de la siguiente forma:

«2. Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo,

consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera.»

Tres. Se añade una disposición adicional octava con la siguiente redacción:

«A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se

les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley.»

Con la reforma legislativa, el cálculo básico ha sido el de que han recuperado automáticamente su derecho al sufragio más de **100.000 personas** con discapacidad intelectual, deterioro cognitivo o enfermedad mental. De acuerdo con la información facilitada al Comité Español de Repre-

sentantes de Personas con Discapacidad (CERMI) por la Junta Electoral Central, el número de personas que, en las elecciones generales de 20 de diciembre de 2015 y 26 de junio de 2016, estuvieron privadas de su derecho al voto mediante sentencia judicial ascendió a 98.488. De éstas el 53% son mujeres y un 47% varones. Al considerar la edad, se apreció que el 60,9% de las personas que habían estado privadas de su derecho al voto mediante sentencia judicial, eran menores de 65 años (60.003 personas).

III. INTERPRETACION DE LA REFORMA POR LA JUNTA ELECTORAL CENTRAL

En fecha 13 de marzo pasado se publicó en el BOE, la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad cuyos dos primeros apartados disponían:

“Primero. A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2018, han quedado suprimidas las dos causas de incapacidad civil para el ejercicio del derecho de sufragio en los párrafos b) y c) del apartado 1 del artículo 3 de la LOREG. En consecuencia, la Oficina del Censo Electoral deberá incorporar a dicho censo a todas aquellas personas que hubieren sido excluidas como consecuencia de

resoluciones judiciales de naturaleza civil de privación del derecho de sufragio activo.

Segundo. Las Mesas Electorales deberán admitir el voto de cualquier persona con aparente discapacidad que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente a dicha Mesa. Las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral. En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral, o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto de una persona con discapacidad no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación

de constancia, el acta identificará al elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte.”

En fecha 21 de marzo, se publicó asimismo en el BOE la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, de la Junta Electoral Central, que da nueva redacción a la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad quedando así redactados los dos primeros apartados:

“Primero. A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2018, han quedado suprimidas las dos causas de incapacidad civil para el ejercicio del derecho de sufragio establecidas en los párrafos b) y c) del apartado 1 del artículo 3 de la LOREG. En consecuencia, la Oficina del Censo Electoral deberá incorporar a dicho censo a todas aquellas personas que

hubieren sido excluidas como consecuencia de resoluciones judiciales de naturaleza civil de privación del derecho de sufragio activo.

Segundo. Las Mesas Electorales deberán admitir el voto de cualquier persona que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente a dicha Mesa. Las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral. En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte”

La modificación, como es de ver, reside en suprimir la expresión “**persona con discapacidad**” en el apartado segundo, de la primera instrucción por cuanto y según indica aquella “*con posterioridad (a la publicación de la instrucción 5/2019) ha recibido (la JEC) diferentes escritos que permiten apreciar que resulta aconsejable modificar algunas de las expresiones incluidas en la referida Instrucción con el objeto de procurar una mejor aplicación de la finalidad y el espíritu previsto por el legislador*”,

y ello por entender que la primera instrucción “*entraba en contradicción clara con el espíritu y la letra de la reforma electoral*” según el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) o que la directriz “reinterpretaba” la reforma de la Ley Electoral aprobada en noviembre, como refería Jordi Xuclá, quien fuera presidente de la Comisión de Discapacidad en el Congreso de los Diputados en esta última legislatura.

IV. CONCLUSIÓN

Creo que realmente la modificación legislativa supone un paso adelante en la adecuación del espíritu de la Convención de 2006 a la legislación española en el que la incapacitación legal pasa de ser una figura jurídica de protección en el que las familias pretendían seguir tutelando las decisiones de las personas con dis-

capacidad - esto es sustituir la voluntad del incapacitado por la de su tutor - sobre todo a nivel económico, a un modelo diferente que respeta mucho más la autonomía de las personas con discapacidad, para que sean ellos mismos quienes puedan ejercer la capacidad jurídica con los apoyos que necesiten, siempre lógicamente que ello resulte posible.

04

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

STS Sala 1ª de 1 de marzo de 2019
(Roj: STS 653/2019 - ECLI: ES:TS:2019:653)

Resumen: *Doña Dulce, divorciada de mutuo acuerdo con Ismael, ejercita una acción de modificación de medidas alegando que, como consecuencia del dictado de la sentencia estimando la acción de impugnación de la paternidad, procede la extinción del ejercicio de la patria potestad, pensión de alimentos y régimen de visitas existente respecto de la menor Flora por parte de don Ismael quien hasta ese momento Flora había considerado como su padre. De la relación entre Dulce e Ismael existía otra hija menor aparte de Flora, que si era hija biológica de Ismael.*

La sentencia de apelación mantuvo las visitas de Flora a favor de Ismael, y la madre recurre en casación.

El TS considera que la situación del que durante años ha sido considerado por Flora como su padre encaja en el concepto de “allegado” del art. 160 LEC, y mantiene el régimen de visitas a su favor valorando el interés de la menor y tomando en consideración, entre otras cuestiones, que el informe psicosocial no aconseja romper los lazos de manera brusca sino que recomienda dar un tiempo para asimilar los cambios y construir la nueva relación derivada de la situación singular

BREVE EXTRACTO DE LA SENTENCIA:

“1.- Cuando se plantea como cuestión a decidir el régimen de visitas y comunicaciones de menores de edad, no solo se plantea la relación, en caso de custodia monoparental, entre el progenitor no custodio y los hijos sometidos a potestad, sino también, aunque sean más excepcionales, las que reconoce el Código Civil en el art. 160, tras la reforma por la Ley 26/2015, respecto de abuelos, entre hermanos y otros parientes y allegados, siendo éstos últimos los que ocupan el centro del debate de los presentes recursos.

2.- Ese derecho de visitas y comunicación, como el de guarda y custodia, y en general cuantas medidas de carácter personal afecten a los menores, viene informado por el principio favor filii o, lo que es más

frecuente últimamente, por el denominado interés del menor. Este interés, según doctrina de la sala (sentencias 566/2017, de 19 de octubre y 579/2017, de 25 de octubre, entre otras muchas), es la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor.

3.- Cuando se trata, pues, de valorar el interés del menor, tiene sentado la sala (sentencia de 23 de julio de 2018, sobre guarda y custodia compartida, pero extrapolable a cualquier medida personal que afec-

te a menores) que el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

El único límite de la revisión es que el citado interés no se haya respetado o que su protección sea sólo aparente, puramente formalista o estereotipada.

Por el contrario, si la sentencia refleja un riguroso estudio y análisis para indagar cual sea el interés del menor, con motivación lógica y razonable, que no significa que pueda discrepar de ella las partes o el propio Ministerio Fiscal, entonces no será posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación.

4.- Corolario de lo expuesto es que no procede admitir el recurso de casación, que en esta fase procesal supone su desestimación.

Y no procede, porque la sentencia recurrida, en un estudio fáctico y jurídico de la cuestión sometida a su decisión,

perfectamente ordenado y claro, ha ponderado el interés de la menor en una situación singular, pero que cada vez se va abriendo paso con más frecuencia al socaire de las nuevas realidades sociales relacionadas con el derecho de familia.

Precisamente, aunque teniendo en cuenta el resto de las pruebas obrantes en autos, el tribunal ha valorado el informe psicosocial, en el que pone el acento la parte recurrente y el Ministerio Fiscal, si bien extraen conclusiones divergentes, y aquella valoración no puede tacharse de ilógica o irrazonable.

Es cierto que el informe psicosocial afirma que la forma brusca de ruptura de relaciones de la menor Flora con el que tuvo como padre en los tres primeros años de su vida, ha sido un error, al no haberle dado tiempo para que tanto ella como su hermana de madre se adaptasen a la nueva situación.

Añade que "lo más recomendable hubiese sido darle tiempo para que puedan

asimilar los cambios y construir su relación sin cortar los lazos con quien para ella era realmente su padre".

Ahora bien, una vez constatado el error cometido, en perjuicio de la menor, el informe psicosocial se enfrenta a la interrogante D) de las interesadas, que es la que afronta, de modo directo y de futuro, el interés de la menor. Categóricamente informa: "Desde el punto de vista psicológico, la supresión radical de las visitas y comunicaciones con uno de sus principales referentes afectivos no puede suponer ninguna ventaja, sino todo lo contrario. Destacar que en la entrevista mantenida con Flora, la menor informó que no sabía por qué había dejado de acudir junto con su hermana a DIRECCION001, informándonos que tenía ganas de ir. Creemos que todos los implicados deberían dejar a tras sus renci-

llas y problemas pensar en el beneficio de la menor, que pasa por relacionarse con todas las figuras afectas que son importantes para ella. Dicha relación debería ser, negociada y adecuada a la nueva situación".

Se observa que en ese informe se tiene en cuenta la exploración de la menor, lo que se compadece con la sentencia 18/2018, de 15 de enero, reiterada en la posterior de 6 de abril, sobre estar a la exploración llevada a cabo por un experto, que es el caso (STC 163/2009, de 29 de junio), cuando por la edad del menor no es aconsejable una exploración judicial de éste".

REFERENCIA CENDOJ: [STS de 1 de marzo de 2019 \(Roj: STS 653/2019 - ECLI: ES:TS:2019:653\)](#)