

el art. 1.911 del Código Civil) es la llamada responsabilidad patrimonial universal. Responsabilidad que forma parte del orden público económico, «y que en consecuencia es una regla que excluye al menos tendencialmente su conculcación por los particulares» (RDGRN de 22 de febrero de 1989).

RESUMEN

EXCLUSIÓN DE LA LEY

La autonomía de la voluntad posibilita que la ley aplicable a la situación despliegue sus efectos, sólo en las normas de carácter dispositivo. Y como modalidad de esta exclusión legal se encuentra la renuncia preventiva, o anticipada, esto es, la que se realiza antes de que los derechos hayan ingresado en el patrimonio del renunciante. En ambos casos la autonomía privada impide la eficacia general de las normas jurídicas configurándose únicamente como requisitos de validez de ambas instituciones: que no sea contraria al interés o al orden público, y que no perjudique a terceros.

ABSTRACT

EXCLUSION FROM THE LAW

Free will makes it possible for the law applicable to the situation to deploy its effects only on those terms that are dispositional in nature. And one mode of this exclusion from law is the preventive waiver, or waiver in advance, i.e., the waiver that is made before the rights have entered the estate of the person making the waiver. In both cases private autonomy blocks the general enforcement of legal rules, and the only requirements for the validity of both institutions are that it not be against the public interest or public order and that it not injure third persons.

1.2. Derecho de familia

CUSTODIA COMPARTIDA DE AMBOS PROGENITORES.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

La nueva normativa del Código Civil ha introducido la posibilidad de custodia compartida por ambos progenitores (1). Nos referimos a la Ley 15/2005,

(1) En 2002 hubo más de 115.000 rupturas matrimoniales, y aunque las leyes conceden igualdad de derechos a los dos progenitores, la custodia de los hijos se adjudica a la madre en el 95 por 100 de los casos. y cuando los niños son menores de siete años, la asignación de estos derechos a la madre es prácticamente automática. Además, el progenitor custodio también suele disfrutar en la práctica del domicilio conyugal, por lo que el ejercicio de la patria potestad le resulta mucho más fácil que al otro progenitor.

de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

La *custodia compartida* es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio, ambos progenitores ejercen la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. No se debe confundir la custodia legal con la patria potestad. En el caso de custodia no compartida, y salvo casos excepcionales, los progenitores siguen teniendo los dos la patria potestad sobre los hijos.

Según la propia Exposición de Motivos de la Ley de 2005 esta reforma legislativa se ocupa de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.

Indica también que se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido.

Así el legislador en la nueva consideración de la separación y alejándose del antiguo modelo de la separación-sanción, donde la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole, reconsidera e intenta dar una mayor coherencia a una de las cuestiones donde la práctica iba por delante en muchas ocasiones posibilitando que los hijos —tras la ruptura de sus padres— continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores, evitando el perjuicio de los hijos.

Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.

Pues bien ya hay una sentencia en este sentido, nos referimos y vamos a analizar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de febrero de 2007, número de recurso 1002/2005 (Ponente: don Enric ANGLADA FORS) (2).

(2) Fallo en el que se *estima* el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Lucas contra la sentencia dictada por el Ilmo. Señor Magistrado-Juez de Primera Instancia, número 2, de Granollers, en fecha 31 de enero de 2005, y que *revoca* la mentada resolución en cuanto a las medidas dimanantes de la declaración de separación conyugal de los consortes en litigio, doña Araceli y don Lucas y así, *luego del acuerdo parcial de mediación alcanzado por dichos esposos*, en fecha 20 de noviembre de 2006.

Forman parte de la Sección Decimoctava del Tribunal de la Audiencia Provincial de Barcelona: don Enric ANGLADA FORS, doña Margarita NOBLEJAS NEGRILLO y doña M.^a Dolors VIÑAS MAESTRE.

II. EL PRINCIPIO DEL *FAVOR FILII* Y SU CONSTATACIÓN PRÁCTICA

La *idónea protección de los intereses* de los menores objetivo legal de la reforma para la atribución de la custodia compartida debe constatarse en la práctica para que el Ministerio Fiscal informe favorablemente y el Juez dicte o no la señalada custodia (3).

La principal razón en defensa de la custodia compartida es que en el caso de otorgarse la misma, ambos padres pueden influir en el desarrollo y evolución física y psicológica de sus hijos, y tener un contacto permanente con los mismos. En las guardas y custodias donde no existe custodia compartida, el desarrollo del menor es notablemente menor y los conflictos emocionales se desarrollan en él por el resto de su vida.

En el caso de autos y en concreto en la prueba de exploración llevada a cabo por los miembros del tribunal destaca el deseo del hijo, de trece años, de permanecer el mismo tiempo con su padre y con su madre. Todo ello en base al principio de que debe oírse a los hijos mayores de doce años si cuentan con el suficiente juicio (4).

(3) En el supuesto de autos, habiendo el Ministerio Fiscal informado en el acto de la vista de la apelación a favor de la custodia compartida, se cumple el presupuesto procesal, de pertinente aplicación, previsto en el artículo 92.8 del Código Civil y, por tanto, el Tribunal estima que debe acordarse la guarda y custodia compartida de los dos hijos de los progenitores hoy en litigio, en el bien entendido que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior, pues aparte de que debe procurarse no separar a los hermanos, lo que el sistema de custodia compartida potencia que así sea, dada la convivencia conjunta de cada uno de ellos en las estancias, ya sea con uno o con otro progenitor, para la niña, que cuenta con siete años y casi nueve meses de edad, su hermano, de trece años y casi cuatro meses, es un referente importante en todos los aspectos de su vida.

(4) Artículo 92. «1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. 2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos...

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, 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, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e identidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Minis-

III. INCONVENIENTES Y VENTAJAS DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

El desajuste familiar práctico que supone la ruptura del matrimonio y la custodia compartida con los hijos supone en la realidad de la vida cotidiana unos desajustes que deben solventarse con coherencia.

No olvidemos que la custodia compartida pretende que los dos cónyuges queden en situación de paridad desde el principio, frente a la situación en la que uno de los cónyuges se convierte en el verdadero padre y el otro en visitante. Escoger esa opción significa que los progenitores se reconocen iguales en derechos y deberes de cara a sus hijos (5).

Evidentemente entre los *inconvenientes* se pueden destacar:

- a) la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio;
- b) los problemas de adaptación a nuevos núcleos familiares, o,
- c) las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas, y que deben ajustarse a la nueva aceptación del concepto familiar, todo ello tras haber superado y desaparecido los sentimientos de culpa.

Inconvenientes que podemos aunar bajo la consideración de «prácticos», frente a los beneficios se pueden entender como más «morales o espirituales».

Así pues, los *beneficios* siempre serán mayores que los riesgos, ya que con la custodia compartida y así se pone muy certeramente en la sentencia en concreto en el Fundamento Jurídico segundo que apunta que:

- a) Se *garantiza* a los hijos la *posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores*, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática.

terio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores...».

(5) Para que el juez se haga una idea más clara del grado de implicación de los dos adultos y compruebe si la alternancia de residencia es posible, puede solicitar un informe pericial, que realiza un psicólogo y/o un trabajador social. Su elaboración permite al profesional definir las condiciones en las que vivirá el niño. En él se responde a las siguientes preguntas: ¿cómo es el entorno de cada progenitor: abuelos, familia más cercana, amigos, etc.?; ¿cómo es la relación del hijo con sus padres?; ¿hay tensiones entre los dos ex cónyuges?; ¿qué recursos tiene cada uno?; ¿qué tipo de vida lleva cada cónyuge? En virtud de ese informe el juez decidirá aplicar o no la custodia compartida.

Si el juez descubre que se ha producido incumplimiento del derecho de visitas, o que alguno de los progenitores demuestra mala voluntad, hasta el punto de poder hacer peligrar el acuerdo, estará capacitado para imponer la *custodia compartida sólo por un periodo determinado*, de seis meses, por ejemplo. Una vez pasado ese tiempo de prueba, el juez vuelve a ver a los padres, y en función de cómo hay funcionado decide o no perpetuar el sistema.

- b) Se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: *miedo al abandono, sentimiento de lealtad, sentimiento de culpa, sentimiento de negación, sentimiento de suplantación*, etc.
- c) Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto.
- d) Se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos.
- e) Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos.
- f) No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.
- g) Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y
- h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor se evita el miedo al abandono y se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, por lo que la ruptura resulta menos traumática.

En el supuesto de autos *en contra* de lo solicitado por el Ministerio Fiscal (6), y atendiendo a la edad de la hermana menor y a lo expresado por el mayor, la custodia se fija por días de la semana y no por semanas alternas —los lunes y los martes los hijos estarán con la madre, los miércoles y los jueves con el padre y los fines de semana de forma alterna—, lo cual garantiza una mayor regularidad en las vidas y actividades de los pequeños (7). Evidentemente no existe régimen de visitas. Hay una regularidad resuelta en virtud del acuerdo de mediación. Otro punto importante de la sentencia se centra

(6) Fundamento de Derecho Quinto: «...no es conveniente ni aconsejable estimar la petición del Ministerio Fiscal de que se fije aquella por semanas alternas, si no por días de la semana y partiendo la misma, ya que así se asegura una regularidad en la vida de los niños de forma que determinadas actividades las vincularán con las estancias en casa del padre o en casa de la madre, creando referencias fijas y, eso sí, alternándose los fines de semana...».

(7) Así, la recogida de los niños el viernes y su llevanza el lunes al colegio, deberá realizarse por quien de los dos le corresponda el concreto fin de semana.

Se mantiene el pronunciamiento concerniente a que las vacaciones escolares de los niños, en los periodos de Navidad, Semana Santa y verano sean disfrutadas por mitad entre ambos progenitores, correspondiendo, salvo acuerdo, en otro sentido, a la madre elegir el periodo en que los niños estén en su compañía, en los años pares, y al padre, en los años impares.

también en el criterio del Juez que expresamente resta importancia al hecho de que el padre y la madre vivan ahora en dos localidades distintas, ya que la escuela se halla a una distancia intermedia y los dos hijos están «plenamente arraigados» en ambas poblaciones (8).

Y unida a esta situación se resuelve otro de los puntos importantes, como es el del régimen de alimentos: pese a que los ingresos de la madre son superiores, también tiene mayores gastos que el padre, a raíz del acuerdo pactado, por lo que cada progenitor se ocupará de los gastos de manutención de los hijos cuando se encuentren con él, y los demás gastos deberán satisfacerse por mitad entre ambos.

El Juez subraya que con la custodia compartida se evitan dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, «pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija, que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor».

(8) Hay que tener presente que el supuesto presentado ante el juzgador es muy especial, puesto que «...los hijos, en el presente caso, máxime cuando ya se ha llevado a término una alternancia en la guarda de éstos, al haberla ostentado el padre durante trece meses consecutivos, desde el dictado del auto de medidas provisionales hasta la fecha de la sentencia aquí apelada, de fecha 31 de enero de 2005, en la que se otorgó la guarda y custodia a la madre, quien la sigue teniendo desde entonces, esto es, hace 24 meses, que el transcurso del tiempo y el hecho de haber accedido ambos progenitores a someterse a mediación ha limado en gran manera las asperezas y acritudes habidas al principio de la ruptura de la convivencia, hasta el punto de que los dos padres, que se implican mucho en el cuidado y educación de sus hijos, comparten tutorías en el colegio en donde éstos cursan sus estudios, a cuyo lugar han acudido prácticamente a diario para poderse comunicar con ellos, sin poder obviar, asimismo, que los dos progenitores gozan de capacitación y aptitud suficiente y adecuada para ostentar la custodia de sus hijos, tal como se colige del informe del SATAV —el cual se valora de conformidad con lo dispuesto en el art. 348 de la LEC—, y que, aunque residan en dos localidades distintas, la escuela de los menores se halla a una distancia intermedia entre las dos poblaciones, en las cuales los dos niños están plenamente arraigados, tanto en el ámbito familiar como en el social, al haber vivido con anterioridad en los dos sitios, siendo sus referentes altamente positivos en los dos entornos, aparte de que en los supuestos de custodia compartida resulta prioritario para los menores la presencia de las dos figuras parentales, dado que les ofrece tranquilidad, antes que la estabilidad o inmovilidad del espacio físico en donde vienen desarrollando su vida, en cuyas dos casas, además, tienen todos los enseres y objetos que precisan, y así lo señaló y puntualizó el hijo de los litigantes, Lorenzo, en la prueba de exploración practicada por los miembros del Tribunal, quien, tras expresar que ha venido a tal acto acompañado de su padre y de su madre —lo que no deja de ser una muestra de entendimiento y cordialidad entre ambos— y que su hermana va al mismo colegio que él, en donde tiene muchos amigos, manifestó, en varias ocasiones, que si bien vive con la madre le gustaría estar y permanecer más tiempo con el padre, y preguntado cuál era su propuesta ampliatoria, explicó con detalle la equiparación de días con uno y con otro progenitor (*vide* folio 41 del rollo de apelación), hasta el extremo que su deseo no es otro que el de estar el mismo tiempo con su madre que con su padre, lo cual viene a coincidir precisamente, como se ha indicado al principio de la presente resolución, con la finalidad y naturaleza de la custodia compartida, esto es, la alternancia o reparto de tiempos y estancias de los hijos con cada uno de sus padres» (Fundamento de Derecho Tercero).

RESUMEN

CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia compartida de ambos progenitores implica el ejercicio de la custodia legal de sus hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y de derechos sobre los mismos. Su objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, pero también la realización práctica y cotidiana de la responsabilidad de ambos padres exigiéndoles incluso un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la patria potestad.

ABSTRACT

SHARED CUSTODY

Shared custody means that both parents hold legal custody of their underage children, under equal conditions and with equal rights as regards the children. The object of shared custody is to procure the greatest custodial benefit or interest, but also to demand the practical, daily fulfilment of responsibility by both parents, requiring the parents to apply an even greater amount of diligence in their exercise of patria potestas.

1.3. Derechos reales

EL SUBSUELO COMO FINCA REGISTRAL INDEPENDIENTE.

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. EXTENSIÓN DEL DOMINIO

Desde siempre, a la hora de configurar el derecho de propiedad ha existido una preocupación en el hombre por tratar de delimitar este derecho, no sólo para poder extender al máximo sus facultades dominicales, sino también para impedir las injerencias ajenas en su propiedad y por lo tanto limitar las facultades de los otros propietarios.

Surge, por tanto, desde siempre, la «necesidad» de acotar el dominio, de ver cuál es su extensión, y si materialmente, ésta abarca todas las facultades que el hombre puede obtener sobre la cosa, su extensión vertical, ha sido, asimismo, objeto de polémica.

En el Derecho romano, como de todos es sabido, se entendía que el dominio alcanzaba verticalmente hasta el infinito en el espacio aéreo situado encima del fundo correspondiente, y hasta las profundidades más remotas; de este modo, el dueño del suelo era dueño de una ficticia columna vertical que alcanzaba hasta donde existiera confín. Los romanistas medievales acogieron estas ideas y las llevaron al límite extendiendo el dominio de la superficie de la finca *usque ad sidera et usque ad inferos*.

El Código Civil español, claramente de influencia romana en este punto, recogió en el artículo 350 del Código Civil esta idea. Así, este artículo establece que «el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está