

Abogados de Familia

aeafa

ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE
ABOGADOS DE
FAMILIA

Año XIX Número 75 - Marzo de 2015

A LOS LECTORES

La Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006: Nuevo paradigma en la comprensión de la discapacidad

GONZALO PUEYO PUENTE

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) aprobado por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006 fue concebida como un instrumento internacional de derechos humanos en orden a la protección de la dignidad y derechos de las personas discapacitadas, siendo ratificada por España el 21 de abril de 2008 y pasando a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico el 3 de mayo de ese mismo año. Un dato que no debe pasarnos desapercibido y, por tanto, por si solo debe ser causa de recabar nuestra atención es lo relativo al firme apoyo que la Convención ha recibido, siendo el tratado de derechos humanos que más rápidamente ha sido ratificado por la comunidad internacional.

Tres años y tres meses después, el 2 de agosto de 2011, el BOE publicó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en un intento de conciliar nuestra legislación a las recomendaciones de dicha Convención. Importante es resaltar asimismo que, aún faltando mucho trabajo por hacer, en 2012 se concedió a nuestro país el reconocimiento del prestigioso galardón "Franklin D. Roosevelt International Disability Rights Award" por la Fundación Lantos para los Derechos Humanos y la Justicia, reconocimiento asimilable a la concesión de un "Nobel", resaltándose en el momento de su concesión la participación de la sociedad civil en la aplicación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

SUMARIO

01 Editorial

04 Tema de debate

¿Cómo debe aconsejarse al cliente si nos pide opinión en relación con el cambio de cerradura de la vivienda, traslado de domicilio, no devolución de los menores al domicilio familiar, etc.?

08 Jurisprudencia comentada

Precario de la vivienda en pro indiviso
Custodia compartida en convenio no ratificado
Extinción de compensatoria por rechazo de trabajo
Cambio de custodia por inestabilidad emocional
No atribución del uso de la vivienda
Cálculo de la indemnización del art. 1.438 del CC
No fijación alimentos para hijo mayor
Régimen de visitas hijos adolescentes
Se declara la paternidad sin medidas
Uso de vivienda y custodia compartida
Carga de la prueba alimentos hijos mayores
Alimentos y convivencia de tercero en vivienda
Requisitos para mantener alimentos hijos mayores
Compensatoria y reanudación convivencia
Cartera de clientes de abogado: ¿ganancial?
Obras en bienes privativos
Ejecución: compensación pago gastos ordinarios
Aumento valor participaciones sociales privativas
Importancia de la pernocta
Compensatoria: el matrimonio no le impidió trabajar
Hijo mayor que vive de forma independiente
Vivienda adquirida antes de contraer matrimonio
Conceptos que incluye la pensión ordinaria

30 Casos prácticos

31 Noticias

33 Información bibliográfica

Sin embargo, a mi juicio, desde la óptica del Derecho de familia no se ha conferido la importancia que el contenido de dicha Convención conlleva a la hora de abordar los problemas de crisis de familia cuando en estos convergen personas discapacitadas y, esta vez, ha sido nuestro Tribunal Supremo quien ha venido a enmendarnos la plana recordándonos la importancia y relevancia que la Convención tiene en la solución de tales conflictos en sus recientes sentencias de 07/07/2014 y 10/10/2014 así como en la ya más lejana de 30/05/2012. En estas sentencias el Tribunal Supremo aborda por primera vez la aplicación de la Convención sobre derechos de las personas discapacitadas en el ámbito de un proceso matrimonial, llegando a afirmar que, al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad, la discapacidad existe y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores.

Lo que resulta trascendental de estos pronunciamientos es el giro que, de acuerdo a la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, se da al concepto de discapacidad sustituyendo el modelo médico por un modelo social y más acorde a los derechos humanos que al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás; mandato fundamental de la convención pues, como señala en su art. 12, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida. Si bien la capacidad jurídica como titular de derechos y obligaciones de por sí es incuestionable, la Convención insta a los Estados parte a adoptar las medidas legislativas para que estas personas puedan ejercer su capacidad jurídica concretada en su capacidad de obrar, marcado por las debidas recomendaciones en orden a lograr tal fin, impidiendo los abusos de conformidad con el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos mediante el respeto a la voluntad, preferencias y derechos de la persona tratando de alcanzar un sistema de asistencia legal pero sin incapacitación; esto es, mediante la asistencia revisable de forma periódica y personalizada (que no estereotipada), proporcional y adaptada a las circunstancias de la persona en función del grado de alteración de las facultades personales del interesado, como señala Inmaculada Espiñeira Soto, Notario de Santa Cruz de Tenerife en su artículo "La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como guía que debe orientar la travesía de los Estados al legislar sobre discapacidad".

Nos hallamos, pues, ante una nueva realidad legal y judicial que nuestro Tribunal Supremo ya ha puesto en manifiesto en las sentencias aludidas, la primera en referencia al uso del domicilio familiar y las otras dos en relación a la extinción de los alimentos de los hijos mayores de edad en el ámbito de un proceso matrimonial y en las que ha

afirmado que la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida y, aun cuando sea evidente que el hijo pueda recibir ayudas de la administración, "lo que no es posible en estas circunstancias es desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos pues no estamos ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras exista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación; antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico."

Pero no podemos limitarnos sin más a la asimilación de los mayores de edad discapacitados intelectualmente a los hijos menores de edad en materia alimenticia que se hallen impedidos para regir su persona y/o bienes sino que la Convención va más allá extendiéndose la protección a aquellas personas que, aun con capacidad para regir su persona y bienes, se hallan afectados a cierto grado de cualquier tipo de discapacidad pues, como recuerda el preámbulo del mencionado instrumento internacional, "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" extendiendo, como señala en su artículo 1, su aplicación a todas aquellas personas con discapacidad, incluyendo a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones o dejen sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.

Y es esta definición la que sirve al Tribunal Supremo para incluir entre los colectivos especialmente vulnerables, no solo a las personas incapacitadas judicialmente sino, también, a quienes ostenten la condición de "persona con discapacidad" entendiéndose por tales aquellas que superan el 33% de discapacidad según el art. 1.2 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en cumplimiento del artículo 49 CE, afirmando que la Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano, en igualdad de condiciones con las demás.

Nuestro Alto Tribunal reconoce que "nos hallamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia es-

tas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad”, advirtiéndonos de que en tanto en cuanto la discapacidad existe el problema no puede resolverse bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores.

Y es que siendo la familia, en cualquiera de sus expresiones, la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad, el discapacitado tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y aquel y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente en igualdad de condiciones.

En definitiva, el Tribunal Supremo nos ha venido a marcar un camino en relación a los derechos de las personas discapacitadas y este camino pasa por el hecho de que la resolución de los conflictos en los que los discapacitados se ven inmersos, incluidos los matrimoniales o familiares, han de ser resueltos bajo la perspectiva de los derechos humanos y proyección social desde una óptica nueva en lo que a los intereses de éstos se refiere, sin poder enquistarnos en pautas formalistas que conlleven la merma de los derechos del discapacitado y ponderando soluciones proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona y al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas, respetándose en cualquier caso la capacidad del ejercicio del discapacitado aunque solo sea a los efectos de cuestiones personales básicas o elementales.

En igual sentido social y de protección de los derechos humanos se pronuncian las STS de 30/06/2014 y 30/09/2014 dictadas en el ámbito de sendos procesos de incapacitación parcial remarcando que, al amparo de lo establecido en la Convención, en la cobertura de las deficiencias de capacidad debe respetarse, en todo caso, debe reconocerse la autonomía e independencia individual que presente la persona discapacitada y potenciarse la capacidad residual del individuo a fin de apoyar el ejercicio de aquella por éste de forma que se impida que la situación de discapacidad conlleve irremediamente la muerte civil del discapacitado, salvaguardando la dignidad de la persona como base fundamental de los derechos humanos “que constituye el sustento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo y que, sin la menor duda, tienen que ser respetados en los casos de personas con discapacidad a las que ha de reconocérseles en la medida adecuada, en cada caso, la autonomía e independencia individual que conlleva la posibilidad de tomar sus propias decisiones”.

Así, las aludidas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo abordan una doble vertiente respecto de aquellas personas discapacitadas amparadas por el art. 1.2 Ley 51/2003, de 2 de diciembre. Por un lado, su especial protección, asimilable a la de los hijos menores de edad aun cuando no se hallen afectados a una discapacidad mental en orden al uso del domicilio familiar y alimentos

(STS de 30/05/2012 07/07/2014 y 10/10/2014) y, por otro, la salvaguarda de la capacidad residual del individuo discapacitado en la medida adecuada en cada caso en orden a mantener la dignidad de la persona como base fundamental de los derechos humanos.

Así, se nos abre una puerta a una nueva concepción de lo que hasta ahora veníamos llamando “la incapacidad”, desterrando la concepción médica del término y sustituyéndola por un concepto social, más humano y respetuoso con la dignidad que todo tipo de persona merece. Falta aún mucho por legislar a fin de que poder integrar de modo más pleno, más digno y, en la medida adecuada en cada caso, a los discapacitados, impidiendo con ello abusos, respetando sus derechos, su voluntad y propiciando la participación del discapacitado en la toma de decisiones que puedan afectarle aun cuando requiera de asistencia y apoyo. Instituciones como “la asistencia”, regulada en el art. 226 y ss del Código Civil Catalán, pueden servir para dar una adecuada respuesta a muchos de los problemas de las personas discapacitadas sin necesidad de ser sometidas al estigma de la incapacitación ni a nombramiento de tutela o curatela. Ello propicia el mantenimiento de su dignidad y capacidad residual procurando la proporcionalidad e individualización de la medida en función al grado de discapacidad, al igual que ocurre en el sistema alemán o en la legislación francesa que apuesta por una actuación multidisciplinar pero siempre con la finalidad última de evitar la muerte civil del discapacitado eludiendo en lo posible, como señalaba Inmaculada Espiñeira Soto en el artículo ya mencionado, “medidas usurpadoras e invasoras de la autonomía de la persona protegida”, como puede ser la tutela de nuestro Código Civil.

Pues bien, en lo que a nosotros nos incumbe y en el ámbito jurídico en que desarrollamos nuestro trabajo, es hora ya de que comencemos a abordar las situaciones de discapacidad desde este nuevo prisma que nos brinda la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) y no desde el obsoleto que contempla nuestro Código Civil, con planteamiento alejados de la dignidad de las personas y del respeto a los derechos humanos tratando de resolverlos “bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad” (TS sicum dixit).

Apliquémonos pues en ello y hagamos planteamientos valientes desde la perspectiva de un renovado abordaje conceptual de la discapacidad y su verdadero significado no invalidante de la persona, de su dignidad y de sus derechos.



TEMA DE DEBATE

EL DIA A DIA DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS

Cuando se ha producido la ruptura pero aún no se ha suscrito ningún convenio regulador ni se han adoptado medidas por el juzgado:

¿Cómo debe aconsejarse al cliente si nos pide opinión en relación con el cambio de cerradura de la vivienda, traslado de domicilio, no devolución de los menores al domicilio familiar, etc.?



Susana Moya Medina

Abogada - Madrid

Una de las preguntas más frecuentes de los clientes es saber qué se puede y/o se debe hacer –o no hacer- desde que se produce la ruptura de la pareja pero todavía no hay regulación alguna en cuanto a los efectos de la misma ya sea porque no se ha podido llegar a un acuerdo o porque se está a la espera de la resolución judicial en caso de procedimiento contencioso.

1. Cambio de cerradura

Por lo que respecta al cambio de cerradura de la vivienda familiar, no es factible hacerlo salvo que haya acuerdo expreso de los propietarios de la misma y es indiferente quien sea el titular de la misma, o el título por el que se ocupa. En muchas ocasiones sucede que uno de los litigantes ya ha salido del domicilio familiar pero no hay resolución alguna

en cuanto al derecho de uso de la misma por lo que habrá que esperar a que se dicte la correspondiente resolución en relación a tal atribución. En caso contrario la conducta del denunciado o denunciada por el cambio de las cerraduras de la vivienda impidiendo, de este modo, el acceso a la misma al otro, podría ser constitutiva de una falta de coacciones, siendo de aplicación lo que, al respecto, establece el artículo 620.2.º del Código Penal a cuyo tenor:

“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

“ Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

“ Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que

el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2 de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”.

En fechas recientes, en concreto el día 21 de noviembre de 2013, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de los de Aranjuez dictó sentencia en tal sentido (Juicio de Faltas no 194/149) en dicha sentencia se impuso a la denunciada la pena de 6 días de localización permanente, que deberá cumplir en domicilio diferente y alejado de la víctima por considerar que el cambio de cerradura operado debía considerarse como el ejercicio de una forma de violencia (vis in re) que supuso una restricción en una actuación legítima y justificable del denunciante al que se le impidió la entrada a la vivienda.

2. Traslado de domicilio.

La respuesta no es sencilla porque depende de muchos factores.

Por una parte, el artículo 105 del Código Civil establece una causa para la suspensión de la convivencia conyugal sin que constituya abandono injustificado del hogar, porque la ley no puede obligar a una persona a mantener una situación insoportable y hasta peligrosa, de la que solamente se puede liberar sin culpa presentando una demanda o solicitud de medidas provisionales. Por ello, por este artículo se faculta a los cónyuges y/o convivientes a dejar el domicilio conyugal y/o familiar cuando existe una causa razonable, y no será abandono injustificado siempre que en el plazo de treinta días presente la demanda de separación, divorcio o nulidad, o la solicitud de medidas cautelares de carácter provisional a que se refieren los arts. 102, 103 y 104 CC .

Ahora bien: resulta obvio que hoy en día el mantenimiento de este artículo carece de razón porque estaba concebido para los supuestos de una separación conyugal basada en la prueba de una de las causas legales que fueron afortunadamente derogadas por la Ley 15/2.005, de 8 de julio.

Por ello, cualquiera de los cónyuges puede salir del hogar conyugal cuando lo considere oportuno o necesario, sin que esta conducta produzca algún efecto jurídico.

Tras el abandono del hogar conyugal se puede presentar la demanda de separación, de divorcio o de nulidad del matrimonio o bien, mantenerse simplemente acogido a la situación de separado de hecho. Lo que no puede hacerse sin que tenga consecuencias legales es que dicha salida del domicilio vaya unida al abandono económico, es decir, que uno de ellos –generalmente el que sale de la casa- deje de contribuir al sostenimiento de la familia. Lamentablemente este ilícito proceder es muy habitual por lo que, caso de que defendamos al “abandonado” o “abandonada” deberemos presentar con urgencia demanda de medidas provisionales previas para solicitar las medidas a que se refieren los artículos 103 y 104 del Código Civil pidiendo, de forma expresa que la cantidad que se fije en concepto de levantamiento a las cargas del matrimonio y/o alimentos tenga carácter retroactivo desde la fecha de la demanda.

Cosa distinta es el cambio de domicilio cuando hay hijos menores de edad y/o incapacitados ya que habrá que solicitar el consentimiento del otro cónyuge o en su caso autorización judicial supletoria caso de que se pretenda tal cambio si ello va a afectar a las relaciones paterno o materno-filiales. Y no es lo mismo cambiarse de calle o de barrio que de ciudad , de Comunidad Autónoma o al extranjero.

3.- No devolución de los menores al domicilio familiar.

Entiendo que la pregunta se refiere al intervalo de tiempo que media desde que se produce la ruptura de hecho hasta la fecha de la resolución judicial y, si es así, la respuesta va unida a la anterior. El cónyuge o progenitor puede quedarse en la vivienda y pedir el uso de la vivienda familiar pero no está obligado a residir en la vivienda, si no puede abonar su coste o si considera que tiene otra opción más beneficiosa; en este caso puede trasladarse , notificándolo al otro cónyuge, siempre que no afecte, como antes he dicho, al legítimo ejercicio del otro progenitor de su derecho-deber de estar y comunicarse con los hijos.

Si, por el contrario, ya hay resolución judicial y se establece en el Auto o en la Sentencia el domicilio de los menores, se podrá modificar el mismo previo consentimiento expreso del otro o, en su caso, autorización judicial supletoria y en el caso de traslado ilícito del menor a un lugar distinto de su residencia habitual, será preciso solicitar el retorno inmediato de los menores.





Isidro Niñerola Giménez

Abogado - Valencia

Las preguntas que se plantean en esta ocasión son ciertamente interesantes, pues van a tener una incidencia importantísima en los consejos iniciales que el cliente va a solicitar del Letrado de su confianza, y que van a marcar el iter de la ruptura.

Por ello, considero que antes de llegar a un consejo que se podría calificar como de emergencia, debemos generar confianza al cliente para que vea la luz en un momento de oscuridad y de angustia, y que se pueda reconducir el conflicto hacia un procedimiento de común acuerdo.

Considero que el cambio de cerraduras sería totalmente desaconsejable, y sólo en aquellas situaciones reales de riesgo grave se podría aconsejar adoptar ese tipo de medida.

De la misma manera que salir del domicilio familiar con los hijos, decisión que, por otro lado, cada vez es más infrecuente, sobre todo si los niños tienen ya una edad en la que pueden decidir por sí mismos.

Es muy habitual aconsejar alegremente cambio de cerraduras, llevarse a los niños, y desgraciadamente

lo que es más grave, en innumerables ocasiones una denuncia por violencia que se sabe de antemano de su falsedad, y que se da con cierta frecuencia, cuando una de las partes atisba que la custodia compartida vaya a ser una realidad.

No obstante, los hijos son los realmente espectadores de la situación, y estas conductas antijurídicas desplegadas por el padre o la madre, pueden tener unos efectos contrarios a los deseados.

Va a ser muy importante que el Código Civil lleve a cabo una regulación de la custodia compartida de forma seria, pues incluso en las Comunidades como la Valenciana y Aragonesa, que se ha determinado que la custodia compartida es preferente, ha habido una transformación absoluta hacia la custodia compartida en convenio regulador, y a un cambio de mentalidad de todos los operadores jurídicos, no sólo de nuestros propios compañeros, sino también de los Juzgados y de la Fiscalía, que ahora tienen una norma clara para poder apoyarse, y de hecho, dejar la custodia monoparental para la excepcionalidad y que la coparentalidad sea una realidad.



María Pérez Galván

Abogada - Sevilla

Muy acertada la pregunta y son temas que, día a día nos plantean los clientes cuando vienen la primera vez a nuestros despachos llenos de angustia, de dolor, y de incertidumbres, para las que no siempre hay respuesta.

Es ahí donde entra la labor del abogado de familia vocacional. Entiendo que todas estas cuestiones debemos abordarlas en la negociación que siempre es deseable hacer con el compañero que lleva la defensa jurídica de la otra parte, a sabiendas que la mayoría de estos problemas no los resuelve el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juez, el Fiscal o demás intervinientes en un procedimiento contencioso. Siempre lo mejor es consensuar y pacificar el conflicto.

En caso contrario, si dejamos que el cliente actúe a su criterio y no dirigimos todas esas cuestio-

nes, nos arriesgamos a que la tensión aumente y estallen, en todas las acepciones de la palabra, todo tipo de sentimientos, con el grave riesgo de no poder alcanzar un acuerdo nunca y que las vidas de estas personas y sus familias se compliquen y judicialicen durante años.

Aconsejar al cliente que salga del domicilio o no, a la madre, usuaria en la mayoría de las ocasiones cuando hay menores, que cambien la cerradura sin más, y medidas tan drásticas, deben sopesarse antes de darlas un abogado y hacer reflexionar al cliente que esté decidido a hacerlas sobre sus consecuencias y efectos.

Debemos ser congruentes además con los actos propios que esas medidas van a generar. Así, si durante la tramitación de la negociación y/o del procedimiento se siguen afrontando las cargas del matrimo-

no, no debe operar automáticamente la liquidación que proceda de la aplicación del artículo 148 del CC., siendo en nuestra opinión mucho mejor aconsejar que se sigan pagando los gastos de aula matinal, colegios, actividades de los menores, póliza médica y demás inherentes a alimentos, para no dejar desatendida a la familia y favorecer el acuerdo.

Del mismo modo, habrá que ser congruente con los actos propios si las partes, ya durante la crisis separan las cuentas, no abonan los servicios y suministros a pesar de residir aún en la misma vivienda, dejan de pagar las cuotas de los préstamos, etc. y traer todo ello a colación a la liquidación de ganancias o del patrimonio común y a la hora de determinar la fecha a tener en cuenta para computar la vigencia del régimen económico.

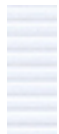
Respecto del cambio de cerradura sin más, sabemos que entramos en el terreno del ilícito penal. Lo complicado es cómo aconsejar cuando, viviendo aún juntos, sabemos que, con mala fe y abuso de derecho, uno puede literalmente desvalijar la casa sin mayores consecuencias dependiendo la estrategia a seguir. Mucho sentido común y buena fe debemos

poner las partes para evitar situaciones que compliquen la negociación y marque un fatal desenlace del caso.

Es más, en los muchos años de ejercicio profesional, quizás porque los abogados no lo pedimos o porque los jueces no lo acuerdan, poco uso se hace de la medida regulada en el artículo 103 del CC en el apartado 2a "Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en esta y los que se ha de llevar el otro cónyuge...".

Del buen o mal asesoramiento que hagamos a nuestros clientes en todas estas cuestiones, dependerá el futuro de sus relaciones y las mayores o menores secuelas que les queden.

Tengamos siempre presente lo dispuesto en los arts. 3.1 y 7.1 del CC sobre la buena fe, en relación con el art. 11 de la LOPJ y obtendremos mejores resultados para nuestros clientes.



Ramón Tamborero del Pino

Abogado - Barcelona

En mi opinión lo que está claro que no se puede es aconsejar al cliente, por muy deteriorada que esté la situación, tomar decisiones precipitadas sin un apoyo legal mínimo, tales como un cambio de cerradura de la vivienda familiar, marchar de dicha vivienda sin dejar dicho dónde se traslada junto a los hijos, u otros medios coercitivos que pretenden adelantarse a una resolución judicial.

Y todo ello, aún para el caso de que el cliente asumiera tomar los riesgos que una conducta de este estilo implica, siempre advirtiéndole del riesgo de denuncias por la vía penal tales como las denuncias por coacciones o bien otros tipos de figuras contempladas en el derecho penal.

Es evidente que si la situación ha llegado a los límites que establece la figura de alguno de los supuestos de violencia de género, el tema tomaría otra dimensión, pudiendo acudir a la vía de la denuncia de malos tratos en los que se incluya la de una posi-

ble orden de alejamiento, no solo para la mujer, sino también para los hijos, y en el seno de ese proceso también la solicitud de adopción de medidas civiles en relación a la ruptura inminente.

Sin embargo, y a la espera de una decisión judicial, lo único que creo se podría aconsejar sería que dejara la vivienda familiar, instalándose en el domicilio más idóneo (padres, familiares, amigos), y ello parejo a la interposición de una demanda de medidas provisionales, o unas cautelares, en función del status que tuviere civilmente, y esperar que la parte contraria no exija, por medio de la correspondiente denuncia, el regreso o devolución de los hijos menores de edad al domicilio familiar.

Cualquier otra vía o consejo no debe ser en ningún caso producto de un deseo del letrado de complacer al cliente, pero poco reflexivo en cuanto a las consecuencias de una decisión que puede traerle consecuencias no controlables inicialmente.

Bienes en pro indiviso

Se estima la acción de desahucio por precario

AP Madrid, Sec. 13.ª, Sentencia de 9 de diciembre de 2014

Se estima la demanda de desahucio por precario interpuesta por el esposo frente a la esposa respecto del inmueble ocupado por ésta y que pertenece en pro indiviso a ambos.

Doña María Inmaculada y D. Alfredo, que contrajeron matrimonio el 15 de mayo de 1975, adquirieron por título de compraventa, en escritura otorgada el 17 de diciembre de 1990, la vivienda sita en la c/.. , de Pozuelo de Alarcón.

El 10 de octubre de 1997 se dictó sentencia de separación, en la que, entre otras medidas, el Juzgador asignó el uso de la vivienda familiar antes reseñada a Doña María Inmaculada donde había de residir en la compañía de su hijo, Marcial, “cesando en dicha asignación en el momento en que este último adquiriera independencia económica”.

El 8 de octubre de 2003 el Juzgador de Primera Instancia nº 1 de Majadahonda, en el juicio de menor cuantía nº 343/1999, dictó sentencia en la que acordó la liquidación de los bienes que componen el patrimonio ganancial y el reparto efectivo de dichos bienes al 50% entre cada uno de los esposos, para lo cual había de acordarse la venta de aquéllos y el reparto del precio obtenido entre cada uno de los esposos al 50%. Dicha resolución excluyó del activo ganancial el piso.

El 16 de septiembre de 2004 la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia por la que revocó la del Juzgado, “declarando íntegramente del activo ganancial el piso de Pozuelo de Alarcón, del que 16.340.000 pesetas se abonaron con dinero privativo, cuyo importe constituye crédito a favor de D. Alfredo, a actualizar a la fecha presente...”.

d) Como Doña María Inmaculada continuara ocupando la vivienda sita en ..., de modo exclusivo y excluyente, sin que abonara contraprestación alguna a D. Alfredo como copropietario, pese haber cesado el derecho a su uso y disfrute el 29 de mayo de 2009, el Sr. Alfredo el 19 de junio de 2013, como

tampoco se hubiera procedido a vender la vivienda, presentó demanda en ejercicio de la acción de desahucio y recuperación de la finca urbana al amparo de lo dispuesto en los artículos 250.1.2 y 254.1 de la Lec y 394 y ss del CC.

La demandada opuso su falta de legitimación pasiva para soportar la acción ejercitada por ser cotitular, junto con el demandante, de la vivienda sita en Pozuelo.

e) La Jueza sustituta desestimó la demanda al no apreciar que concurrieran los presupuestos del precario, “porque siendo la demandada copropietaria de la vivienda al declararse como activo ganancial dicha vivienda mediante sentencia, la demandada no tiene la condición de precarista, ya que posee con título, en segundo término, porque el actor ejercita la acción en nombre propio, sin ser dueño pleno de la totalidad del bien, pero es que además, la parte actora ha reconocido que no se ha producido la venta de los bienes y existe una comunidad de bienes postganancial, por lo que en este caso el actor ejercita la acción en su propio beneficio y no en el de la Comunidad” .

Contra dicha sentencia interpuso D. Alfredo el recurso de apelación que ahora decidimos, en el que, tras señalar el error material cometido por la Juzgadora en la identificación de la vivienda, luego corregido en auto de 20 de mayo de 2014, y exponer los hechos que daban sustento a su pretensión, alegó: 1º.- Error de derecho en la desestimación de la demanda, al considerar que la demandada, por su condición de copropietaria, posee con título; 2.- La posesión de un comunero no puede ser excluyente de la de los demás y exclusiva para sí, según la doctrina del Tribunal Supremo, por lo que si se ejerce de ese modo deviene ilegítima y supone un abuso de derecho.

La demandada y apelada se opuso al recurso y adujo la existencia de título en su posesión, debiendo ventilarse la validez del mismo en el juicio declarativo que corresponda, que a su entender era el de liquidación de los bienes gananciales. Por todo lo cual solicitó la desestimación del recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394, 397 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

A tenor de la precedente exposición es indiscutido que la acción que se ejercita en la demanda es la tendente a la recuperación de la plena posesión de una finca urbana, detentada en precario por quien no tiene derecho a hacerlo, la cual está expresamente prevista en el artículo 250.1.2ª, como situación que se produce respecto a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente el actor, siendo, por tanto, aplicable al disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella, pues si bien es cierto que la oposición del propietario pone término, naturalmente, a su tolerancia, la resistencia contraria del tenedor u ocupante no puede mejorar su posición ni enervar la acción del dueño para hacer efectiva su voluntad de rescatar la cosa.

Así pues, los dos elementos esenciales a que se subordina el éxito de la acción son que el ocupante o detentador de la cosa carezca de título y que no pague renta o merced, esto es, que el disfrute de aquélla sea gratuito sin que el propietario perciba contraprestación por la privación de la posesión material - sentencias del TS de 13 de febrero de 1988, 25 de diciembre de 2005, 29 y 30 de octubre y 14 de noviembre de 2008, 22 de octubre de 2009, 29 de junio de 2012 y 28 de febrero de 2013, entre otras-. Sin que pueda excluirse del ámbito de conocimiento y de decisión de este procedimiento ninguna cuestión que tenga por causa la ocupación de la propiedad ajena sin título que lo autorice, so pretexto de una presunta, pero inexistente, complejidad; ya que la sentencia recaída en este juicio que, a tenor del artículo 250.1.2º de la Lec, se sigue en razón a la materia que constituye su objeto, cualquiera que sea su cuantía, produce el efecto de cosa juzgada material, lo que incluye dentro de su ámbito cualquier debate en torno al derecho a poseer que pudiera ostentar el detentador material de la finca, por complejo que sea, ya que en otro caso se vería imposibilitado de volver a plantearlo en un litigio ulterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 222 de la Lec. Eficacia que claramente se infiere de la falta de inclusión de esta clase de juicio en los números 2 a 4 del artículo 447 de la misma Ley.

Esta configuración legal es justificada en la exposición de motivos de la Ley 1/2000 (apartado XII) de esta forma: "La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad".

En consecuencia, se trata de un proceso declarativo, plenario y con efectos de cosa juzgada, que se sigue por el trámite del juicio verbal por razón de la materia que, por ello, no excluye sino que permite el debate sobre la naturaleza jurídica de la relación en que se sustenta la ocupación de la finca, como presupuesto necesario de la resolución.

La cuestión que en concreto se suscita en este caso es si por ser copropietarios al 50% los litigantes de la vivienda sita en Pozuelo de Alarcón, y además D. Alfredo titular de un derecho de crédito ya cuantificado por resolución judicial frente a la sociedad de gananciales o ahora contra la comunidad postganancial, ello legitima a Doña María Inmaculada para ocupar de forma exclusiva dicha vivienda desde el año 2009, fecha en la que se extinguió el título que la legitimaba para usarla y disfrutarla, impidiendo sin justificación el ejercicio del mismo derecho posesorio que ostenta D. Alfredo hasta que aquélla cese voluntariamente en tan onerosa situación o se proceda a la venta de la vivienda, lo que no se representa como una posibilidad cercana.

El artículo 394 del CC si bien reconoce el derecho de cada partícipe (no de uno solo) para servirse de las cosas comunes, al propio tiempo lo condiciona a que su ejercicio no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes a utilizarlas también según su derecho.

El Tribunal Supremo, con ocasión de resolver situaciones análogas generadas por el estado de indivisión hereditaria, en la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 16 de septiembre de 2010 declaró: "Que estando pendiente el estado de indivisión hereditaria que precede a la partición y teniendo ésta el carácter de operación complementaria que resulta indispensable para obtener el reconocimiento de la propiedad sobre bienes determinados de la herencia, no cabía admitir un uso exclusivo de un bien hereditario en favor de un determinado o particular coheredero."

A su vez, la posterior sentencia de 29 de julio de 2013 reafirmó que "aunque se admite la coposesión, y su tutela, ello no autoriza a ningún coheredero a que posea con carácter exclusivo un bien que pertenece pro-indiviso a la comunidad hereditaria. Lo actuado en este sentido comporta una clara extralimitación objetiva del derecho de posesión del coheredero y como tal un perjuicio o despojo injustificado para el resto de los coherederos".

Esta doctrina que ya fue esbozada en las sentencias del mismo TS de 26 de febrero y 8 de mayo de 2008 ("si algún heredero hace uso exclusivo de algún bien al no tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista...") ha sido reiterada en las sentencias de 28 de febrero de 2013 y 14 de febrero de 2014, que aplicada al presente caso conduce al acogimiento del recurso y, en consecuencia, a la estimación de la demanda.

En definitiva, nos encontramos ante una situación en la que ninguno de los copropietarios tiene un mejor o preferente derecho que otro sobre la cosa, que le legitime para poseerla de modo exclusivo y gratuito hasta que se produzca la extinción del condominio.

Convenio regulador no ratificado

Pactaron la custodia compartida

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2014

Más allá de reproches y circunstancias concretas que afectan a la relación personal de los progenitores, la existencia de un convenio regulador inicialmente aceptado y presentado conjuntamente, aunque después no fuera ratificado por la madre, revela que realmente, valoraron como beneficioso para las menores la custodia compartida. Las circunstancias personales que afectan a la situación laboral y disponibilidad horaria de los progenitores no constituye ninguna singularidad relevante a los efectos de la custodia compartida.

Como hemos puesto de relieve en precedentes sentencias, entre otras la dictada en el rollo de esta Sala nº 39/13, la patria potestad o la potestad parental es una función que engloba derechos y obligaciones respecto de los hijos, y así tanto es un deber como un derecho el cuidar a los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, como resulta del art. 154 del Código Civil. La separación o el divorcio de los padres no supone en absoluto la pérdida de tales derechos y obligaciones, pues el Código Civil, art. 156, tras establecer que la patria potestad se ejercerá conjuntamente o por uno solo con el consentimiento del otro, también señala que “si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”. Más concretamente el art. 92.1 del Código Civil establece que “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos” y el art. 90 del Código Civil, al regular el convenio, también se refiere a la “patria potestad de ambos”. Todo lo cual permite deducir que la separación, la nulidad y divorcio, que conllevan una situación real de vida separada, no predetermina una ruptura del régimen de patria potestad compartida y que lo realmente sujeto a regulación es el modo de ejercicio de la patria potestad. En consecuencia con lo anterior, la separación o divorcio solo pueden conllevar la necesidad de adaptación del ejercicio de la potestad parental, pero nunca la privación de sus derechos respecto de los hijos, ni la alteración de sus obligaciones frente a ellos, salvo que excepcionalmente se acuerde la privación o la suspensión total o parcial del ejercicio de dicha potestad.

El legislador y los tribunales se refieren al régimen de guarda y custodia y al régimen de visitas, cuando esas funciones son meros aspectos de la patria potestad y por tanto sería más lógico referirse a la forma en que debe ejercerse la patria potestad. Bajo las precedentes reflexiones dirigi-

das a comprender el auténtico alcance de las relaciones derivadas de la necesaria regulación del régimen de visitas entre padre e hijos con motivo de la separación matrimonial o divorcio, podemos añadir que realmente el régimen adecuado para una plena y efectiva satisfacción de las finalidades referidas viene constituido por la distribución de funciones y obligaciones sentadas sobre una custodia compartida, donde la permanencia de los hijos con cada uno de sus progenitores represente un efectivo ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

Esta Sala ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa “el interés del menor”, que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida. La STS 623/2009 decía que del examen del derecho comparado se deducía que se utilizaban “criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”. Estos criterios se utilizan también en la STS de 94/2010, de 11 marzo. La interpretación del art. 92.5.6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios antes explicitados y la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. A estos efectos, la STS 579/2011, de 22 julio, ha interpretado la expresión “excepcional”, contenida en el art. 92.8 CC en el sentido que: “La excepcionalidad

a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el art. 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el Juez acordarla “fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la “excepcionalidad”, a que se refiere el art. 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”.

En el supuesto de autos, como acertadamente resalta la sentencia de instancia, los hechos acreditados justifican la custodia compartida más allá de la diferencias personales y dificultades en la relación de los progenitores, pues precisamente la superación de tales circunstancias, en cuanto afecten a las menores, forma parte de las obligaciones inherentes a la patria potestad y no pueden constituir argumentos contrarios al ejercicio compartido de la guarda y custodia. Régimen de guarda que por otra parte en poco se diferencia de otro en el cual aun formalmente otorgada la guarda a uno de los progenitores, sin embargo se establece con un amplio régimen de estancias de los menores con progenitor no custodio, pues los tiempos serían similares y los periodos de “visitas” no pueden entenderse como concesión de una mera estancia o compañía, sino al contrario en esos momentos de “visita” el progenitor ejerce plenamente la patria potestad y con efectividad la custodia de los menores bajo su cuidado, a semejanza de los periodos de custodia compartida. En definitiva el ejercicio conjunto de la patria potestad significa compartir y distribuir de forma equilibrada y equitativa las responsabilidades que le son propias.

La Juzgadora de instancia hace una precisa relación de hechos que confirma la inexistencia de razones suficientes para no instaurar el régimen de custodia compartida, pues efectivamente más allá de reproches y circunstancias concretas que afectan a la relación personal de los progenitores, la existencia de un convenio regulador inicialmente aceptado y presentado conjuntamente, aunque después no fuera ratificado por la Sra. María Esther ante el Juez, revela que realmente, pese a la crisis matrimonial, valoraron como beneficioso para las menores ése régimen y además eran posibles acuerdos sobre visitas y pernoctas. Del mismo modo, tanto la actitud como la capacidad de ambos progenitores se muestra apta para la debida identificación y gestión de las necesidades propias de las menores, lo cual representa una normalidad en las relaciones familiares propiciatoria del régimen de custodia compartida, al no comprobarse, de otra parte, que la custodia exclusiva por parte de la madre aporte alguna razón o motivo de beneficio o cubra alguna carencia de las menores.

Debemos señalar asimismo que la propia progresión del régimen de visitas instaurado con carácter provisional, dotado de estancias de fin de semana y visitas intersemanales, con las correspondientes pernoctas configura un régimen próximo al régimen alternativo de permanencia continuada por semanas completas establecido en la sentencia.

Frente a ello, las críticas esgrimidas en el escrito del recurso en relación con el informe del Equipo Psicosocial

no conforman argumentos suficientes en orden a descartar la guarda compartida, pues reitera la recurrente las razones aducidas sobre la relación interpersonal de los progenitores, a lo que ya nos hemos referido y que la Juzgadora de instancia matiza con acierto al referir que “no estamos ante un sistema de recompensas sino ante el análisis de si los menores pueden desarrollarse afectiva y emocionalmente de manera plena bajo un sistema de custodia compartida y no consta al juzgador ninguna causa que lo impida”, es más deduce que precisamente para las niñas, sin duda, es el sistema más adecuado. En dicho informe se incorpora el resultado de la exploración de las menores, llevada a efecto por una psicóloga, a través de entrevistas y pruebas, de las que “no se detectan elementos de inadaptación ni afecciones relevantes tras la separación de sus progenitores, ambas se muestran vinculadas a sus progenitores y se muestran adaptadas a la dinámica que mantienen en las estancias con su madre y su padre en la actualidad”. Si bien se constata cierta implicación y conflicto de lealtades con sus progenitores en la hija mayor, tal hecho sin embargo no representa ningún inconveniente que deba valorarse en sentido negativo en relación a la custodia, sino que al contrario debe representar una necesidad de atención singular relacionada con la propia evolución de la menor y las dudas o inseguridades que, como en cualquier otro orden, se presentan en cada etapa de la vida.

Por tanto no es imprescindible una nueva exploración de las menores, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de que los progenitores en ejercicio de la patria potestad vigilen y cuiden coordinadamente el buen desarrollo y evolución de la personalidad de éstas como regla general, y en particular en relación con los concretos momentos y circunstancias que particularmente les puedan afectar. Por ello, a efectos de la regulación de las relaciones familiares y cuidado de las menores, los episodios e incidencias que puedan surgir, incluidos los referidos en el recurso, no son sino meras situaciones circunstanciales que con independencia de su gestión, sin embargo, no afectan a la conformación del régimen de custodia.

Del mismo modo las circunstancias personales que afectan a la situación laboral y disponibilidad horaria de los progenitores no constituye ninguna singularidad relevante a los efectos de la custodia compartida, pues la dedicación de tiempo y esfuerzo al trabajo representa una normalidad que en el caso de autos afecta a ambos progenitores y por ello debemos reproducir el argumento que expresa la Juzgadora de instancia cuando refiere que las razones laborales de cualquiera de los progenitores no pueden impedir la convivencia con sus hijos, si el padre viaja será un problema que él mismo tendrá que resolver en su convivencia con las niñas, organizándose en el modo que mejor le parezca de modo que la semana que le corresponda estar con sus hijas menores, realmente esté con ellas.



Pensión compensatoria

Se extingue por rechazar la esposa un trabajo

TSJ Aragón, Sentencia de 22 de diciembre de 2014

El rechazo por la esposa de un trabajo que le fue ofertado por un familiar es motivo para dar por extinguida la pensión compensatoria

El segundo motivo del recurso de casación se formula por entender el recurrente que ha sido infringido el artículo 79.5 en relación con el artículo 83 del CDFA, al no tener en cuenta la sentencia dictada la desaparición del desequilibrio económico que sirve de sustento a la asignación compensatoria establecida a cargo del esposo.

En el desarrollo del motivo, argumenta el recurrente que la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta dos factores fundamentales para llegar a la conclusión de la procedencia de la supresión de la asignación compensatoria, como son la superación de la situación de desequilibrio entre las partes y la alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó en su día la asignación en el proceso de divorcio.

La sentencia recurrida, al tiempo de tratar el mantenimiento de la asignación compensatoria, parte de valorar una serie de cuestiones que no son del todo correctamente expuestas. Así, primero, considera que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia tuvo como punto de partida que había habido una merma de ingresos del actor en el 50 por ciento, cuando en realidad lo fue del 46 por ciento. Realmente, lo que la sentencia del Juzgado indicó es que los ingresos del actor habían quedado reducidos a prácticamente la mitad, y ciertamente es así, puesto que el 4 por ciento de diferencia ente la mitad y el 46% indicado en la sentencia se acerca a la mitad.

Luego, tras exponer la sentencia recurrida el argumento de que la asignación debería haberse reducido en igual proporción que la disminución de ingresos del esposo, no concluye haciendo tal operación, ya que mantiene íntegra la asignación inicialmente señalada de 200 €, sin reducirla.

Por otro lado, entiende la sentencia impugnada que los ingresos totales de la recurrente se reducen por la dictada por el Juzgado en los 253 € de la pensión por alimentos, cuando, realmente, la sentencia que fue apelada no dio lugar a la supresión de los 253 €, sino a su disminución a 200 €.

Sobre las anteriores equívocas consideraciones recogidas en la sentencia ahora recurrida, la resolución apoya su decisión, ahora tanto respecto de la asignación compensa-

toria como de la pensión de alimentos, en el argumento antes ya expuesto de considerar que la sentencia del Juzgado conduce a la suma indigna de las hijas cuando convivían con la madre, y en el de que la pérdida de ingresos del esposo es meramente coyuntural y que es joven y capaz. Pero omite la cita expresa de un dato que es fundamental, que fue recogido como hecho probado en la sentencia dictada por el Juzgado y que no es contradicho o corregido en la ahora recurrida: el rechazo por la esposa de un trabajo que le fue ofertado por un familiar y que le habría supuesto la suma aproximada de 400/500 € al mes.

En el ámbito de la asignación compensatoria a señalar a favor de un cónyuge, el artículo 83.4 del CDFA establece como causa de su revisión la variación sustancial de la situación económica del perceptor o del pagador. Y el mismo precepto, en su apartado 5, prevé como motivo de su extinción la alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se estableció la asignación, o la pérdida de la finalidad de la pensión. Pues bien, según resulta del contenido de lo razonado en la sentencia impugnada, ni uno ni otro de tales parámetros legalmente ordenados han sido correctamente valorados.

En lo que respecta a la variación de circunstancias económicas de uno y otro, debe tenerse en cuenta en este caso que el recurrente vio disminuidos sus ingresos de 1.100€ por salario a 604€ por subsidio. La merma de ingresos del actor es, sin duda, relevante. Así se valoró ya al tratar la fijación de la pensión por alimentos, si bien en este caso no supuso disminución de la pensión en atención al interés más necesitado de protección, que es el menor. Pero ahora, al tiempo de fijar la asignación compensatoria esta razón ya no existe, puesto que ninguno de los cónyuges es a priori legalmente considerado como merecedor de trato especial, por lo que sí debe ser tenida en cuenta la minoración de los ingresos del pagador.

En cuanto hace a la renuncia por la esposa a poder percibir, en trabajo adecuado, la suma de 400 ó 500 € es un factor de gran importancia que debe valorarse y que no fue considerado en la sentencia recurrida, pues implica una voluntaria asunción de pérdida de ingresos por parte de la

esposa. La consecuencia de tal decisión sitúa, sin duda, a la recurrida en una delicada situación económica, más cuando todas las cifras expuestas evidencian la perentoria necesidad de percibir más ingresos la familia de que se trata. Ahora bien, en la cuestión que ahora se resuelve de mantener o no la asignación compensatoria, resulta indudable que la consecuencia voluntariamente alcanzada por la recurrida, de quedar en delicada situación económica, no puede pretender que sea sufragada por el demandante, ya que éste ninguna intervención tuvo en la toma de decisión de renuncia a un trabajo estable y remunerado de la demandada. Como señala el Tribunal Supremo, en sentencia 472/2011, de 15 de junio, no es “jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las conse-

cuencias negativas derivadas de la falta de acceso al mismo (al trabajo, se refiere) por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención”.

En este caso, además, debe asimismo valorarse que el percibo por la recurrida de la cantidad indicada habría supuesto una nueva razón, en el estrecho margen que tiene la economía familiar tratada, de variación sustancial de la situación económica de ella, pues había dado lugar a concluir que el esposo percibe 604 € y ella percibiría 400 ó 500 €, de modo que habría terminado la razón de desequilibrio económico que justificó en su momento la fijación de la asignación.

Cambio de custodia

Inestabilidad emocional de la madre

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2014

La procedencia del cambio de custodia encuentra su justificación, básicamente, en el informe pericial que pone de manifiesto el progresivo empeoramiento del perfil de inestabilidad emocional que presenta la madre que ha tenido episodios de ansiedad, trastornos adaptativos, depresivos, agorafobia que precisaron del oportuno tratamiento. En determinados momentos se muestra exigente en el trato de los menores y en cambio en otros, actúa con criterios de permisividad y laxitud.

En este caso, sometido al juicio revisorio de este Tribunal, la prueba practicada, correctamente valorada en la instancia, acredita la existencia de esa necesaria alteración sustancial de circunstancias que acoge la sentencia apelada, determinante del cambio que declara en la atribución de la medida de guarda y custodia de los hijos menores.

La procedencia de tal cambio encuentra su justificación, básicamente, en el informe pericial judicial elaborado por la perito psicóloga Dra. Carmela en conexión con los demás medios probatorios que examina la Juzgadora de instancia en la sentencia apelada. Además, el informe pericial llevado a cabo en esta fase de apelación por la Sra. Maite, al que después haremos puntual referencia, vendría a corroborar la necesidad del cambio de custodia objeto de esta “litis”.

Dicho material de prueba acredita un hecho esencial, consistente en el progresivo empeoramiento del perfil de inestabilidad emocional que presenta la Sra. Guadalupe. Obsérvese, como así consta documentado psiquiátricamente, que ha tenido episodios de ansiedad, trastornos adaptativos, depresivos, agorafobia que precisaron del oportuno tratamiento. Consta igualmente acreditado que tal perfil de personalidad ha incidido notablemente de manera perjudicial en el ámbito de las relaciones materno filiales y en concreto en el contexto del modelo o estilo educativo que aplica, calificado por la perito Doña. Carmela como in-

congruente, ya que en determinados momentos se muestra exigente en el trato de los menores y en cambio en otros, actúa con criterios de permisividad y laxitud.

Tiende ordinariamente a culpabilizar al padre del comportamiento de los menores, al tiempo que en relación con la situación conflictiva familiar no permite, ni admite un planteamiento o visión diferente a la suya.

Se añade en dicho informe, que fue ratificado y explicado detalladamente por su autora en el acto del plenario, que esa situación ha determinado una importante limitación de la Sra. Guadalupe para ejercer la custodia de sus hijos, dada su inestabilidad emocional y en general de su estado de ánimo, máxime porque dicha conducta ha afectado psicológicamente a los menores.

Téngase en cuenta, que en la elaboración de dicha pericia Doña. Carmela ha contado con la exploración de los menores y se ha entrevistado con ambos progenitores, con sus familiares, entre ellos Dña. Angustia, hermana de la recurrente, así como con la pareja actual de la Sra. Guadalupe. Por otro lado, ha contado también con toda la información médica recabada, tanto de Dña. Josefina, neuropsicóloga y psicoterapeuta de Dña. Guadalupe, como de la Dra. María Antonieta, directora del Centro de Salud Mental de San Andrés. En el ámbito educativo ha contado con la información

proporcionada por la Directora del centro docente donde los menores cursan sus estudios, así como de sus profesores y de la orientadora escolar.

Por otro lado cabe afirmar, que la prueba pericial-psicológica practicada en esta fase de apelación por Doña. Maite, perito-forense adscrita a esta Audiencia Provincial, contribuye, a tenor de su contenido y conclusiones, a corroborar y ratificar la pericia elaborada en la instancia por Doña. Carmela.

Insiste Doña. Maite, tras un amplio, completo y detallado estudio psicológico de cada uno de los miembros de la unidad familiar objeto de informe, que el progenitor, D. Iñigo, reúne, en la actualidad, una mayor idoneidad en orden a asumir la responsabilidad en el cuidado y atención de los tres hijos nacidos en el marco de la relación matrimonial con la Sra. Guadalupe.

Se valora en tal sentido la situación de estabilidad personal y emocional del Sr. Iñigo, así como su capacidad en la asunción de sus errores y de la correspondiente cuota de responsabilidad en el sufrimiento y dolor emocional que experimentan sus hijos derivados de la directa involucración de los mismos en el conflicto de sus padres. Además, se ha acreditado que el Sr. Iñigo cuenta con un entorno familiar especialmente rico, como lo califica la perito forense, Doña. Maite, que le arropa y le ayuda en el cuidado y atención de los menores.

Por el contrario, la situación personal y emocional que reúne la progenitora Sra. Guadalupe, se revela deficitaria en orden a asumir directamente esta responsabilidad en la atención y custodia de los menores. Obsérvese que dicha parte está afectada de un evidente estado de inestabilidad emocional que repercute directamente en el correcto desempeño de esas tareas de atención, educación y cuidado de los hijos menores. Dicha progenitora no reconoce ni acepta, ningún error propio en ese mencionado sufrimiento emocional de sus hijos, que lo imputa, sin fundamento, a hechos externos e incluso, en el caso de su hijo Alberto a la petición paterna de su custodia, al tiempo que atribuye el notorio distanciamiento existente con respecto a su hija Begoña, a su adolescencia, a la influencia paterna y al deseo de estar más cercana a su novio. Cabe destacar por último, como se dice en el informe de la perito forense que la Sra. Guadalupe, en relación con su personalidad y comportamiento, pretende ofrecer una imagen personal ideal, centrada en la atención a sus hijos y con un elevado sentido altruista de ayuda a los demás, que no se corresponde en absoluto con su personalidad real, ni con sus comportamientos prácticos.

Entendemos, en consecuencia, que en este caso el progenitor paterno reúne una mayor idoneidad y aptitud en orden a asumir directamente el cuidado, guarda y custodia de sus hijos. De esta forma se garantiza el superior interés de los menores, el denominado "bonus o favor filii", y por tanto el adecuado entorno familiar tendente al óptimo desarrollo físico, emocional e intelectual de los mismos. Téngase en cuenta, además, que esta situación o régimen de custodia ha estado vigente durante el pasado verano, así como en

la actualidad, sin que conste hecho negativo alguno en su desarrollo, que permita cuestionar su viabilidad.

Procede, por lo expuesto, la desestimación de este motivo de apelación.

Finalmente hemos de desestimar también la pretensión formulada con carácter subsidiario por la parte recurrente, referida a la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida.

Y ello se afirma así por este Tribunal, por cuanto en este caso y en atención a las circunstancias concurrentes, en los términos que hemos mencionado, la adopción de ese régimen de custodia pretendido alternativamente por la Sra. Guadalupe, no garantizaría el referido superior interés de los menores.

Téngase en cuenta, como se afirma por el Tribunal Supremo en las sentencias de 29 de abril de 2013 y 2 de julio de 2014, entre otras, que la adopción de ese régimen de custodia debe estar fundado en el interés de los menores que van a quedar afectados por dicha medida. Se afirma, además, que ese régimen de custodia se acordará cuando concurren algunos de los criterios reiterados por la citada doctrina jurisprudencial, tales "...como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril de 2014).

En el caso objeto de revisión por este Tribunal, los citados criterios no resultarían de aplicación. De un lado, porque no ha existido una práctica anterior de los progenitores en tal sentido y, de otro lado, porque el deseo de los hijos y esencialmente el importante sufrimiento emocional de los mismos, no permite la adopción de dicho régimen de custodia. Téngase en cuenta, que concurren además otros obstáculos impeditivos de la viabilidad de la aludida custodia compartida. Nos referimos al hecho del distanciamiento de la madre respecto a su hija Begoña, y al sentimiento experimentado por la menor de total abandono por parte de su progenitora y asimismo a la no asunción por la Sra. Guadalupe de error alguno en el citado sufrimiento emocional de sus hijos. Unido ello además al resultado de los informes técnicos obrantes en los autos y a la inexistencia de una adecuada relación y comunicación entre los progenitores, ausente de reproches, con respecto a sus hijos.

Vivienda familiar

No atribución a ningún cónyuge

AP Álava, Sec. 1.^a, Sentencia de 30 de octubre de 2014

Estando ambos cónyuges en igual situación de precariedad no se hace atribución del uso a ninguno de ellos, pudiendo la esposa, que no habita el inmueble ejercitar acciones previstas en los arts. 392 y ss del CC para regular el uso del inmueble que pertenece en pro indiviso a ambos.

La Sra. Adelaida presentó demanda frente al Sr. Roberto en la cual, con cita del art. 103 del Código Civil, interesaba que se le atribuyera el uso de la vivienda familiar, sita en Vitoria-Gasteiz.

El demandado se opuso a la demanda. En su contestación manifiesta que tras la separación la demandante se fue de la vivienda, llevándose sus enseres personales y otros comunes. Añade que no se llegó a ningún acuerdo sobre la división del patrimonio común. Considera que no procede estimar la demanda dado que, a su juicio, la demandante no tiene interés en el uso de la vivienda, pues promovió la dación en pago y asimismo una acción de división de cosa común, causa en la que se ha dictado sentencia e interesado la ejecución.

La sentencia de instancia considera cuál es el interés más necesitado de protección, desestima la demanda y acuerda " la atribución del uso y disfrute provisional de la vivienda familiar sita en Vitoria-Gasteiz (Álava) y del ajuar doméstico en ella existente, a D. Roberto, hasta que otras cosa se resuelva en los procedimientos civiles existentes entre las partes"

Frente a la sentencia se alza en apelación la demandante. Alega que la sentencia considera relevante el hecho de que abandonara la vivienda, cuando precisamente fueron los malos tratos infringidos por el demandado lo que propició la salida no voluntaria del domicilio, donde se quedó el demandado. Considera que existen inexactitud, inconcreción y contradicciones evidentes en el interrogatorio del Sr. Roberto, y que éste recibe ayuda de su madre, no ha satisfecho los gastos de comunidad, mantenimiento e hipoteca del piso, al tiempo que alquila habitaciones obteniendo un lucro. Asimismo resalta que reconoce realizar trabajos aunque afirma que no cobra por ello. Considera que ambos se encuentran en igualdad de condiciones de precariedad económica, con la diferencia de que el demandado ha disfrutado del uso de la vivienda desde octubre de 2010, lo cual a su juicio representa un enriquecimiento injusto y por ello reitera su pretensión inicial de que se le reconozca el derecho de uso de la vivienda hasta que pueda venderse y, subsidiariamente, la atribución por un periodo de cuatro años y tras ello un uso alternativo.

El art. 103 del CC, citado en la demanda como único argumento jurídico, regula la adopción de medidas provisio-

nales por demanda de nulidad, separación o divorcio. Entre otras medidas, regula la determinación del cónyuge que ha de continuar en el uso de la vivienda y ajuar familiar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado.

En el supuesto de autos no existe demanda previa de nulidad separación o divorcio, dado que se trata de una pareja de hecho, sin hijos menores, que ha roto la convivencia, produciéndose la efectiva separación. Por tanto no es de aplicación el referido artículo del Código Civil. Sólo desde el examen del art. 96 del Código Civil, donde se regula el uso de la vivienda y ajuar familiar, cabría aplicar una medida semejante a la interesada si, aun tratándose de una situación familiar de hecho, se ha producido una efectiva cesación de la convivencia, siempre que concurren los requisitos que en el mismo se contemplan.

En concreto el párrafo tercero de la norma citada establece lo siguiente: "no habiendo hijos podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección".

Las circunstancias que concurren en el supuesto de autos, descritas anteriormente, pone de relieve, y la propia recurrente lo expresa en su escrito, que ambos se encuentran en una situación de precariedad económica semejante y que el valor que representa la vivienda se ve claramente perjudicado por la carga hipotecaria que soporta. Además la oferta de dación en pago, el ejercicio de la acción de división de la cosa común y la demanda de ejecución de la sentencia dictada, ponen de relieve que realmente no existe un interés prevalente más necesitado de protección, pues ambos están similares condiciones.

Por ello no es de aplicación el referido art. 96 del Código Civil y la simple situación de uso exclusivo del bien por uno de los comuneros frente a la voluntad contraria, al menos desde la presentación de la demanda, del otro reconduce la cuestión al contenido del art. 398 del Código Civil, en relación con el disfrute de la cosa común y la necesidad de un acuerdo, al tratarse de una comunidad ordinaria, o por cuotas o romana (artículo 392 del Código Civil), (SSTS de 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio de 2001 y 25 de junio de 2008). Como refieren entre otras la SS.TS. de 8 de mayo de 2008 y 26

de febrero de 2008, sobre supuestos de indivisión previa a la partición hereditaria que constituye una situación de indivisión de la misma naturaleza, si algún comunero hace uso exclusivo del bien, al no tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista siendo viable la acción de desahucio, aunque ello no comporta la inexistencia del derecho a coposeer como lógica emanación del derecho de propiedad, no encontrándonos, ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho.

En definitiva podemos concluir que la resolución de las cuestiones que plantea la demandante no encuentran amparo jurídico en la norma y procedimiento señalados en la demanda y, además, tampoco en la eventual existencia

de un interés más necesitado de protección, pues ambos copropietarios se encuentran una situación semejante. Por tanto la demanda se debe desestimar, si bien tal pronunciamiento no significa, cual incongruentemente afirma la sentencia de instancia, que el uso que viene haciendo el Sr. Roberto de la vivienda y la posesión excluyente de la misma tenga amparo legal y reconocimiento expreso. Al contrario debemos señalar "obiter dictum" que tal posesión tampoco aparece amparada por el art. 398 del Código Civil, y constituye una mera situación de hecho que no impide el uso por parte de la demandante conforme a lo regula en los arts. 392 y ss. del Código Civil.

Separación de bienes

Cálculo de la indemnización del art 1438 del CC

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 16 de julio de 2014

La indemnización del artículo 1.438 del CC se reduce a 50.000 euros ya que aunque la esposa se dedicó al cuidado de su familia y hogar, contó con la ayuda de una asistenta un día a la semana.

Igualmente ha de desestimarse el recurso en lo relativo a la pretensión indemnizatoria al amparo del artículo 1438 del Código Civil por cuanto que, como hemos declarado en otras ocasiones, se trata de una prestación económica basada en una previa contribución en especie al mantenimiento de las cargas matrimoniales, y cuya cuantificación pecuniaria ha de efectuarse en atención al sueldo o salario que percibiría una tercera persona por realizar "el trabajo para la casa" a que se refiere el precepto legal. La sentencia del T.S. de 14 de Julio de 2011, sienta como doctrina jurisprudencial que " el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen se haya contribuido a las cargas del matrimonio con el trabajo realizado en casa, se excluye por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge"; en consecuencia esa indemnización exige únicamente que se haya contribuido a las cargas del matrimonio con el trabajo realizado para la casa, y ello se debe entender como una aportación sustancial, permitiendo con ello una mayor facilidad de promoción profesional para el otro cónyuge, al no tener que contribuir a las labores de dedicación a la familia. En el caso de autos, ha de estimarse acreditada la causa justificadora del reconocimiento de un derecho a la pretendida indemnización, pues, la actora ha contribuido a las cargas del matrimonio con su trabajo en el hogar familiar, habiéndose dedicada al cuidado de los hijos durante toda la

duración del matrimonio. Como declara la sentencia de esta Sala de 29 de Julio de 2013 contar con los servicios de una asistenta que, un día a la semana y durante unas horas, se encarga de las tareas del hogar en el que fuera domicilio familiar, no equivale a disponer de un servicio doméstico completo, fijo y continuado. En consecuencia, la Sra. Jacinta, aunque haya contado con la ayuda de una asistenta un día a la semana, ha aportado efectivamente su trabajo a la casa familiar, lo que la convierte en acreedora del percibo de una compensación ex Art. 1438 del Código Civil, que habrá de cuantificarse en función del salario o retribución que hubiera cobrado una tercera persona por desarrollar la actividad por aquella realizada, si bien como declaraba la sentencia citada, es preciso descontar la cantidad invertida en un asistenta durante un día a la semana por lo que considera la Sala que debe moderarse la cuantía de la indemnización fijándose en 50.000 euros, estimando parcialmente el recurso interpuesto y revocando en este sentido la sentencia apelada

En base a las anteriores consideraciones procede la estimación parcial del recurso interpuesto revocando la sentencia apelada en el sólo sentido de fijar la cuantía de la indemnización ex artículo 1438 del Código Civil en 50.000 euros, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada, sin hacer expreso pronunciamiento de las costas de esta segunda instancia dada la especial naturaleza de este procedimiento y la índole de los derechos en él debatidos.

Pensión alimenticia

Hijos mayores de edad

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2014

Si la hija mayor de edad decide dejar de convivir con la madre para trasladarse a la vivienda del padre, no procede fijar pensión alimenticia a cargo de la madre dentro del proceso de modificación de medidas sin perjuicio de que aquella inicie un proceso de reclamación de alimentos.

La sentencia de instancia, al momento de su dictado, toma en consideración la mayoría de edad de D.ª Purificación a efectos de su libre decisión sobre el cambio de residencia y desestima la demanda en cuanto declara expresamente que D. Héctor debe continuar cumpliendo la obligación de alimentos respecto a la hija menor D.ª Irene y estima parcialmente la modificación al establecer expresamente la obligación de D.ª África de contribuir con 80 euros mensuales para los alimentos de D.ª Purificación.

La recurrente se alza frente a la sentencia de instancia al considerar improcedente el establecimiento de su obligación de contribuir con 80 euros mensuales al sostenimiento de la hija mayor D.ª Purificación. Considera incongruente la resolución de instancia por cuanto ninguna de las partes, salvo el Ministerio Fiscal extemporáneamente en las conclusiones, había interesado una pensión dineraria a su cargo. Alega que si bien ella interesó aportar 50 euros, sin embargo en la vista pidió que no se le impusiera tal carga. Sobre el fondo, pone de relieve que sus ingresos mensuales son 576'56 euros, por prestaciones de pensión no contributiva y de Lanbide, mientras que los de D. Héctor ascienden a la suma de 2.450 euros mensuales.

En el supuesto de autos la demanda persigue la extinción de las prestaciones económicas que el demandante debía aportar en concepto de alimentos, asumiendo cada progenitor los correspondientes a la hija con la que respectivamente conviven.

Por ello, si la sentencia mantiene la obligación de la prestación en favor de la hija menor y a cargo del padre, es indudable que el establecimiento de una pensión inferior a cargo de la madre implícitamente se encuentra incluida en el objeto de proceso y además, aunque después retirada en el juicio, inicialmente propuso la eventualidad de tal obligación. Obligación que el Ministerio Fiscal concretó en su informe final, incluido el mantenimiento de la pensión íntegra en favor de la hija menor, asumiendo así la defensa del interés de ésta. Por ello debemos considerar que no nos encontramos en supuesto de incongruencia, sin perjuicio del cumplimiento de la mayoría de edad de la hija que abandonó el domicilio materno y de la concreción de los alimentos en el conjunto de las obligaciones familiares, incluidas la que conciernen a los hijos mayores de edad dependientes económicamente.

En relación con los hijos mayores de edad y sus decisio-

nes unilaterales sobre con quien residen, la S.TS. Sala 1ª Pleno de 5 de septiembre de 2011 declaró que no tienen derecho al uso de la vivienda familiar, y que tal necesidad no forma parte de los alimentos, pues ésta se cubre conforme al art. 149 del Código Civil.

La S.TS. de 24 de abril de 2.000, dictada en el recurso de casación en interés de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, señala lo siguiente: los "alimentos" a que se refiere el artículo 93.2 del Código Civil, no son lo contemplados en el artículo 142 y ss. del citado texto legal, sino que es un verdadero derecho del progenitor con el que conviven los hijos del matrimonio, aún siendo estos mayores de edad, y que por tanto, dándose los requisitos previstos en el ya reiterado artículo 93 el progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad asume, tras la ruptura matrimonial, las funciones de organización y dirección de la vida familiar, incluida la alimentación (en sentido amplio) de esos hijos, creando en dicho progenitor una situación de patente necesidad que justifica pueda reclamar del otro progenitor que contribuya a los mismos; lo que implica que el titular del derecho recogido en el ya citado artículo 93 es el progenitor con el que quedan conviviendo los hijos mayores de edad y, por tanto, quien está legitimado para reclamarlos.

En el supuesto de autos tal alteración sustancial se pretende justificar en la simple decisión la hija en virtud de la cual traslada su residencia al domicilio paterno. Con ello el padre deduce sus pretensiones obviando que él mismo va contra lo acordado y aprobado en la sentencia. Además debemos resaltar que los hechos revelan la existencia de razones suficientes para reprochar a la hija una conducta inadecuada y causante de la crisis de convivencia con la madre, lo que equivale, una vez adquirida la mayoría de edad y persistiendo la decisión de convivencia con el padre, a la ruptura de la relación alimentaria sustentada en el art. 93 del Código Civil. En consecuencia, cualquier pretensión alimentaria, bajo la estricta consideración de lo regulado en el art. 142 y ss. del Código Civil, debe ser ejercitada en su caso exclusivamente por la propia interesada frente a quien o quienes puedan resultar obligados.

Finalmente, a mayor abundamiento, debemos resaltar que la propia situación económica de los padres y la referencia al art. 146 del Código Civil, permitiría deducir razonablemente la improcedencia de cualquier contribución económica de la demandada en favor de la hija mayor de edad.

Régimen de visitas

Hijos adolescentes, residiendo los padres en distintas ciudades

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2014

Siendo adolescentes las hijas no puede obligárseles a trasladarse a Gijón para la visita de fines de semana alternos, debiendo desarrollarse las visitas en la forma que consensúen con su madre. Los traslados de estos tres últimos años se han traducido en un cansado y penoso peregrinaje de las dos hijas que invertían gran parte del tiempo en los traslados en tren desde Madrid a Gijón.

Sentado lo precedente, la pretensión referida a comunicaciones paternofiliales ha de resolverse en igual signo desestimatorio que la anterior, pues no es razonable acceder a ella, a la vista de las dificultades con las que se han venido desarrollando las visitas de fin de semana mensual, máxime habida cuenta la edad actualmente alcanzada por los menores, prácticamente dos adolescentes, a quienes ahora no se pueden imponer coercitivamente los desplazamientos a Gijón para la efectividad de los contactos, pues estos se han traducido en inconvenientes, incidencias y cansancio físico para Dámaso y Genaro.

En el supuesto de autos, se ha emitido informe pericial psicosocial por las profesionales Psicóloga y Trabajadora Social integrantes del Equipo Técnico adscrito al Juzgado de origen, a 27 de marzo de 2.013, el que obra a los folios 314 a 335, en el que, si bien se recomienda la postulada alternancia entre Alorcón y Gijón, se plasman quejas de los hijos por cansancio, por rechazo al actual consorte de la progenitora, por desatenciones y por sentimiento de distancia afectiva de la madre, que consideran se muestra más cercana con la hija de su consorte actual que con ellos.

Refleja igualmente que D.ª Santiago presenta escasas habilidades de comunicación para acceder a la proximidad afectiva, y no muestra empatía para con los sentimientos de estos niños, reconociendo ella misma a las peritos no saber cómo actuar ante la conducta de Dámaso, menor que, en relación a la figura materna, de manera encubierta, desarrolla un comportamiento de autosuficiencia defensiva de distanciamiento respecto de esta.

Ambos hijos fueron personalmente explorados a 6 de mayo de 2.013 por la Juez "a quo", siendo los dos contestes y uniformes al verbalizar su deseo de no desplazarse a Gijón, Dámaso pone de manifiesto su falta de arraigo en el entorno materno, en el que carece de relación con iguales, y Genaro apunta la posibilidad de que D.ª Santiago se alojara en la vivienda de una amiga.

A pesar de que a lo largo de 3 años estos niños han viajado cada mes a Gijón para permanecer con la madre un solo día completo, el sábado, y parte del domingo hasta la salida del autobús o del tren, no se ha producido un acos-

tumbramiento al entorno de D.ª Santiago, cuya atención demandan, de manera que este contacto para ellos tan solo se ha traducido en un penoso trasiego o peregrinaje: salida del colegio el viernes desde Alorcón para dirigirse a la estación de tren de Chamartín, Madrid; llegada a Gijón sobre las 23:00-23:30 horas, donde en alguna ocasión, por desfases, no ha estado puntual la madre a recibirles; salida de Gijón los domingos para ser recibidos en Chamartín por el padre en horario semejante, y de nuevo regreso a Alorcón, donde se ubica el domicilio de los niños.

Como se ha dicho y reitera, estos menores se encuentran en la etapa evolutiva de la adolescencia, Dámaso cuenta prácticamente 16 años de edad a esta fecha, como nacido a NUM000 de 1.998, y Genaro, nacido a NUM001 de 2.001, tiene ya cumplidos los 13 años, de donde disponen en este momento de suficiente juicio y criterio, como para poder determinar en régimen de absoluta igualdad con la madre, los tiempos, lugares y modos de las comunicaciones, debiendo actuarse con plena flexibilidad, sin que sea procedente desatender su voluntad, por cuanto ello tiene de contraproducente, en cuanto lo vivieran como una imposición judicial no deseada.

En consecuencia, por la madurez de Dámaso y Genaro, y la suficiente independencia física de que gozan, es ya lo que procede, en aras a la plena consecución de la estabilidad de estos menores en todo orden, familiar, escolar, social...etc., así como para su crecimiento como personas, que ambos se relacionen libremente con su madre, como tengan por conveniente, independientemente de las previsiones judiciales.

No es en ningún caso, y menos en este, por la razón dicha de la edad de los niños, dable inflexibilidad que derive de quedarse en la literalidad de las palabra, si concurrieran factores que justifiquen otros criterios de desarrollo, a los que ahora no se puede responder, pues dependerán en exclusiva de la casuística, debiendo en todo lo que no venga previsto, en lo que sea marginal o exceda de la sentencia, o en lo que esta no responda a las conveniencias de las partes, invitarse a los progenitores al diálogo y al consenso, como adultos que son, alcanzando extrajudicialmente cuantos pactos consideren oportunos al respecto, en interés y

beneficio de Dámaso y Genaro, sus propios hijos, teniendo en cuenta ahora básicamente su voluntad.

Para la concreción de los regímenes de visitas, se atiende siempre al superior interés de los menores, al que se da prevalencia frente a los de sus progenitores, por más que sean legítimos, y en este caso, la cuestión que plantea la apelante no redundaría en beneficio de Dámaso y Genaro, sino en el exclusivo propio, como ahorrarse ella misma las molestias e inconvenientes de los desplazamientos, o no sacrificar su actual entorno un fin de semana al mes, o en razones económicas, eludir los costes, o de comodidad o de oportunidad, debiendo quedar subordinados sus criterios particulares, pareceres o intereses, a los superiores de

sus hijos, para quien no vemos en perspectivas de futuro ventaja alguna que les reporte la propuesta de la madre, cuya acogida no procede, pues no pretende otra cosa que acomodar las visitas a sus conveniencias particulares.

En definitiva, en materia de comunicaciones la sentencia de instancia es por completo correcta, modulada, sensible, razonable, razonada, cautelosa y prudente, así como acorde al artículo 94 del Código Civil, por lo que ha de ser también confirmada en este aspecto, con la anunciada desestimación del motivo de recurso, al que se adhiere el Ministerio Fiscal.

Filiación

Se declara la paternidad pero no se adopta medidas

AP Guipuzcoa, Sec. 2.^a, Sentencia de 6 de octubre de 2014

Aunque se declara la filiación paterna, no se acuerdan medidas paterno filiales, pues desde el momento mismo de la concepción, el actor se desentendió totalmente del destino de la niña y de su madre, compareciendo ahora, transcurridos más de seis años desde su nacimiento y reclamando su filiación habiendo quedado probado que la menor, ajena a esta realidad, está plenamente integrada en la familia formada por su madre y su pareja con quien convive junto con sus hermanos y recibe la atención y cuidados oportunos para todas sus necesidades.

En el presente caso son dos las cuestiones que han de ser ponderadas a la hora de resolver sobre las pretensiones de la parte demandante recurrente, de un lado la petición de que se declare la filiación de la menor Aída a su favor como consecuencia de su condición de padre biológico de la misma, extremo que no ha sido cuestionado a lo largo del procedimiento y que así ha sido expresamente reconocido en el auto de instancia y por otro lado que se reconozcan a favor del recurrente, como consecuencia del vínculo paterno filial referido, todos los derechos inherentes a la filiación.

Pues bien, del análisis de las actuaciones y fundamentalmente del resultado de la prueba practicada se desprende que si bien el primero de los extremos resulta incuestionable y así ha sido declarado en la resolución dictada en primera instancia cuando declara que Rómulo es el padre biológico de Aída, el resto de las pretensiones del actor han de ser rechazadas por cuanto que en el ámbito de las relaciones paterno filiales confluyen toda una serie de derechos y deberes tales como: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarles que han sido totalmente desatendidas por el demandante hasta el punto de no mostrar el más mínimo interés por su hija hasta el momento de interponer la demanda de filiación, si bien, incluso en ese momento, no se aprecia intención o voluntad real de velar por la menor y tampoco de atender sus necesidades más elementales ante la falta de alegaciones o propuestas con-

cretas en relación con dicho extremo

Estamos pues ante un absoluto incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que no se corresponden con las pretensiones de la parte actora puesto que la filiación, como tal, implica la asunción de los mismos.

Como señala la sentencia de instancia en el caso de autos el interés superior del menor, prioritario respecto de cualquier otro interés, ha de ser protegido, modo que sin perjuicio de que la verdad biológica deba ser reconocida, salvaguardando así el derecho de la menor a conocer la misma en su momento, se está en el caso de rechazar el resto de las pretensiones formuladas por la parte actora por cuanto que el interés del menor exige la adopción de las medidas precisas para salvaguardar su bienestar material y emocional, y lo cierto es que de lo actuado se desprende que desde el momento mismo de la concepción el actor se desentendió totalmente del destino de la niña y su madre, compareciendo ahora, transcurridos más de seis años desde su nacimiento y reclamando su filiación habiendo quedado probado que la menor, ajena a esta realidad, está plenamente integrada en la familia formada por su madre y el Sr. Virgilio junto con sus hermanos y recibe la atención y cuidados oportunos para que todas sus necesidades tanto materiales, como emocionales resulten satisfechas por lo que no se dan los presupuestos necesarios para atender a la petición que motiva el recurso de apelación

Vivienda familiar

Atribución del uso en casos de custodia compartida

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2014

La atribución del uso rotatorio de la vivienda a los progenitores en los casos de custodia compartida solo puede acordarse cuando exista acuerdo entre ambos, nunca por decisión judicial.

Recurre la Sra. Herminia el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que además del divorcio entre las partes, ha acordado atribuir de forma compartida la guarda y custodia de los dos hijos comunes, y la alternancia del uso de la vivienda que fue familiar coincidiendo con los períodos que los menores permanecen con cada uno de los progenitores.

Solicita la actora en su recurso que se revoque el pronunciamiento relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar y se acuerde que se atribuya a uno solo de los cónyuges que tenga medios suficientes para cubrir su necesidad de otra vivienda, haciéndose cargo el que uso el domicilio familiar de los gastos inherentes a su titularidad (hipoteca, comunidad de propietarios, Ibi) y suministros; y subsidiariamente, pide que no se atribuya a ninguna de las partes y se aconseje su venta.

El Sr. Cornelio y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida ha “distribuido” el uso de la vivienda familiar de conformidad al tiempo que los hijos comunes menores de edad permanecen bajo la custodia de cada uno de los progenitores, de tal manera que los menores permanecen en el domicilio y son los padres que de forma alternativa entra y salen y por tanto tienen el uso de la vivienda por semanas alternas, criterio con el que esta Sala no puede coincidir.

Debe atenderse al tenor literal de los preceptos legales que regulan esta materia, art. 233-20 para las parejas matrimoniales y art. 234-8 para las parejas estables, que diferencian entre atribución del uso de la vivienda familiar y distribución.

Así dice el Art. 233-20 que “los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar... y... también pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados...”

En cambio en el apartado 2 del mismo artículo dice que en si no hay acuerdo o si éste no es aprobado, la autoridad judicial ha de atribuir el uso de la vivienda familiar...” para a continuación, regular los casos en que atribuye dicha vivienda por razón de la guarda de los hijos o por razón de necesidad.

Es evidente pues, que únicamente los cónyuges o los miembros de la pareja estable pueden acordar el uso alternativo del domicilio familiar, sin que pueda adoptar tal medida la autoridad judicial en un proceso en el que no haya acuerdo de las partes sobre esta forma de organización familiar.

Este es el criterio además, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que en sentencia 31/2008 de 5 septiembre y 1-3-10, dijo respecto al uso alternativo del domicilio familiar, “que se vayan alternando los progenitores en el domicilio y queden en él los hijos, no producen mas que incomodidad para todos y es fuente segura de conflictos”.

Debe además tenerse en cuenta que el Libro II CCCat prevé la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio de los hijos menores de edad, nunca a dichos hijos, lo que impide la atribución del uso alternativo del domicilio familiar que implica la atribución de la referida vivienda familiar a los hijos y son los padres quienes entran y salen del mismo, coincidiendo con la custodia que ejercen de los menores.

Debe por todo ello revocarse el pronunciamiento de la sentencia de 1ª Instancia que ha acordado la atribución alternativa del uso del domicilio familiar.

Entrando pues en el fondo de la cuestión litigiosa debe recordarse que el art. 233-20 CCCat aplicable al caso de autos ante la inexistencia de pacto entre las partes, establece que se ha de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge mas necesitado si la guarda de los hijos queda compartida entre los progenitores. Y añade que se ha de hacer tal atribución con carácter temporal.

En el caso de autos se ha acreditado que los ingresos de ambas partes son similares. La Sra. Herminia percibe 1.123'37 euros mensuales por su trabajo, mientras que el Sr. Cornelio cobra 1.027'21 euros al mes; pero la actora es cotitular con su hermana de una vivienda sita en Barcelona, por lo que su capacidad económica es superior a la del demandado, por lo que procede atribuir al Sr. Cornelio el uso de la vivienda familiar por el plazo de un año desde la fecha de esta sentencia, pudiendo las partes, si les interesa, instar la división de la cosa común.

Pensión alimenticia

No se fija pensión a cargo del progenitor no custodio

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 14 de octubre de 2014

La ausencia de datos e información relativa a los ingresos de la madre, quien manifiesta que se encuentra en desempleo y carente de recursos para afrontar el pago de la pensión que se fija, procede declarar el derecho a la pensión alimenticia pero no cabe fijar en este momento prestación económica al no constar ingreso alguno.

No puede sin embargo compartirse la medida concerniente al pago de los alimentos que ha de fijarse en torno a la aplicación de los artículos 93., 142 ss., y concordantes del CC., habida cuenta la ausencia de datos, información relativa a los ingresos de la madre obligada al pago quien según manifiesta y acredita se encuentra en desempleo y apuntada en solicitud de demanda de empleo y carente de recursos para afrontar el pago de la pensión que se fija.

En esta tesitura si bien procede declarar el derecho a la pensión alimenticia en virtud de la normativa señalada no cabe fijar en este momento prestación económica alguna al no constar ingresos cuantificados de la madre, - recordan-

do en este punto que el niño residía junto al padre sin que se reclamara pensión de ningún tipo durante aquel período - debiendo determinarse en el momento en que consten debidamente acreditados los recursos económicos con los que cuente la madre - en los términos del artículo 217 de la LEC.,- a los fines de respetar la necesidad de proporcionalidad entre sus ingresos y las necesidades del hijo común.

Se revoca en este sentido la sentencia apelada, declarando que no se acuerda en este procedimiento fijar pensión alimenticia a favor del hijo común sin perjuicio de modificar esta medida en el caso de que consten debidamente acreditados ingresos de la madre.

Pensión alimenticia

Reducción de su cuantía

AP Madrid, Sec. 24.^a, Sentencia de 23 de octubre de 2014

La convivencia en la vivienda familiar de la nueva pareja de la madre y de su hijo, es motivo para reducir la cuantía de la pensión que abona el padre en favor de los hijos a los que se les atribuyó el uso de aquella.

En el presente caso de autos, el hecho de que la actual pareja de la demandada, y el hijo de ambos convivan en el que fue domicilio familiar, propiedad de los litigantes, y que por sentencia de la que dimana esta modificación fue atribuida al uso de los hijos habidos y a la demandada, por razón de atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes; sí es un hecho nuevo, no meramente coyuntural e imprevisto en su momento, y de entidad suficiente que debe tener su transcendencia en el orden económico, y por lo tanto en la medida económica cual es la cuantía de la pensión de alimentos a favor de los hijos acordada en su día en la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de fecha 30 de septiembre de 2011; y ello debido a que, además de repercutir en la contribución de gastos, tales como los de comunidad de la vivienda -al ser repartidos al 50%- , y los gastos de la empleada de hogar que se computan a los efectos de cuantificar la pensión de alimentos en su día, son gastos estos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del demandante, ahora apelante, que comparte al 50% la vivienda afectada al uso; lo cual debe tener,

por razones de equidad y justicia su repercusión a la hora de modificar la cuantía de la pensión de alimentos de los hijos, en los cuales la vivienda forma parte integrante del concepto de alimentos, conforme el artículo 142 del Código Civil, obligación que recae sobre ambos progenitores, y no solamente sobre el progenitor no custodio; y por lo tanto, al beneficiarse el progenitor custodio con su nueva familia de la ocupación, por uso atribuido a los hijos anteriores de la vivienda, propiedad por indiviso de ambos litigantes, ello debe tener también su transcendencia económica a los efectos de la mencionada contribución del progenitor custodio; por todo ello, y valorando todas y cada una de las circunstancias expuestas, y por concurrir los requisitos exigidos en los artículos 90, 91 in fine del Código Civil, en relación con los artículos 93, 145 y 146 del Código Civil, debe cuantificarse la pensión de alimentos a favor de los hijos en la suma mensual de 300 euros por hijo; y en tal sentido, se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

Alimentos de hijos mayores

Carga de la prueba para continuar percibiéndolos

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 8 de octubre de 2014

La hija terminó los estudios de Enseñanza Secundaria y realizó estudios de peluquería en 2010 pero no hay prueba alguna de la actividad que desarrolla, sea formativa o no, con posterioridad. La carga de la prueba, corresponde a la madre de la hija con la que ésta convive y quien sostiene el mantenimiento de la pensión, por el principio de proximidad probatoria. Es por ello que procede la estimación del recurso y la extinción de la pensión de alimentos.

El demandante reitera su petición de extinción de alimentos y subsidiariamente solicita se establezca en 80 euros al mes. La demandada solicita el mantenimiento de la pensión establecida en la sentencia de 24-11-2004 que actualizada asciende según manifiesta a 244,5 euros.

La hija cumplió 18 años en noviembre de 2011. Se ha probado que vive con la madre en Santa Pola (Alicante); que estudió peluquería en 2010 y que está de alta en el Servei d'Ocupació desde el 21 de mayo de 2012, días después de haber recibido la notificación de la demanda de modificación su madre. Ha acreditado que ha cursado peticiones de ciclos formativos ante la Generalitat Valenciana para el curso 2012/2013 y que no ha estado dada de alta en la Seguridad Social. En el interrogatorio manifestó que estaba pendiente de respuesta respecto a dichos cursos que recibiría en breve y negó haber trabajado como peluquera. También manifestó que no pudo terminar los estudios de peluquería aunque dicho extremo no ha quedado acreditado. Del contenido de las solicitudes de ciclos formativos se desprende que el nivel formativo de la hija es el de Educación Secundaria.

La sentencia de 24-11-2004 estableció una pensión a cargo del padre y a favor de la hija, entonces menor de edad, de 200 euros al mes.

En el Codi Civil de Cataluña, se contempla la posibilidad de fijar alimentos a favor de los hijos mayores de edad, pero se prevé de forma expresa que se mantengan dichos alimentos hasta que los hijos tengan ingresos propios o estén en disposición de tenerlos (art. 233-4 CCCat), lo que debe interpretarse en el sentido de entender que basta con que se encuentren en condiciones de acceder a un trabajo que les reporte ingresos - capacidad en abstracto - para que cese la obligación de alimentos de los hijos mayores dentro de un procedimiento de familia. Se contempla por tanto la existencia de capacidad para obtener ingresos del hijo como causa de extinción cuando el hijo o hija es mayor de edad. El contenido de los alimentos lo establece el art. 237-1 del CCCat que lo limita a aquello que es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada y a los gastos de formación

si es menor y para la continuación de la formación después de alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado por causa no imputable siempre que mantenga un rendimiento regular. El art. 233-7 contempla la modificación de las medidas adoptadas en sentencia anterior cuando varían sustancialmente las circunstancias y en sede de alimentos el art. 237-9, 2 impone al alimentado la obligación de comunicar al alimentante las modificaciones de circunstancias que determinen la reducción o la supresión de los alimentos tan pronto como se produzcan. Ello quiere decir, si lo ponemos en relación con las normas que sobre la carga de la prueba se establecen en el artículo 217 de la LEC, que la carga de la prueba de la modificación no siempre recae en la persona que la solicita. En este caso, siendo el objeto de debate la procedencia de mantener o no la pensión de alimentos de la hija mayor de edad, debe acreditarse que la misma continúa con su formación pues caso contrario debe entenderse que la ha terminado y si no realiza formación alguna y no concurre causa alguna que la incapacite para realizar algún trabajo, debe entenderse que está en plena disposición de trabajar y que en consecuencia no se dan los presupuestos exigidos en la ley para mantener pensión de alimentos a su favor en un procedimiento matrimonial.

Como se ha señalado, la demandada ha probado que su hija esta de alta en el Servei d'Ocupació y que ha presentado solicitudes de ciclos formativos para el curso 2012-2013. No ha aportado ni siquiera en esta alzada prueba alguna que acredite que sigue con su formación o que si no lo hace es por causas no imputables. No se ha traído al proceso si se le han concedido o no los cursos solicitados. Consta que terminó los estudios de Enseñanza Secundaria y que realizó estudios de peluquería en 2010 pero no hay prueba alguna de la actividad que desarrolla, sea formativa o no, con posterioridad. La carga de la prueba, a diferencia de lo que se recoge en la sentencia corresponde a la demandada, madre de la hija con la que convive que sostiene el mantenimiento de la pensión, por el principio de proximidad probatoria (art. 217 LEC) y por lo dispuesto en el art. 237-9, 2 del CCCat.

Es por ello que procede la estimación del recurso y la extinción de la pensión de alimentos.

Pensión compensatoria

Los cónyuges volvieron a contraer un segundo matrimonio

AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 23 de septiembre de 2014

Rota de nuevo la relación después de un año de convivencia mantiene plena vigencia el convenio regulador que en su día suscribieron y en el que se pactó una pensión compensatoria.

En el caso presente los litigantes contrajeron matrimonio en Valencia el 19 de octubre de 1991, poniendo fin a la relación en 2011, a tal fin suscribieron convenio regulador en fecha 18 de julio de 2011, el cual fue aprobado por sentencia de 28 de julio de 2011, recaída en procedimiento de divorcio nº 1017/2011, del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Valencia. Los mismos litigantes nuevamente contrajeron matrimonio el 8 de noviembre de 2012, y transcurrido un año desde el mismo, en fecha 26 de noviembre de 2013 el ahora recurrente formuló demanda de divorcio contencioso.

En esta tesitura, es necesario poner de manifiesto que ya con ocasión del anterior divorcio, los cónyuges pactaron la procedencia y cuantía de la pensión compensatoria, admitiéndose así por ambos el desequilibrio que el hecho del divorcio produjo a la Sra. Raquel, desequilibrio que ha permanecido incólume en cuanto que poco más de un año después contrajeron nuevamente matrimonio, sin modificación de las circunstancias valoradas por la normativa para la determinación de la procedencia de establecer pensión compensatoria y que dieron lugar al pacto, el cual tiene la naturaleza de acto propio, de ello ha de concluirse que inde-

fectiblemente, sí es procedente el establecimiento de pensión compensatoria. De otro lado, y en orden a la duración de la misma, ya se valoró igualmente por los propios cónyuges con ocasión del convenio suscrito en 2011, sin que respecto de las circunstancias entonces valoradas haya concurrido novedad alguna, para la determinación del desequilibrio, que el transcurso de un escaso lapso temporal que no se revela como determinante respecto del tiempo necesario para superar el desequilibrio. En definitiva, es procedente la limitación de la percepción de la pensión compensatoria por plazo de dos años. Es cierto que la Sra. Raquel refiere incapacidad para el trabajo como consecuencia de problemas conyugales de evolución desde 2011, lo que resulta extraño, atendido que contrajo matrimonio por segunda vez con el Sr. Cesar en noviembre de 2012, y aun abstrayendo dicho extremo, pues indudablemente una crisis matrimonial grave puede desencadenar problemas emocionales que precisen de tratamiento, los tratamientos médicos documentados lo son alrededor de las fechas de la interposición de la demanda rectora, de otro lado, tampoco consta que haya sido declarada en situación de invalidez la recurrente..

Sociedad de gananciales

Cartera de clientes del despacho de abogados

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 27 de junio de 2014

La cartera de clientes de un despacho profesional de abogados que se explota a través de una sociedad mercantil, aunque sea difícil de cuantificar económicamente, deben incluirse en el activo de la sociedad de gananciales.

Se alega en primer lugar en el escrito de interposición de recurso que no deben incluirse en el activo de la sociedad de gananciales el valor de la aportación del fondo de comercio y cartera de clientes de la sociedad mercantil F. S.L. por estimar que la cartera de clientes de un abogado carece de consideración económico jurídica al estar excluida del tráfico mercantil pues la relación abogado cliente está presidida por la confianza de éste la confianza de éste

en aquél por lo que no es posible la cesión de clientela y en todo caso sería privativo en virtud de lo dispuesto en el número 5 del artículo 1346 del Código Civil.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene declarando que, aún cuando El fondo de comercio se asocia a establecimientos mercantiles, no a actividades profesionales, que son actividades personalísimas y por lo tanto inherentes a la persona no cabe reducir el concepto de negocio

a establecimiento mercantil, ni confundir el negocio con la cualidad personal o condición profesional de una persona. Y obviamente deben ser considerados como bienes gananciales los rendimientos de todo tipo que por el trabajo u ocupación, como por prestaciones o bienes de la persona, se obtengan durante la vigencia de la sociedad de gananciales, y lógicamente se comprenden los incrementos económicos que se producen en los resultados patrimoniales como consecuencia del prestigio, valía y dedicación a la actividad profesional (sentencia de 26 de Mayo de 2001) considerando esta sentencia ganancial la cartera de clientes o

fondo de negocio, que en consecuencia debe quedar incluido en el activo de la sociedad de gananciales sin perjuicio de las dificultades que puedan integrar su posterior valoración pues como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1985 el llamado fondo de comercio es un concepto de límites difusos que “ciertamente dificultan la valoración del fondo de comercio, pero que no la imposibilitan, porque ha de calcularse un valor, concepto que se ha dicho que nunca se puede fijar con precisión, y sin embargo la liquidación de las relaciones jurídicas así lo exige”.

Sociedad de gananciales

Obras en bienes privativos

AP Murcia, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de septiembre de 2014

Inclusión en el activo de un crédito de la sociedad frente al esposo por el importe actualizado de las obras realizadas con dinero ganancial en una finca que, aunque registralmente no está a nombre del esposo, es claro que le pertenece por sucesión hereditaria.

La otra partida que rechaza el apelante es la referida al activo consistente en crédito (de la sociedad de gananciales) frente al esposo por el valor actualizado a la fecha del cuaderno particional, respecto a la edificación realizada en la finca del esposo sita en el paraje denominado DIRECCION000 de la pedanía de Gea y Truyols.

La sentencia razona ese pronunciamiento a partir de la negativa absoluta del esposo sobre la existencia de la edificación cuando es palmario que existe, y su falta de actividad probatoria para destruir la presunción de ganancialidad (art. 1361 CC), junto a la testifical practicada.

El apelante discrepa de tales razonamientos, refiriendo que la finca es de un tercero (su padre y su abuelo), no de él, reconociendo la actora que el suelo podía ser ajeno, no habiendo siquiera acreditado con claridad y detalle la finca registral donde se ha realizado la edificación y resultando insuficientes las testificales practicadas (de una amiga de la actora y un primo) para acreditar que era ganancial el dinero empleado para pagar esa construcción. Trata de aportar ahora documentos sobre el pago de las obras y la titularidad registral de la misma, pero le han sido rechazados por la Sala ante la extemporaneidad de esa presentación.

De nuevo, como en el anterior caso, la actitud del ahora apelante ha sido la de desconocer hechos que resultaban evidentes. Niega saber a qué finca se refiera la actora, cuando acaba reconociendo que era de su abuelo y padre, admitiendo que el padre ha fallecido y ocultando toda referencia a la herencia paterna y a los acuerdos que haya podido alcanzar con sus hermanos sobre la titularidad real

de la finca, aunque no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. Cuando la sentencia, ante su actitud renuente, y atendiendo al resultado de las testificales, concluye que realmente la obra se ha realizado con dinero ganancial, es cuando admite lo evidente (la existencia de la finca en ese paraje y su inicial pertenencia a su familia), aunque ahora despliega otros fundamentos para defender su pretensión de que no se reconozca que es deudor de la sociedad de gananciales por haber utilizado el dinero común en la construcción de dicha casa. No se concluye en la sentencia que la construcción sea ganancial, sino que se ha realizado a costa de la sociedad de gananciales, por decisión del marido, que tiene un claro interés personal privativo en dicha obra, de ahí que el mismo sea deudor, frente a la sociedad de gananciales, del valor de lo construido.

Ejecución de Sentencia

Compensación por el pago de gastos ordinarios

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 21 de octubre de 2014

Los libros y material escolar son gastos periódicos y previsibles que van incluidos en la pensión alimenticia ordinaria y que no estaban incluidos en el convenio, por lo que habiendo sido efectivamente pagados por el padre deben descontarse del importe adeudado.

En la demanda origen de las presentes actuaciones la Sra. Eugenia reclama actualizaciones del IPC y atrasos en el pago de las pensiones correspondientes a las mensualidades comprendidas entre octubre de 2009 y septiembre de 2012, un total de 6.258,46 €. Dictado auto despachando ejecución al mismo se opuso el ejecutado alegando que estaba en desempleo, recibiendo una prestación de 969,31 €, suma con la que tenía que pagar 150 € de pensión alimenticia para otra hija de posterior relación, y dos préstamos con garantía hipotecaria de 241,92 y 443,85 € respectivamente; que habían llegado a un acuerdo con la ejecutante para reducir la pensión y finalmente pagos, 200 € que hizo en septiembre de 2009 y posteriores a octubre de 2012, así como 524,92 en concepto de libros y material escolar que justificaba con los dos. 10 a 14. El auto desestima tal

oposición y contra el mismo se alza el ejecutado insistiendo en su oposición. Pues bien, no podemos sino confirmar básicamente el auto recurrido. Primero, porque ninguna de las causas de oposición están previstas en el art. 556 LEC, ya que no ha quedado acreditado el supuesto pacto, y segundo, porque los pagos que alega, incluidos los 200 de septiembre 2009 no se reclaman, siendo todos los demás posteriores a la última mensualidad reclamada. En cuanto a los libros y material escolar, que la resolución de esta Sala de 1-4-2011 dictada en el rollo 200/2010, los considera gastos periódicos y previsibles que van incluidos en la pensión alimenticia ordinaria y que no estaban incluidos en el convenio, por lo que habiendo sido efectivamente pagados por el mismo deben descontarse del importe adeudado, debiendo proseguir la ejecución por la suma de 5.735,54 €.

Sociedad de gananciales

Aumento de valor de participaciones sociales

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 10 de octubre de 2014

Ninguna cantidad puede incluirse en el activo por el aumento de valor de las participaciones sociales pues únicamente los posibles rendimientos o frutos de las referidas participaciones tendrían carácter comunitario, pero éstas no se han realizado.

Crédito contra el esposo por el aumento de valor de mercado de las participaciones sociales de las que el mismo es titular en la entidad Grupo 3 de Asesores Empresariales. Apoya la actora la pretensión articulada en este extremo del debate, según expone en el escrito rector del procedimiento, en la actividad desarrollada por don Aníbal en dicha entidad, en la que no se limitó a ser socio capitalista, sino que también ostentó el cargo de administrador entre el 1 de julio de 1996 y el 22 de octubre de 1997, en cuyo período adoptó decisiones tan importantes como constituir tres opciones de compra sobre un local y dos plazas de garaje en Madrid, percibiendo además ingresos de dicha entidad. Tal planteamiento no puede determinar, al contrario de lo postulado por la actora y acogido en la Sentencia apelada, la inclusión en el activo del aumento de valor de las antedichas participaciones sociales, pues únicamente los posibles rendimientos o frutos de la referida participación societaria tendrían carácter comunitario, de conformidad con el artículo 1347,

apartados 1º y 2º, del Código Civil y que, en el caso, no son objeto de reclamación alguna, en cuanto la pretensión deducida acaba por apoyarse en el artículo 1359 del mismo texto legal, que contempla las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que, con fondos comunes o por la actividad de cualquiera de los cónyuges, se realicen en los bienes privativos, en cuyo caso se reconoce a favor de la sociedad un crédito por el aumento de valor que dichos bienes tengan como consecuencia de la mejora. Obvio es, según se desprende de la mera lectura de dicho precepto, que dichas previsiones legales contemplan supuestos distintos del que es objeto de debate, pues sobre las referidas participaciones sociales no se ha realizado, y difícilmente podría hacerse, una construcción, edificación o mejora, lo que determina que las mismas, con el posible, que tampoco acreditado, aumento de valor, sigan correspondiendo en su integridad a don Aníbal, sin repercusión posible, por la vía intentada, en las operaciones divisorias del caudal común.

Régimen de visitas

La importancia de la pernocta

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de octubre de 2014

El hijo tiene tres años y no es pertinente la supresión de las pernoctas durante la noche del domingo y la noche del día intersemanal pues contribuyen a afianzar la relación paterno filial con las actividades propias de la convivencia doméstica con tareas como las cenas, baños diarios, actividades extra- escolares, horarios de ocio y descanso lo que comporta, en calidad y cantidad, estrechar el vínculo afectivo entre padre e hijo.

Se cuestiona en esta alzada el régimen de visitas del padre con el hijo común de 3 años de edad cumplidos en NUM000 de 2014

La resolución del litigio ha de hacerse conforme al art 94 del CC., y la ley de protección jurídica del menor de 1996, entre otras normas, que regulan la cuestión relativa a tales comunicaciones y visitas, el primero de cuyos preceptos establece que "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial

Constituye este complejo derecho-deber un mecanismo de relación, trato, convivencia, transmisión de afectos e inquietudes entre los hijos y el padre o la madre con quien no vive habitualmente y adecuado para mantener o restablecer la comunicación que la quiebra de la convivencia familiar interrumpió.

La adopción de la medida requiere atender, a muchos diversos factores, entre los que cabe destacar, entre otros: la edad de los menores, las necesidades afectivas y de todo orden de los mismos, sus costumbres, hábitos, exigencias y responsabilidades escolares, sus relaciones con el progenitor no custodio, las condiciones y cualidades de éste para atenderlos, las vacaciones que disfruten, la localidad donde se celebren las visitas y las estancias, la distancia entre localidades, etc.,

Y con tales presupuestos legales y doctrinales es claro que la cuestión planteada con relación a tales visitas ha de ser desestimada si tenemos en cuenta que el sistema de visitas establecido -conforme al dictamen psicológico elaborado en la primera instancia- cumple la necesidad de aquella relación paterno-filial no siendo pertinente ni la supresión de las pernoctas ni a su vez incrementar las comunicaciones con los días señalados que indica el recurrente.

En efecto las estancias del niño en el entorno paterno

durante la noche del domingo y la noche del día intersemanal que duerme el menor en casa del padre supone incrementar la eficacia de aquellos encuentros por cuanto ambos afianzan la relación paterno filial con las actividades propias de la convivencia doméstica con tareas como las cenas, baños diarios, actividades extra - escolares, horarios de ocio y descanso lo que, comporta en calidad y cantidad estrechar el vinculo afectivo entre padre e hijo y los lazos familiares entre ambos, razones todas que determinan en este punto el rechazo de este motivo de apelación.

No mejor suerte ha de correr el recurso que articula la parte contraria si tenemos en cuenta la amplitud de las visitas establecidas en la sentencia apelada, cuyo auto aclaratorio ya rectificó en el sentido de incluir los puentes en las estancias de los fines de semana, siendo el horario obviamente, el que se fija en la sentencia objeto de apelación, - extremo en el que simplemente se matiza la sentencia recurrida - no siendo pertinente añadir otros encuentros o comunicaciones relativas a las celebraciones de cumpleaños de los interesados o día del padre o madre, debiendo quedar tales visitas al acuerdo que sobre el particular puedan alcanzar las partes, siendo adecuado lo dispuesto en la sentencia apelada dadas las condiciones y circunstancias concurrentes en el caso que se examina en el que se han producido episodios conflictivos en las recogidas y entregas del menor, lo que motivó que las mismas se lleven a cabo a través del propio centro escolar, debiendo recordar que en el mismo informe psicológico se indica que el menor vivencia situaciones de tensión cuando se encuentra con el padre en presencia de otras figuras del entorno familiar materno lo que, de no corregirse podría provocar en él conductas de ansiedad y rechazo que perjudicarían las entregas y recogidas y con ello fomentar en él temor o inseguridad al reconocimiento de sus vínculos, lo que exige adoptar medidas de cautela y precaución para evitar perjuicios de clase alguna al menor y significando, en todo caso - a los fines de guardar la debida equidad - que los períodos vacacionales se distribuyen en la sentencia de forma que alternan en tales períodos, en su disfrute, el padre y la madre, todo lo cual determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación.

Pensión compensatoria

El matrimonio no le impidió trabajar

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2014

Tras el nacimiento de la hija la esposa comenzó a trabajar en Telepizza, donde permaneció hasta noviembre de 2012, causando baja voluntaria por sus discrepancias con la empresa, por lo que no parece que el matrimonio le haya impedido trabajar ni privado de expectativas laborales, estimándose que su situación al término de su relación tiene que ver con razones ajenas al sacrificio asumido en beneficio del otro cónyuge y de la familia.

La asignación compensatoria prevista en el artículo 83 del CDA no tiene en lo sustancial una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el art 97 C.C., sobre la cual el Tribunal Supremo tiene declarado que, puesto que por su configuración legal y jurisprudencial no tiene por finalidad perpetuar a costa de uno de sus miembros el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios, que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, de manera que carece de interés a tal efecto el desequilibrio cuyo origen no se encuentra en esa mayor dedicación a la familia y a los hijos, sino en otros factores como pueden ser la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno

de los miembros de la pareja (vd por todas la STS 4-12-12 y las que en ella se citan).

La Sra. África contrajo matrimonio el 5-11-99 y en el curso del año anterior apenas había trabajado 40 de los 365 días del año. Su trayectoria laboral antes del matrimonio fue, pues, prácticamente inexistente, no pudiendo decirse, como apunta el Juez de instancia, que renunciase a su formación y promoción profesional con motivo de su dedicación a la familia. Y tras el nacimiento de su hija - NUM003 -2000- comenzó a trabajar en Telepizza, donde permaneció hasta noviembre de 2012, causando baja voluntaria por sus discrepancias con la Gerencia. Por lo que no parece que el matrimonio le haya impedido trabajar ni privado de expectativas laborales, estimándose que su situación al término de su relación más tiene que ver con razones ajenas al sacrificio que haya tenido que asumir en beneficio del otro y de la familia. Por otro lado, los ingresos del Sr. Amadeo a tenor la Declaración de la renta 2012 rondan los 1240 € y con ellos ha de hacer frente en exclusiva a la total manutención de la hija común, al préstamo hipotecario -321,80 € mensuales y a un préstamo de Cofidis por el que paga una cuota mensual de 63 €, así como seguro de hogar, IB y derramas extraordinarias.

Pensión alimenticia

El hijo parece que vive de forma independiente

AP Zaragoza, Sec. 2.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2014

El hijo común tiene 22 años y se encuentra en Dublín desde septiembre del 2012 hasta la fecha. Esta prolongada y dilatada estancia en ese país solo puede obedecer a su incorporación en el mercado laboral, además reside en compañía de su novia con la que compartirá gastos de estancia, alquiler y alimentación.

La sentencia recaída en el presente procedimiento sobre Modificación de Medidas (Art. 775 LEC), es objeto de recurso de apelación por la parte demandada, la que considera en su escrito de interposición (Art. 458 LEC), que la sentencia apelada no ha valorado correctamente la prueba

obrante en autos no existiendo dato alguno que justifique la suspensión de la pensión de alimentos para el hijo Abilio ni la retroactividad de la extinción de la obligación de abonar la pensión de alimentos desde el mes siguiente a la interposición de la demanda.

La modificación de las medidas (Arts. 90, 91 y 100 del Código Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (Art.º 217 L.E.C.). Igualmente el artículo 79, nº 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes.

La parte, hoy apelada, solicita en el presente procedimiento la supresión de la pensión alimenticia a favor del hijo Abilio por encontrarse trabajando y viviendo de manera independiente -ex Art.69 CDFA, a lo que accede la sentencia apelada por considerar acreditado en los autos, que el hijo común ha terminado la formación encontrándose trabajando.

El hijo común tiene 22 años y se encuentra en Dublín desde septiembre del 2012 hasta la fecha.

En un principio, su presencia en la capital indicada lo fue en concepto de beca o prácticas, pero es obvio que tal prolongada y dilatada estancia en la misma solo puede obedecer a su incorporación en el mercado laboral, reside en compañía de su novia con la que compartirá gastos de estancia, alquiler y alimentación, en conclusión que puede afirmarse, que se encuentra en estos momentos independizado de su familia lo que conlleva conforme el Art. 69 CDFA declarar extinguida la pensión alimenticia fijada en su momento, sin perjuicio de que cualquier situación posterior que pueda producirse desde la fecha de la presente resolución, pueda ventilarse en el pertinente juicio de alimentos, para el caso de que surgiera esa necesidad que a fecha de hoy no se contempla.

En cuanto a la supresión de la pensión con efecto retroactivo desde la presentación de la demanda, la sentencia de instancia así lo declara por iniciar la actividad laboral el hijo en el mes de enero de 2013, no obstante valorándose la naturaleza de los alimentos, la edad del alimentista y especialmente que no consta con claridad desde que fecha puede considerarse como consolidada la actividad laboral de aquel, parece adecuado que la extinción de la pensión alimenticia tenga efectos desde la fecha de la sentencia de 1ª Instancia (diciembre del 2013) siendo noviembre la última mensualidad exigible, revocándose la sentencia únicamente en este apartado.

Sociedad de gananciales

Vivienda adquirida antes de contraerse el matrimonio

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2014

Respecto a la vivienda adquirida por el esposo antes de contraer matrimonio, se declara ganancial la parte abonada constante la sociedad, y habrá que estar a qué cónyuge pagó el préstamo hipotecario tras la disolución de la sociedad de gananciales para determinar la parte privativa que pertenece a cada uno de ellos.

Pretende la parte impugnante que se declare el carácter privativo de la vivienda familiar en el porcentaje del 29,36%, y el resto se declare ganancial, o subsidiariamente se declare ganancial el importe del 36,54%, y el resto privativo en proporción al valor de las aportaciones de cada uno de los cónyuges.

Tal problemática debe resolverse a la luz de la jurisprudencia sentada por esta propia Sala, de fecha 28 de junio de 2011, en la que se resolvió en un caso análogo al presente en el sentido de dar respuesta a la cuestión, añadida, que surge una vez disuelto el régimen económico matrimonial, de tal manera que de la interpretación de los artículos 1354 y 1357, ambos del Código Civil, se puede concluir que los pagos de las cuotas hipotecarias efectuadas con

posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial incide necesariamente en la determinación de la cuota privativa del inmueble, y en favor de quien asuma la responsabilidad pecuniaria a partir de dicha fecha, de manera que, teniendo en cuenta que la vivienda fue adquirida en estado de soltero por el demandante, abonándose parte del precio de adquisición antes de la constitución del vínculo matrimonial y, por ende, de la vigencia de la sociedad de gananciales, y parte tras la celebración de la unión nupcial, al caso se proyectan las previsiones de los preceptos antes indicados, y en concreto el artículo 1357,2, que resuelve la problemática relativa a los inmuebles o bienes adquiridos en estado de soltería, con precio aplazado, de tal manera que el carácter privativo del inmueble, en proindiviso de ambos, o a favor

de uno de los cónyuges, dependiendo de los pagos que realicen uno y otro, se retoma tras la disolución del vínculo matrimonial, y la cuota de titularidad de dicha vivienda se determinará conforme a los pagos que los cónyuges, tras la disolución del vínculo, hayan realizado hasta la liquidación total de la deuda hipotecaria.

Por ello, en conclusión, la sentencia debe confirmarse, así como el auto de 31 de julio de 2013, que ha declarado ganancial el 36,54%, si bien, se deja en suspenso el pronunciamiento relativo al carácter privativo del resto del inmueble a favor del demandante, pues ello dependerá de si

los pagos de la hipoteca se realizan única y exclusivamente por este último, en cuyo caso, ciertamente, es evidente el carácter privativo del inmueble en favor de éste, o, en otro caso, el carácter privativo, y en proindiviso, en el porcentaje que corresponda, o por mitad, si los pagos se realizan por ambos cónyuges, y dependiendo de los importes abonados por uno y otro, a partir de la disolución del vínculo matrimonial, lo cual se determinará en fase de liquidación de la sociedad legal de gananciales.

Pensión alimenticia

Conceptos que incluye la pensión ordinaria

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de junio de 2014

Para fijar la cuantía de la pensión alimenticia se tiene en cuenta el gasto de la “niñera de apoyo doméstico” ya que la familia vivía con un elevado nivel de vida.

Queda limitado el objeto del presente recurso a los pronunciamientos de la sentencia apelada relativos a las cuantías de la pensión alimenticia que se considera excesiva atendidos los ingresos del apelante y las necesidades económicas de los tres hijos del matrimonio

En lo que respecta a la pensión alimenticia de los hijos, hemos de precisar, que el mandato constitucional recogido en el artículo 39.3 establece que “ los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante la minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda”. El mandato constitucional no da resquicio a posibles abdicaciones del deber impuesto, pues en la propia disposición de la Carta Magna se observa su imperatividad. En aplicación de tales principios nuestro Código Civil contiene normas genéricas que señalan la obligación de alimentar a los hijos (artículos. 142, 154 y SS) así como normas específicas sobre esa obligación en los supuestos de procedimientos matrimoniales (artículos. 90 a 93 y 103 del mismo texto legal), siendo pues, una obligación básica para los progenitores y un derecho esencial para los hijos menores, y su concreción y efectividad vendrá determinada por la proporcionalidad que debe existir entre las necesidades de las prestaciones a satisfacer y el caudal económico y circunstancias del obligado a cumplirlas. Esta obligación de prestar alimentos cuando se trata de hijos menores de edad, como ocurre en el presente procedimiento se fundamenta en los deberes inherentes a la patria potestad y no solo en el deber general de alimentos entre parientes que se recoge en el artículo. 142 Código Civil, siendo

reiterada la jurisprudencia que declara que la situación de ruptura de los padres nunca puede determinar la pérdida de la relación de filiación, que, a tenor de los artículos 143, 144 y 145 del CC., da derecho a los hijos a recibir alimentos de los padres y crea obligación de éstos de prestarlos, y en segundo lugar, que ha de partirse no sólo de la capacidad económica de ambos progenitores sino asimismo de las concretas necesidades e importe de los gastos de los hijos comunes, con arreglo a sus específicas circunstancias y al nivel de vida que durante la convivencia de ambos progenitores han venido disfrutando. En la sentencia recurrida se analiza con precisión y minuciosidad, los ingresos del alimentante y los gastos y necesidades de los alimentistas, que, sin duda, mantenían un elevado nivel de vida, acorde con los elevados ingresos de los padres, fijándose la pensión en proporción a los mismos y sin que pueda estimarse que no deban incluirse entre estos gastos los causados por la “niñera de apoyo doméstico” que se justifican en el auto de medidas provisionales por la atención y cuidados constantes que requieren los menores de 8 y 5 años de edad, y de los que se denominan gastos extraordinarios, en la relación aportada, y que en la sentencia apelada se justifica que no deben tener este concepto rechazando la pretensión de la parte actora, “al tratarse de expendios que regularmente se han abonado en el seno de la unidad familiar”.

Pensión compensatoria

El esposo interpuso una demanda de extinción de la pensión compensatoria alegando el cambio de circunstancias ya que la ex esposa había comenzado a trabajar. Con ocasión de practicarse la prueba testifical uno de los testigos declaró que tenía conocimiento que la ex esposa convivía con un tercero en el domicilio familiar, lo que sirvió de base al abogado del esposo para solicitar en las conclusiones finales la extinción de la pensión con convivencia marital. ¿Puede el tribunal entrar a analizar esta causa de extinción?

Entendemos que no, dado que las causas de extinción deben concretarse en la demanda, sin que pueda ampliarse o modificarse en el curso del procedimiento ya que ello causaría indefensión a la parte contraria que no pudo realizar alegación en relación con dicha causa

extintiva ni proponer prueba. Tampoco podría alegarse como hecho nuevo dado que en puridad lo que se pretende es alegar una nueva causa de pedir, y además afecta a una materia de derecho dispositivo.

Vivienda familiar

El esposo cedió a la esposa e hijos el uso de la vivienda familiar que era de su exclusiva propiedad a cambio de que la madre no le reclamase la pensión alimenticia de los hijos que se pactó en el convenio regulador. Al ser ya los hijos independientes, el esposo ha solicitado que se declare la extinción del derecho de uso a lo que se opone la esposa alegando que no se fijó limitación temporal alguna en aquella cesión y que era un hecho previsible que los hijos alcanzasen algún día la independencia económica. ¿Puede prosperar esta pretensión?

Consideramos que la demanda debe ser estimada. La causa de la cesión de la vivienda no fue otra que compensar la prestación alimenticia, de modo que al desaparecer la obligación alimenticia que pesaba sobre el padre por haber alcanzado los hijos independencia económica ha desaparecido la causa del contrato

(art. 1274 CC) y siendo un contrato sinalagmático, dada la desaparición para la madre de asumir directamente los alimentos de los hijos, el padre puede instar la resolución del contrato al haberse frustrado su finalidad.

Regímenes económicos matrimoniales

La esposa solicita que se incluya en el activo el negocio que ejerce el esposo en las dos clínicas de estética que tiene abiertas, y cuya base económica debe comprender las existencias, la clientela o fondo de comercio, el derecho de traspaso y demás elementos físico-económicos, que configuran los elementos accesorios de la actividad. El esposo se opone a esta petición alegando que no existe ningún negocio sino simplemente el ejercicio de una actividad profesional ¿Qué solución jurídica debe darse a la cuestión?

La actividad profesional realizada por el esposo como médico sin contar con la ayuda de ningún otro profesional de la medicina implica que las clínicas y el instrumental tengan carác-

ter privativo. No obstante, podría incluirse en el activo el valor actualizado del dinero ganancial invertido en la adquisición del mobiliario y máquinas.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

Toledo 2015

El Auditorio del Alcázar de Toledo acogió los días 5 y 6 de febrero las Jornadas de Derecho de Familia, Toledo "2015", dirigidas por D. Yolanda Delgado Conejo, abogada de familia y miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia.

La organización corrió a cargo de Libertas Ediciones y de la AEAFA.

Con ocasión de las Jornadas, tuvo lugar la presentación en Toledo de la Asociación Española de Abogados de Familia, exponiendo su Presidente, los fines de la asociación así como los logros conseguidos.

En total fueron cuatro ponencias, una mesa redonda y un foro abierto, con la participación activa de todos los asistentes.

Los temas de las ponencias y los ponentes fueron los siguientes:

Problemática actual de la extinción de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad, tratado por D. Gonzalo Pueyo Puente (Presidente de la AEAFA y Abogado del ICAVIZCAYA).

Abuso de Derecho en los Procedimientos de Familia por D. Francisco Ruiz Jarabo (Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid).

Últimas sentencias del Tribunal Supremo en materia de Derecho de Familia, tratado por D.ª Rosa María de Castro Martín (Magistrada. Decana del Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo).

Sustracción de Menores en el ámbito nacional e internacional, tratado por D.ª Pilar González Vicente (Magistrada de la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid).



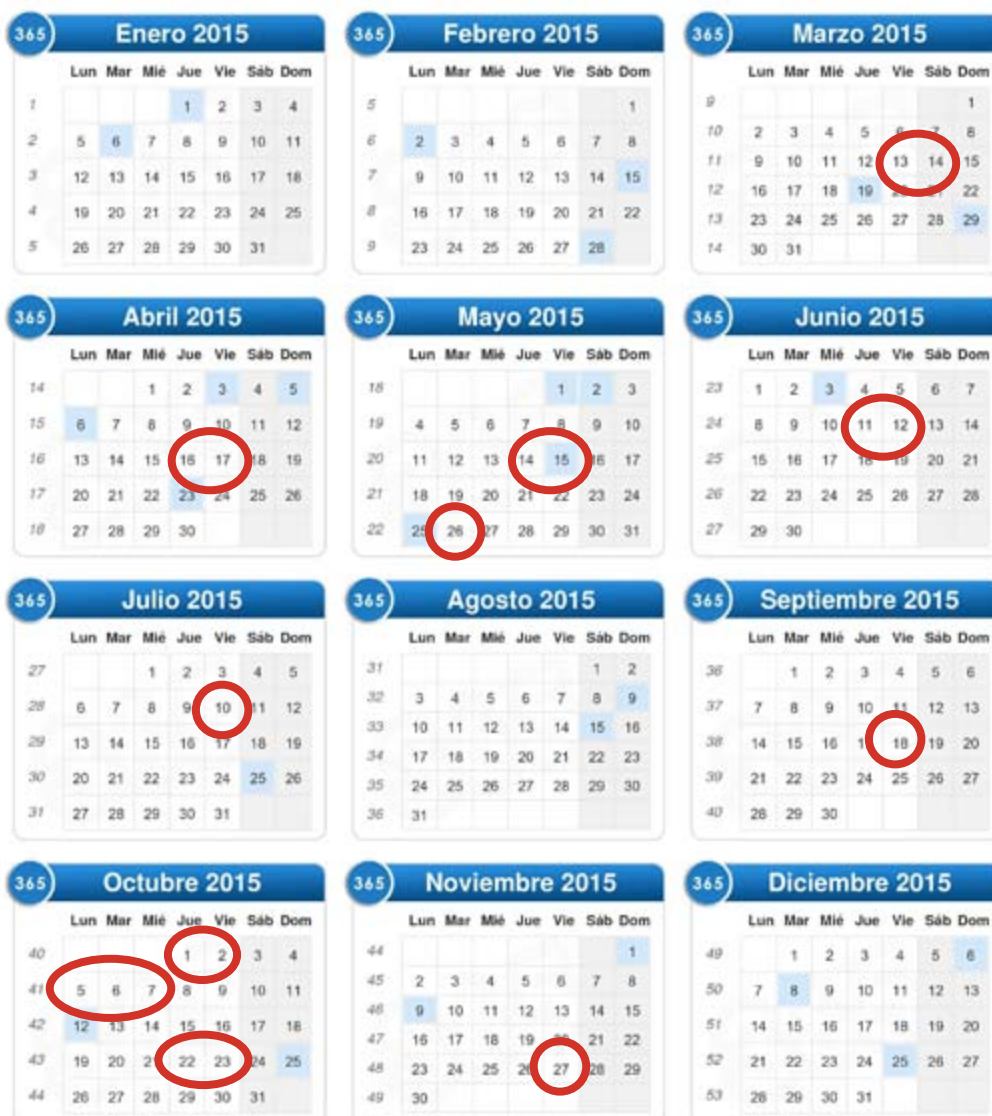
La mesa redonda tuvo como tema central la problemática de la ejecución de las resoluciones dictadas en derecho de familia y participaron en la misma D. Antonio Javier Pérez Martín, Magistrado-Juez del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Córdoba; D.ª Paloma Abad Tejerina, Abogada. Árbitro de Derecho de la Corte de Arbitraje del ICAM y de la AEAFA; D. Emilio Buceta Miller, Magistrado de la Audiencia Provincial de Toledo; y D.ª María José Majano Caño, Abogada y Profesora asociada de la Universidad de Castilla la Mancha.

Las Jornadas se cerraron con el Foro Abierto dirigido por D. Antonio Javier Pérez Martín y la Directora de las Jornadas D.ª Yolanda Delgado Conejo, participando también la abogada Paloma Abad, en el que se debatieron los temas de actualidad en el derecho de familia.

Los asistentes valoraron muy positivamente tanto los temas tratados como el alto nivel de los ponentes, así como la organización y la entrega de documentación.



Próximas Jornadas de Derecho de Familia organizadas por la AEAFA



- 13 y 14 de Marzo..... Jornadas Centrales - Madrid.
- 26 Marzo Málaga
- 16 y 17 de Abril..... Murcia.
- 14 y 15 de MayoAlmería.
- 11 y 12 Junio.....Málaga.
- 10 Julio Córdoba
- 18 Septiembre Cádiz.
- 1 y 2 Octubre.....Sevilla.
- 5, 6 y 7 OctubreEncuentro con el CGPJ.
- 22 y 23 de Octubre.....Pamplona.
- 27 Noviembre Córdoba



Mediación familiar: una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la Justicia Terapéutica
 Coordinado por Francisca Fariña

Editorial Tirant lo Blanch -Valencia 2015 - 343 pág.

Los procesos judiciales de familia que se resuelven por la vía contenciosa provocan, en general, una sensación de insatisfacción en las partes, buena muestra de ello son los procesos de ruptura de pareja en los que el conflicto interpersonal entre los adultos se suele agudizar a lo largo de la tramitación judicial, lo que dificulta la comunicación no sólo entre los miembros de la pareja sino también con otros miembros de la familia, principalmente los hijos. Estos efectos perjudiciales se tratan de minimizar desde la Justicia Terapéutica (JT) que considera la Ley como una fuerza social que produce comportamientos y, por tanto, consecuencias que pueden ser positivas o negativas para la vida emocional y el bienestar psicológico de los usuarios del sistema legal, resultando así, terapéutica o antiterapéutica (Wexler y Winick, 1996).



Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio
 Marcela Acuña San Martín

Editorial Dykinson - Madrid 2015 - 411 pág.

Los abogados de familia dicen que según la crisis matrimonial haya sido más o menos traumática en su generación, resultará más difícil o más sencillo asumir cuantas cosas plantea la autora de esta monografía. Como no podía ser de otro modo, la obra se encuentra vertebrada alrededor del supremo interés del menor, y desde ahí, se plantea el fundamento del derecho de relación de los hijos con el padre no custodio desde el punto de vista constitucional y en toda su dimensión normativa. Se efectúa un estudio del ámbito objetivo de este derecho-deber y del ámbito subjetivo del mismo, destacando la estructura triangular de la figura (progenitor no custodio, menor y progenitor custodio), para después analizar su contenido, sus formas de ejercicio y las correspondientes acciones protectoras, civiles y penales.



Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes
 Mercedes Moya Escudero

Editorial Tirant lo Blanch - Valencia 2015 - 283 pág.

La importancia del colectivo marroquí asentado en España justifica el estudio de los problemas que se suscitan en el ámbito del Derecho de familia y sucesorio en las relaciones hispano-marroquíes. La necesidad de ofrecer una solución a tales problemas exige una mayor especialización de los profesionales del Derecho, así como herramientas que faciliten su trabajo. En esta obra los autores realizan una reflexión crítica de la normativa vigente, tratando de superar las carencias de los análisis tradicionales, de carácter meramente positivista, y apostando por un enfoque diferente, que incide en la dimensión de práctica social del Derecho. Esto les ha permitido superar una visión rígida y abstracta del Derecho internacional privado, mostrar su carácter esencialmente dinámico y formular propuestas de reforma.



La herencia
 Julio García Ramírez, Raúl Ochoa Marco y Marta Soledad Sebastián Chena

Editorial Colex - Madrid 2015 - 432 pág.

No es fácil entender el Derecho de sucesiones. La mayoría de los profesionales del Derecho que se dedican al asesoramiento en dicha materia, ya sea de forma habitual u ocasional, hasta que no se enfrentaron a la redacción de su primer cuaderno particional no entendieron gran parte de la terminología y aplicación de porcentajes que se utilizaban para dicho fin.

La obra se divide en las seis partes que entendemos implican un conocimiento exhaustivo de dicha materia: La explicación de manera clara y comprensible de los aspectos sustantivos. Los consejos prácticos para la redacción del cuaderno particional. Un análisis de las acciones procesales para el supuesto de no llegar a un acuerdo extrajudicial. Las técnicas de negociación para entender e intentar encauzar los conflictos en materia de sucesiones. Como novedad, las características y particularidades del Impuesto sobre Sucesiones. Y, finalmente, la aportación de modelos de documentos más habituales.

La ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas en los artículos, comentarios y reseñas firmadas que publica.

A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 11/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, la ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley; para obtener la debida autorización puede dirigirse a ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (aeafa@aeafa.es). La ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) no aceptará responsabilidad alguna por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

PRESIDENTE DE HONOR

D. LuíS Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga

JUNTA DIRECTIVA

D. Gonzalo Pueyo Puente. Presidente
D^a M^a Gabriela Domingo Corpas. Vicepresidenta
D^a Isabel Bonilla Moreno. Tesorera
D. José LuíS Ferrer-Sama Pérez. Secretario
D^a M^a Dolores Azaustre Garrido. Vocal
D^a Pilar Cunchillos Pérez. Vocal
D. Fernando Hernández Espino. Vocal
D^a M^a Antonia Mateu Gelabert. Vocal
D^a M^a Mercedes Mira Cortadellas. Vocal
D Santiago de Miotá Navarro. Vocal
D. Jose Gabriel Ortolá Dinnbier. Vocal

COMITÉ DE REDACCIÓN

D^a Pilar Cunchillos Pérez
D^a M^a Mercedes Mira Cortadellas
Colabora: Lexfamily S.L.



ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE
ABOGADOS DE
FAMILIA

c/ Princesa nº 3 Dpdo. - Of. 1408
28008 MADRID
Tel. y Fax: 91.541.05.62
E.mail aeafa@aeafa.es / WEB www.aeafa.es