

Abogados de Familia

aeafa

ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA DE
ABOGADOS DE
FAMILIA

Año XX Número 78 - Enero de 2016

A LOS LECTORES

Gracias

GONZALO PUEYO PUENTE

Como señaló Virgilio en las Geórgicas, tempus fugit, el tiempo vuela y esa sensación se percibe mejor cuando uno se para a hacer balance de la situación. Han pasado ya cuatro años desde que esta Junta Directiva asumió la responsabilidad de la dirección de la AEFA y parece que fue ayer. Pero no es esa la sensación que a uno le embarga en el quehacer del día a día pues cuando una se entrega a su obligación, a su laboral diaria, como en todos los órdenes de la vida, parece que el tiempo se detiene. Pero ha llegado la hora pues, como bien sabéis, se han convocado elecciones para el próximo día 4 de marzo.

En este período en el que he tenido el privilegio de estar al frente de un colectivo tan comprometido con su función en la sociedad, como somos los abogados de familia, mi equipo y yo hemos procurado preservar ante todo el germen esencial que sustenta la AEFA, su independencia, su absoluta independencia en todos los niveles, desde el ideológico al económico, lo que siempre nos ha permitido hablar con la claridad necesaria que los problemas que nos hemos tenido que abordar requerían y estos no han sido pocos.

Hemos tratado de modernizar la imagen asociativa adaptando el logo a los nuevos tiempos. Hemos creado una revista más acorde con los tiempos que vivimos, con nuevos contenidos, más dinámica, menos costosa y más participativa. Hemos dotado a nuestra página web de una nueva herramienta, compatible con los avances tecnológicos que requerían los tiempos en que nos movemos. Pero, sobre todo, hemos tratado de llevar el Derecho de Familia a todos los lugares trasladando el sentir de la Asociación a las instituciones, al legislador proponiéndole textos legislativos alternativos, además de asumir las necesarias

SUMARIO

01 Editorial

03 Tema de debate

Aportación de inmueble a la sociedad de gananciales ¿Sería onerosa o gratuita? ¿Existe derecho de reintegro en la liquidación? ¿Cómo se cuantificaría?

07 Jurisprudencia comentada

Efectos retroactivos filiación paterna.
Fundamento de la custodia compartida
Las cargas impiden desequilibrio
Recogida del menor por el abuelo
Carácter privativo abrigos visón
Previsiones para la custodia compartida
Rescisión por lesión de la liquidación
Extinción alimentos hijo de 26 años
Nulidad de la hipoteca por poder revocado
No es necesario el informe psicossocial
Compensación por uso exclusivo vivienda
Prejubilación y reducción alimentos
Nulidad de capitulaciones matrimoniales
Pago hipoteca ejecución sentencia
Hechos nuevos en segunda instancia
Visitas intersemanales
Trabajo en el matrimonio y compensatoria
Pago de alimentos desde sentencia
Derecho de reintegro
Prevención para el caso de pérdida de uso
Crédito por construcción de inmueble
Hijo mayor que cambia de residencia
Nulidad de actuaciones
Custodia y cambio de residencia del padre
Cuestiones patrimoniales unión de hecho
Custodia menor afectado síndrome Down
Extinción compensatoria rechazo trabajo

41 Casos prácticos

42 Noticias

46 Información bibliográfica

funciones de formación que tiene encomendada la Junta Directiva conforme a nuestros estatutos y para ello hemos firmado convenios de colaboración con distintos Colegio de Abogados, Universidades y otras asociaciones. Hemos tratado de potenciar la esforzada labor que vienen desarrollando nuestras cinco delegaciones en esa necesaria función de acercar AEAFA al asociado y hemos arropado proyectos de compañeros que se han echado a la espalda la enorme responsabilidad de organizar Jornadas a lo largo de toda España. Ese trabajo, ese esfuerzo ha conllevado un increíble aumento del número de afiliados pues en estos últimos cuatro años este no se ha duplicado por muy poquito, con el correspondiente impacto económico que ello tiene para la estabilidad de nuestra tesorería que, en definitiva, redundará en garantizar el principio primordial de esta asociación: la libertad de pensamiento creando con ello un plus de atractivo que provoca, a su vez, la inscripción de nuevos asociados.

No ha sido fácil pero siempre hemos jugamos con ventaja pues AEAFA lleva un prestigio acumulado de 23 años de existencia siendo fiel a sus principios, lo que ha generado en los círculos jurídicos y también en los no jurídicos un respeto hacia la labor que desarrolla la Asociación del que pocos colectivos pueden presumir. Y, como digo, esto ha sido fruto de muchos años de trabajo bajo la dirección de distintas personas y colaboradores por lo creo que es de justicia que, desde aquí, plasme el necesario reconocimiento a esa labor por lo que no puedo sino mostrar mi mayor gratitud y admiración por el trabajo desempeñado por quienes me precedieron en el cargo, Luis Zarraluqui, Jorge Marfil, Paco Vega Sala e Isidro Niñerola. Sin su esfuerzo y el de todos y cada uno de los compañeros que compusieron sus respectivas juntas directivas, la AEAFA no estaría hoy donde está. Lamentablemente algunos de ellos ya no están hoy con nosotros pero seguro que se sentirían tan orgullosos, como yo, de seguir perteneciendo a este colectivo que, si por algo destaca, es por su seriedad y rigor.

Gracias a mis compañeros de Junta por su trabajo, su constancia, sus ideas y su fidelidad a Aea-fa. No me voy a extender más con ellos, pues bien saben que siempre tendrán mi agradecimiento y mi amistad personal.

Gracias a las delegaciones de Baleares, Bizkaia, Córdoba, Gipuzkoa y Málaga, a sus delegadas y a sus Juntas delegadas por el enorme trabajo que habéis realizado en doble dirección, hacia el asociado acercándole los objetivos de nuestra asociación y hacia la asociación acercando los problemas con los que conviven los compañeros en sus quehaceres profesionales diarios.

Gracias a esos compañeros que, anónimamente, sin estar obligados han regalado su tiempo, es-

fuerzo y buen hacer asumiendo la responsabilidad de organizar jornadas en sus localidades en el afán de dar a conocer la Aea-fa y su trabajo, además de proporcionar formación jurídica mediante encuentros, debates o jornadas,

Agradecer, cómo no, a José Luis Cembrano su impagable trabajo al frente de la página web, por su tesón en mantenernos a todos puntualmente informados de las novedades jurisprudenciales y doctrinales en tiempo record y, a nivel personal, agradecerle su infinita paciencia para conmigo y con mi ignorancia informática, siempre dispuesto a atenderme en todo momento y en cualquier día y hora.

Por supuesto que en todo ello también ha incidido la constante labor de alguien a quien no se le ve, que no sube a las tribunas a dar clases magistrales pero que, durante ya muchos años, ha venido realizando esa labor sorda de organización administrativa sin la cual la maquinaria de la AEAFA no funcionaría. Gracias Claudia por tantos años de trabajo y fidelidad hacia todos nosotros.

Gracias a Lex Family por haber asumido el riesgo de enrolarse en un proyecto editorial de alto riesgo como era nuestra nueva revista digital, cuestión que fue una de las primeras que debimos abordar nada más asumir el mandato encomendado por la asamblea. Sin su esfuerzo hubiera sido muy difícil el no perder uno de los legados recibidos, nuestra revista. Desde su tímido inicio la revista ha ido adquiriendo una dimensión espectacular que la era digital permite y una calidad científica digna de ser destacada.

Gracias en definitiva a todos vosotros, los asociados, por el trato que habéis dispensado a esta Junta haciendo que las asambleas hayan discurrido en un ambiente de cordialidad y sin mayores estridencias. Sólo puedo decir que para mí ha sido un orgullo y un privilegio estar al frente de la Aea-fa junto a un equipo tan comprometido durante estos últimos cuatro años. Espero que hayamos respondido a vuestras expectativas y haber aportado algún valor añadido a AEAFA. Soy muy consciente de que no todas las decisiones adoptadas habrán sido del gusto de todos pero eran las que, después de sopesar sus pros y sus contras, entendíamos respondía al mejor interés de Aea-fa. En cualquier caso, pediros perdón por aquellos errores que, inconscientemente, hubiera podido cometer a lo largo de este tiempo.

Gracias de nuevo y hasta siempre.



TEMA DE DEBATE

LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES NO MANTIENEN UN CRITERIO UNITARIO

Aportación de una vivienda privativa de un cónyuge a la sociedad de gananciales haciéndose constar en la escritura pública como causa de la aportación “el sostenimiento de las cargas del matrimonio”.

¿La aportación sería onerosa o gratuita? ¿El aportante tendría derecho de reintegro en la liquidación? ¿Cómo se cuantificaría?



Isidro Niñerola Giménez

Abogado - Valencia

La pregunta que se formula en esta ocasión, tiene unas connotaciones bastante complejas, precisamente por la aportación a la sociedad de gananciales, y estableciéndose como causa que dicha aportación es para el sostenimiento de las cargas del matrimonio. Así, lógicamente deberíamos acudir en primer lugar al artículo 1364 del Código Civil, que establece claramente que el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad, tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común, y tampoco habría que perder de vista el propio artículo 103 del mismo cuerpo legal.

Entiendo que en esos momentos se está haciendo una aportación que podría ser, onerosa o gratuita, según lo que deparase la vida del bien. Imaginamos que cuando se ha realizado la aportación privativa es porque dicha vivienda se va a ver afectada, o bien para el pago de deudas, o bien para avalar algún tipo de operaciones, o bien en su caso, para que la sociedad de gananciales se beneficie de los alquileres de dicho inmueble.

No hay que olvidar que el concepto de reintegro, no se condiciona a su origen, por lo que, si trae causa de la atención a las cargas familiares, ese derecho de reintegro en la liquidación, nace con independencia de quién realizó el gasto y a favor de quién contribuyó en mayor medida de la debida y supone que se hayan aportado fondos privativos o prestaciones personales que pueden conducir a que los reintegros o recompensas hagan nacer auténticas relaciones de créditos entre cónyuges en la liquidación de la sociedad de gananciales, reclamándose en el día a día mediante reintegros individualizados o acumuladamente en el momento de la liquidación al amparo del artículo 1398 del C.c., que en su apartado 2º y 3º establece que el pasivo estará integrado por el importe actualizado de los bienes privativos, cuando su restitución deba hacerse en metálico, por haber sido gastado en interés de la sociedad.

Así, habiéndose aportado el bien, cuya naturaleza era privativa, a la sociedad de gananciales, se convierte en ganancial y por tanto se podría entender, al haberse establecido como causa, que era para el

levantamiento de cargas del matrimonio, si todavía existe dicho bien al momento de la liquidación, entiendo que no habría restitución de ningún tipo, pero si el bien hubiese tenido que venderse o hubiese desaparecido de la esfera patrimonial de ambos esposos, cabría la posibilidad de acudir al reintegro a tenor de lo mencionado anteriormente.

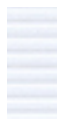
No hay que perder de vista tampoco que las cargas del matrimonio se mantienen mientras subsiste el vínculo, pero una vez ha desaparecido el vínculo ya se ponen en marcha y en funcionamiento todos los mecanismos de compensaciones, y así, lo que constituyen obligaciones propias de la potestad doméstica en un universo de gastos familiares, sufre una auténtica transformación y corrección en sede procesal, cuando la familia entra en crisis y se procede a la cuantificación de las pensiones y fijación de las normas específicas de contribución, tales como el uso de la vivienda familiar, las asignaciones en pago de deudas y la posible fijación de prestaciones en especie.

Entiendo que el aportante de la finca privativa, tendría derecho al reintegro en la liquidación de la

sociedad de gananciales, siempre y cuando el bien hubiese desaparecido por venta o transmisión de cualquier índole, con la particularidad de que estaba afecto a las cargas del matrimonio y por tanto, la cuantificación sería el valor del bien en el momento de la venta, actualizado.

No obstante, ya nos hemos pronunciado a favor de que la aportación fuera gratuita, pero en este caso concreto, si hubiese derecho de reintegro, nos encontraríamos con una aportación onerosa, y si nos encontrásemos con cargas familiares que tuviesen una clara fungibilidad, en principio, no cabría el derecho de reintegro porque serían de escasa cuantía.

Al encontrarnos con un bien inmueble de un cierto valor que ha sido aportado a la sociedad de gananciales como carga matrimonial, si al momento de la liquidación todavía existe el bien, entiendo que no cabría derecho a reintegro, pero si el bien hubiese desaparecido, sí debería configurarse como derecho de reintegro al aportante en el pasivo de la sociedad de gananciales.



María Pérez Galván

Abogada - Sevilla

En la actualidad es admitida pacíficamente la posibilidad de que los cónyuges, de común acuerdo, desplacen patrimonialmente un bien, del patrimonio privativo de un cónyuge, a la masa común que integran los bienes gananciales, ya sea mediante negocios típicos como la compraventa o la donación, o mediante el negocio jurídico familiar de la aportación a la sociedad de gananciales.

Esta aportación constituye un negocio jurídico válido y lícito al amparo de la libertad de pactos y contratos que rige entre cónyuges, como reconoció la DGRN en Resolución de 21 de diciembre de 1998, y aunque los inmuebles tuviesen origen privativo, entendemos que la voluntad del cónyuge titular de aportarlos a la sociedad de gananciales tiene la consecuencia de que dicho bien se transforma en ganancial, y por tanto, en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales figurará en el activo de la sociedad.

En ello coincide la mayoría de la doctrina. Si bien las discrepancias surgen a la hora de determinar si existe derecho de reintegro a la hora de liquidar gananciales para el cónyuge que realiza la aportación, en lo que coinciden es en que hay que partir de la distin-

ción de si la aportación se ha realizado a título oneroso o gratuito.

Según la Consulta vinculante de 14 de febrero de 2013 de la Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, las aportaciones de bienes o derechos a la sociedad de gananciales pueden ser de dos clases: gratuitas, que son aquellas que no conllevan contraprestación alguna, y onerosas, que son las que dan lugar a cualquier tipo de contraprestación, tanto simultáneamente a la aportación, como mediante el nacimiento a favor del aportante de un derecho de crédito contra la sociedad de gananciales exigible en el momento de la disolución de dicha sociedad. También es posible que una aportación de bienes o derechos a la sociedad conyugal participe de ambas naturalezas, en cuyo caso se aplicará a cada una de ellas la fiscalidad que le corresponda.

Pero ¿en qué casos esa aportación se entiende que media contraprestación y en cuales no?. Se viene entendiendo que media contraprestación y, por tanto, son onerosas, cuando se trate, por ejemplo, de la aportación de un inmueble sobre el que existe carga hipotecaria, en el que el otro cónyuge se ve

obligado a asumir el 50% de la deuda.

Por el contrario, será gratuita por no mediar contraprestación, cuando no existe deuda hipotecaria o el importe de la misma sea inferior al del inmueble, por la parte que este exceda aquella.

Las consultas resueltas por la Dirección General de Tributos indican que las aportaciones deben tributar, según sean gratuitas u onerosas, por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones o por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, respectivamente. En todo caso aunque sigamos esta tesis, la base imponible sería la mitad del valor del bien, pues el cónyuge transmitente seguirá siendo dueño del valor de una mitad del mismo.

Hay que tener en cuenta que así como en el caso de transmisión gratuita la ley reguladora de dicho impuesto no contempla exención alguna, para la transmisión onerosa sí lo contempla el artículo 45.I B).3 del Texto refundido del ITPAJD.

Los Tribunales de Justicia, a falta de pronunciamiento del Tribunal Supremo, sigue la tesis de aplicar la exención legal.

Desde el Consejo General del Notariado defienden que las aportaciones a la sociedad conyugal son negocios traslativos dotados de sustantividad propia entre la compraventa y la donación, en consecuencia estamos ante un negocio familiar con presupuesto jurídico particular, con independencia de su causa onerosa o gratuita. Se entiende que al ser la sociedad de gananciales una comunidad germánica y no romana -en que no existen cuotas reales ni ejercicio individual de derechos dominicales-, al disolverse se producen auténticas adjudicaciones de bienes que inciden en el presupuesto de hecho del impuesto estando sujetas si bien exentas.

Sin embargo, en las aportaciones no estamos ante un supuesto de sujeción sino de transmisión exenta. Hay que tener en cuenta que, como la aportación de bienes a la sociedad de gananciales no constituye ni una compraventa ni una donación, sino un negocio jurídico familiar de comunicación dirigido, en la mayoría de las ocasiones, a la atención del sostenimiento de las cargas del matrimonio, dicho negocio no puede estar sujeto a ningún impuesto que grave la transmisión, sea onerosa o gratuita.

Al margen de la fiscalidad aplicable a estas aportaciones, la DGRN ha venido insistiendo en la necesidad de precisar si la causa de la misma es onerosa o gratuita, a efectos de la inscripción registral. Una posición de mayor flexibilidad sostuvo la Resolución DGRN de 22 de junio de 2006, que admitió que la causa de las aportaciones, aunque no conste explícitamente, es una causa específica, el sostenimiento de las cargas del matrimonio, de manera que el posible

reembolso resultante de la aportación no es tanto causa, sino consecuencia legal de la misma, ex artículo 1358 CC. Sin embargo, en las Resoluciones de 19 de octubre de 2010 y 26 de julio de 2011, se reitera la doctrina tradicional según la cual “en todo caso, han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios y el consorcial, y especialmente su causa, que no puede presumirse a efectos registrales”.

En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales no existe unanimidad sobre si dicha aportación otorga un derecho de crédito al aportante en el momento de la liquidación. En nuestra opinión y coincidiendo con el sector mayoritario de la doctrina, entendemos que si no se hace mención expresa sobre el derecho de reembolso, es un comportamiento que encamina a causar estado de beneficio y es evidente la voluntad del consorte de realizar a favor de la sociedad conyugal un desplazamiento patrimonial, de manera que no procede ningún derecho de reembolso, ni inclusión en el pasivo societario, por considerarse una liberalidad del consorte para la sociedad conyugal, aplicando la doctrina de los actos propios.

En consecuencia, en aquellos supuestos en los que cualquiera de las partes, mayor de edad y no declarada judicialmente incapaz, realiza una disposición de manera libre y voluntaria, sin la concurrencia de vicio alguno de consentimiento, y sin hacer en su momento reserva, ni declaración de privatividad, ni reseñar derecho de reembolso o imponer condición sobre el metálico invertido en lo aportado, es un comportamiento que se encamina a causar estado de beneficio, ya de la sociedad matrimonial, ya de la adversa, y bien puede considerarse por ello, una liberalidad del consorte para con la dicha sociedad conyugal que constituyó con la contraparte.

Reseñamos como curiosa y novedosa, la STS de 3 de diciembre de 2015, Ponente Sr. Salas Carceller que resuelve una demanda de juicio ordinario en petición de inexistencia o nulidad del negocio jurídico plasmado en la escritura por la que uno de los cónyuges aportaba a la sociedad de gananciales una finca, siendo desestimado en ambas instancias y señalando el Tribunal Supremo que existe causa verdadera y lícita cual es la causa matrimonial, que se traduce en la validez y eficacia, recordando que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y que su validez y cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de una de las partes; arts. 7-1, 1091 y 1256 del CC, existe una expresa determinación del bien aportado que pasa a tener la consideración de ganancial y ambos cónyuges asumen los derechos y obligaciones que derivan de dicha traslación patrimonial.



Antonio Javier Pérez Martín

Magistrado - Córdoba

Cuando los planes de convivencia perpetua se rompen y llega el divorcio, cada cónyuge intenta recuperar lo que entiende que es suyo. En este caso, el esposo aportó a la sociedad de gananciales un inmueble que tenía carácter privativo.

En función de lo que se hizo constar en la escritura pública de aportación como causa del negocio traslativo, en alguna ocasión hemos visto como se ha interpuesto una demanda declarativa pidiendo su nulidad por falta de causa. Con esta demanda lo que se pretende es recuperar el inmueble y que nuevamente aparezca el cónyuge como titular exclusivo en el Registro de la Propiedad. Este fue el caso analizado por la STS de 3 de diciembre de 2015. En la escritura se hizo constar que la aportación obedecía a *“una compensación por deudas contraídas por el mismo con la sociedad de gananciales”*. Como no podían acreditarse las deudas, el esposo entendía que no existía causa -ni onerosa ni gratuita- y por eso pedía la nulidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo razonó que este tipo de desplazamientos patrimoniales entre cónyuges tienen una identidad causal propia -causa matrimonial- que permite diferenciarlos de otros negocios traslativos de dominio como la compraventa, la permuta o la donación. Aunque en este supuesto la aportación se considera un acto de liberalidad precisa el Tribunal Supremo que no se trata de una donación, sino de un negocio distinto al que no le es aplicable la jurisprudencia sobre la donación.

En el caso que nos ocupa, la causa del negocio jurídico de la aportación que figura en la escritura pública fue para *“contribuir a las cargas del matrimonio”*. La expresión admite tanto la contribución a las cargas anteriores a la fecha en que se hace la aportación o a las posteriores, lo cual en este momento y hasta cierto punto nos resulta intrascendente ya que no se está pidiendo la nulidad del negocio jurídico sino si, con ocasión de la liquidación de la sociedad de gananciales, el esposo puede reclamar o no un derecho de reembolso.

Para el caso de que se adquieran bienes constantemente la sociedad de gananciales señala el art. 1358 del CC que *“Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado*

al tiempo de la liquidación”. Ahora bien, el supuesto tipo que contempla este precepto es el de la adquisición de un bien durante el matrimonio con la totalidad o parte de dinero privativo, al que en la escritura de compra se le da carácter ganancial. Pero, ¿es de aplicación este precepto al supuesto de aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales? Consideramos que estamos ante un supuesto distinto pues la sociedad de gananciales no se está adquiriendo un bien de un tercero ni se ha satisfecho nada (ni privativo ni ganancial) por la adquisición. De todas formas, si se entendiera que es de aplicación el citado art. 1358 del CC, debe resolverse si existe o no derecho de reembolso, dado que actualmente nuestras Audiencias Provinciales están divididas, sosteniendo un sector cada día más seguido por los juzgados y resto de Audiencias que si en el momento de la adquisición no se hizo constar reserva alguna de reembolso, ninguna partida podrá incluirse en el pasivo en favor del cónyuge que aportó el bien privativo.

Otra línea jurídica para resolver la cuestión que se plantea es la prevista en el art. 1364 del Código Civil (*“El cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común”*). Si el inmueble objeto de aportación constituyó el domicilio familiar, parece evidente que se cumplió la finalidad establecida en la escritura de aportación, pues la sociedad de gananciales solucionó el problema de alojamiento de la familia, es decir, una carga de las previstas en el art. 1362 del CC, y el esposo tendrá derecho a solicitar su reintegro en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, salvo que apliquemos el criterio de la falta de reserva. En cambio, si el inmueble no sirvió para atender las cargas de la sociedad de gananciales, resulta ciertamente dudoso el derecho de reintegro.

Como la causa de la aportación debe considerarse onerosa (*“contribuir a las cargas del matrimonio”*) descartamos que sea aplicable toda la jurisprudencia que admite la validez de los negocios jurídicos gratuitos y exige que concurra alguna causa de revocación para que el aportante pueda recuperar el bien que salió por un acto de liberalidad de su patrimonio para formar parte del patrimonio ganancial.

Filiación

¿Se podrían reclamar los gastos de crianza y educación del hijo anteriores a la declaración de filiación paterna?

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de junio de 2015

Declarada la filiación paterna, la madre interpone un procedimiento reclamando el reembolso del 50% de las cantidades que invirtió en la atención y educación del hijo, desestimándose la demanda y resaltando la mala fe de la madre que dejó transcurrir toda la minoría de edad sin comunicar al padre la existencia del hijo.

La Sentencia dictada en la anterior instancia de fecha cuatro de junio del 2012, estima en parte la demanda promovida por Doña Rosario frente a Don Iñigo en ejercicio de acción de reembolso del artículo 1158 CC, declarando el derecho de la parte actora al reintegro por parte del demandado de la cantidad de 45.000,00 euros en virtud de dicha acción y de acuerdo con los fundamentos jurídicos que se contienen en la citada resolución y en consecuencia se condena al demandado a que abone a la actora la referida cantidad devengando esta intereses desde la fecha de la resolución dictada, y todo ello sin expresa condena en costas a ninguna de las partes.

...Expuesta esta consideración previa y entrando ya a resolver los motivos de los recursos de apelación deducidos frente a la sentencia de Instancia, todos los cuales pueden analizarse conjuntamente dada su interrelación, esta Sala ha de partir de determinados extremos que han quedado acreditados del conjunto de pruebas practicadas, y que resultan de especial relevancia y trascendencia para el examen de las cuestiones controvertidas. Consta en autos que fruto de las relaciones extramatrimoniales sin convivencia que mantenían la actora Doña Rosario y demandado Don Iñigo nació Valeriano el día NUM000 de mil novecientos ochenta y tres. Que con 17 de enero del 2002, se interpuso por este, cuando ya contaba 21 años y su madre Doña Rosario, si bien esta desistió posteriormente, demanda de filiación, solicitando se dictara sentencia declarando la paternidad del Sr. Iñigo respecto del anteriormente citado Valeriano, ordenándose la inscripción en el Registro Civil de tal declaración; demanda que dio lugar al procedimiento seguido en el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Torremolinos

con el n.º 235 /02, y en cual tras la tramitación legal oportuna, se dictó sentencia con fecha cuatro de mayo del 2004 estimando la demanda y declarando la filiación del mencionado Valeriano respecto del demandado Don Iñigo, fruto de las relaciones de este con la actora y condenando al citado a estar y pasar por dicha declaración y al pago de las costas procesales, sentencia esta que fue recurrida en Apelación y confirmada por resolución dictada en la Audiencia Provincial de Málaga Sección Cuarta en el Rollo de Apelación n.º 748 / 2004 sentencia de fecha dieciséis de febrero del 2005, y en casación dictando la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el recurso 1083 /05 sentencia con fecha 18 de septiembre del 2007 no admitiendo los recursos deducidos de casación y por infracción procesal y declarando firme la sentencia dictada. Consta que desde el nacimiento del hijo común, quien ha estado residiendo desde siempre con su madre en Alemania, ha sido la madre quien asumió en exclusiva todos los gastos que comportaba el mantenimiento y atención del menor (vivienda, alimentos, vestido, educación asistencia sanitaria....etc). La hoy actora hasta la interposición de la presente demanda, no ha ejercitado acción tendente al establecimiento de una pensión alimenticia a favor del menor ni a la determinación de la paternidad, mediante el procedimiento establecido, con la excepción antes referida. En el procedimiento de filiación antes referido no se solicitó cantidad alguna por alimentos, siendo posteriormente cuando Don Valeriano interpone demanda de alimentos contra el demandado que se tramita en el Juzgado de instancia nº 3 de esta Ciudad con el nº de autos 312 /10 -No consta acreditado, y ninguna prueba se ha probado sobre el particular, que el hoy demandado Don Iñigo, tuviera conocimiento de su condición de padre y de la

existencia de su hijo, ninguna comunicación ni reclamación consta al respecto que permita constatar que Don Iñigo tuviera conocimiento de su condición de padre con anterioridad a la interposición de la demanda de filiación en la que es cierto ha mostrado su oposición en todo momento a la determinación instada, negándose a efectuar las pruebas biológicas pertinentes, y formulando los recursos establecidos frente a las decisiones judiciales, no habiendo mantenido ninguna relación durante todos estos años con su hijo.

La actora, partiendo del reconocimiento en cuanto al plazo de prescripción establecido para el ejercicio de la acción de reembolso de quince años previsto en el artículo 1964 del Código Civil, determina el periodo al que se contrae su reclamación a los desembolsos efectuados desde el 25 /02 / 1986 hasta el 25 /02 / 2011, fecha de interposición de la demanda y no desde el nacimiento del menor, reclamando el 50 % de todos los costes que le han supuesto la exclusiva llevanza del mantenimiento y atención de su hijo así como una serie de gastos e inversiones efectuadas en la educación y formación del citado y que importan la suma total de ciento cuarenta y ocho mil doscientos cincuenta euros con cincuenta y cuatro céntimos (148.259,54 euros) y que se desglosan en las siguientes partidas:-Valoración de los gastos medios en los que incurre una persona en la manutención de un hijo durante los quince años, según informe pericial de valoración aportado con la demanda: 139.148,10 euros; Gastos del Colegio Privado por importe de 6. 789,71 euros, y gastos de Universidad: 2.312,73 euros.

Alegan las recurrentes la infracción en su interpretación y aplicación del artículo 1158 del CC en relación con los artículos 154 y 112 ambos del Código Civil. Resulta evidente y no es extremo controvertido que la actora en su demanda ha ejercitado una acción de reembolso (esto es, la que autoriza al recobro del pago efectuado por un tercero - artículo 1.158 del Código Civil) como consecuencia de los alimentos (en sentido jurídico) abonados por la madre, hoy demandante a su hijo en virtud de las obligaciones que impone el ejercicio de la patria potestad artículo 154 del Código Civil. Esta pretensión entiende esta Sala en la forma que ha sido planteada y teniendo en cuenta las pruebas practicada resulta inadmisibles, no pudiéndose aceptar las consideraciones jurídicas que el Juzgado de Instancia expuso en la sentencia recurrida y ello por las razones que se detallan a continuación. El Tribunal Supremo Sala 1ª en Sentencia de fecha 20 de Diciembre de 1993, ha declarado que “ verdaderamente tal y como se razona en el motivo objeto de estudio, el artículo 1.158 del Código Civil confiere al que paga por otro, el derecho a resarcirse o repetir contra el deudor, y en este sentido ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Sala, pero no es menos cierto que la aplicación del precepto en cuestión requiere, como presupuesto fáctico indispensable, la prueba del pago verificado por otro y la cuantía del mismo “Por tanto para que resulte viable la acción que ha sido ejercitada en la demanda han de concurrir los requisitos que la definen conforme a la Doctrina Jurisprudencial establecida en la interpretación del artículo 1.158 del código Civil; y así, la acción ha de ser ejercitada por quien afirma haber hecho el pago, (hecho no controvertido) de la que cual dimana la legitimación activa de la actora para su ejercicio que ha sido

cuestiona de contrario y rechazada acertadamente por la juez a quo, y ha de acreditarse el pago efectuado y finalmente que estos pagos, que hubieran podido corresponder su abono al hoy demandado. le son exigibles y asciende a los importes objeto de reclamación, requiriendo la acción prevista en el artículo 1158 del CC que quien reclama haya pagado voluntariamente una deuda ajena, y que se cuantifique y justifique el importe satisfecho cuyo reintegro reclama. Por tanto, en el caso que nos ocupa, basta examinar todo lo actuado para constatar que la acción de reembolso ejercitada en reclamación de cantidades, no puede prosperar tal y como preceptúa el referido artículo, por cuanto requiere de un lado un deudor, esto es una obligación de abonar unas cantidades; unas obligaciones concretas que cumplir que en el caso enjuiciado nacen del artículo 148 de C Civil y no del art 112 del mismo texto legal, y que una persona pague una deuda determinada que corresponde a otro, exigiéndose por la propia naturaleza de la acción ejercitada que la deuda sea líquida, esto es representada por una cantidad determinada y concreta, no susceptible de valoración o estimación, requisitos que no concurren en el caso que nos ocupa. No podemos olvidar que mediante este tipo de acción solo se puede reclamar la actora lo que realmente se hubiese pagado, el quantum de la indemnización, ha de coincidir con importe satisfecho, y acreditarlo de forma suficiente por la parte reclamante a tenor de las reglas de la carga de la prueba, sin que por la actora se haya probado ni documentalmente ni a través de los demás medios procedentes en derecho, la cantidades realmente abonadas que ahora se reclaman. La acción ejercitada es de desembolso y por tanto requiere ineludiblemente probar lo gastado y que le pago corresponde al hoy demandado, estando además obligado a ello. En autos consta que cuando se produjeron los gastos que ahora se reclaman el hoy demandado no tenía obligación declarada alguna frente al acreedor, puesto que la filiación no estaba determinada, y no estaba determinada por negligencia o pasividad de la propia actora que pudiendo entablar la acción de reconocimiento de la paternidad desde el mismo nacimiento del menor no lo hizo dejando que el hijo alcanzara la mayoría de edad; por tanto, podía haber reclamado la filiación y con ello unos alimentos, optando por no hacerlo y pagando por ella misma, y no a cuenta de hoy demandado como se expone, toda una serie de gastos durante mas de veinte años, gastos que reiteramos asumió en exclusividad sin reclamación de ningún tiempo a lo largo de todo ese tiempo.

... Partiendo de lo expuesto, y sea cual fuere el fundamento de la pretensión, resulta absolutamente inadmisibles la pretensión de resarcimiento aún considerándola como compensación o reintegro o desde el punto de vista del enriquecimiento injusto. La cuestión nuclear es la relativa a si, determinada la filiación de una persona, puede reclamarse pensión de alimentos con efectos retroactivos, es decir desde la fecha de nacimiento hasta la fecha en la que se determina la filiación; la respuesta es incuestionablemente negativa, tal y como ha tenido la oportunidad de declarar el Tribunal supremo: “El Alto Tribunal, Sala 1ª, en Sentencia de fecha 8 de Abril de 1.995, ha establecido que: “Así, es de tener en cuenta: a) Que si bien existe una sentencia firme

en que se reconoce la paternidad del demandado D. (...) a favor del recurrente, en esa sentencia se reconoce únicamente la paternidad, que lógica y legalmente lleva consigo la obligación de prestar alimentos al hijo reconocido; los que, de no ser satisfechos voluntariamente, exigen para su prestación el ejercicio de una acción judicial reclamándolos, cuyo derecho a alimentos el actual recurrente no ha ejercitado hasta la demanda que presentó con fecha 10 de Marzo de 1.989, es decir cuando el hijo alimentista había cumplido ya la mayoría de edad, fecha en que conforme al artículo 169-2º, en relación con el 154, núm. 1º, ambos del Código Civil cesa la obligación de los padres de alimentar a sus hijos, como derivada de la patria potestad, salvo situaciones excepcionales que en el caso discutido no se han acreditado. b) Es de tener en cuenta que durante el tiempo en que tuvo la patria potestad el padre sobre el recurrente, cuando era menor de edad, no se formuló reclamación alguna de alimentos, y que no obstante tener derecho a ellos en aquel lapso de tiempo, es diferente el derecho de alimentos derivado de la patria potestad y la fijación de su cuantía en pensiones periódicas o no, lo que no consta se haya verificado. Por lo tanto, no puede hablarse en el supuesto litigioso de pensiones atrasadas que hubiere que reconocer ahora, o que no hubieran prescrito conforme al artículo 1.966, 1ª, del Código Civil. c) La reclamación judicial es la que concreta la prestación (cuantía o modo de pago), aunque exista con anterioridad el derecho a los alimentos y fuera exigible hasta llegar el recurrente a la mayoría de edad, efectivamente pero no los exigió. d) Precisamente para ese supuesto el artículo 148, párrafo 1, del Código Civil establece que “no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda”, la que se concreta a los alimentos que sean solicitados, como es el caso ahora “sub iudice”, aunque ya con anterioridad derivarán de una relación de patria potestad reconocida en sentencia firme, puesto que una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de que derivan los alimentos y otra que éstos se soliciten en tiempo y forma con fijación de la pensión, los plazos de abono de los mismos y la forma de hacerlos efectivos. e) Por tanto, no debe confundirse tiempo del nacimiento y tiempo de la exigibilidad de los alimentos, los cuales no coinciden en el supuesto contemplado. Y planteada la exigencia de los alimentos ante los Tribunales, éstos por carecer aquéllos de efecto retroactivo no puede condenar a pagarlos sino desde la fecha que se interpuso la demanda; consecuencia todo ello de la regla clásica “in praeteritum non vivitur” y de estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista y no para las de épocas ya pasadas en que el alimentista ha vivido sin los alimentos que ahora pide; prescindiendo de la circunstancias que le rodearon en ese tiempo pretérito, y sin perjuicio de sus derechos hereditarios frente al padre reconocido, para en su momento, e incluso de otras acciones que pueda tener o considere tener contra el mismo acciones recíprocas entre padres e hijos que se derivan de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, una vez concluida la patria potestad. f) A la misma conclusión puede llegarse a través de la doctrina jurisprudencial en que se basan las sentencias de instancia, principalmente las de 21

de Junio de 1.935, 21 de Diciembre de 1.951, 14 de Mayo de 1.971 y 24 de Febrero de 1.989; si bien debe tenerse en cuenta que los supuestos contemplados en las mismas, aunque versantes sobre el derecho a alimentos, no coinciden en sus detalles de hecho con el ahora debatido. Por todo lo expuesto procede rechazar el motivo examinado y con él declarar la desestimación del recurso”.

Este mismo criterio se ha visto avalado y ratificado en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 27 de Noviembre de 2.013, cuando se indica que: “En la valoración del presente caso se debe partir de la diferente naturaleza existente entre la obligación de alimentos entre parientes y la obligación de alimentos a los hijos manifestada claramente, entre otros extremos, en el distinto fundamento que las informa, el valor referencial del principio de solidaridad familiar, por una parte, frente a un contenido básico derivado directamente de la relación de filiación (artículo 39.3 de la Constitución Española y 110 y 111 del Código Civil), la diferente finalidad y contenido de las mismas, el sustento básico en orden a salvaguardar la vida del alimentista, por una parte, frente a una asistencia mucho mas amplia que se extiende, estén o no en situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (artículo 10 de la Constitución Española y 154.2 del Código Civil) y, en suma, la distinta determinación y extinción según sea la naturaleza de la obligación de alimentos. (...) Conforme a lo anteriormente señalado se llega a la conclusión que, dada la diversidad de su naturaleza jurídica, se trata de situaciones no homogéneas que en técnica constitucional impide alegar el elemento de comparación entre ambas obligaciones a los efectos de poder apreciar una posible vulneración del principio de igualdad (artículo 14 en relación con el 31.1 de la Constitución Española, tal y como ilustra la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2.005, de 14 de Marzo). Del mismo modo que, en parecidos términos, cabe afirmar que a la obligación de alimentos respecto de los hijos, como derivación de la patria potestad, tampoco le son aplicables las limitaciones que se observan en el régimen legal de la obligación de alimentos entre parientes. Sin embargo, desde la señalada naturaleza propia y diferenciada, tampoco se puede inferir un argumento totalmente excluyente que rechace una lógica razón de especialidad entre ambas figuras en la medida en que la obligación de alimentos a los hijos participa, conceptualmente, de la caracterización general de la acción implícita en el régimen de la obligación de alimentos entre parientes. Máxime, teniendo en cuenta que nuestro Código, a diferencia de otros de la época, regula la obligación de alimentos entre parientes en sede propia, fuera de la disciplina de las obligaciones nacidas del matrimonio, y con una proyección, pese a su dificultad de aplicación práctica, claramente generalizadora en el tenor del artículo 153 del Código Civil y en aplicaciones prácticas como la del párrafo último del artículo 145 de dicho Cuerpo legal, caso de pluralidad de alimentistas que reclamen a la vez su derecho respecto de una misma persona obligada legalmente a prestarlo. Esta razón de especialidad, si que quiere de cierta compatibilidad de las figuras, en el sentido de que no es sostenible la absoluta incompatibilidad de la totalidad de lo dispuesto en el Título

VI, del Libro I del Código Civil, relativo a los alimentos entre parientes, respecto de los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en el contenido de la patria potestad, ya fue apreciada por esa Sala en la Sentencia de 5 de Octubre de 1.993 (...), siguiéndose idéntico criterio en la Sentencia de 3 de Octubre de 2.008 (...). (...) Sobre la base de esta razón de compatibilidad cabe plantearse si lo dispuesto para la obligación de alimentos entre parientes respecto del momento para el abono de dicha pensión, esto es, desde la fecha en que se interponga la demanda, artículo 148, párrafo primero, del Código Civil, como norma general, resulta aplicable a los supuestos de obligación de alimentos a los hijos. De lo anteriormente expuesto se comprende que el fundamento de la posible respuesta descansa en valorar si la efectividad del derecho a la pensión reclamada judicialmente se integra ya en el núcleo conceptual de la naturaleza propia y diferenciada de la obligación de alimentos de los hijos, o en la esfera de su diferenciación básica, o por el contrario, participa de la caracterización general de la acción de prestar alimentos. La opción por esta última consideración, conforme al elemento condicional que subyace en este tipo de obligaciones, a la exigencia de intimación al deudor, o a razones prácticas de respuesta a las necesidades presentes y futuras del alimentista, también ha sido resaltada por esa Sala en Sentencias de 8 de Abril de 1.995, 5 de Octubre de 1.995, 3 de Octubre de 2.008, 14 de Junio de 2.011 y 26 de Octubre de 2.011, destacándose que para la efectividad de este tipo de obligaciones legales conviene diferenciar entre el tiempo o momento de nacimiento de la obligación, propiamente dicho, y el tiempo o momento de la exigibilidad de dicha obligación, siendo la reclamación judicial el cauce por el que se concreta la prestación debida (cuantía y modo de pago) y su exigibilidad desde la fecha en que se interpuso la demanda. (...) En el marco de este desarrollo doctrinal esta Sala, Sentencia de 14 de Junio de 2.011 dictada para la unificación de la doctrina, ya apreció esta razón de compatibilidad derivada de la caracterización de estas acciones en orden a la aplicación del artículo 148, párrafo primero, a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada. Doctrina que, por lo anteriormente señalado, también debe aplicarse como fundamento determinante en la reclamación de alimentos por hijos menores cuya filiación no matrimonial ha resultado declarada”.

Es cierto como indica el Juez a quo que la filiación no adoptiva es un hecho biológico, cuya transcendencia jurídica inmediata acoge el artículo 108 del Código civil, y según establece el art. 112 de dicho texto legal, la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar, de modo que se establece el principio de que la filiación, como hecho biológico que es, produce efectos independientes del hecho jurídico. En consecuencia, el citado art 112 del Código civil establece como norma general los efectos retroactivos de la determinación legal de la filiación; como no podía ser de otro modo al constituir una obligación natural que surge desde el momento mismo del nacimiento y al margen de la existencia o inexistencia de un formal reconocimiento inicial del hijo. Ahora bien, aun cuando la obligación alimenticia nazca ope legis por el hecho del vínculo del parentesco, en caso

de no ser prestados de forma voluntaria, no puede operar o tener efectividad sino desde la interposición de la demanda, siendo esta necesaria para que la obligación surja legalmente y con ello un concreto deber, pues, tal y como indica la representación del demandado una cosa es el momento de nacimiento de la obligación y con ello la posibilidad de ejercitarlos (artículo 112 CC) y por tanto cuando la actora pudo ejercer el derecho a reclamarlos, esto es desde el momento del nacimiento del hijo y junto a una acción de determinación de la paternidad nunca interpuesta (acción que no se interpone haciéndolo solo el hijo cuando ya contaba 21 años sin reclamación conjunta de alimentos quedando al margen la madre de esta reclamación) y otra distinta es que se puedan reclamar conceptos de manutención de un hijo, devengados antes de haberlos solicitado judicialmente, cuando tan solo existía, una obligación inconcreta, pues en modo alguno puede servir de base a una acción de reembolso, que tal y como ha quedado expuesta, acción que insistimos requiere una deuda exigible y líquida, centrándose la reclamación en gastos por alimentos devengados cuando el hoy demandado no tenía obligación legal aun de asumirlos pues la filiación aun no estaba determinada ni se tenía conocimiento tan siquiera de la existencia del hijo; máxime cuando además las reclamaciones de alimentos atrasadas reconocidas están sujetas a prescripción de cinco años, no teniendo lógica que utilizando la acción de reintegro si pudiera reclamar el importe del coste abonado durante quince años anteriores, lo cual daría lugar además a situaciones injustas, contrarias a la equidad.

Además la reclamación de cantidades abonadas en concepto de alimentos con carácter retroactivo, iría además en confrontación con el citado art. 148 del CCivil. No es aplicable la retroactividad para pedir lo pagado por el concepto de alimentos y ello por cuanto entiende esta Sala que lo prohíbe el artículo 112 CC en relación con el artículo 118 del mismo texto pues el artículo 112 CC establece “ su determinación legal “ (la de la filiación) tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no dispusiera lo contrario “ y la ley dispone lo contrario en el caso de alimentos por cuanto el artículo 148 CC aplicable a todos los supuestos de alimentos por mandato del 153 CC establecen que aunque los alimentos serán exigibles desde que los necesitasen, no se abonaran sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

Se basa la sentencia de instancia en su resolución y es traída a colación y citada en reiteradas ocasiones con transcripción de determinados párrafos por la jueza a quo en la sentencia dictada por la AP de Baleares de 8 de enero del 2008, por cuando se alega es un supuesto similar, si bien esta Sala ha examinado la referida sentencia, y hemos de disentir en cuanto a la similitud, desde el momento que en la sentencia de referencia, y así consta expresamente, el demandado conoció su condición de padre desde el nacimiento manteniendo con la niña una relación personal propia de tal condición hasta que cesó por parte del padre de forma unilateral, siendo esta la razón por la que la madre interpusiera la demanda, existiendo por tanto una relación consentida del padre con la hija desde su nacimiento; además en la

sentencia citada se establecieron alimentos para la menor.

Por todas las razones expuestas no se puede por tanto pretender reclamar lo que no percibió con anterioridad la actora por su propia negligencia o por su pasividad. Tal y como se ha indicado no consta prueba alguna de que el demandado tuviera conocimiento de que Valeriano era hijo biológico antes de la demanda de filiación, mas exactamente desde dos meses antes de su interposición al reconocer el hoy demandado en el interrogatorio practicado que recibió una visita en el departamento, donde se le informó por la actora de la acción que se iba a ejercitar; se ignora asimismo cuando le comunicó la madre a su hijo este extremo o si estuvo al tanto siempre de la existencia de su padre y su identidad, sea como fuere, la actora se encontraba en plena disposición para haberlo demostrado simplemente con algún tipo de comunicación mediante la cual lo hubiese participado al padre (hoy demandado) la existencia del hijo y compelido al propio tiempo a subvenir económicamente las necesidades de este, no pudiendo el padre biológico en ningún momento ejercer la patria potestad, por cuanto cuando conoció la filiación, ya era mayor de edad, y sin que acredite hasta la fecha establecimiento de pensión alguna pese a la mayoría de edad de Don Valeriano, tan solo la existencia de una demanda instada por este en el año 2010, que correspondió al Juzgado de Instancia n.º 3 y a la que antes hemos hecho referencia. Por tanto la madre decidió desde el nacimiento del menor asumir todos los gastos, optando por llegar a cabo toda la crianza de su hijo en exclusividad dejando transcurrir toda la minoría de edad del menor, sin formular ningún tipo de reclamación ni instando, pese a poderlo hacer el cumplimiento de la obligación de alimentos mediante el ejercicio de la oportuna acción y la de determinación de la paternidad. Resulta evidente que de esta actuación le hubieran correspondido al sr Iñigo una serie de derechos que ya son de imposible cumplimiento, como lo son el ejercicio de la patria potestad y el derecho de visitas, comunicación y estancias con su hijo y hubieran permitido la fijación de resultar estas procedentes de unos cantidades periódicas para atender al mantenimiento y sostenimiento de su hijo conforme a las variantes establecidas en el C Civil para su establecimiento y la doctrina Jurisprudencial que la desarrolla a través de los procedimientos establecidos legalmente. Por todo ello resulta improcedente la acción de reembolso ejercitada, contraria a la buena fe y extemporánea su reclamación en estos momentos, conforme a los criterios que establece, de una llamada inversión económica que de forma voluntaria y exclusiva ha venido efectuando durante la niñez, adolescencia y juventud de su hijo, exigiendo ahora un montante importante económico, sin que la hoy actora haya explicado las razones de su reclamación en estos momentos, ni que concurriera en ella causas que justificasen o le imposibilitaren su ejercicio anterior.

Tal y como se recoge por la A. Provincial de Barcelona Sección 16ª en sentencia de 2 de abril " Siendo así que los alimentos a favor de un hijo menor de edad corren a cargo de ambos progenitores en cantidad proporcional a su caudal respectivo (el artículo 145 1 CC sanciona una obligación mancomunada divisible no solidaria, y es evidente que Sabina pudo y debió reclamar a partir de junio de 1981 cuantos

alimentos creyera debían ser satisfechos por Don Carlos Ramón en favor de su hija Lidia. Si no lo hizo, pudiendo haberlo hecho, solo a ella es imputable dicho descuido."

... A mayor abundamiento y en cuanto al requisito de la liquidez, esencial en la acción ejercitada, no consta en las actuaciones las cantidades exactas abonadas por la actora, sin que este presupuesto necesario para la estimación de la acción y cuya prueba le corresponde, pueda subsanarse por la propia naturaleza de la acción ejercitada en base a las valoraciones y cálculos que la parte efectúa para determinar o mejor dicho la cantidad satisfecha en todos estos años. La actora con tal finalidad utiliza para su cuantificación un informe pericial emitido por la entidad Taxo que se apoya en las fuentes del Instituto Nacional de Estadística y del Statiches Bundesamt alemán sobre los gastos ordinarios de una familia manutención de un hijo en España, introduciendo los niveles del IPC de Alemania para obtener los gastos en que incurre una familia en la manutención de un hijo en Alemania contrastando los resultados obtenidos con las tablas de manutención en función de las rentas publicadas por el Colegio de Abogados de Málaga y comparando los resultados obtenidos con la media de los salarios obtenidos por un médico en Andalucía, criterio de cuantificación que además resulta totalmente improcedente y ello no solo por las razones que esgrime el propio juez a quo en la sentencia dictada, " y que en modo alguno puede ahora en este procedimiento, fijar la cantidad que debió abonar el padre a tenor del caudal y medios del que los da y las necesidades de quien los recibe y ello durante los largos años a los que se refieren periodos objeto de reclamación " en base a las cuales rechaza el criterio utilizado para cuantificar la indemnización aplicable a la acción de reembolso, sino por que resulta a todas luces inadecuado, partiendo de premisas equivocadas para su fijación o no acreditadas como lo son el ser médico ejerciente y por resultar evidente la falta de rigor que se detecta tanto de la lectura del mismo como de las respuestas dadas por el perito que lo emite a las aclaraciones que le fueron formuladas en el acto de la vista al ser sometido a contradicción, poco razonadas, ni convincentes. Asimismo resulta igualmente improcedente los criterios que se adoptan por la Juez para la cuantificación de la supuesta deuda, en un intento loable de compensar una situación que esta considera injusta, por el hecho de haber asumido la actora de forma exclusiva todos los gastos de manutención de su hijo, por cuanto dejando a un lado todo lo expuesto en cuanto a la actitud pasiva de la actora y su inactividad, asume como hecho notorio y no necesitado de prueba tal y como prevé el artículo 281. 4 de que " un hijo cuesta dinero sacarlo adelante ", lo que en modo alguno podemos concluir que sea un hecho notorio por carecer de los requisitos de ser absoluto y general es que " la cifra media que se pudo invertir en el menor durante el tiempo que debe ser considerado a efectos de indemnización.. hubo de rondar los 500,00 euros mensuales ". Esta estimación o valoración aproximada en modo alguno puede ser base, como anteriormente se razonó de la acción de reembolso ejercitada " ...,según doctrina Jurisprudencial del TS nunca puede exceder de lo que efectivamente satisfizo ", debiendo por tanto ser cantidad cierta y concreta y su abono acreditado.

En cuanto a los llamados gastos extraordinarios, y la desestimación que se efectúa por la Juez a quo, procede por parte de esta Sala su confirmación por cuanto la reclamación resulta a todas luces improcedente, ya no solo por la inoperancia del artículo 1158 del C. Civil por todas las razones expuestas, sino además, por cuanto los conceptos que se pretenden son totalmente injustificados. Tal y como razona la juez a quo los gastos que en esta partida se reclaman (gastos de Colegio Privado y gastos por Universidad) no gozan de las características de excepcionalidad ni imprevisibilidad, y fueron asumido por voluntad propia por lo que no pueden ser reclamados por la vía del artículo 1, 158 del CC, no podemos olvidar que los gastos extraordinarios no establecido en resolución judicial, se reclaman o determinan a través del art. 776, 4 de la Ley Procesal y por tanto no mediante el ejercicio de una acción de reembolso tras su pago

... Por todo lo anteriormente expuesto esta Sala no puede más que, con estimación del recurso deducido por el demandado, revocar la sentencia dictada, desestimando la pretensión de la actora, quien ha ejercitado la demandada con una evidente mala fe, por cuanto ha dejado transcurrir toda la minoría de edad del hijo, sin comunicar a su padre la existencia de un hijo. lo que impidió que el padre pudiera ejercer sus obligaciones y ejercitar sus derechos como tal (patria potestad, visitas), y lo que resulta de especial gravedad, que el hijo creciera sin la figura patera, privado del afecto, la presencia y las relaciones paterno-filiares. De todo lo actuado consta como la madre optó y prefirió educar sola

a su hijo, sin la presencia e injerencia del padre, llamando la atención que cuando el hijo cuenta con veinte ocho años de edad, intereses la devolución del importe que se dice haber satisfecho en la crianza del hijo, cuando ninguna acción podía ejercitar derivada de la filiación. Siendo igualmente de aplicación al supuesto que nos ocupa la doctrina del retraso desleal en el ejercicio del derecho pues debe tenerse en cuenta que los derechos han de ser ejercitados conforme a la exigencias de la buena fe (art. 7 CC). Tal y como reiteradamente se ha expuesto, no consta reclamación de ningún tipo por parte de la actora durante todos estos años solicitando el cumplimiento de las obligaciones alimenticias, y es ahora, cuando el hijo tiene 29 años cuando se ejercita la acción de reembolso, interesando el pago de todas las cantidades pagadas en el sustento del hijo común a lo largo de los quince años anteriores a la fecha de interposición de la demanda, por cuanto las anteriores devengadas desde el nacimiento se encuentran ya prescrita, de donde se colige que estamos ante un retraso desleal en el ejercicio del derecho. La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre del 2010 recoge la doctrina sobre el retraso desleal en el ejercicio de los derechos (art. 7 CC). considerando que son características de esta situación de retraso desleal. a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) La omisión del ejercicio; c) Creación de una confianza legítima en la otra parte que no se ejercitara. En el caso que nos ocupa, esta falta de actuación anterior, esta la tardanza en el ejercicio de la acción tantas veces puesta de manifiesto, se convierte en aquiescencia.

Guarda y custodia

Fundamento de la custodia compartida

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 28 de julio de 2015

Ejercer una custodia compartida no equivale a repartirse por igual el tiempo de estancia del hijo con uno u otro progenitor. Compartir no es igual que repartir. Esa vinculación afectiva, que va a permitir un mejor desarrollo emocional de los hijos se construye por la calidad de la relación y no por la cantidad de tiempo de presencia. El cambio de la custodia materna por la compartida por semanas supone un cambio radical de espacios vitales que implica una alteración del medio que les dota de estabilidad en sus actividades y en su cotidianidad.

Ejercer una custodia compartida no equivale a repartirse por igual el tiempo de estancia del hijo con uno u otro progenitor. Compartir no es igual que repartir. La ruptura de la pareja, determina que quienes cesan de convivir y se separan son los padres, pero no debería comportar una separación de facto de los hijos, sino que por el contrario debe procurarse en la medida de lo posible que la convivencia de éstos se mantenga de forma igualitaria con uno y otro progenitor como forma de desarrollar una vinculación afectiva, que tenga en consideración al referente paterno y al referente materno y que, en definitiva, resulte efectiva para el más

completo desarrollo emocional de los menores, no porque sea un derecho de los padres, sino porque es un derecho de los propios hijos (sentencia del TS de 22.7.2011) que se debe favorecer.

Pero conviene ya señalar que esa vinculación afectiva, que va a permitir un mejor desarrollo emocional de los hijos se construye por la calidad de la relación y no por la cantidad de tiempo de presencia.

Lo importante es valorar las necesidades evolutivas, formativas, relacionales de los hijos según su edad, teniendo

en cuenta que los cambios de escenarios vitales son de difícil asunción por los menores si ambos progenitores no los viven y transmiten como beneficiosos para ellos. La adaptación de los hijos a nuevas situaciones sólo resulta beneficiosa si el padre y la madre saben respetarse, positivizar el uno la figura del otro, aceptar los principios y valores de cada uno y flexibilizar la necesaria relación que han de mantener mientras los hijos son pequeños. De otra forma no cabe hablar de custodia compartida sino de tenencia repartida que, en ocasiones, se ejerce, por los progenitores que no han superado las emociones negativas que la ruptura de pareja y sus consecuencias supuso, como si de una custodia exclusiva por tiempo limitado se tratara y eso es tanto como olvidarse del superior interés de los hijos. De ahí que el legislador haya puesto en valor como criterio, a falta del acuerdo de ambos progenitores, para que los Jueces determinen el sistema de guarda que se tome en consideración "La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores." (art. 233-11 CCCat)

En definitiva, un cambio en el sistema inicialmente instaurado de guarda única a favor de un progenitor y régimen de estancias de los hijos con el otro, por tiempo determinado, debe producirse porque hayan variado sustancialmente las circunstancias fácticas, no las leyes, y porque para los hijos se advierta que el nuevo sistema mejorará su desarrollo, les aportará mayor estabilidad, fortalecerá los vínculos

parentales, pero no en abstracto, sino en concreto. La custodia compartida es la mejor opción, sin duda, pero precisa de la actitud cooperadora de ambos progenitores.

En el presente caso, la Juez valoró correctamente el deseo de las tres hijas, Estela, Irene y Marisa, de 13, 12 y 9 años de edad actualmente, de estar más tiempo con su padre y amplió el régimen de estancias a fines de semana extensos, desde viernes hasta lunes y un día intersemanal. Debe tenerse en cuenta que desde 2006 las tres niñas están con su madre ordinariamente y muestran una correcta adaptación a su medio social y escolar, y aunque las niñas ya han crecido y no sugieren una dependencia materna, un cambio radical de espacios vitales, por semanas, tal como postulaba el padre, supondría una alteración del medio que les dota de estabilidad en sus actividades, en su cotidianidad. Ello no quiere decir, que conforme vayan alcanzando mayor edad y mayor madurez y hayan vivido positivamente el sistema de estancia más amplio con su padre, y dada la plena capacidad de ambos progenitores para ejercer de forma adecuada la guarda de sus hijas conforme se deriva del seguimiento que actualmente hacen de sus actividades, deba tenerse muy en cuenta sus deseos, -siempre que sean sinceros y no mediatizados por los adultos que les rodean-, y pueda proponerse un cambio atendiendo en todo caso al beneficio que les pueda reportar, que al tiempo de dictarse la sentencia de instancia no se advertía, sobre todo porque los progenitores no mantienen esa actitud de cooperación y flexibilidad que resulta necesaria.

Pensión compensatoria

Las cargas del cónyuge anulan el desequilibrio

AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de julio de 2015

No se dan los requisitos para establecer pensión compensatoria en favor del esposo, dado que si bien la esposa es farmacéutica debe tenerse en cuenta el importante desembolso que hizo inicialmente por lo que los beneficios reales del negocio no eran excesivos en los primeros años de funcionamiento.

Si hemos hecho relación a los posibles ingresos del progenitor recurrente, a la hora de establecer la pensión compensatoria es necesario contar con los ingresos de los que disponía la esposa, Gloria, durante la vigencia del matrimonio, en el momento de la ruptura y en el momento presente, y sobre esta cuestión hay un importante vacío probatorio, con independencia de haberse aportado abundante prueba documental, relativa a las declaraciones de la renta y certificaciones emitidas por el Colegio de Farmacéuticos, pues éstas cuantifican el volumen de facturación de la farmacia que actualmente regenta, y que ya regentaba antes de la ruptura pero no de los ingresos netos obtenidos, sin que pueda deducirse fácilmente de los extractos y movimientos de la Cuenta de Ahorro en el Banco de Santander, habiendo

sido necesario una proposición y prueba de práctica más completa al respecto y un estudio detenido por parte de los letrados de la documentación aportada.

Una cosa es suponer que una farmacéutica, titular de una farmacia, incluso en una pequeña localidad de pocos habitantes, podía aportar al matrimonio ingresos bastante superiores a los de su pareja y otra que exista una prueba suficiente de todo ello.

Al parecer Gloria estuvo trabajando por cuenta ajena durante una temporada antes de invertir en la adquisición de la farmacia, inversión que evidentemente supone un importante desembolso que inevitablemente conlleva durante los primeros años de explotación del negocio, de la realiza-

ción de amortizaciones, y si bien se tienen ingresos, éstos no sean excesivos y si se aporta por la representación de Gloria documentación acreditativa de la solicitud de créditos personales, al parecer para la adquisición de medicamentos necesarios para la farmacia.

El recurso de apelación, de forma poco clara hace referencia al informe del colegio de farmacéuticos, con unos ingresos en los nueve meses del año 2014 superiores 80.000

€, para luego referirse 108.000 mas 30.000 de venta directa, sin justificación documental alguna de estas cantidades, o referencia precisa aquellos documentos en los que supuestamente se fundamenta.

Ante la falta de prueba concluyente sobre los temas anteriormente expuestas, debe desestimarse la pretensión de establecer una pensión compensatoria en favor del recurrente.

Cuestiones procesales

Vía procesal para solicitar que el abuelo, en sustitución del padre, pueda recoger al menor

AP Salamanca, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de julio de 2015

Es inadecuado acudir a un procedimiento de modificación de medidas para que se dicte una sentencia que permita al abuelo recoger al menor, ya que nada se estableció en relación a las entregas y recogidas en la sentencia que se pretende modificar. Por tanto, dicha petición deberá ser solicitada por vía de ejecución de sentencia tal y como previene el art. 91 del CC.

En la demanda inicial se solicita la modificación de las medidas definitivas acordadas en la sentencia de fecha 25 de junio de 2012, para introducir otras dos, desistiendo de la primera de ellas y manteniendo la segunda: que si el padre no pudiera recoger a la menor pueda hacerlo el abuelo paterno u otra persona de su confianza.

La sentencia desestima la petición formulada por no justificar la procedencia del cambio de medidas solicitado.

En el recurso de apelación se plantea la justificación de la medida solicitada y se insiste en su pretensión.

El artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de modificar las medidas adoptadas en relación con hijos menores de edad " siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas ".

La sentencia dictada establece un régimen de visitas pero no adopta medida alguna en relación con la entrega de la menor, ni contiene disposición alguna sobre quién ha entregarla y quién ha de recogerla. Por lo tanto, no se puede decir que con la demanda se pretende una modificación de medidas porque ninguna medida se adoptó al respecto.

El artículo 774.4 de la LEC, en correspondencia con lo establecido en el artículo 91 del Código Civil, distingue entre medidas y cautelas: "... el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas [...] y cautelas o garantías respectivas... ". Las medidas que se adoptan tienen por objeto, entre otros, determinar el régimen de comunicación del menor con el padre que no tiene su custodia. La entrega o recogida del menor no forma parte de las medidas definitivas a adoptar, sino de las cautelas o garantías tendentes a asegurar la efectividad de las concretas medidas definitivas acordadas.

La medida definitiva, en este caso, es la regulación de la comunicación del padre con su hija, de modo que la determinación de la persona que la recoja solo es una garantía para asegurar la comunicación del padre de la menor con su hija en aquellos casos en los que él no pueda acudir a recogerla. Por lo tanto, no se está solicitando la modificación de las medidas definitivas sino la instauración de una cautela o garantía para asegurar su efectividad. Estas cautelas o garantías se pueden adoptar en sentencia (artículo 91 CC y 774.4 de la LEC) y tienen carácter provisional (como ocurre, por ejemplo, con la previsión de entrega de la menor en el Punto de Encuentro). Por eso no entran en el ámbito de las medidas y no es precisa su modificación, salvo en el caso hipotético de que se adopten en sentencia con carácter definitivo y no meramente transitorio.

En este caso, la sentencia no contiene previsión alguna acerca de cómo se ha de realizar la entrega y recogida de la menor, por lo que no se puede modificar un pronunciamiento que no se ha adoptado. Sin embargo sí puede la parte solicitar en cualquier momento la adopción de garantías para asegurar la efectividad de la entrega de la menor, y puede hacerlo -como ya se le indicó en el auto de fecha 13 de septiembre de 2012- en ejecución de sentencia; posibilidad contemplada en el artículo 91 del Código Civil.

No se puede acoger, como medida definitiva, una genérica e indeterminada pretensión de que pueda recoger a la menor el abuelo paterno o persona de confianza del demandante. En primer lugar porque, como se ha indicado, no se solicita una medida definitiva ni la modificación de otra que ya estuviera acordada (se pide la adopción de una cautela para asegurar la efectividad de una medida). En segundo lugar, porque la tutela judicial pretendida es de

todo punto innecesaria: ya en el auto precitado se reconoce al demandante la facultad de enviar a otra persona para poder recoger a la menor cuando él no pueda acudir personalmente. En tercer lugar, la petición formulada es contraria a un elemental principio de seguridad jurídica, al solicitarse la adopción de una medida sobre una base incierta: “si no pudiera el progenitor no custodio”. Y, por último, no se acredita ni ofrece justificación alguna que justifica adoptar esa cautela al no indicarse siquiera cuáles son las razones que le impiden recoger a su hija. Es más, en el recurso de apelación se apunta a esa falta de justificación al decir: “cuando él no pueda por el motivo que sea (incluso cuando él no quiera, y sin tener que darle explicaciones a nadie de su vida privada), pueda venir otra persona”.

Es el recurrente quien pretende asegurar la efectividad de una medida (poder recoger a la menor) y, por ello, quien la entregue -la madre u otra persona- resulta irrelevante para el cumplimiento de la medida, pero sí es relevante quien recoja a la menor porque no se pone a disposición del abuelo paterno -sin perjuicio del derecho de este a comunicarse con ella, que no es algo que sea objeto de este procedimiento- ni a disposición de terceras personas; la menor se entrega al padre como manera de asegurar que la recibe quien tiene que estar con ella. Añadimos que la comunicación del padre con la hija no es un derecho de aquél sino un derecho de esta, por lo que se trata de asegurar que es el padre quien recoge a la menor. Por lo tanto, es de todo punto exigible que sea recogida la menor por su padre. Sin perjuicio de que si le resulta imposible o altamente inconveniente,

por razones justificadas, pueda recoger a la menor el abuelo paterno u otra persona, como ya se le indica en el auto de fecha 13 de diciembre de 2012, en el que incluso se le indica el camino procesal a seguir: comunique qué persona va a recoger a la menor ofreciendo una justificación razonable, y si se le impide la entrega de la menor “ podrá plantearse la ejecución conforme al contenido del título, y una vez despachada ejecución, en su caso, examinar la cuestión a la que hizo referencia... ”.

Es decir, por supuesto que el abuelo paterno puede recoger a la menor; lo que no es procedente es solicitarlo como medida definitiva. No se excluye la potestad de enviar al abuelo paterno para recoger al menor, pero ha de hacerse comunicándolo y ofreciendo una justificación que no tiene por qué vincularse a situaciones imponderables y puede limitarse a razones de conveniencia razonables. Y no puede la madre negar la entrega de la menor salvo que la entrega a un tercero se convierta en sistemática o carente de toda razón. La contradicción que pueda surgir al respecto podrá resolverse por el Juez competente para la ejecución de la sentencia en cada caso concreto, y si, por la razón que sea, la negativa de la madre a entregar a la menor al abuelo paterno se convierte en caprichosa o injustificada, también puede el Juez, en ejecución de sentencia, adoptar otras cautelas o garantías que puedan solicitarse pero, como se ha indicado, no como medidas definitivas (salvo, claro está, que el incumplimiento de la madre justifique un cambio en el régimen de visitas y/o custodia).

Sociedad de gananciales

Carácter privativo de los abrigos de visón

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de julio de 2015

La depreciación por el uso de los abrigos de visón que se adquirieron hace más de diez años llevan a considerar que se trata de bienes privativos de la esposa pues ya no tienen un extraordinario valor.

Consta en efecto acreditado que la apelante durante la vigencia del matrimonio, compró dos abrigos de piel, hace unos diez años, (abrigos negro y marrón) que ella misma asegura que costaron respectivamente 950 euros y unos 3.400 euros el marrón, y que parte del precio lo pagaron su padres, alegando que no existen los abrigos a día de hoy, mientras que D. Diego aduce que se pagaron con dinero de la sociedad ganancial y que D.ª Florencia los sigue utilizando.

Conforme a lo establecido en el art. 1.346.7º del Código Civil, “Son privativos de cada uno de los cónyuges: 7. Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor”, por ello, valorando las circunstancias que concurren en el caso, entiende este Tribunal, que ha de atribuirse a los dos abrigos, el carácter de bienes privativos de D.ª Florencia, y ello porque si bien no se aportan facturas

que permitan fijar indubitadamente el precio de los mismos, el primero de ellos que según D.ª Florencia habría costado 950 euros, no puede considerarse que sea una ropa de extraordinario valor, y en cuanto al segundo de color marrón, cuyo precio en la vista del juicio la apelante lo fija en 3.400 euros, teniendo en cuenta que ni tan siquiera se puede asegurar que ambos abrigos hayan sido pagados íntegramente con dinero ganancial, ante la afirmación de D.ª Florencia de que parte del dinero para su adquisición se lo dieron sus padres, a lo que hay que unir la normal depreciación por el uso y el tiempo transcurrido desde su adquisición, tampoco se puede considerar que al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales, en función de la posición económica de los litigantes, reúna la condición de ropa de extraordinario valor, por lo que resulta procedente la exclusión del activo de la sociedad de gananciales.

Guarda y custodia

Previsiones para que funcione la custodia compartida

AP Segovia, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de julio de 2015

En caso de que exista una voluntad obstativa por alguno de los progenitores para hacer fracasar la custodia compartida o la terapia que se disponga, ello no será sino un indicio de su falta de capacidad para velar por el interés superior de los menores frente a sus propios prejuicios personales contra quien fue su pareja, y ello sin duda habrá de ser tenido en cuenta si fuese preciso dejar sin efecto este régimen común en interés de los menores, pues si no son capaces de superar sus fobia personales en favor de sus hijos no son dignos de ostentar su custodia.

Empezando por la impugnación de la guarda compartida, la parte niega por una parte que la madre obstaculizase las vistas del padre a los niños, así como que el informe psicosocial es incompleto y ha forzado los criterios científicos para hacerlos coincidir con una opción predeterminada.

Se considera por la Sala que la recurrente parte de un error conceptual, como es el de considerar que el régimen de custodia compartida se impone como una especie de castigo a la misma por haber dificultado la comunicación con el padre. No es así. Como el juez de instancia alega de forma explícita, el interés esencial que debe perseguirse en la fijación del régimen de custodia es el de los menores, y por lo tanto no se trata de una cuestión de encontrar culpables, sino de determinar qué progenitor esta más capacitado para el cuidado y atención correcta de los menores, y si los están ambos, si es factible el establecimiento de una custodia compartida.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que las partes demuestran conocer, ya ha puesto de relieve que la custodia compartida no es un régimen excepcional respecto de los hijos comunes, sino que debe ser tratado como una opción más y no sólo eso, sino que revela como el régimen deseable en condiciones normales. La sala acepta plenamente este criterio. Cuando ambos progenitores están capacitados para el cuidado de los hijos, una atribución equitativa de sus cuidados y custodia favorece sin duda la relación de los niños con ambos y permite un desarrollo más armónico de su personalidad que el que conlleva que sólo vivan con uno y el otro no sea sino una especie de visitante con el que necesariamente con se mantendrá la misma relación. Puesto que para el óptimo desarrollo de la personalidad son convenientes las figuras de ambos progenitores, este régimen ha de ser estimado como el más adecuado salvo que se vea impedido por circunstancia externas.

Esta circunstancias pueden ser variadas, desde la madurez de los menores que les permita decidir por sí mismos y que no quieran convivir con uno de ellos, hasta las relaciones entre los progenitores, pues es evidente que toda custodia compartida exige una cierta complicidad entre ambos para conseguir su éxito. Por otra parte, para la de-

terminación de la convivencia de este régimen, al ser más complicado que el tradicional de la atribución a uno solo de los progenitores, se hace preciso un examen más profundo de las circunstancias familiares, estudio científico para el que no siempre el juzgado va a estar preparado.

En este punto surge la esencialidad de los informe psicosociales. En el caso que nos ocupa dicho informe ha sido efectuado por el Equipo Psicosocial dependiente de la clínica médico legal, esto es por la propia administración de justicia, por lo que cabe suponer en el mismo objetividad y profesionalidad. Dicho informe concluye de forma clara que la régimen de custodia más adecuado es la compartida, con sometimiento de los progenitores a un programa terapéutico en el Centro de Atención a la Familia, que se acuerda en sentencia.

Como decimos, la sala entiende que los conflictos que hayan surgido en cuanto a las visitas o su negación no son elementos que deban decidir sobre la custodia aunque haya podido ser uno de los datos valorados, en el informe psicosocial. Sí consideramos sin embargo que la prueba determinante de la conveniencia de la misma es dicho informe.

Se combate el mismo considerando que es incompleto y que ha forzado los criterios científicos para hacerlos coincidir con una opción predeterminada. Por tanto imputa a sus redactoras no sólo impericia sino una torticera actuación en favor de una opción. Ahora bien, tal imputación, por su misma gravedad, ya dado el carácter oficial de dicho informe y con ello la presunción de objetividad del mismo al ser emitido por unas profesionales ajenas completamente a las partes, exige alguna prueba más que la mera proclamación de tales vicios. Examinado el informe efectuado no se aprecia en el mismo indicio alguno de prejuicio o de tergiversación de los resultados, constatándose que además de los exámenes de los implicados, las peritos han consultado también con la trabajadoras del punto de encuentro donde se han desarrollado las vistas, para alcanzar sus conclusiones.

A ello debe añadirse que la parte no ha aportado contraprueba parcial alguna que desvirtúe o ponga en duda la pericial que critica, con lo que tampoco cuenta con informe científicos que pueda contraponer las conclusiones alcan-

zadas en el informe que el juez a quo ha seguido.

Finalmente su oposición en este punto se centra en considerar que siendo malas las relaciones entre los cónyuges, el régimen acordado no tendrá éxito, negando que la terapia familiar acordada vaya a tener efecto positivo alguno pues no existe voluntad de solución. Ciertamente que si ese es el espíritu con el que la recurrente va a afrontar la nueva situación, el éxito de la custodia compartida o de cualquier terapia se verá seriamente comprometido. La decisión judicial adoptada es la que es, y objetivamente se considera la mejor para los menores, por lo que los litigantes deberán poner de su parte su voluntad de que la misma se desarrolle

de la forma más fluida posible. Ahora bien, en el caso de que exista una voluntad obstativa pro alguno de los progenitores para hacer fracasar este régimen común o la terapia que se disponga, ello no será sino un indicio de su falta de capacidad para velar por el interés superior de los menores frente a sus propios prejuicios personales contra quien fue su pareja, y ello sin duda habrá de ser tenido en cuenta si fuese preciso dejar sin efecto este régimen común en interés de los menores, pues si no con capaces de superara sus fobia personales en favor de sus hijos no son dignos de ostentar su custodia.

Sociedad de gananciales

Rescisión por lesión de la liquidación

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 30 de junio de 2015

Las participaciones sociales que se adjudicó el esposo tenían un valor 0 pues la empresa tenía más pasivo que activo por lo que procede estimar la acción de rescisión de la liquidación de gananciales por lesión en más de una cuarta parte.

Que los litigantes contrajeron matrimonio el 22 de agosto de 1.998, siendo el régimen económico matrimonial el de la sociedad de gananciales.

Antes de contraer matrimonio el esposo era propietario a título privativo de varios inmuebles, una vivienda sita en la c/... con su plaza de garaje, y otro garaje en la c/ ... de Vitoria. Estos bienes el esposo los aportó gratuitamente a la sociedad de gananciales en mayo de 1.999. El esposo también era titular de participaciones en distintas empresas como socio y tenía otras inversiones dinerarias y cuentas corrientes.

Con fecha 25 de marzo de 1.999 los litigantes junto con los hermanos del actor Juan Antonio y Víctor Manuel constituyeron la mercantil "P...SL", dedicada a la construcción de edificios, revocamiento y a la promoción inmobiliaria, siendo socios por terceras e iguales partes.

En el año 2.012 esta empresa atravesaba por una fuerte crisis, con problemas económicos importantes. Ante esta situación e intentando salvar el patrimonio familiar los litigantes deciden redactar un convenio regulador y liquidar la sociedad de gananciales repartiendo los bienes que describe la demanda en la página novena y siguientes. Así, a D.ª Elisabeth se le adjudicó el pleno dominio de la vivienda sita en l... con su garaje, valorado en 220.000 euros, y la plaza de garaje de la c/... valorada en otros 20.000 euros. A D. Ernesto el pleno dominio de las participaciones sociales que el matrimonio poseía en P... SL por un valor de 240.000 euros según el convenio firmado. El capital de las cuentas corrientes, depósitos, y fondos de inversión no se adjudicó.

Con fecha 12 de noviembre de 2.012 la Junta general de Socios acordó la disolución de P... S.L. el cese de los

administradores y el nombramiento de liquidador. Los socios acuerdan aportar el importe de los préstamos pendientes que ascienden a 1.070.588,22 euros. La sociedad tenía balance negativo en esta fecha.

El actor manifiesta que estos pactos con su esposa se realizaron por error, con ausencia de su consentimiento, es por ello que presenta demanda solicitando la nulidad de lo acordado en el convenio, solicitando se declare no haber lugar a ninguna de las atribuciones y adjudicaciones de los bienes a los litigantes y ordenando las cancelaciones de la inscripciones en el Registro de la Propiedad de las fincas adjudicadas a D.ª Elisabeth que se deriven de la citada liquidación. Subsidiariamente, se proceda a la adición de los activos y pasivos pendientes de liquidación, procediendo a una nueva liquidación y partición de la sociedad económica matrimonial, conforme a la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que comprenden la misma, con la valoración real de todos ellos, y la adjudicación que conforme a derecho corresponda a cada uno de los partícipes. Y subsidiariamente a los anteriores, se estime que se ha producido lesión por la partición realizada en más de un veinticinco por ciento al actor, procediendo a una nueva partición, incluyendo en la misma la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que comprende la sociedad de gananciales, procediendo a su cuantificación en momento oportuno.

La sentencia de instancia desestima las dos primeras pretensiones y estima esta tercera declarando que, habiéndose producido lesión por la partición realizada en más de un veinticinco por ciento, se proceda a una nueva partición, incluyendo en la misma la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que comprende la sociedad de gananciales, su cuantificación se realizará en momento oportuno. Y todo

ello con expresa imposición de costas a la parte demandada. En sus fundamentos argumenta que los litigantes inventariaron en el convenio regulador el patrimonio familiar valorado en 480.000 euros, sin embargo, de las peritaciones aportadas al presente procedimiento se desprende que la vivienda junto con el trastero y garaje tenía un valor de 267.588,04 euros (doc. nº 30 de la demanda), y el garaje sito en c/ CALLE001 34.202,63 euros (anexo nº 31), valores que superan ampliamente lo fijado en el convenio regulador. Por el contrario, las acciones adjudicadas a D. Ernesto y que fueron valoradas en 240.000 € en la liquidación, ante la evidente situación de insolvencia de la sociedad, con un pasivo notablemente superior al activo, se valoran pericialmente en cero euros (anexo nº 33). Es por ello que queda acreditado un perjuicio en más de una cuarta parte en contra del actor, por lo que la liquidación de la sociedad de gananciales debe declararse nula en los términos solicitados, esto es realizando una nueva partición con la totalidad de los bienes que figuran en el convenio. Y añade que no se ha formulado por la parte demandada prueba alguna que desvirtúe no solo las alegaciones formuladas por el actor en su escrito de demanda, sino los informes periciales aportados, las alegaciones del escrito de contestación a la demanda han quedado huérfanas de prueba.

...La recurrente alega que no se ha producido lesión en contra del actor, la valoración de las participaciones de la sociedad limitada ha sido hecha con posterioridad a la liquidación de gananciales, vulnerando la buena fe contractual. Añade que en el activo de la sociedad había inmuebles por lo que resulta imposible que el valor de las participaciones sea cero.

La sentencia basa sus conclusiones esencialmente en la documental aportada por el actor y los informes periciales traídos al pleito. El documento nº 32 de 19 de noviembre de 2.012 acredita el acuerdo de los socios de P... SL de aportar fondos propios para cubrir deudas de la sociedad.

El informe realizado por el Auditor Lázaro (anexo nº 33), indica que PALERVI entra en liquidación el 31 de diciembre de 2.012, sus cuentas son fiel reflejo de su estado financiero. El único inmueble con el que contaba a esta fecha era un solar valorado en 1.550.570,44 euros. Dicho suelo urbano que conforma la partida de existencias del balance de situación adjunto (doc. nº 34, folio 314 y 315) no era suficiente para cubrir los préstamos hipotecarios asociados al mencionado suelo urbano.

Como pasivo tenía deudas con entidades financieras, un crédito hipotecario sobre los terrenos por importe de 1.682.469,49 euros, y 1.070.588,22 con socios, cantidad a la que renuncian para compensar los fondos negativos.

La parte demandada no presenta contrainforme que venga a desacreditar lo manifestado por el Auditor. Tampoco acredita que existiese cartera de clientes, al contrario, los documentos indican que carecía de actividad ante la situación financiera que atravesaba. Consideramos acreditado que el valor de las participaciones sociales de P... SL adjudicadas al actor a la fecha que se firmó el convenio regulador era cero euros.

En cuanto al patrimonio adjudicado a la demandada, los informes periciales (anexos nº 30 y 31) adjuntados se encargan de realizar la valoración. El perito Romeo tasa la plaza de garaje de la CALLE001 en 34.202,63 euros. La vivienda de PORTAL000 con plaza de garaje se valora por el mismo perito en 267.588,04 euros.

La parte demandada no ha presentado contrainforme, tampoco otro tipo de pruebas que vengan a desvirtuar los informes periciales. La Sala considera que esta tasación responde al valor de mercado de un inmueble en la fecha que se produjo la liquidación, se trata de un inmueble relativamente nuevo, con pocos años de antigüedad sito en una buena zona de Vitoria.

Alega que el actor posee con los mismos socios otras sociedades con objeto social similar, lo que posibilita la transferencia de la actividad de unas a otras. Se trata de una mera alegación carente de contenido ya que no acredita la existencia de otras sociedades con objeto similar, tampoco las transferencias de inmuebles o bienes de las que habla.

Que el convenio regulador firmado por las partes supone la renuncia del actor a una reclamación posterior como la que realiza en el presente procedimiento. Seguramente en el momento que se firmó el convenio el actor no imaginaba que los acontecimientos a suceder y la manera que lo han hecho. Firmado el convenio llegó el divorcio y con él la pérdida de patrimonio. En ningún momento ha habido renuncia de las acciones que le corresponden, al contrario, el actor está ejercitando acción de rescisión por lesión que el Código Civil pone a su disposición. Establece el art. 1.074 CC que podrán ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte atendiendo el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. La jurisprudencia que cita la sentencia de instancia recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo y en apoyo de la tesis del Sr. Ernesto es amplia, no vamos a reiterar lo que la sentencia ya dice al respecto, nos remitimos expresamente al fundamento jurídico quinto de la resolución.

El plazo para ejercitar esta acción es de cuatro años, luego no ha habido desistimiento por parte del Sr. Ernesto, ni actos propios en el sentido de renunciar al ejercicio de la acción. Los actos propios son aquellos que por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieran creado una situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (STS 15-6-01, 24-5-01). Deben ser reveladores del designio de decidir la situación jurídica de su autor, y en este caso el Sr. Ernesto no realizó acto que pueda ser interpretado como una renuncia al ejercicio de la acción de rescisión por lesión. La liquidación es precisamente el acto que considera le produjo un perjuicio por lo que la interpretación que realiza la recurrente como acto propio carece de relevancia.

Pensión alimenticia

Con 26 años hay que acreditar suficientemente la necesidad de los alimentos

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 14 de septiembre de 2015

En la actualidad el hijo tiene 26 años, edad en la que o bien se continua con un período de formación que se debe acreditar y justificar su necesidad o se tiene que constatar esa voluntad decidida, activa y continua para la búsqueda de empleo; y nada se ha demostrado en este sentido por lo que con independencia de la situación económica del padre, la situación del hijo es causa suficiente para extinguir la pensión.

La sentencia de instancia estima la demanda y deja sin efecto la pensión de alimentos del hijo Sabino; procede la extinción de la pensión de alimentos cuando se demuestra por quien la solicita que el hijo se ha incorporado al mercado laboral, y por tanto goza de independencia económica o cuando se constata que no continua su formación de una forma adecuada con un razonable aprovechamiento o cuando no desarrolla una conducta activa para incorporarse al mercado laboral, y siguiendo estos principios el T.S. en la Sta de 17 de Junio de 2015, confirma la extinción de la pensión de alimentos que acogía la A. Provincial, al darse por acreditado que la hija no tiene obstáculo alguno para mantenerse laboralmente, dada su edad y excelente formación académica; es decir que se debe apreciar esa potencialidad para acceder al mercado laboral, con arreglo a parámetros lógicos y jurídicos, recayendo también en la parte demandada conforme al art. 217 L.E.C. la obligación de acreditar o

justificar los motivos por lo que no se ha accedido al mercado laboral, cuando por edad y por su formación, ello podría producirse, y en todo caso demostrar una actitud diligente para la búsqueda de trabajo; y si se continua con la formación académica se tiene que demostrar en que consiste, su finalidad, y como decíamos con adecuado rendimiento; el hijo nació en el año 1989, por lo que en la actualidad tiene 26 años, edad en la que o bien se continua con un período de formación que se debe acreditar y justificar su necesidad o se tiene que constatar esa voluntad decidida, activa y continua para la búsqueda de empleo; nada se ha demostrado por la parte apelada, y con independencia de la situación económica del actor, la situación del hijo, es causa suficiente para extinguir la pensión tal y como correctamente efectúa la sentencia de instancia; procede confirmar la sentencia, sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Uniones de hecho

Nulidad de la hipoteca constituida por poder

AP Vizcaya, Sec. 5.^a, Sentencia de 25 de mayo de 2015

Nulidad de la garantía hipotecaria sobre una vivienda propiedad de la integrante de una pareja de hecho, por inexistencia de consentimiento dado que la escritura pública se otorgó haciendo uso de un poder notarial tácitamente revocado desde el cese de convivencia. No se declara la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, sin perjuicio de solicitar ésta declaración ante el mencionado Juzgado.

Desde la perspectiva jurídica expuesta en el fundamento de derecho precedente y teniendo en cuenta que la Juzgadora de instancia, como esta Sala, en modo alguno se ven condicionadas por la valoración probatoria que determinó la sentencia penal dictada en el procedimiento que precedió al actual litigio, pues siendo una sentencia absolutoria solo nos vincularía si declarara la inexistencia del hecho o la no participación en él de las partes demandadas, lo que por razones obvias no es el caso, de ahí que puede darse una valoración diversa de los hechos, pues no ha de olvidarse

que aquellos criterios que se tienen en cuenta para ello en un proceso penal y en uno civil son distintos, pese a lo cual la conclusión no tiene porque resultar de manera necesaria dispar, aunque, como ya se ha razonado en el fundamento de derecho precedente, no padece el derecho a la tutela judicial efectiva porque se dé una valoración probatoria diversa, pues cada orden jurisdiccional atiende al alcance y consideración de las pretensiones que ante él se ejercitan, recordando al efecto lo declarado por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su sentencia de 16 de octubre de 2006 “ la

jurisprudencia (sentencias de 3 de noviembre de 1.993, 15 de julio de 2.002 y 27 de mayo de 2.003, entre otras) atribuye a la sentencia penal, aunque no produzca cosa juzgada, el efecto en el proceso civil de medio de prueba cualificado de los hechos en ella contemplados y valorados. Lo que no es más que consecuencia de la exigencia constitucional de seguridad jurídica a que se refiere, entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional 34/2.003, de 25 de febrero”.

Si ello es así y visto lo razonado por esta Sala al considerar que no se da incongruencia cuando la Juzgadora aprecia la existencia de una revocación tácita del poder conferido por la actora al demandado Sr. Desiderio en el momento en el que se produce la quiebra de su relación personal, y con ello la confianza que en la misma se da y que determinó en su momento la realización del poder, tras valorar la prueba practicada, no puede por menos que compartir las conclusiones sentadas por la Juzgadora en el fundamento de derecho primero de su sentencia que se asume en evitación de inútiles reiteraciones, pues no hay duda de que cuando se otorga el poder (doc. nº 4 demanda), el día 27 de febrero de 1991, estamos ante un poder perfectamente válido en un momento en el que en la relación de pareja entre la Sra. Flor y el Sr. Desiderio existía como esta Sala entiende y razona la Juzgadora de instancia, en coincidencia con la sentencia penal, pues frente a la aseveración de que la misma no es cierta que sostiene el Sr. Desiderio en el acto de juicio penal (minuto 11,30 y ss Cd nº 1) está el testimonio en ambos procesos de la Sra. Flor (minuto 36 y ss Cd nº 1 y minuto 0 y ss Cd nº2, y minuto 16,50 y ss Cd nº 1), de su sobrino el Sr. Prudencio (minuto 16,55 y ss Cd nº 2 penal y minuto 35, 09 y ss Cd nº1), e incluso en aquéll de quien es la hija de la Sra. Flor, la Sra. Agustina (minuto 23,27 y ss Cd nº 2 juicio penal) quien define al Sr. Desiderio en aquella época como un padre para ella, plenamente integrado en la relación de la familia, asistiendo a actos familiares (bautizos, bodas, comunión..), lo que asevera Don. Prudencio (minuto 37,40 y ss Cd nº1 del pleito civil), hasta que dicha relación se quiebra en ese mismo año 1991, avanzado el mismo (Sra. Flor, minuto 0,19 y ss Cd nº 2 penal y minuto 31,54 y ss Cd nº1 Don. Prudencio, minuto 20,44 y ss Cd nº 2 Cd Penal y minuto 37,06 y ss Cd nº 1 civil), admitiendo la Sra. Agustina que aún tras la ruptura, contando, entonces, 10 años, un año más mantuvo contacto con el Sr. Desiderio, que después no ha recuperado al desconocer incluso su paradero (minuto 26 y ss Cd nº 2 penal). A tal consideración no es óbice que en el momento de la misma el Sr. Desiderio estuviera casado en ese momento.

Es más las aseveraciones del mismo respecto de que, en realidad, la vivienda era de su propiedad, que se puso a nombre de la Sra. Flor dada su actuación “ como subastero” y unos problemas personales con la misma (véase su declaración penal) y que por ello se otorgó el poder, tras su compra el día 30 de enero de 1991 (doc. nº 12 demanda) no se compadecen con su actuar en todos estos años, pues nada ha hecho, en todo este tiempo, el Sr. Desiderio, para materializar tal derecho en la realidad reclamando su propiedad o contribuyendo a su sostenimiento o a las obligaciones derivadas de su titularidad.

Por el contrario, quien sí se ha comportado como propietaria es la Sra. Flor quien sabe que la vivienda se adquirió como consecuencia de una subasta y que al igual que con otros muchos papeles que firmaba en la confianza de quien era su pareja, firmó el citado poder, cuya existencia no puede ignorar ante la intervención notarial y su lectura. Poder, en atención al cual el Sr. Desiderio se encargó de la tramitación de un préstamo hipotecario con La Caixa en abril de 1991, que asumió la Sra. Flor como prestataria hipotecante y que, pese al poder que le habilitaba para ello, no fue firmado por el Sr. Desiderio sino por ella personalmente, habiendo cumplido con él la misma a lo largo de estos años (doc. nº 1 y 6, 7 y 9 demanda).

Por tanto, nos encontramos con una vivienda inscrita a nombre de la Sra. Flor, pensemos en la presunción que de que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento correspondiente (art. 38 LH), que la misma ha sostenido como propia, sin contradicción por parte del Sr. Desiderio a quien es cierto que cuando eran pareja había otorgado un poder válido de plena disposición de la misma, incluida la posibilidad de hipotecar, en base a la relación de confianza derivada de su relación de pareja, pues no se prueba otra causa o razón que lo justifique, que se quiebra con la ruptura de esa relación lo que justifica cuando menos su revocación, bien expresa que ciertamente no se da hasta el día 18 de setiembre de 2008 cuando la Sra. Flor tiene conocimiento de la existencia de la hipoteca y de las consecuencias que sobre su vivienda tiene el incumplimiento del préstamo con garantía hipotecaria constituido el día 16 de enero de 2008 (doc. nº 3 demanda) pues insiste en que no ha tenido copia del poder, bien tácita en el momento en el que se rompe la relación, pues sin uso de ese poder durante todos estos años, sin relación entre las partes, quebrada la relación que lo justificó, hay que entenderlo, entonces, revocado, y sin duda el Sr. Desiderio sabía que no podía usar el mismo pasado todo este tiempo, pues como admite en su declaración penal nada le dijo a la Sra. Flor respecto de que en garantía y para la obtención de un préstamo en unos canales de financiación ajenos a los ordinarios que respondían a una situación económica compleja, iba a hipotecar la vivienda que ella habitaba desde 1991, sin que la explicación de ser de su propiedad en la que justifica su conducta, tenga sentido por lo antes razonado (minuto 25,43 y ss, 26 y ss y 26,27 y ss Cd nº1 penal), lo que evidencia, y ello no es una sospecha, como sostiene la parte apelante, sino la conclusión sentada de la valoración conjunta de la prueba, que si no lo hizo es porque conocía la ineficacia de un poder otorgado en el año 1991, en una situación concreta, cuya vigencia ya no persistía y que se usó en enero de 2008, casi 17 años después, sin advertir a la poderdante para evitar, sin duda, una respuesta contraria a sus intereses (la Sra. Flor declara que no que lo hubiera permitido, minuto 44,53 y ss Cd nº 1 penal).

De lo así considerado, como se razona en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia, sabedor el Sr. Desiderio de la revocación del poder, en este momento poco importa que el Sr. Pedro Miguel lo supiera

o no o confiara en la intervención del Notario para estimar correcto el uso de un poder cuanto menos sospechoso por su antigüedad (1991), y quien pese a acudir a ver por fuera la finca, como admite en su declaración en el presente procedimiento (minuto 10,06 y ss Cd nº 1) no intentó comprobar la realidad de la autorización para la constitución de la hipoteca de una vivienda a nombre de persona distinta de quien era el prestatario, cuando, además, estamos ante una financiación fuera de los canales habituales ante la intervención de una intermediadora financiera como Credit Services que es con la quien se pone en contacto el Sr. Desiderio, quien busca al prestamista el Sr. Pedro Miguel, conociéndose ambos en el Notario, y quien se encarga de toda la tramitación del contrato de préstamo y de la garantía hipotecaria, y por tanto, actuara de buena o mala fe al respecto de la garantía, siendo difícil pensar que supiera de la revocación del poder, respecto de la que por cierto la alegación de que la hija de la actora bien le podía haber

dicho algo al Sr. Desiderio no tiene sentido, pues la relación con ella declare éste no se da desde el año 1991 al igual que con su madre (minuto 29,10 y ss Cd nº1 penal), y ella dice que se rompe a los 11 años, ante la ausencia de poder y con ello ante la falta de consentimiento de la Sra. Flor para la constitución de un derecho real de hipoteca en garantía de la devolución del préstamo concedido por él al Sr. Desiderio, ello le es oponible de conformidad con lo dispuesto en el art. 1738 Cº Civil y su interpretación jurisprudencial antes citada, por lo que no dándose actos posteriores de convalidación por la actora, y sí tendentes a la defensa de la ausencia de consentimiento (actuaciones ante el orden jurisdiccional penal y civil), es ajustada a derecho la sentencia de instancia cuando declara la nulidad de la constitución de hipoteca con las consecuencias a ello inherentes no viéndose afectado, por razones obvias, el contrato de préstamo entre el Sr. Desiderio y el Sr. Pedro Miguel.

Cuestiones procesales

Casos en los que no es necesaria la prueba del equipo psicosocial

AP A Coruña, Sec. 4.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2015

La práctica de la prueba pericial psicológica no es un derecho incondicionado de la parte, sino sometido a la valoración judicial sobre utilidad y pertinencia propia de toda prueba (artículo 92. 9 del Código civil en relación con el artículo 283 de la LEC), de modo que sólo tiene sentido ordenarla cuándo realmente está en cuestión la idoneidad de los padres para el desempeño adecuado de las funciones inherentes a la patria potestad y a la custodia de los menores.

En el recurso de apelación denuncia la apelante la infracción de garantías procesales, al amparo del artículo 459 de la LEC, por haber sido denegada en la instancia la prueba pericial, de especialistas en análisis psicosocial, sobre la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, régimen de guarda y custodia y de visitas de la menor. La práctica de la prueba propuesta -que fue de nuevo solicitada en segunda instancia y también denegada- no es un derecho incondicionado de la parte, sino sometido a la valoración judicial sobre utilidad y pertinencia propia de toda prueba (artículo 92. 9 del Código civil en relación con el artículo 283 de la LEC), de modo que sólo tiene sentido ordenarla cuándo realmente está en cuestión la idoneidad de los padres para el desempeño adecuado de las funciones inherentes a la patria potestad y a la custodia de los menores, y sólo en la medida en que lo esté enlaza su denegación con la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, que el artículo 24 de la Constitución garantiza. Y lo cierto es que no lo está en este caso: nada permite cuestionar la idoneidad de los progenitores litigantes para asumir las funciones de guarda inherentes a la patria potestad, ni su personal compromiso, según sus posibilidades, con la educación y el bienestar de Caridad que, por otra parte, no

refleja tampoco en sus manifestaciones en la exploración personal practicada dato alguno que denote inquietud, rencor, miedo o un desarrollo anormal de su personalidad. Las razones que en la contestación a la demanda y en la reconvencción sostienen la pretensión del Sr. Amadeo de que le sea asignada la guarda y custodia de la menor -y, con ella, el uso y disfrute del domicilio conyugal y la imposición de una pensión alimenticia a cargo de la madre- nada tienen que ver con circunstancias para cuyo análisis sea necesario el dictamen de especialistas. Y las referencias que en el recurso se hacen acerca de supuestos episodios ansioso-depresivos que habría padecido la madre y por causa de los cuales estaría recibiendo tratamiento médico, aparte de haber sido negadas tajantemente por la apelada, son irrelevantes a estos efectos; y no siendo en todo caso infrecuente que quien está involucrado en un proceso de divorcio, casi necesariamente traumático, precise asistencia médica o psicológica, nada que no sean meras insinuaciones interesadas en el marco de un recurso permite cuestionar la aptitud de la demandante -tampoco ciertamente la del demandado reconviniente- para desempeñar las funciones inherentes a la patria potestad y, entre ellas, las guarda y atención diaria de una menor de dieciséis años de edad.

Vivienda familiar

¿Compensación por el uso exclusivo de un cónyuge?

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de julio de 2015

Al no haberse acreditado que el interés de algún cónyuge deba ser protegido, se acuerda el uso alternativo de la vivienda, no admitiéndose la petición de la esposa de que se le compense el tiempo que el esposo ha venido haciendo uso exclusivo del mismo.

En el caso que ahora analizamos, y frente al criterio adoptado, en tal ámbito del debate, por la Juzgadora de instancia, que no apreciando en ninguno de los cónyuges la concurrencia de circunstancias determinantes de un interés prioritario frente al otro, sanciona un régimen de alternancia en la ocupación del inmueble, opone la recurrente, en apoyo de su pretensión, que ella es la más necesitada, "ya que se encuentra en la actualidad mantenida por sus progenitores, sin ingresos de ningún tipo ni prestaciones, ni salarios, siendo demandante de empleo".

Pero tales alegatos quedan absolutamente desvirtuados mediante la prueba documental incorporada a las actuaciones, que pone de manifiesto que doña Emma estuvo trabajando al servicio de la entidad "Hill International" desde el 2 de junio de 2006 hasta el 28 de septiembre de 2012, en que causa baja en la misma, percibiendo una indemnización, por despido improcedente, de 16.376,15 € (vid folios 223y 246). En fecha 10 de febrero de 2014, en que se incorpora a las actuaciones informe de vida laboral de dicha litigante, la misma se encontraba percibiendo la correspondiente prestación por desempleo, en cuantía confesada, si bien no acreditada documentalmente, de más de 700 € al mes, y a la que, en atención al tiempo de cotización a través de dicha empresa, tenía derecho por un período de 720 días, de conformidad con lo prevenido en el artículo 210 de la Ley General de la Seguridad Social, por lo que carece de toda credibilidad lo manifestado por dicha litigante, en el acto de

la vista celebrado ante la Juzgadora a quo en fecha 25 de marzo de 2014, sobre el agotamiento anterior de la referida prestación. A mayor abundamiento, y según se refleja en el informe de vida laboral obtenida en 21 de marzo de 2014, doña Emma vuelve a figurar de alta en la entidad "Hill International" a partir del 25 de febrero de 2014 (folio 217), esto es con anterioridad a celebrarse el antedicho acto procesal.

En consecuencia, y de modo coherente con el propio planteamiento de la apelante, no se ofrecen a nuestra consideración motivos hábiles en derecho que permitan acoger el primero de los motivos del recurso.

No mejor suerte ha de correr la pretensión de la apelante sobre compensación a su favor del tiempo en que don Francisco ha disfrutado del uso del citado inmueble desde que aquélla salió del mismo, pues, sobre no constar que ello obedeciera a una imposición coactiva del esposo, sino a una decisión de la hoy apelante, si bien motivada por el deterioro de la relación conyugal, es lo cierto que no se trata, en el presente estado de las actuaciones, de incidir sobre situaciones pasadas, en orden a una compensación que no contempla la normativa vigente en la materia, sino de propiciar, mediante una igualitaria distribución de futuro en cuanto al derecho de uso, la liquidación del patrimonio común, a cuyo fin responde adecuadamente la medida que sanciona la Juzgadora de instancia, lo que excluye los reajustes temporales que interesa la citada litigante.

Pensión alimenticia

Reducción de la pensión tras la prejubilación

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2015

Que tras el expediente de regulación de empleo, el padre optase por acogerse a la modalidad de prejubilación no puede considerarse como un acto voluntario en orden a eludir su obligación alimenticia, por lo que se acuerda reducir la cuantía de la pensión.

La sentencia apelada estimó parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas fijadas en sentencia dictada por la Audiencia Provincial el 11.11.2011 en seno de procedimiento de divorcio, interpuesta por Ángel Daniel frente a su ex cónyuge Camino, reduciendo de 350 a 250 euros mensuales actualizables, con persistencia de mitad de gastos extraordinarios, la pensión alimenticia que debe

abonar el padre no custodio en favor de su hija menor adoptada Julia -nacida el NUM000.2002-, en aplicación principal de arts. 775 y 770 LEC, y arts. 91, 142 ss. y concordantes CC.

Recorre en apelación la Sra. Camino solicitando la plena desestimación de la demanda, formulando oposición el

actor Sr. Ángel Daniel y el Ministerio Fiscal.

Atendidas las alegaciones de las partes y revisada la prueba en la alzada, procederá confirmar el pronunciamiento estimatorio parcial impugnado, en la fundamental consideración de que concurre relevante variación en la capacidad económica de ambos padres, constitutiva de alteración sustancial a los efectos modificativos previstos en el art. 91 CC, que hace aconsejable la moderación de la pensión alimenticia en los términos resueltos en correcta aplicación de arts. 146 y concordantes del Código.

Consta que, al dictado de la sentencia firme de divorcio en noviembre de 2011, el padre obligado percibía salario mensual no inferior a 2.289 euros. Y se acredita que en abril de 2013 se produjo la extinción de su contrato laboral -personal de tierra- con la Compañía IBERIA, como consecuencia de Expediente de Regulación de Empleo (ERE), promovido por la entidad por causas organizativas y de producción empresarial, optando el Sr. Ángel Daniel por la modalidad de prejubilación, por lo que desde el 20.4.2013 percibió 1.338,07 mensuales, amortizando 253,96 de hipoteca, y habiendo recibido un pago único anticipado de la prestación de jubilación de 20.020,08 euros netos en el año 2014 (fs. 33, 38, 68 y 394).

Por su parte, la madre percibía en 2011 una prestación de desempleo de 994 euros mensuales. En la actualidad

recibe, con causa en ERE de la entidad GENERALI SEGUROS, una pensión mensual de 1.714,69 euros, con los que debe abonar mensualmente 521,47 euros de Seguridad Social y 356,38 euros de hipoteca del piso que le fue adjudicado a la liquidación de la sociedad ganancial (fs. 117, 119 y 120).

La hija menor Julia, de 9 años al formalizarse el divorcio, cuanta hoy con 13 años, generando gastos propios de su edad, que no permiten concluir modificación trascendente, teniendo en cuenta -respecto a la psoriasis alegada por la madre- que los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social encajan dentro del concepto de gastos extraordinarios, atribuidos en sentencia por mitad a ambos padres.

En definitiva ponderando que la decisión de prejubilación, lejos de entenderse voluntaria en orden a eludir alimentos, se ofrece razonable al obtenerse indemnizaciones, prestaciones o incentivos en marco de notoria precariedad laboral que se pretende paliar por la Compañía mediante drástica reducción de plantilla, y teniendo en consideración la mejora laboral y económica de la madre, se hace aconsejable refrendar la reducción de la pensión alimenticia en la cuantía fijada en sentencia, de acuerdo a lo informado en la alzada por el Ministerio Fiscal, y en coherente aplicación de los arts. 91 y 142 ss. CC.

Capitulaciones matrimoniales

Nulidad de las otorgadas por un cónyuge con el poder del otro

AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de septiembre de 2015

Nulidad de las capitulaciones matrimoniales que llevó a cabo el esposo con el poder general que le otorgó en su día la esposa, siendo también nula la compraventa concertada con el mismo poder mediante la que la esposa vendía al esposo una serie de participaciones sociales de la empresa. Ha existido un auténtico abuso de poder por parte del esposo.

En la demanda rectora de este procedimiento, la actora, Purificación manifestaba que había mantenido una relación sentimental con el demandado, Nicanor, desde el año 1987. Ambos contrajeron matrimonio el día 22 de septiembre de 2012 bajo el régimen matrimonial de sociedad de gananciales. El día 21 de diciembre de 2012 otorgó poder general en favor de su marido "con la única finalidad de que éste pudiese llevar de un modo más cómodo y ágil la gestión de los negocios que tenían en común". Ese mismo día, el Sr. Nicanor acudió a una notaría diferente para otorgar escritura por la que acuerda la disolución del régimen económico matrimonial, estipulando el de separación de bienes; así mismo, otorgó una segunda escritura en virtud de la cual adquirió para sí las 1503 participaciones sociales de que era titular Purificación en la entidad mercantil ... S.L. por importe de 3.006 euros. La actora considera que el deman-

dado utilizó el poder general para realizar dos documentos públicos que no había autorizado. Con base en ello, solicitó que se declarase la nulidad de las citadas escrituras, junto con los demás negocios jurídicos que pudieran derivar del uso del poder por Nicanor, con la consiguiente cancelación de todas las inscripciones registrales que se hubieran practicado al amparo de las citadas escrituras.

Por su parte, el demandado sostiene que pactó con Purificación el uso de los poderes, habiendo sido la propia demandante la que solicitó que se otorgase un poder, ya que "ella deseaba marcharse a Madrid y no quería suscribir personalmente las escrituras". El juez a quo, tras valorar en su conjunto la totalidad de la prueba practicada estimó parcialmente la demanda; declarando la nulidad de las escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales y de compraventa de participaciones de 21 de diciembre de 2012; con

la consiguiente cancelación de las inscripciones registrales practicadas al amparo de las citadas escrituras.

En primer lugar, el juzgador considera que los términos del poder otorgado por la actora estaban perfectamente claros, de manera que “no se puede afirmar que el demandado se hubiese extralimitado en el ejercicio de su poder de representación, pues estaba plenamente autorizado para autocontratar, incluso, en el supuesto de que existiera conflicto de intereses con la demandante”. Ello no obstante, entiende que ha existido un auténtico abuso de poder por parte del demandado. La sentencia hace un exhaustivo examen de los datos objetivos que permiten llegar a la conclusión anterior.

El recurrente entiende que la sentencia de instancia incurre en error en la valoración de la prueba. A su vez, alega que el poder otorgado por Purificación al demandado incluía claramente las facultades que se pueden ejercitar y que no se produjo extralimitación en ellas. En consecuencia, no podría hablarse de abuso de poder, toda vez que el demandado contaba con licencia para autocontratar. Finalmente, argumenta que Purificación “era plenamente consciente del uso que se le iba a dar al poder”; insiste en que los negocios celebrados “eran queridos y deseados por ella misma en el momento en el que otorgó el poder”.

Los argumentos anteriores no pueden ser acogidos. Debemos recordar que, en el recurso, únicamente, puede impugnarse la valoración realizada en la instancia, si la misma es contraria en sus conclusiones a la racionalidad o conculca las más elementales directrices de la lógica. En el caso que nos ocupa, el juzgador ha basado su decisión en un objetivo y razonado análisis del conjunto probatorio.

Efectivamente, el análisis de las circunstancias concurrentes permite concluir que el Sr. Nicanor hizo uso del poder que le había otorgado su esposa de una forma muy torticera, realizando una compraventa para sí de las participaciones sociales de que era titular su entonces esposa por un precio ciertamente bajo en relación al capital social. Todo ello, por un precio ciertamente bajo, si se atiende al capital social suscrito (135.270 euros) y al valor del inmueble de que era titular la sociedad (tasado en 752.961,47 euros según escritura pública de hipoteca de fecha 17 de junio de 2008).

Tal como se desprende de la documental obrante en las actuaciones, Purificación otorgó, en fecha 21 de diciembre de 2012, en la notaría de Ribadeo, un poder general a favor de su entonces esposo Nicanor con amplias facultades para administrar, disponer, etc; recogiendo expresamente la figura de la autocontratación. Ese mismo día, el Sr. Nicanor, haciendo uso del poder antedicho, acudió a la notaría de Castropol, donde otorgó dos escrituras; la primera, por medio de la cual procedía a la disolución de la sociedad de gananciales que tenía establecida con su esposa, estipulando, en su lugar, el régimen de separación de bienes; una segunda escritura, en virtud de la cual adquiría la mitad de las participaciones sociales de que era titular Purificación en la entidad mercantil ... S.L.

El recurrente entiende que el demandado ha dado cum-

plida explicación de por qué las escrituras de compraventa de participaciones y la de capitulaciones se otorgaron el mismo día en distintas notarías. A su vez, indica que los documentos fueron otorgados porque el matrimonio se encontraba en crisis, siendo su finalidad el reparto de los bienes. En cuanto al precio de las participaciones, considera que no era bajo, atendidas las deudas de la sociedad; habiendo sido entregado a Purificación.

Compartimos la valoración efectuada por el juzgador de instancia, en cuanto resulta inexplicable por qué Nicanor acudió a una notaría distinta para el otorgamiento de las dos escrituras públicas, máxime cuando su fecha coincide con la del poder general. Las explicaciones ofrecidas por Nicanor no resultan convincentes ni vienen avaladas por la declaración testifical de la notaria de Ribadeo, Blanca. Efectivamente, el Sr. Nicanor se limitó a afirmar que acudió a la notaría de Castropol porque la notaria de Ribadeo le había indicado la imposibilidad de otorgar las dos escrituras. Sin embargo, la Sra. Blanca mostró su extrañeza ante tales argumentos, indicando que las citadas escrituras se podrían haber hecho en aquel momento, dada su sencillez, salvo que hubiese una “debaque”.

A su vez, el apelante alega que, con el negocio celebrado, no se habría causado ningún perjuicio a la actora, sino que, en realidad se le habría liberado de su responsabilidad por las cuantiosas deudas de la sociedad. En relación a ello, hemos de decir que, a pesar de las eventuales deudas sociales, no hay constancia de una situación de insolvencia de la entidad en la actualidad, ni de que su pasivo sea superior al activo. Desde luego, la documental aportada evidencia, a día de hoy, la existencia de actividad social, sin que el Sr. Nicanor haya acreditado mínimamente el bajo precio de la venta (3006 euros). Por si ello fuera poco, ni siquiera ha podido probar que el precio de venta hubiera sido entregado a la actora. En este sentido, la escritura refiere que no se deja constancia de tal extremo. Por otro lado, el demandado manifestó que no recordaba haber fijado él el precio de la venta, sino que “la fijación del precio de las participaciones se habría hecho en la propia notaría”. Si ello es así no se explica cómo pudo haberse pagado el precio antes de su fijación en la notaría.

Tampoco hay evidencia de que el poder que Purificación otorgó a su esposo hubiese tenido como finalidad los dos autocontratos controvertidos. Desde luego, las circunstancias en que fue otorgado el poder y las dos escrituras posteriores hacen presumir una actuación abusiva por parte del demandado. Hay que recordar que Nicanor y Purificación habían mantenido una relación de pareja desde el año 1987. En septiembre de 2012 contrajeron matrimonio y, tan solo tres meses después, la Sra. Purificación otorgó el poder general a favor de su esposo, el cual procedió a realizar las dos escrituras litigiosas el mismo día, pero en notaría distinta, sin que haya ninguna constancia de que la esposa tuviera conocimiento de los negocios celebrados. Negocios que, por otra parte, eran claramente favorables para el apoderado (éste adquiriría la mitad de las participaciones de que era titular su entonces esposa por un precio realmente bajo). Por el contrario, es evidente el correlativo perjuicio

que se derivaba para la esposa, la cual se vio despojada de las citadas participaciones.

La situación resulta más extraña si tenemos en cuenta que en el mes de enero de 2013 Nicanor presentó demanda de divorcio respecto de Purificación. Ésta afirma que fue entonces cuando tuvo conocimiento de los negocios cuya nulidad se pretende en este procedimiento. En relación a ello, el Sr. Nicanor se limitó a manifestar en el acto de la vista que creía que sí le había mandado la documentación a la actora. Sin embargo, no hay constancia de lo anterior a pesar de la gran trascendencia de las escrituras que había otorgado.

Aunque el Sr. Nicanor insistió en que había pactado con Purificación el uso que iba a hacer del poder, compartimos la apreciación del juzgador a la hora de entender que los elementos probatorios aportados no permiten inferir claramente que el poder que Purificación otorgó el 21 de diciembre de 2012 tuviese la concreta finalidad con que fue usado; máxime, si tenemos en cuenta el hecho de que, tan sólo un mes después del otorgamiento de tan amplias facultades, Nicanor presentó la demanda de divorcio.

A lo anterior hay que añadir que dos de las testigos, la Sra. Marisa y la Sra. Purificación afirmaron que era el Sr. Nicanor quien se había venido encargando a lo largo de los años de convivencia de todas las gestiones administrativas de las sociedades. La segunda testigo añadió que, precisamente, por este motivo, en el año 2005 Purificación ya había otorgado otro poder al demandado. Esta circunstancia no fue cuestionada por la parte demandada. Es más, Nicanor ratificó en el acto de la vista que él se encargaba de la llevanza de la administración de todos los bienes e ingresos. Consiguientemente, no es ilógico pensar que, en marco de tal contexto, el poder que Purificación otorgó el 21 de diciembre de 2012 tuviese la misma finalidad; sobre-

todo, cuando, tan solo tres meses antes, había contraído matrimonio con el demandado.

Expuesto lo anterior, hemos de tener en cuenta que la figura jurídica de la autocontratación está plenamente admitida en nuestro ordenamiento jurídico, cuando la persona representada ha prestado explícitamente su consentimiento para la misma; entendiéndose la doctrina científica que si el representado ha admitido el riesgo de que el autocontrato se produzca, debe quedar vinculado por lo que haga el representante. Pero entendemos que esta regla general debe tener su excepción en aquellos supuestos en los que el ejercicio de la facultad de autocontratación, atendiendo a las circunstancias en que se desarrolla, pueda resultar contrario a derecho. En este sentido, la STS de 12 febrero de 1999 establece que: «Para considerar jurídicamente ineficaz la autocontratación denunciada, es necesario que se dé conflicto y contradicción de intereses, que hagan incompatibles la actuación de una persona que obra para sí misma y a la vez en la representación de otra (física o jurídica), con lo que al contrato llevado a cabo se le desprovee de causa lícita (STS 30 Ene. 1991, 29 Oct. 1991, 24 Sep. 1994 y 15 Mar. 1996), entrando así en el campo del abuso de derecho, que siempre lleva consigo intención de dañar y perjudicar». En esta línea también la STS 21 Abr. 2001.

La doctrina anterior es aplicable al supuesto que ahora nos ocupa. Hay datos más que suficientes que indican que el demandado, Nicanor, ha ejercido las facultades que le confería el poder general que le otorgó su entonces esposa, con manifiesta mala fe y abuso de derecho (lo cual está proscrito por el artículo 7 del Código Civil) pues se ha aprovechado en su único y exclusivo beneficio del poder y de la facultad de autocontratación, de tal modo que ni siquiera consta que haya pagado el bajo precio que señaló para la venta de las participaciones sociales con el consiguiente perjuicio para la Sra. Purificación.

Ejecución de sentencia

Pago de la mitad de los vencimientos de la hipoteca

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Auto de 29 de julio de 2015

El pacto del convenio en el que los cónyuges se obligaban por mitad a abonar la hipoteca, IBI, gastos de comunidad, impuestos, etc. de la vivienda común, dada su naturaleza contractual, no establece condenas sino obligaciones, y estas obligaciones quedan amparadas por el título judicial que lo homologó, por lo que cabe iniciar el proceso de ejecución cuando una de las parte no cumple lo pactado.

Respecto de la existencia de título ejecutivo que sustente la pretensión de pago de las cantidades correspondientes a las cargas y gastos que comporta la vivienda común cuya división no se ha realizado todavía cabe señalar en primer lugar que el convenio regulador pactado entre ambos litigantes es anterior a la entrada en vigor el 1 de enero de 2011, de la Ley 25/2010 que incorpora el libro II del Código Civil de Catalunya relativo a la persona y la familia. En este Código y precisamente por la problemática detectada a lo largo de los años de aplicación del Código de Familia,

se introdujo el art. 233.23 que establece que las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda serán abonadas de conformidad con lo dispuesto por el título de constitución y que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso".

Esta norma como se indica no es de aplicación por cuanto el convenio regulador se aprobó en sentencia de 13

de noviembre de 2009, por lo que debe estarse a lo convenido. En concreto en el pacto quinto del convenio se estableció que “en tanto en cuanto se mantenga la situación de indivisión, ambos cónyuges abonarán por mitad la hipoteca que grava dichos inmuebles, así como el IBI y los gastos de comunidad de los mismos y todos aquellos impuestos que recaigan sobre las citadas propiedades. Con tal fin, ambas partes determinan la cuenta bancaria de La Caixa, núm. NUM000... en la que el día 1 de cada mes se ingresará el importe de la hipoteca y de la comunidad. El IBI se ingresará en dicha cuenta, en el momento en que se reciba el aviso de pago.”

Este pacto, dada su naturaleza contractual, no establece condenas sino obligaciones y en concreto ambos suscribientes del convenio se obligaron a pagar por mitad determinados gastos y en la medida en que dicho convenio se aprueba por sentencia, las obligaciones determinadas en el mismo quedan amparadas por el título judicial que aquí se esgrimió para iniciar el proceso de ejecución, por cuanto

una de las partes que cumplió con su parte ve perjudicada su situación jurídica si la otra parte no cumple con su obligación en los términos en que se convino.

Las partes tienen la posibilidad de pactar sobre muchas más cuestiones de las que el Tribunal debe decidir, con arreglo a la Ley, pero una vez ese pacto es homologado o aprobado por el Juez y se incorpora a una sentencia, es tan ejecutorio como cualquier decisión judicial. Ello es consecuencia, precisamente, del mayor valor de la voluntad de las personas sobre las decisiones de autoridad, en todas las materias que pertenezcan al poder de disposición y que antaño sólo tenían manifestación a través de la transacción (art. 1812 CC) pero hoy en día es reconocida de forma más amplia y contundente en los acuerdos de mediación, por ejemplo (art. 25.4 y 26 de la Ley 5/2012). El convenio regulador una vez aprobado por el Juez e incorporado a la sentencia tiene la misma eficacia ejecutiva respecto de todas las obligaciones de carácter patrimonial y naturaleza disponible, como es el caso.

Cuestiones procesales

Hechos nuevos introducidos en segunda instancia

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 28 de julio de 2015

En el presente caso la reducción de ingresos del padre que se introdujo como hecho nuevo en el trámite de recurso y se justificó documentalmente, debe tomarse en consideración por resultar trascendente al objeto de la controversia que es la de fijar la contribución alimenticia en favor de la hija, ya que supone una alteración sustancial de las circunstancias económicas del obligado que se tomaron en consideración para fijar la pensión alimenticia.

En el momento presente la reducción de ingresos del padre está probada, pues habiéndose celebrado el juicio de instancia el 1 de julio de 2013 y dictado la sentencia el 2 de diciembre de ese mismo año, se comunicó al Sr. Edemiro el 11 de diciembre de 2013 que pasaba a percibir un subsidio de 426 €/mes hasta el 12 de noviembre de 2014 y esa comunicación se acompañó al escrito de recurso y sobre ello pudieron contestar tanto la parte contraria que impugnó el recurso como el Ministerio Fiscal.

El artículo 752 LEC contiene una norma especial de los procedimientos relativos a los derechos de la persona y el derecho de familia, que permite una permeabilidad excepcional de los hechos nuevos en el litigio, en aras a garantizar la justicia material en este ámbito tan sensible del derecho. Obviamente se trata de evitar de forma razonable, que las resoluciones judiciales que se dicten, en especial las que fijan reglas de comportamientos futuros, como es el caso de las medidas reguladoras de las crisis familiares, no queden obsoletas antes de haber sido dictadas. Dicho precepto en su apartado 3 permite la introducción de los hechos nuevos relevantes incluso en la segunda instancia, por lo que, como ha ocurrido en el caso de autos, el recurrente ha podido manifestarlos, alegar cuanto ha tenido por conveniente y proponer y practicar prueba sobre los mismos, sin que se haya producido indefensión.

En el presente caso la reducción de ingresos del padre que se introdujo como hecho nuevo en el trámite de recurso y se justificó documentalmente, debe tomarse en consideración por resultar trascendente al objeto de la controversia que es la de fijar la contribución alimenticia en favor de la hija Laura, ya que supone una alteración sustancial de las circunstancias económicas del obligado que se tomaron en consideración para fijar la pensión alimenticia y no cabe olvidar que dicha pensión debe atender al principio de proporcionalidad que establece el art. 237-9 del Código Civil de Catalunya.

La escasez de recursos sin embargo no permite dejar de contribuir a los alimentos o hacerlo en una cantidad que no permitiría cubrir el mínimo imprescindible, pues es una responsabilidad primaria de los progenitores el dar cobertura a lo que sus hijos precisen para desarrollarse, por lo que es preciso fijar, tal como indica el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, lo que la Sala considera el mínimo vital, es decir, una pensión a favor de la hija Laura y a cargo del padre Sr. Edemiro de 150 €/mensuales, desde la fecha de esta resolución, que en todo caso deberá actualizarse conforme a las variaciones del IPC cada primero de año y cuya modificación igualmente podrá solicitarse de producirse un nuevo cambio más favorable de las circunstancias.

Régimen de visitas

Visitas intersemanales aunque el padre reside a 300 km

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 23 de julio de 2015

A pesar de la distancia de 300 km. entre la residencia de la menor y el padre, se acuerda conceder visitas intersemanales de dos tardes seguidas para cuando el padre se desplace a dicha ciudad, avisando a la madre con tres días de antelación y respetando las clases o actividades extraescolares. Igualmente se fija una comunicación telefónica diaria con un máximo de 20 minutos en el periodo comprendido entre las 19,30 y las 20,30 horas

Ambos progenitores recurren el régimen de vacaciones, visitas y comunicaciones de la menor con su padre. Por lo que se da respuesta conjuntamente a ambos motivos de los recursos.

Por la madre se pretende que las vacaciones escolares de verano se repartan por periodos quincenales, alega que el régimen establecido en la sentencia no es el adecuado para un niño de 4 años, que provocaría ansiedad al menor. El régimen propuesto por la madre se aplica a menores de corta edad, o cuando los padres solo pueden disponer de su hijo en el mismo mes por sus propias vacaciones laborales

Aunque ni el Ministerio Fiscal ni la contraparte se adhieren al recurso. Teniendo en cuenta la edad del menor que ha cumplido los 5 años, y que, nada se acredita sobre una situación de ansiedad del menor, sin perjuicio de que los padres puedan flexibilizar el régimen de estancias, y de que ayuden a prepararse al menor para que se desarrolle con normalidad el régimen de estancias en verano; no se considera más beneficioso para el menor en este supuesto el periodo quincenal en las vacaciones de verano, todo ello sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar los padres. En consecuencia el motivo del recurso de la Sra. Blanco, debe desestimarse.

En cuanto al motivo del recurso del padre, son varias las puntualizaciones solicitadas:

1º) Se pide una ampliación al régimen de visitas del padre a dos tardes entre semana, en defecto de acuerdo los martes y jueves, desde la salida del centro a las 20,30 h.

La petición no puede estimarse por la distancia kilométrica entre las dos ciudades en que viven los progenitores, Loeches (Madrid) y El Campello (Alicante), las visitas solicitadas, son habituales cuando se residen en la misma ciudad o pueblo. No obstante lo anterior, siempre que el padre pueda desplazarse a la localidad donde vive el menor podrá estar con él como mínimo dos tardes seguidas entre semana, en horario desde la salida del colegio a las 20,30

h, avisando a la madre con tres días de antelación y respetando las clases o actividades extraescolares que realizará en esos días.

Se solicita también, un régimen de comunicaciones entre el padre y el menor, que no se ha solicitado en la sentencia, esta comunicación por teléfono o cualquier otro medio telemático, cuando no se hace voluntariamente entre los progenitores debe recogerse en las resoluciones judiciales, porque con carácter general se consideran beneficioso, por lo que procede acceder a lo solicitado, debiendo tener comunicaciones diarias por cualquier medio telemático, durante un máximo de 20 minutos, en el periodo comprendido entre las 19,30 h y las 20,30 h, durante el curso escolar y entre las 20,00 y las 21,00 h en periodos de verano vacacionales, sin perjuicio de los acuerdos de los padres.

El padre para el supuesto en que se otorgara la custodia a la madre, solicita que para compensar los días que no puede ver y estar con su padre el menor se le conceda todos los días de Semana Santa al padre, y el fin de semana al mes en que haya un puente o escolar. Teniendo en cuenta la posibilidad de trasladarse el padre para estar con el menor, en este supuesto no procede acceder a lo solicitado.

La última petición del padre respecto de los días de cumpleaños del menor, del padre y día del padre, para que disfrute un día más con su hijo en el periodo de visitas inmediatamente posterior, no se puede estimar, sin perjuicio de que el padre pueda desplazarse a la localidad donde vive el menor pueda estar con la menor como mínimo dos tardes seguidas entre semana, como ya hemos puesto de manifiesto.

En consecuencia con lo expuesto, procede desestimar los motivos de los recursos sin perjuicio de la posibilidad del padre en los supuesto en que pueda desplazarse de poder visitar al menor, como se ha expuesto.

Pensión compensatoria

No se dan las condiciones para su establecimiento

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2015

La baja laboral de la esposa no es consecuencia del cese de convivencia, y además, la mayor parte de su vida laboral se ha desarrollado en régimen de autónomos, por lo que no existe motivo para establecer a su favor una pensión compensatoria.

Como tercer motivo de apelación impugna la no atribución de una pensión compensatoria a favor de la esposa dada la situación de desempleo en la que se encuentra desde que se produjo la separación matrimonial, habiendo participado en el desarrollo de la actividad familiar, siendo evidente la situación de desequilibrio que debe compensarse con la fijación de una pensión de carácter indefinido.

El apelado se opone al recurso de apelación pues no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 97 CC para el establecimiento de tal pensión, pues por la edad, formación, vida laboral y existencia de un patrimonio propio la separación no supuso desequilibrio alguno, estando la misma plenamente incorporada al mercado laboral.

Con respecto a este tipo de pensión en materia de familia, existe una doctrina del Tribunal Supremo totalmente consolidada y que se resume en la STS de 23 de enero de 2012 (recurso nº 124/09) en los siguientes términos: “ Entre las más recientes, las SSTS de 22 junio de 2011 [RC n.º 1940/2008] y 19 de octubre de 2011 [RC n.º 1005/2009] resumen la doctrina de esta Sala sobre la naturaleza de la pensión compensatoria, en particular, respecto del concepto de desequilibrio y del momento en que este debe producirse. Según se afirma, por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Al constituir finalidad legítima de la norma legal 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, de una parte, 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, y, de otra, que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no basarse en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial...”.

Partiendo de lo anterior hay que señalar que esta Sala

comparte el acertado análisis de los hechos y las pruebas practicadas realizada en la sentencia apelada, sin que los argumentos de la apelante puedan servir para desvirtuar la correcta sentencia dictada en instancia con respecto a la pensión compensatoria, corrección predicable tanto desde un punto de vista fáctico de valoración de la prueba como desde un punto de vista jurídico al haber interpretado adecuadamente las previsiones del artículo 97 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta.

Como se ha señalado en el fundamento de derecho anterior no cabe duda alguna de la integración de la apelante en el mercado laboral al haber estado de alta en diversas sociedades o como autónoma de forma prácticamente ininterrumpida desde 1996 al 31 de enero de 2014, fecha de la baja en la mercantil García y Andreu Consultores SL. No existe prueba alguna en las actuaciones que esta baja laboral venga relacionada con el cese de la convivencia marital, pues no consta la relación que el apelado pudiese tener con esta mercantil, pues éste es gerente de la sociedad Navegatel SL. Es cierto que después de dicha fecha no ha vuelto a estar de alta en Seguridad Social, pero por edad, experiencia, conocimiento de idiomas e integración en el mercado laboral, no cabe duda alguna de las posibilidades de encontrar un empleo, bien en una mercantil o como autónoma, pues no se puede olvidar que la mayor parte de las cotizaciones lo han sido en este carácter. Si a ello se unen las fotografías aportadas en el juicio oral, en las que se observa a la apelante en la oficina de una inmobiliaria en Elche y, aunque se desconoce que le lleva a ir reiteradamente a dicho local e incluso abrir el mismo, ello puede suponer que esté desarrollando una actividad laboral sin alta en Seguridad Social precisamente en un momento en el que se discute la adopción o no de una pensión compensatoria a su favor. Además la oferta de trabajo aportada como documento nº 12 de la contestación de la demanda, de carácter indefinido, demuestra la facilidad de acceso al mercado laboral de la apelante. Por ello no existe una situación de desequilibrio que justifique la fijación de la pensión compensatoria pretendida.

Pensión alimenticia

Se abonará desde la fecha de la sentencia

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de Julio de 2015

Hay que tener en cuenta que el padre, durante la tramitación del procedimiento, ha venido abonando a sus hijos regular y voluntariamente una asignación mensual en metálico de cuantía solo ligeramente inferior a la que se ha fijado en la sentencia y además se hacía cargo por domiciliación bancaria de una serie de gastos también conceptuales como alimentos, por lo que la pensión se devengará desde la fecha de la sentencia.

El Juzgado ha fijado como fecha de devengo de las pensiones la interposición de la demanda, siendo así que como bien apunta el recurso del padre la pensión de alimentos no fue reclamada en la demanda interpuesta por él mismo sino en la reconvencción deducida por la madre. En cualquier caso, es cierto que las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio y 26 de octubre de 2011 han sentado el criterio de que la regla temporal del art. 148-1 del Código civil es de aplicación en los procesos matrimoniales; pero no lo es menos que por el especial objeto de estos caben supuestos de excepción, tales como la convivencia de los cónyuges hasta la sentencia de separación o divorcio, la asunción en otra forma de las cargas familiares durante la sustanciación del juicio, la existencia de unas medidas provisionales previas a la interposición de la demanda, etc., tal y como se ha puesto de manifiesto en los casos contemplados en las sentencias de esta Sala de 13 de mayo de 2014, 15 de mayo de 2014 y 4 de diciembre de 2014, entre otras. En el caso presente el padre ya venía abonando a los hijos regular y voluntaria-

mente una asignación mensual en metálico de cuantía sólo ligeramente inferior a la pensión fijada por el Juzgado, se hacía cargo además por domiciliación bancaria de una serie de gastos también conceptuales como alimentos y, por último, la hija ha usado como vivienda particular una finca ganancial cuando no convivía con la madre en el domicilio familiar, uso que en función de dicha naturaleza debe estimarse también en parte como contribución del padre a sus necesidades. Todas estas circunstancias están declaradas probadas en la sentencia apelada, que debido a ellas establece la necesidad de que en el trámite de ejecución se deduzcan de la pensión devengada las cantidades correspondientes, cuando sin duda resultará mucho menos complejo extraer de esos hechos sus consecuencias naturales que son reconocer que el padre ha cumplido con creces su obligación alimenticia durante la sustanciación del juicio y que por tanto la pensión sólo se devengará desde la fecha de la sentencia de primera instancia, tal y como pretende en su recurso.

Sociedad de gananciales

Derecho de reintegro

AP Alicante, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de Julio de 2015

Como la sentencia de divorcio le impuso al esposo la obligación de cuidado y mantenimiento de los dos perros de raza pastor alemán, debe incluirse un derecho de reintegro en el pasivo por los gastos generados por tales conceptos y abonados en exclusiva por el esposo.

Por último, en lo relativo a la partida relativa al cuidado de los dos perros de raza pastor alemán, que la Juzgadora no ha estimado procedente fijar como crédito a su favor, a pesar de que la sentencia de divorcio le impuso al Sr. Marcos la obligación de su cuidado y mantenimiento, considera el recurrente que deberían fijarse tales gastos en el pasivo, teniendo presente la certificación emitida en tal sentido por el veterinario (doc. nº 37 aportado en el acta de formación de inventario), dejando su valoración para un momento posterior cuando se lleve a cabo la liquidación de la sociedad ganancial.

El motivo de recurso que formula el demandado en este particular debe ser acogido por la Sala, porque efectivamente se le impuso en la sentencia de divorcio el cumplimiento de dicha obligación, que lógicamente debe generar los correspondientes gastos a su cargo, computados en este caso desde la fecha de dicha sentencia hasta la definitiva liquidación de la sociedad ganancial, fijándose en ese momento su importe debidamente actualizado al tiempo de la liquidación de ésta, de conformidad con lo establecido en los artículos 1364 y 1398.3º del Código Civil.

Vivienda familiar

Prevención para el caso de pérdida del uso

AP Alicante, Sec. 9.ª, Sentencia de 8 de Julio de 2015

Dado que la titularidad del inmueble puede ser del abuelo paterno, se acuerda conceder el uso a la madre e hija y para el caso de pérdida de la posesión como consecuencia de la acción de desahucio por precario se acuerda que la pensión alimenticia se incremente en la cantidad de 300 euros mensuales.

En autos de juicio de divorcio, se centra el contencioso y objeto del pleito en la atribución del domicilio que fue conyugal.

Se lo atribuye el juez a quo a la menor y a la madre bajo cuya custodia queda.

Recurre el padre de la menor alegando, que la madre se llevó parte de los muebles y se fue a vivir a casa de una tía donde continua viviendo aunque esta falleció, sin que esté acreditado que no pueda continuar en la misma o alquilar otra. Que es de aplicación la Ley valenciana 5/2011 (suspendida por providencia del TC de 17 de abril de 2008 BOE del día 22 siguiente). Que la titularidad del suelo es de su padre, hecho no controvertido, que la vivienda no es de la esposa debiendo dilucidarse solo si es suya o de su padre. Que se puede salvaguardar el interés de la menor cubriendo esta necesidad aumentando la pensión alimenticia, evitando previsibles acciones de precario y nuevas modificaciones de medidas. Considera que debe tenerse al recurrente como titular de la vivienda y de atribuirse la misma a la esposa establecer una compensación por el no uso, limitándolo a dos años.

Se opone la recurrida, que reconoce haberse instalado en casa de una tía enferma de alzhéimer a la que cuidó hasta su muerte, que esa casa está en venta. Que el apelante solo usa la casa para dormir, pues vive con sus padres. Que la recurrente se ocupó de la legalización de la casa hecho no controvertido y buscó quien hiciese el proyecto. Que el padre como dueño de la casa no tiene inconveniente en que se le atribuya. Que el apelante obra con mala fe, pues no facilita el uso de la vivienda por la menor pero se apresura a rebajar la pensión de 250 a 180€

Tanto el art 96 del CC como el art. 6 de la LRF, pues el menor ha nacido en esta Comunidad donde residen sus padres, atribuyen el domicilio conyugal al progenitor en cuya compañía quede el menor. Pues bien la titularidad de la vivienda corresponde aparentemente al padre del recurrente, dueño del terreno, que afirmo ser suya y negó que la recurrida pusiese nada para la construcción. No es cierto, que dijese que no tenía inconveniente en que se les atribuyera la vivienda a su nieta y a la madre. De hecho, lo que dijo era que no tendría inconveniente si la atribución fuese solo a su nieta, y respecto a la posibilidad llegado el caso de emprender acciones de desahucio, dijo no haberlo pensado

es decir, no lo excluyó. La sentencia lo deja indeterminado. Resulta irrelevante el que la recurrida se alojase un tiempo en casa de una tía a la que atendió en su enfermedad y ello aunque siga allí, pues ni se acredita que ostente titularidad alguna sobre la misma y nunca constituyó domicilio familiar que es el que aquí ha de asignarse.

En éste supuesto y de la prueba practicada se deduce: que si bien los cónyuges pueden ostentar, esencialmente el recurrente, algún derecho en la construcción inacabada de una vivienda edificada sobre un solar del padre, ni la vivienda ostenta de forma acreditada el carácter de ganancial ni tampoco el que sea propiedad exclusiva del recurrente.

Lo cierto es que la sentencia de instancia a pesar de la inseguridad en torno a la titularidad de la vivienda opta por proteger el interés de la menor y le atribuye, a falta de otra, a ella con su madre el uso de la misma, compensando con una pensión pequeña la atribución a la madre. Todo ello dentro de las dudas que genera la aplicabilidad al supuesto de la LRF.

Ello no obstante la situación de inseguridad subsiste. Como se dice en la STS 1/2/2000 "Por todo ello se vulnera el art. 359 del Código Civil y Jurisprudencia que lo aplica (Sentencias, entre otras, 10 diciembre 1957, 12 noviembre 1960, 7 enero 1984, 22 diciembre 1986, 16 marzo 1993 y 12 mayo 1998), con arreglo a los que el principio "superficie solo cedit", que consagra el artículo citado, es una manifestación de la fuerza expansiva de la propiedad del suelo, el cual opera a modo de una presunción "iuris tantum", de manera que la atribución de lo edificado al propietario del terreno sobre el que se ha construido, tiene lugar a salvo de prueba en contrario, por lo que el "onus probandi", en virtud de dicha regla especial probatoria, corresponde al que pretenda la titularidad de lo construido".

En nuestro supuesto no se ha acreditado la propiedad frente al título del padre del recurrente, quien podría ostentar título suficiente para legitimarla para el ejercicio de la acción de desahucio, a pesar de que el recurrente sostiene que es de su propiedad, se atribuye la construcción y haber pagado la sanción por construir sin licencia, doc. 17. De ser así y como ha quedado dicho la compensación ya se ha practicado, como dice la sentencia de instancia al fijar pensión por gastos ordinarios.

Aunque no es este procedimiento para cuestionar la propiedad, lo cierto es que han de prevenirse situaciones meramente eventuales en perjuicio de la estabilidad de la menor.

Como se dice en la STS de 10/10/2011 "En relación al primero de los problemas que surgen en el presente caso, es decir, el relativo al hecho probado de que la vivienda cuyo uso ha sido atribuido a la hija y a la madre que ejerce la custodia, pertenece en propiedad a los padres del marido y al propio marido, debe aplicarse la doctrina formulada en SSTS 859/2009, de 14 enero 2010, 861/2009, de 18 enero 2010 del pleno de esta Sala, y reiterada en las SSTS 178/2011, de 18 marzo y 772/2011, de 22 noviembre, así como las de 474/2009 de 30 junio, 653/2009, de 22 octubre, 443/2010, de 14 julio, 727/2010, de 11 noviembre y 772/2010 de 22 noviembre. Tal como afirma la STS 178/2011, de 18 marzo " B) Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 (RC núm. 1994/2005), la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios."

De acuerdo con esta reiterada doctrina, la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda.

O como dice la STS de 15/3/2013 En orden a revisar en casación las conclusiones alcanzadas por la AP respecto a la atribución del uso de la vivienda del artículo 96 CC, debe recordarse que el interés sin duda prevalente de los menores demanda una vivienda adecuada a sus necesidades y que, conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 del CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. El artículo 96.1, dice la sentencia del TS de 29 de marzo de 2011, presupone que este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores y por ello y para evitar controversias entre ellos, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia, precisamente como titular de la obligación que le impone el artículo 154.2.1. Es cierto, como precisa la STS de 5 de noviembre 2012, que hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta

que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que los hijos no precisen de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (STS 10 de octubre 2011). No ocurre así en el caso presente caso. La sentencia recurrida, en orden a proteger el interés de los menores bajo la custodia de su madre, asignó a los mismos el uso de la que fue vivienda familiar hasta la ruptura de la relación del matrimonio. Es cierto que durante el procedimiento los abuelos maternos les cedieron de forma totalmente gratuita y de favor el uso de una vivienda de su propiedad pero ello no indica sin más que pueda ponerse a su cargo una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que estos pueden, además, hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, propiedad del esposo, que constituyó el domicilio conyugal y que no abandonaron de forma voluntaria, y menos aún con vocación de permanencia, sino "habida cuenta las males relaciones entre los cónyuges que desembocarían posteriormente en procedimientos penales en alguno de los cuales se fija una orden de protección que incluye el alojamiento ".En definitiva, mantener a los hijos en la vivienda de sus abuelos supone consagrar una situación de precario que les ha permitido convivir durante la tramitación del procedimiento, sin necesidad de formular solicitud alguna en tramite de medidas provisionales, basadas en criterios de oportunidad distintos de los que protege el artículo 96 CC. La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el momento en que podrían ser desalojados en cualquier momento por la exclusiva voluntad del tercero propietario mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que está legitimado por la inexistencia de contrato con la ocupante. Ello perjudicaría a los menores, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda..

A falta de vivienda familiar atribuible de forma segura a la menor, la solución ha de venir de la mano de encontrar una solución habitacional exenta de riesgos y esta se encontrará, estableciendo una alternativa a la pérdida de la misma, supuesto en el que habrá de acudir al arrendamiento.

En este sentido, vistos los ingresos de los progenitores, se acuerda confirmar lo resuelto en la sentencia de instancia, manteniendo en el domicilio familiar a la madre y al menor hasta que este llegue a la mayoría de edad, y caso de que fueran desahuciados habría de incrementarse la pensión para gastos ordinarios hasta 300€ mensuales, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

Sociedad de gananciales

Construcción de inmueble

AP A Coruña, Sec. 6.ª Sentencia de 16 de septiembre de 2015

No puede incluirse en el activo un derecho de crédito por la construcción de una vivienda en terreno propiedad de un tercero pues no aparece definido ni cuantificado.

El único punto controvertido entre las partes que se somete a la consideración de esta Sala, es la pretensión de la representación de la apelante de introducir en el activo del inventario de la sociedad de gananciales, la partida segunda, "deuda por importe de 5.700 euros del cónyuge Luis María para con la sociedad de gananciales por las obras realizadas en el inmueble sito en el lugar de DIRECCION000 NUM000, Boqueixón, A Coruña. Obras de mejora en las cuadras anexas al inmueble que fuera domicilio conyugal, realizadas constante matrimonio. Obras que suponen un actual incremento de valor de 5.700 euros en el valor de dicho inmueble". La contraparte se opone a esta pretensión, que fue denegada ya en la sentencia dictada por el Juzgado "a quo".

...Dado que se trata de obras realizadas a cargo de la sociedad de gananciales en bienes de un tercero, porque la finca de Boqueixón era propiedad del padre del apelado, Sr. Doroteo, aun cuando constituyese el domicilio habitual de las partes, no estamos en el supuesto que contempla el artículo 1359 del Código Civil, de obras y plantaciones realizadas con cargo a la sociedad de gananciales en bienes privativos de uno de los cónyuges, sino de un tercero. Ello es bastante obvio, aunque ulteriormente, por fallecimiento del Sr. Doroteo, el bien pasase a formar parte de la masa de la comunidad hereditaria y uno de los herederos sea el apelado Sr. Luis María. No siendo aplicable el artículo 1359 del Código Civil, decaería la pretensión de incluir en el activo

del inventario, el "aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora". Pues como se recoge en la sentencia de esta misma Audiencia (sección 5ª) de 4 de julio de 2012, citada por la apelada, "En todo caso, se trataría de un derecho de crédito que la sociedad de gananciales ostentaría frente a la tercera propietaria, no de un derecho de crédito de la sociedad de gananciales frente a uno de los cónyuges (artículo 1397.3º). Aún de entenderse que, por tratarse de derechos de contenido económico, puedan también incluirse en el activo existente a fecha de la disolución de la sociedad de gananciales, ex artículo 1397.1º del Código Civil, los créditos gananciales de que fueran titulares los cónyuges frente a terceras personas, sería totalmente ajeno a un procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales la efectividad del crédito". Además, como la parte apelada, lo que pretende es incluir el aumento del valor del inmueble, que cuantifica en 5.700 euros, pero sin ninguna prueba de esa cuantificación, el crédito ganancial frente a terceros (que estaría constituido por el importe de las obras o por el aumento de valor), no aparece bien definido, con independencia de que no se prueba, en absoluto, el que exista ese incremento de valor y con tal cuantía. En suma, sin negar la posibilidad de que las partes ostenten un derecho de crédito frente a la comunidad hereditaria del causante Sr. Doroteo, tal derecho de crédito no aparece aquí debidamente definido ni cuantificado, por lo que no resulta pertinente su inclusión en el inventario.

Cuestiones procesales

Cauce para la petición de los alimentos del hijo mayor de edad

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de julio de 2015

Cuando el hijo mayor de edad abandona voluntariamente el domicilio familiar en el que convivía con la madre y decide convivir con el padre, no puede fijarse alimentos para el hijo y a cargo de la madre acudiendo a un procedimiento de modificación de medidas, sin perjuicio de que el hijo interponga una demanda de alimentos frente a ambos progenitores.

Tal y como se ha adelantado en el fundamento anterior, el objeto del recurso y por tanto el límite de resolución en esta alzada es la concurrencia de circunstancias modificativas que determinen la obligación de pago de la pensión de alimentos del hijo mayor de edad Pedro Jesús a cargo de la Sra. Claudia.

La sentencia dictada en el año 2008 atribuía a la Sra. Claudia la guarda y custodia de sus dos hijos y fijaba una pensión de alimentos al Sr. Anselmo de 200€ al mes para cada uno de ellos. Es incontrovertido que Pedro Jesús, ya mayor de edad (nació el NUM003 de 1994), salió del domicilio familiar pasando a residir con su padre a partir del 8

de mayo de 2013. Pedro Jesús no está estudiando y está inscrito en el servicio de ocupación. Carece de ingresos de cualquier tipo.

Para el mantenimiento de la pensión de alimentos a favor del hijo mayor de edad el artículo 233- 4.1 del CCCat establece dos requisitos: en primer lugar, la convivencia del hijo con el progenitor que reclama los alimentos y, en segundo lugar, que no tenga ingresos propios ni esté en disposición de tenerlos.

No existe controversia sobre el hecho de que Pedro Jesús en la actualidad no desarrolla ningún ciclo formativo ni sobre el hecho de que no está trabajando. Pese a ello sí se pone en cuestión incluso que tenga voluntad de hacerlo.

En este caso la controversia se ha centrado así en el momento y en la forma en que Pedro Jesús salió del domicilio materno y se incorporó al paterno. En primer lugar hay que hacer mención a que no se pone en cuestión que la pensión alimenticia que estaba fijada a favor de la Sra. Claudia y que por cierto no se estaba abonando, se ha extinguido. La cuestión es si, dentro del ámbito del artículo 233-4,1 del CCC es posible en un proceso de modificación de medidas, establecer una nueva pensión de alimentos a favor del progenitor con quien pasa a convivir en hijo mayor de edad que carece de independencia económica.

Y la respuesta es negativa dadas las circunstancias. Se aceptan así plenamente las razones que conducen al juez de Instancia a considerar que no concurren los requisitos precisos para la fijación de la pensión que debería establecerse en su caso a favor del Sr. Anselmo como progenitor

con quien convive el hijo mayor de edad. Así, frente a las afirmaciones de la demanda del "trato" que la madre ha infligido al hijo e incluso frente a la afirmación de que la Sra. Claudia fue quien echó a su hijo mayor de edad de casa, nos encontramos con la prueba desplegada en el proceso de modificación destacándose como elementos relevantes, como hace el juez de Instancia, las contradicciones continuas de la versión de Pedro Jesús (demanda y declaración testifical) y la exploración de la menor contenida en acta al respecto (folio 189) y valorada en el fundamento de derecho tercero.

Partiendo de estos dos elementos, una vez revisado el contenido de la vista, no puede sino concluirse que la marcha de Pedro Jesús fue voluntaria, que salió del domicilio familiar siendo mayor de edad, que no existe mínima constancia de maltrato ni agresiones físicas o verbales por parte de la Sra. Claudia o su actual marido, que no existe constancia alguna de adicción o de tráfico de estupefacientes, que no existe ningún riesgo para la menor Noemi (informe escolar e informes del Punt de trobada) y que, por tanto, Pedro Jesús rompió el nexo causal y legitimador para pretender alimentos para el progenitor con quien convive en la actualidad, extinguiéndose la prestación alimentaria a favor de la Sra. Claudia desde la salida del domicilio pero no generando una nueva prestación de alimentos para el Sr. Anselmo.

Todo ello sin perjuicio de la facultad que tiene el hijo de ejercer la acción de reclamación de alimentos entre parientes, en su caso y siempre que concurren los presupuestos legales establecidos.

Cuestiones procesales

No existe causa para declarar la nulidad de actuaciones

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 2 de julio de 2015

En el día señalado para la vista no compareció la letrada de la parte demandada y la procuradora compareciente únicamente solicitó verbalmente la suspensión sin aportar parte médico. Es cierto que la letrada remitió al día siguiente un escrito interesando la nulidad y acompañando un certificado médico en el que se recoge que está afectada de cólico nefrítico por lo que se aconseja reposo domiciliario. Como no se trató de una circunstancia imprevisible, la no presentación de la justificación antes de la vista impide que se decrete la nulidad de actuaciones.

Se rechaza la cuestión previa planteada por infracción de normas y garantías procesales interesándose la nulidad de actuaciones basada en la indefensión que se le habría producido al haber resultado imposible a su Letrada acudir a al acto del juicio celebrado el día 18 de septiembre de 2013, toda vez que la misma se encontraba afectado por una enfermedad.

...Asimismo cabe recordar la doctrina del Tribunal Cons-

titucional según la cual la realidad de la causa de suspensión que se invoque ha de ser averada, con eficacia probatoria y fuerza de convicción suficiente para llevar al ánimo del juzgador la veracidad de la circunstancia impeditiva de la asistencia y, en todo caso, es al órgano judicial a quien corresponde apreciar la concurrencia de las circunstancias que imposibilitan la comparecencia para acordar la suspensión del juicio, decisión que no admite discrecionalidad alguna pues se ha de adoptar en función de circunstancias

concretas, probadas e idóneas para justificar la suspensión, adecuación que es revisable en vía de recurso.

La indefensión, para que produzca el efecto anulatorio que se pretende, ha de ser imputable al órgano judicial, o dicho de otro modo, la parte o su representante o defensor han de haber actuado con la diligencia que según las circunstancias sea exigible, pues de lo contrario sólo a ellos sería imputable el resultado lesivo al derecho fundamental.

En cuanto al momento procesal en el que la causa de la incomparecencia ha de ser puesta en conocimiento del órgano judicial, se ha exigido el aviso previo.

Pero, excepcionalmente, también se ha admitido la justificación a posteriori de la causa de inasistencia concurrida cuando, concretamente, la enfermedad constituya un acontecimiento imprevisible, que además a tenor de las circunstancias concurrentes tenga una capacidad obstativa o paralizante de la actividad normal del sujeto (SSTC 218/1993 195/1999 y 115/2002

Pues bien, prevista la celebración de la audiencia previa para el día 18 septiembre 2013, a las 12;15 horas no consta la entrada de escrito alguno en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Sabadell con anterioridad a su celebración.

Y visualizada la grabación de la Audiencia Previa, se constata que comparece a dicho acto la Procuradora de la parte demandada pero no consta que aporte escrito alguno ni justificante de enfermedad del Letrado de la parte demandada, interesando únicamente la suspensión por en-

fermedad del letrado

Es cierto que el Letrado había remitido, al día siguiente las 13:15 horas del día 19 de septiembre de 2013, al Juzgado un escrito interesando la nulidad acompañado de un certificado médico en el que se recoge que la paciente esta afecta de cólico nefrítico por lo que se aconseja reposo domiciliario hasta la resolución de su patología álgica, obrante al folio 101.

Pero, en todo caso, la enfermedad o imposibilidad del abogado de la parte que pide la suspensión debe justificarse de forma suficiente y no consta que la Procuradora justificase la enfermedad mediante la aportación del parte médico con anterioridad al acto del acto del juicio, pues no se trató de una circunstancia imprevisible.

La solicitud verbal de suspensión que efectuó la Procuradora en el acto del juicio, la pudo haber efectuado con anterioridad a la vista, sin justificación documental del parte médico.

Por tanto, ninguna irregularidad procesal puede imputarse al órgano judicial por no haber acordado la suspensión del acto del juicio si la enfermedad del Letrado no fue debidamente justificada, documentalmente, con anterioridad a dicho acto, máxime cuando ya era la segunda vez que se interesó por enfermedad de la letrada la suspensión acordándose en aquella ocasión, por lo que no hay causa de nulidad de juicio por vulneración de normas esenciales del procedimiento o conculcación del derecho de defensa.

Guarda y custodia

Custodia compartida tras el traslado del residencia del padre

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 18 de septiembre de 2015

El cambio de residencia del padre de Madrid a Sevilla es motivo para modificar la custodia materna por la custodia compartida, si bien se previene al padre que si dicho cambio de residencia no es permanente, de forma urgente se restablecerá la custodia materna.

No hay ningún dato objetivo que cuestione la adecuada capacidad de los progenitores para el ejercicio de las obligaciones derivadas de la guarda y custodia y además el padre ha solicitado esa modificación entendiendo que ahora dada su nueva situación puede desarrollarla adecuadamente al haber trasladado un domicilio desde Madrid a Sevilla; esta es la principal causa para justificar su petición, y ello implica un cambio importante de las circunstancias, pues en tanto existía la diferente residencia de los progenitores ello impedía la guarda compartida; ahora con esa nueva situación y según refiere el apelante al haber establecido su domicilio en un lugar próximo al de la madre, y a los colegios de los menores, concurren nuevas circuns-

tancias que permiten acceder a esa pretensión, pues no se produce ninguna alteración en la vida diaria de los menores; van a residir en la misma zona y van a acudir a los mismos colegios; la relación con el padre parece que es buena, y como se recoge en la vista los menores los fines de semana que están con él se van en muchas ocasiones a Madrid, y ningún hecho relevante se acredita sobre problemas importantes en su desarrollo; todo ello conlleva que en beneficio de los menores y aplicando la doctrina que esa forma de custodia es deseable, acordar la modificación del régimen de guarda y custodia y establecerla compartida por periodos semanales de lunes a lunes, y fijando un día intersemanal para el cónyuge que no los tenga; este régi-

men tiene como premisa absolutamente necesaria el hecho que por la declaración del apelante se da por acreditado el cambio de domicilio a Sevilla, con carácter permanente, y que conlleva que durante los periodos de permanencia los menores deben permanecer en Sevilla; caso de que no se produjere ello permitiría acudir a una vía urgente para que se dejare sin efecto esta nueva medida; el hecho de que la guarda y custodia compartida conlleva una disminución de los gastos y por tanto de la contribución a los mismos pues-

to que los alimentos se prestan durante los periodos de alternancia obliga a que la pensión establecida deba sufrir una modificación, debiendo contribuir el padre con la cantidad de 250 euros mensuales por hijo, y con esa cantidad se atenderán por la madre los gastos ordinarios que no se producen o generan durante los periodos de convivencia; procede estimar el caso sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Uniones de hecho

Cuestiones patrimoniales

AP Albacete, Sec. 1.^a, Sentencia de 13 de julio de 2015

El conviviente de hecho carece de derecho alguno respecto del inmueble que se inscribió exclusivamente a nombre de quien fue su pareja. No hubo pacto expreso ni actos concluyentes que evidencien la voluntad de constituir un patrimonio común. Tampoco estamos ante una “fiducia cum amico”

El demandante, Primitivo, pretendía que se declarase que es copropietario por mitad pro indiviso del inmueble sito en Albacete, CALLE000 nº NUM000, NUM001 NUM002, finca registral NUM003 del Registro de la Propiedad nº 3 de Albacete, así como la nulidad parcial de la escritura pública de compraventa de ocho de marzo de dos mil dos otorgada ante el Notario de Albacete D. Miguel Ángel Martínez Vicente con el número 642 de su protocolo en cuanto a las personas de los compradores se refiere y ordenando la cancelación parcial o rectificación de la inscripción novena de la finca litigiosa en el Registro de la Propiedad, debiendo reflejar el condominio declarado, o, subsidiariamente, que se declarase que tiene frente a la demandada un derecho de crédito por importe de 85.135,25 euros y se condenase a la misma al pago de dicha cantidad, más los intereses legales, en todo caso con imposición de costas a la demandada.

El demandante se basaba en el hecho de que desde poco antes de la adquisición de la vivienda por la demandada, Eugenia, mantenía con ella una relación “more uxorio” y en los siguientes argumentos:

a) Si figuraba ella sola como adquirente era porque él el 8 de marzo de 2002 aun estaba casado en régimen de gananciales con Elisa (su sentencia de separación es de fecha veintiuno de junio de dos mil dos).

b) La vivienda fue pagada con el importe de un crédito con garantía hipotecaria suscrito con Caixa de Catalunya el mismo día ocho de marzo de dos mil dos, formalmente sólo por Dña. Eugenia con el aval de su madre y su tía paterna, aunque el actor según él contribuyó en todo momento al pago de sus vencimientos y abonó íntegramente la cuota correspondiente a junio de dos mil cuatro por importe de 737,13 euros e hizo ingresos en la cuenta bancaria en la

que se cargaban los recibos los días veintiuno de septiembre de dos mil cinco (por importe de 400 euros), trece de enero de dos mil cinco (por importe de 2.000 euros) y veintitrés de febrero de dos mil cuatro (por importe de 5.000 euros, lo que hace un total de 8.137,13 euros).

c) Con el fin de obtener unas condiciones más beneficiosas, el siete de febrero de dos mil cinco se suscribió con Ibercaja, previa cancelación del préstamo anterior, uno nuevo también con garantía hipotecaria sobre el inmueble litigioso. En este préstamo se reprodujeron las condiciones formales en cuanto a titularidad, si bien figuraba como avalista únicamente la tía paterna de la señora Eugenia, pero fueron gestionados por el señor Primitivo los trámites que condujeron a su concesión. Además realizó según él pagos por importe total de 14.411,42 euros mediante orden de transferencia bancaria desde su cuenta a la cuenta en que se cargaba la cuota mensual del préstamo de la que es titular la demandada, manteniéndose dicha orden de transferencia, si bien desde el treinta y uno de octubre de dos mil seis no se han realizado más pagos por impedirlo la demandada, quien ha asumido el abono del préstamo.

d) Durante la convivencia se realizaron en el inmueble por la pareja dos reformas o rehabilitaciones importantes, una al momento de su adquisición, previa a la ocupación, y otra en los últimos meses del embarazo del segundo hijo de la pareja, reformándose la cocina y el cuarto de baño e instalándose tarima flotante, sufragando el actor, a su costa siempre según él, la totalidad de dichas reformas, que ascendió a 47.332,17 euros.

e) Además el actor mantiene que se hizo cargo de la contratación y pago a su costa del consumo eléctrico, e hizo frente a las cuotas de la Comunidad de propietarios y reci-

bos de I.B.I. correspondientes a los ejercicios 2.006 y 2.007, así como a la prima del seguro multirriesgo del hogar o a la alarma de seguridad, ascendiendo estos pagos a 15.250 euros.

f) La demandada no podía por sí sola hacer frente a los pagos reseñados, máxime si se piensa que los litigantes mantenían un tren de vida elevado, con viajes al extranjero y amplia vida social, y además tenían que mantener a dos hijos, y que aquella estuvo algunos períodos sin realizar actividad laboral alguna, otros estuvo en situación de incapacidad temporal, incluidos dos embarazos, y otros estuvo cobrando la prestación por desempleo.

g) Una vez divorciado de su esposa mediante sentencia de once de junio de dos mil cuatro, el actor intentó, según él, que la situación de cotitularidad real del inmueble se reflejara en el Registro de la Propiedad, sin que llegara a conseguirlo, produciéndose la ruptura definitiva de la pareja a finales de dos mil cinco, abandonando la demandada voluntariamente la vivienda y regresando al domicilio paterno en Gata de Gorgos, dictándose con fecha veinticuatro de julio de dos mil seis auto de medidas paterno filiales provisionales en el que se atribuía el uso de la vivienda familiar al demandante.

La sentencia de primera instancia fue desfavorable al demandante, desestimando su pretensión principal por entender que, aunque las situaciones de convivencia more uxorio o uniones de hecho pueden dar lugar, y de hecho lo hacen, a situaciones de verdadera comunidad de bienes o copropiedad, la existencia de dicha situación de condominio ha de resultar de la voluntad expresa o tácita, deducible de hechos concluyentes, de los integrantes de la pareja, incumbiendo al actor, conforme a las reglas de la carga de la prueba establecidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la carga de probar esa voluntad expresa o tácita, sin que de los actos que han quedado probados quepa deducirla. E igualmente se desestimó la pretensión subsidiaria, porque no se consideró acreditado que los ingresos y transferencias efectuados por el señor Primitivo tuvieran por finalidad compartir el pago de los vencimientos de las sucesivas hipotecas, ni tampoco que el mismo pagara las obras de reforma, siendo así que los pagos acreditados por I.B.I., facturas de electricidad, cuotas de la comunidad de propietarios, seguro y alarma se corresponden con los años dos mil seis y dos mil siete, es decir, cuando, una vez rota la convivencia, el señor Primitivo continuó en la posesión exclusiva de la vivienda. Además de que en cualquier caso no procedería condenar a la señora Eugenia a reintegrar al señor Primitivo los posibles desembolsos que éste hubiera podido realizar para la vivienda, ya que la misma sirvió desde su adquisición como domicilio familiar de la pareja y sus hijos comunes.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 299/2008 de 8 mayo, Aranzadi RJ 2008\2833, recuerda que “tanto las sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 14/1990 [RTC 1990, 14] y 222/1992 [RTC 1992, 222]), como las de esta Sala (17 mayo 1998 y las allí citadas, así como la de 12 septiembre 2005 [RJ

2005, 7148]) proclaman la diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio. La sentencia de esta Sala de 12 septiembre 2005 declara que “la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio - Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990(RTC 1990, 184)y la 222/92 (RTC 1992, 222), por todas-, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por “analogía legis” de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad”. Es cierto que esta última sentencia se pronuncia en un supuesto de reclamación de una cantidad semejante a la de la pensión compensatoria del art. 97 CC, pero sus planteamientos generales son coincidentes con sentencias anteriores relacionadas con reclamaciones relativas a la liquidación económica de los bienes adquiridos durante la convivencia, ya sea de forma individual por uno de los convivientes, ya sea en comunidad.

Los criterios utilizados por esta Sala en relación a esta problemática pueden resumirse a los efectos de la solución que debe darse a este recurso:

1º Esta Sala ha declarado siempre que debe estarse a los pactos que hayan existido entre las partes relativos a la organización económica para la posterior liquidación de estas relaciones (STS de 18 febrero 2003). La sentencia de 12 septiembre 2005(RJ 2005, 7148), seguida por la de 22 febrero 2006 (RJ 2006, 831), declara de forma contundente que “las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por Ley específica; en ausencia de la misma se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto”.

2º No se requiere que el pacto regulador de las consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso. Esta Sala ha admitido los pactos tácitos, que se pueden deducir de los facta concludentia, debidamente probados durante el procedimiento (SSTS de 4 junio 1998 [RJ 1998, 3722] y 26 enero 2006 [RJ 2006, 417]). Por ello esta Sala ha entendido que se puede colegir la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia siempre que pueda deducirse una voluntad inequívoca en este sentido. Las sentencias de 21 octubre 1992 (RJ 1992, 8589), 27 mayo 1998 (RJ 1998, 3382) y 22 enero 2001 (RJ 2001, 1678) admiten que se pueda probar la creación de una comunidad por medio de los facta concludentia, que consistiré en la “[a] portación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común”.

3º Sin embargo, no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen (Sen-

tencia de 27 mayo 1998). La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente, la exclusión del régimen. A pesar de ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que se deduce de los hechos que se declaran probados que hubo una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos.

4º Los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen comunes a los convivientes, por lo que pertenecen a quien los haya adquirido; sólo cuando de forma expresa o de forma tácita (por medio de hechos concluyentes) se pueda llegar a determinar que se adquirieron en común, puede producirse la consecuencia de la existencia de dicha comunidad”.

El recurrente alude tanto a la existencia de esos “actos concluyentes” como a la doctrina sobre la fiducia para justificar su pretensión principal.

La “fiducia cum amico”, tiene su precedente histórico, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo nº 518/2009 de 13 julio (Aranzadi RJ 2009, 4466), en las Instituciones de Gayo y su posibilidad y validez ha sido reconocida por la jurisprudencia (entre otras sentencias cabe citar las de 15 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1837); 5 de marzo y 16 de julio de 2001 (RJ 2001, 5226); 17 de septiembre de 2002; 10 y 13 de febrero (RJ 2003, 1046) y 31 de octubre de 2003; 30 de marzo de 2004; 23 de junio y 27 de julio de 2006; 7 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3559) y de 17 mayo de 2011 (RJ 2011\3973)); siendo así que en esta modalidad de fiducia el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, de modo que el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza. Pero para la apreciación de una situación de ese tipo es preciso que se de una explicación sobre su necesidad o conveniencia, pues normalmente sirve para la ocultación, y en el caso de autos, aunque se ha intentado, esa explicación no ha resultado convincente.

En efecto, se dijo en la demanda que la razón por la que no se adquirió la vivienda a nombre de ambos litigantes es que aun no se había producido la disolución de la sociedad de gananciales del matrimonio del recurrente. Pero, primero, tal disolución podía haberla conseguido fácilmente el demandante por la vía del art. 1392, 4º del Código Civil, dada la buena disposición de su esposa, que ya entonces había firmado una propuesta de convenio regulador (v. folio 53, documento nº 5 de la demanda) de cara a la separación judicial de mutuo acuerdo; segundo, podía haber al menos asumido como deudor el préstamo obtenido para la adquisición de la vivienda, o en último caso podría haber aparecido como avalista, y nada de ello hizo; tercero, una vez desaparecido el obstáculo que podía representar la existencia de la sociedad de gananciales, cuando se canceló el primer préstamo hipotecario y se concertó el segundo, nada impedía que el actor apareciera como titular del bien y del préstamo.

Volviendo a la doctrina del Tribunal Supremo sobre las consecuencias económicas de las uniones de hecho, y no

habiéndose alegado la existencia de ningún pacto expreso en virtud del cual se estableciera la comunidad o copropiedad de la vivienda litigiosa, hay que verificar, como se hizo en la sentencia recurrida, la realidad de los hechos alegados por el demandante para después determinar el alcance que tienen como actos concluyentes en tal sentido.

A) Ya se ha dicho que la convivencia “more uxorio” no tiene por sí misma ninguna significación como hecho motivador de un régimen económico análogo al del matrimonio, pues ha de pensarse que la decisión de convivir sin estar casados la adoptaron los litigantes precisamente para evitar que se les aplicaran las consecuencias de esa institución.

B) El hecho de que el demandante tuviera en su poder el documento que aportó con su demanda con el nº 10 (folio 94, duplicado de un recibo de un vencimiento de la hipoteca a nombre de la demandada) nada prueba, pues no debe perderse de vista que tras la ruptura de la pareja él quedó ocupando la vivienda familiar.

Y tampoco es significativo que hiciera ingresos en la cuenta bancaria en la que se cargaban los recibos del préstamo (los días veintiuno de septiembre de dos mil cinco, por importe de 400 euros, trece de enero de dos mil cinco, por importe de 2.000 euros, y veintitrés de febrero de dos mil cuatro, por importe de 5.000 euros, lo que hace un total de 8.137,13 euros). En esa cuenta bancaria se cargaban muchos gastos de la familia (v. folios 265 y ss.), por lo que no es extraño que el recurrente contribuyera con algunos ingresos al fondo común (con una cantidad poco significativa, además, dado el nivel de vida de la pareja y que los ingresos se produjeron en un período de año y medio).

C) Tampoco es un acto concluyente que el actor, abogado de Ibercaja, gestionara ante esta entidad la novación del préstamo hipotecario e incluso firmara en su propio nombre la oferta vinculante, pues es lógico que lo hiciera aun pensando que fue en beneficio de su compañera. Al contrario, es significativo de la voluntad contraria a la copropiedad que en ese momento, estando ya el recurrente separado legalmente, no asumiera mayores obligaciones en relación con el pago del préstamo.

Por otra parte, los 14.411,42 € que dice que pagó son en realidad transferencias de distintas cantidades desde su cuenta a la cuenta en la que se cargaban los recibos del préstamo hipotecario. Van desde el 10 de febrero de 2005 hasta el 31 de octubre de 2006 (v. certificación de Banca obrante al folio 97). Suponen el pago de una media de 686 € mensuales, y parte de ellas se hizo después de que la pareja se rompiera a finales de 2005.

Los pagos posteriores a 2005 no son reveladores de un acuerdo tácito de los litigantes de hacer propio al 50% el piso litigioso, dada su situación de ruptura afectiva.

Además, debe repararse que en la sentencia que estableció las medidas paternofiliales (de 16 de febrero de 2007, folios 164 y ss.) se fijó a cargo del demandante una pensión de 480 € mensuales para sus hijos, más la mitad de los gastos extraordinarios, por lo que en cualquier caso el pago de esos 686 € mensuales estaba justificado sin necesidad de

pensar que iba destinado a pagar una parte de la hipoteca. Hay que pensar en la obligación del demandante de contribuir al sostenimiento de su familia y de contribuir también a los gastos derivados de su propio alojamiento y de los servicios y suministros de los que disfrutaba, contribución que sí es consustancial a las situaciones de convivencia “more uxorio”.

D) Todo lo anterior se da por reproducido en cuanto la contratación y pago del consumo eléctrico, cuotas de la Comunidad de propietarios y recibos de I.B.I. correspondientes a los ejercicios 2.006 y 2.007, así como a la prima del seguro multirriesgo del hogar o a la alarma de seguridad.

E) En cuanto a la primera reforma de las dos que se hicieron en la vivienda, hay que entender que se abonó con el exceso o sobrante del crédito hipotecario, cuyo importe era muy superior al precio de la vivienda, no siendo determinante el hecho de que las facturas estén a nombre del demandante, dada su condición de letrado de una asociación de constructores de Albacete, resultando sospechoso que una de ellas sea coincidente con una factura cuyo pago se reclama por uno de los representantes de la empresa que la emitió a la demandante, aunque su importe sea diferente (v. facturas de los folios 104, 393 y 395, y la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Albacete de 21 de diciembre de 2012, no siendo cierto, desde luego, que en la misma se afirme que la factura aportada por el demandante es au-

téntica).

Y respecto de la segunda reforma, materializada en los últimos meses del embarazo del segundo hijo de la pareja, puede decirse lo mismo, con el añadido de lo relatado por los testigos familiares de la demandada, que relataron convincente y coincidentemente que la obra la organizó el demandante como “regalo sorpresa” para su compañera por su segundo hijo y mostraron su enojo porque después comprobaron que tenían que financiarla.

F) Sobre la capacidad económica de la demandada, que según el demandante no era suficiente para afrontar el pago de la hipoteca y de los gastos derivados del elevado tren de vida de la familia, hay que decir que no hay por qué presumir que el actor hiciera más aportaciones a los gastos familiares que las que constan acreditadas, pues es igualmente posible que efectivamente la tía y el padre de la demandada prestaran su ayuda, como ellos mismos refirieron en el juicio. Y además, no debe perderse de vista que lo que podría justificar la estimación de la pretensión principal de la demanda es la constatación de un acto concorde e inequívoco de ambos integrantes de la pareja de establecer la titularidad conjunta de la vivienda, independientemente de cuales fueran los pactos existentes entre ellos sobre sus respectivas contribuciones a los gastos corrientes de la familia.

Guarda y custodia

Hijo afectado por síndrome de Down

AP Cuenca, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2015

La custodia del hijo mayor de edad afectado por síndrome de Down debe resolverse en el procedimiento de divorcio al no haberse iniciado ningún procedimiento de incapacitación. No se dan los requisitos para establecer la custodia compartida.

Lo primero que debe señalarse es que el hecho de no haber entrado la Sentencia apelada en el examen de la guarda y custodia solicitada, (por entender que tal cuestión debe ser establecida por el Juez que en su caso conozca de la incapacidad de Luz; que presenta un Síndrome de Down y es mayor de edad desde el NUM000.2008, y que por tanto en la actualidad tiene 25 años), no puede dar lugar a que se declare la nulidad de la misma para que por el Juzgado a quo se resuelva tal petición; y ello porque el artículo 465.3 de la L.E.Civil establece para tal caso que la cuestión será resuelta por el Tribunal de apelación.

El siguiente punto que debe ventilarse en la presente Resolución es si, (pese a no existir Sentencia de incapacitación de Luz), en el presente procedimiento se puede examinar o no la pretendida por la parte actora guarda y custodia

compartida.

Pues bien, este Tribunal, (conociendo que existen tesis divergentes entre las Audiencias Provinciales; por ejemplo, algunas consideran que dicho extremo debe fijarse por el Juez que en su caso conozca de la incapacitación, -y en tal sentido se pronuncian la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, en Sentencia de 25.07.2014, recurso 562/2014, o la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1ª, en Sentencia de 23.04.2013, recurso 29/2013 -, mientras que otras lo examinan en el propio procedimiento matrimonial, -Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6ª, de 20.02.2006, recurso 344/2005-), entiende que puede resolverse en el presente pleito, (hasta que en su caso y en su día se dicte la Resolución que corresponda en el proceso de incapacitación), y ello por lo siguiente:

.La Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 07.07.2014, recurso 2013/2012, (que examina la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad; ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007), viene a indicar que tal “...Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano 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. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad...”; deduciéndose de dicha Sentencia del T.S. que si existe una incidencia que afecta a una persona con discapacidad, (como aquí es el caso), no puede vincularse la misma a pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado, (como consideramos que sucedería si se dejase en este instante sin juzgar la cuestión y se remitiera a los litigantes a un proceso de incapacitación), debiendo darse solución a la misma, (al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad), 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, de todo tipo, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad, (siendo los derechos del discapacitado iguales o incluso más necesitados de protección, si cabe, que los que resultan a favor de los hijos menores).

...Si se examina el informe pericial aportado junto a la demanda, (folios 46 a 50 de las actuaciones), se comprueba que efectivamente el estado de salud de la actora se ha visto agravado después de dictarse la Sentencia de divorcio, (véase el apartado “documentación aportada” de dicho informe; folios 46 y 47), por lo que en abstracto sí concurriría una alteración de circunstancias para obtener una hipotética modificación de medidas.

Si se examina la demanda, (folios 2 a 26 de los autos), y la contestación a la misma tanto del Sr. Hermenegildo, (folios 75 a 80 de las actuaciones), como del Ministerio Fiscal, (folios 92 y 93 de los autos), se comprueba que efectivamente nadie solicitó que se dejara sin efecto la pensión de alimentos para el caso de no accederse a la guarda y custodia compartida, (pues incluso obsérvese como el Sr. Hermenegildo vino a hacer mención, en el suplico de su contestación, a que se mantuvieran íntegramente las medidas; véase la parte superior del folio 79 de los autos), razón por la cual la Juzgadora a quo, al no establecer la guarda y custodia compartida, no debió dejar sin efecto la pensión de alimentos que venía fijada. Es cierto que los Tribunales vienen señalando que en todas aquellas medidas que afectan a los hijos menores, (y ya hemos dicho que en el caso que nos ocupa la situación de Luz resulta equiparable a la de un hijo menor de edad), el principio dispositivo está atenuado, ya que hay connotaciones de orden público, al tratarse de proteger el interés preferente del menor, (y en tal sen-

tido se pronuncia, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, en Sentencia de 22.06.2010, recurso 1130/2009, cuyo criterio compartimos), pero parece evidente que, (por lo que ahora nos interesa), una hipotética intervención de oficio por parte del Juez deberá ir dirigida o bien a establecer una pensión de alimentos en favor del menor o a fijar un incremento de la misma, (si nadie lo ha solicitado y el Juzgador lo considera beneficioso para el menor), y no a extinguir la pensión, (cuando nadie lo ha solicitado), al ser notorio que ello perjudica la calidad de vida del menor.

Llegados a este punto, debemos plantearnos la siguiente cuestión: ¿En atención al interés superior de Luz debe accederse en este momento a la guarda y custodia compartida que se interesa en la demanda?.

Consideramos que no; y ello por lo siguiente:

.Si la pensión de alimentos a cargo del padre se mantuvo en vigor hasta que se dictó la Sentencia ahora apelada, (véase el folio 215 de las actuaciones), es razonable pensar en estos momentos que el progenitor tendrá que hacer frente a la integridad de las pensiones de alimentos ya devengadas, (máxime cuando en su día se despachó ejecución en su contra, -véanse los folios 44 y 45 de los autos-, si bien sin perjuicio de lo que finalmente se pudiese acordar, o hubiese podido ya decidirse, en dicha ejecución), siendo fundamental para ello, (para que finalmente el importe de tales pensiones lo pueda tener en su poder la progenitora de cara al cuidado diario de Luz), que el Sr. Hermenegildo siga trabajando. Pues bien, el padre de Luz, (el Sr. Hermenegildo), trabaja diariamente de 9 a 14 horas y de 15 a 19 horas, (como se desprende del folio 82 de las actuaciones), lo que pone de relieve que si se le atribuyera a diario durante varios meses al año el cuidado de su hija tendría que dejar de trabajar y, consiguientemente, dejaría de percibir el salario con el que deberá hacer frente a las pensiones ya devengadas, (y a las que puedan devengarse en el futuro), pues de los folios 110 y siguientes de las actuaciones, (datos económicos obtenidos de la Agencia Tributaria), no se desprende que sea titular de un patrimonio suficiente como para pagar dichas pensiones sin trabajar, (véanse los referidos folios 110 y siguientes), lo cual entendemos que afectaría negativamente a Luz, ya que en último término ella se vería privada de unas determinadas cantidades de dinero mediante las cuales será más factible que pueda acceder a más actividades especiales y adecuadas a su padecimiento. Por otro lado, el salario que percibe el Sr. Hermenegildo, (de unos 1.200 € netos mensuales; con arreglo al folio 81 de los autos), difícilmente alcanzaría para, (una vez sufragados sus gastos mensuales necesarios y los de Luz), poder contratar él a una persona que pudiera encargarse de su hija, en los períodos en los que se le atribuyese la guarda y custodia, durante sus 8 horas de trabajo diario. Además, tal hipotética solución, (hipotética contratación por el padre de una persona que pudiera encargarse de su hija durante sus 8 horas de trabajo diario), sería muy perjudicial para Luz, ya que ella se vería privada de presencia y ayuda de familiar directo durante muchas horas al día.

.Es cierto que el estado de salud de la madre de Luz se ha agravado con posterioridad a la Sentencia de divorcio,

(bastando para obtener tal conclusión con examinar el informe médico obrante a los folios 46 y siguientes de las actuaciones), pero no es menos cierto que tal situación clínica de agravación ya venía a ser la existente desde al menos el 15.11.2012, (que fue el momento en el que según el referido informe se le diagnosticó la última de sus dolencias; en concreto, bocio multinodular), resultando que la demanda de la que trae causa el recurso que ahora nos ocupa no se presentó hasta casi un año y medio después de la referida fecha, (en concreto, no se presentó hasta Abril de 2014), lo que significa que la progenitora, pese a sus dolencias, sí puede hacer frente de forma adecuada al cuidado diario a su hija, (poniendo ello de relieve que la alteración de circunstancias invocada no es lo suficientemente significativa como para acceder a la pretensión de la actora respecto de la guarda y custodia), atención y cuidado de la hija que además la madre realiza de manera tremendamente responsable y satisfactoria, (pues incluso lleva a su hija a clases de Danza, -como se desprende del folio 60 de los autos-, actividad que sin duda estimula enormemente las capacidades de Luz), lo que nos inclina a mantener la situación establecida en las medidas de divorcio; máxime teniendo

en cuenta que las retribuciones de D.^a Angustia son mayores que las del Sr. Hermenegildo, (véase el folio 102 de los autos), y que, junto a tales remuneraciones, las pensiones de alimentos que deberá seguir abonando el padre podrán servir en cierto modo para que la progenitora, (que además está jubilada y, por ello, cuenta con más tiempo que el padre para el cuidado de su hija; desprendiéndose del folio 108 de las actuaciones que la jubilación tuvo efectos del 01.07.2012), pueda contratar a alguna persona que sirva, al menos en algunos momentos puntuales, de ayuda para el cuidado de Luz.

En consecuencia, y por todo lo expuesto, se estimará parcialmente el recurso de apelación planteado; y ello en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento que sobre la pensión de alimentos se contiene en la Sentencia de primera instancia, manteniéndose, sin solución de continuidad, la pensión de alimentos establecida en la Sentencia de divorcio, (con mantenimiento, igualmente, del régimen de guarda que con relación a Luz allí se concretó; y ello hasta que en su caso y en su día se dicte la Resolución que corresponda en el proceso de incapacidad).

Pensión compensatoria

La ex esposa rechazó un trabajo

AP Alicante, Sec. 4.^a, Sentencia de 16 de Julio de 2015

Es dudoso que pueda subsumirse en los arts. 100 y 101 CC el hecho de que la ex esposa no haya aceptado un trabajo temporal (6 meses), a tiempo parcial (3 horas diarias) y en jornada nocturna, y además consta que lo rechazó en beneficio de su hijo, que se encuentra en desempleo con cargas familiares y al que ambos litigantes manifiestan estar ayudando.

Insiste el recurrente en su pretensión de suprimir, reducir o limitar temporalmente la pensión compensatoria establecida a su cargo por la sentencia de separación de 21 de febrero de 2003. Como con todo acierto dice la sentencia apelada, lo que ha de contemplarse es la situación económica del demandante en el momento de celebración del juicio, de manera que si ya no estaba en desempleo sino que percibía una pensión de jubilación de 2.529,70 euros mensuales no cabe estimar que se haya producido un empeoramiento relevante de su situación económica, sino que la pensión compensatoria que viene abonando de 505,35 euros mensuales es adecuada a dichos ingresos. Más dudoso es que deba considerarse también la oportunidad laboral rechazada por la esposa a que se refiere el recurso, ya que existe una razón diferencial y es que no se trata de un hecho que fuera alegado en tiempo oportuno como fundamento de la pretensión de la demanda pues no apareció en el proceso hasta el trámite de prueba, cuando fue manifestado por la esposa en el interrogatorio. En

cualquier caso, si ya es dudoso que pueda subsumirse en los arts. 100 y 101 CC el hecho de no haber aceptado un trabajo temporal (6 meses), a tiempo parcial (3 horas diarias) y en jornada nocturna, las dudas se desvanecen por completo si se considera que la demandada lo rechazó en beneficio de su hijo, que se encuentra en desempleo con cargas familiares y al que ambos litigantes han manifestado estar ayudando económicamente. Tampoco hay razón para limitar temporalmente en estos momentos la pensión, que en su momento fue establecida con carácter indefinido en atención a la duración del matrimonio y dedicación pasada de la esposa a la atención de la familia.

Pensión alimenticia

¿El hijo tiene en la actualidad 25 años y no ha obtenido plaza en las últimas oposiciones a las que se ha presentado y que lleva ya preparando tres años, ¿se dan las circunstancias para que se extinga la pensión alimenticia?

Si los ingresos del padre no han disminuido, no consideramos que en las circunstancias actuales concurra los requisitos para la extinción, puesto que ante el reducido número de plazas que salen en las oposiciones es normal un pe-

riodo más amplio de preparación. Lo que si viene entendiéndose por los juzgados y tribunales es que debe ponerse una limitación temporal a la pensión que nunca puede prolongarse excesivamente en el tiempo.

Filiación

Al no haberse presentado la madre con la hija para la extracción de sangre a fin de practicarse la prueba biológica, fue citada por segunda vez, y en esta ocasión con el apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia. Practicada la prueba, que dio un resultado positivo de paternidad respecto del actor que interpuso la demanda, la madre pide en el recurso de apelación la nulidad de actuaciones por la forma irregular en que fue apercibida. ¿Lleva razón la madre y debe tenerse la prueba por no practicada?

No. Aunque debe reconocerse que resulta contrario a derecho el apercibimiento efectuado a la madre, lo decisivo es que no fue obligada

por la fuerza para que la extracción de sangre. En consecuencia no existe motivo para que se declare la nulidad de actuaciones.

Ejecución de sentencia

Hace unos años se dictó sentencia de divorcio en la que se fijaba a cargo del padre una pensión alimenticia para los hijos de 300 euros. Desde entonces al padre ha venido abonando regularmente la pensión, si bien hace tres meses que se ha marchado de la ciudad donde residía desconociéndose actualmente su paradero, pero se tiene conocimiento que está dado de alta en la seguridad social. ¿Qué vía tendríamos que utilizar para que de forma inmediata se retenga de la nómina del padre el importe de la pensión alimenticia que mensualmente debe abonar?

Este supuesto está expresamente contemplado en el art. 158 del CC: "El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres". Por tanto, en el escrito inicial del expediente de jurisdicción voluntaria

(art. 87 de la LJV), dada la urgencia del caso, deberá solicitarse que de forma inmediata se adopte la medida sin perjuicio de citar posteriormente a comparecencia al padre y al Ministerio Fiscal. Es importante tener en cuenta que junto con la solicitud habrá de acreditarse el impago de las pensiones para lo cual bastará con presentar un extracto de la cuenta bancaria que se designó para el pago.

Crónica de las Jornadas

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

CÁDIZ

En el incomparable marco del Parador de Cádiz, arropados por la hospitalidad y cordialidad que caracterizan a la coordinadora de las mismas, nuestra compañera Elda Folgar Rodríguez, celebramos el pasado dieciocho de septiembre las IV Jornadas sobre Derecho de Familia, organizadas por la AEAFA y el Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz.

Con una asistencia de 240 inscritos, compuesta por profesionales de la judicatura, fiscalía, abogacía y otros interesados, llegados desde Baleares, Barcelona, toda la provincia de Cádiz, Córdoba, Guipúzcoa, Illinois, Madrid, Málaga, Sevilla y Vizcaya, se constató el acierto de los temas elegidos para conformar el programa y la oportunidad, ante la avalancha de reformas legislativas que afectan a nuestra materia, de celebrar dicho encuentro.

El acto de apertura contó con la presencia de D. Pascual Valiente Aparicio, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz y de D. Manuel Estrella Ruiz, Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz. En representación de la AEAFA, nuestros Presidente y Vicepresidenta.



La primera Ponencia, "La modificación de medidas como consecuencia de los cambios doctrinales. Criterios para su viabilidad", fue impartida por D. Gonzalo Pueyo

Puente, y respondió a las expectativas que despertaba el título, elevando al estrado las dudas interpretativas que nos asaltan, y dando cumplido análisis a cada una de ellas. Punto clave de su disertación fue la reflexión sobre la dificultad de acreditar el carácter voluntario, o no, de los actos llevados a cabo por los interesados que pudieran dar lugar a la modificación de medidas, realizando un recorrido por el criterio jurisprudencial más reciente y concluyendo que, la tendencia doctrinal actual, aboga por la posibilidad de instar este tipo de procedimientos sin necesidad de acreditar la sustancialidad del cambio de circunstancias. Concretamente, cuando de custodias compartidas se trate, en aras del interés del menor, se concederá siempre la modificación, si ello fuera posible conforme a los parámetros establecidos por el Tribunal Supremo.

Tras el coloquio, intervino el Magistrado D. Juan Miguel Carreras Maraña quien, con su ya habitual brillantez y amenidad, abordó un tema tan atractivo para los asistentes, como inabarcable por su extensión: "Cuestiones procesales controvertidas en los procesos de familia". Comenzó su intervención analizando las "medidas previas" y aclarando que ni son instrumentales de un procedimiento principal, ni buscan la accesoriadad, ni sirven para asegurar el resultado de aquel, a diferencia de las cautelares. Sintetizó las peculiaridades de

cada una y resaltó las diferencias respecto a las medidas del artículo 158 del Código Civil y a las medidas civiles derivadas de la orden de protección contempladas en el artículo 544 ter de la LECR. Recordó que toda solicitud de Medidas Previas ha de ser admitida a trámite, sin que sea exigible la urgencia.

Continuó ilustrándonos sobre la aplicación en los procesos de familia de las Diligencias Preliminares, incidiendo en la importancia de la solicitud conforme a las exigencias del artículo 256 de LEC, pues hay que garantizar la seguridad jurídica, impidiendo que puedan utilizarse para fines no contemplados en la ley.

Incidió en la especialidad que presenta el procedimiento verbal de familia, desarrollando todas sus fases, desde la posibilidad de prueba anticipada, al momento de aportación documental y de dictámenes técnicos, la ventaja que aporta la posibilidad de introducción de hechos nuevos, la posibilidad y exigencias para la acumulación de la división de patrimonios y liquidación del régimen económico matrimonial.

Hizo referencia a la necesidad de integrar en nuestros despachos el conocimiento especializado del Derecho Internacional de familia, dada la existencia de una extensa normativa que nos afecta.

Como resultaría imposible reseñar más exhaustivamente el contenido, baste afirmar que el ponente logró desentrañar, de forma pormenorizada, todos y cada uno de los procedimientos de familia, tan es así que la documentación facilitada, que comprende casi cien folios, ha pasado a ser una de las fuentes doctrinales de consulta diaria para muchos de los asistentes.

Tras el coloquio, compartimos el magnífico almuerzo en una de las terrazas del Parador Hotel Atlántico, que nos permitió disfrutar, junto al mar, de la cordialidad y ambiente animado que se respiraba, antes de retomar la actividad formativa.

Para comenzar la tarde contamos con la intervención de Doña Rosa María de Castro Martín, Magistrada de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Ceuta y ex Decana del Área Civil del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Amiga de la AEAFA, acude a cada invitación con ilusión cada llamada que exposición sobre "Técnica casacional y Jurisprudencia en materia de familia" comenzó con un análisis doctrinal sobre las resoluciones recurribles y el ámbito de los recursos, concretando su intervención al Derecho de Familia. Resultó de gran interés su estudio sobre el recurso de casación, exponiendo el cauce a seguir para una interposición con la máxima probabilidad de éxito: aplicar la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Acuerdo de Sala de 30 de Diciembre de 2011. Especialmente clasificadora fue también su exposición acerca del "interés casacional" y las referencias al recurso extraordinario por infracción procesal.

El dominio práctico de la ponente sobre el tema que impartía se hizo palpable en todo momento, pues supo hacernos comprensible, fácil y hasta amena una materia muy compleja y que sólo podemos aplicar de forma "extra-ordinaria".

Por último, concluyó la conferencia con el anunciado análisis jurisprudencial, facilitándonos las últimas resoluciones, todas ellas de 2015, en materia de pensión compensatoria, alimentos, vivienda familiar, finalizando, como entrada a la siguiente ponencia, con las de guarda y custodia compartida.

Para concluir tuvo lugar una provechosa mesa redonda que contó con tres componentes de gran nivel: Doña Isabel Cadenas Basoa, Magistrado Juez del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Cádiz, que nos ilustró acerca de los criterios judiciales para otorgar cada tipo de custodias, especialmente la compartida. La segunda integrante fue Doña Lorena Montero Pujante, Fiscal de la Audiencia Provincial de Cádiz, representando la posición de la Fiscalía, siempre en defensa de los menores. A estas dos posturas se sumó Doña Dolores Bernal García, Psicóloga del Equipo psicosocial adscrita a los Juzgados de 1ª Instancia de Cádiz, que brindó el carácter multidisciplinar perfecto a esta mesa, sobre "custodia compartida", al tratar sobre los Criterios psicosociales para un informe favorable. Tres componentes que sin duda proporcionaron el equilibrio ideal a un debate de lo más actual y práctico.

Como complemento, se realizó la presentación de la Asociación de Abogados Colaborativos de Familia, otra forma especializada de trabajar los conflictos jurídicos de familia, dándoles una respuesta eficaz, pero siempre negociada y equilibrada.

Solo resta felicitar a los organizadores, animándolos a seguir brindándonos cada año la oportunidad de aprender, compartir experiencias y seguir afianzando la relación de amistad que, año tras año, vamos construyendo.

Inma Marín Carmona



X FORO HISPANO-MARROQUÍ DE JURISTAS

CASABLANCA 2016

La Asociación Española de Abogados de Familia participará un vez más en el Foro Hispano Marroquí de Juristas que se celebra durante los días 18 y 19 de febrero en la sede del Colegio de Abogados de Casablanca. El programa es el siguiente:

JUEVES, 18 DE FEBRERO DE 2016

19,00: **Apertura institucional**

PRESENTACIÓN DEL FORO Y SUS PROPUESTAS PARA ESTE ENCUENTRO

D. Mohamed Hissi Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Casablanca
D. Abdelmalek Ouardighi Presidente del Foro Hispano Marroquí de juristas
D. Gonzalo Pueyo Puente. Abogado. Presidente AEAFA
D. Tarik Zouhair. Abogado. Presidente Asociación Marroquí Abogados Familia
D.ª Isabel Bonilla Moreno. Abogada. Directora de la Mesa de Familia del Foro Hispano Marroquí de Juristas. Miembro AEAFA.

COCKTAIL DE BIENVENIDA: Colegio Abogados de Casablanca

VIERNES, 19 DE FEBRERO DE 2016

09:30: Ponencia: **Análisis del régimen convencional multilateral y pautas de mejora de la normativa convencional bilateral hispano/marroquí.**

Ponente: D. Sixto Sánchez Lorenzo. Catedrático Dº Internacional Privado Universidad Granada
Presentación: D. Mohamed Amghar, Profesor universitario, Abogado y miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Casablanca.

11:00: Ponencia: **Análisis de las problemáticas hispano-marroquíes en la práctica de los tribunales.**

Ponente: D.ª Rosalía M. Fernández Alaya. Magistrada de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas.
Presentación: D.ª Nadia Mzaouir, Magistrada y Presidente de Sala, en el Tribunal de Familia de Casablanca

15:00: Ponencia: **Aplicación del derecho de familia en las relaciones hispano-marroquíes.**

Ponente: D.ª Gloria Esteban de la Rosa. Prof. Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Jaén.

16:30: Ponencia: **Código de familia marroquí: 12 años después**

Ponente: D.ª Saadia Ouaddah. Abogada y miembro de la Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Casablanca

18:00: **Mesa redonda: Análisis y propuestas de trabajo para el próximo foro a fin de las modificaciones necesarias para una mejora de la normativa en derecho de familia de los convenios hispano/marroquí. Conclusiones.**

Dirigida por D. Abdellah Dermich, anterior Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Casablanca, D. Tarik Zouhair y D.ª Isabel Bonilla.

INFORMACIÓN INTERES:

Contacto para reservas e inscripción gratuita: AEAFA - Telf. +34 915410562
Alojamiento: Hotel BARCELO CASABLANCA - Boulevard d'Anfa, Casablanca, Marruecos
Teléfono: +212 5222-08000- Precio: 75€/noche (incluye desayuno)



XXIII ENCUENTRO DE LA AEAFA MÁS REFORMAS. NUEVOS RETOS MADRID 2016

La Asociación Española de Abogados de Familia celebrará durante los próximos días 4 y 5 de marzo de 2016 el habitual Encuentro anual que, como es previsible, congregará a más de 500 abogados de toda España para debatir sobre temas de actualidad. El Encuentro tendrá lugar en el Hotel NH Eurobuilding Calle Padre Damián n.º 23. Madrid.

VIERNES, 4 DE MARZO DE 2016

09,30: **Apertura:** Doña Victoria Ortega Benito. Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española

09:45: **Mesa redonda del Tribunal Supremo: Regímenes económicos matrimoniales, viviendas, pensiones y filiación**

D. Xavier O'callaghan Muñoz.

D. Eduardo Baena Ruiz

Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

11,30: Primera ponencia: **La incapacidad desde la perspectiva de la Ley de Jurisdicción Voluntaria**

Ponente: D. Gonzalo López Ebri. Fiscal Coordinador de la Sección Civil y de Protección de las Personas con Discapacidad de la Comunidad Valenciana.

12,45: Segunda ponencia: **El Reglamento Sucesorio Europeo. Cuestiones prácticas**

Ponente: D. Javier Carrascosa González. Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Murcia.

17:00: Tercera ponencia: **El principio de la autonomía de la voluntad en la regulación de las uniones matrimoniales y de hecho**

Ponente: D. José Luis Seoane Spiegelberg. Presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña

19:00 **Asamblea anual de la AEAFA.**

SÁBADO, 5 DE MARZO DE 2016

09,30: **Presentación de la guía de evaluación psicológica forense de la guarda y custodia**

D.ª Francisca Fariñas Rivera. Catedrática de psicología. Psicóloga forense.

D.ª Isabel Bonilla Moreno. Abogada AEAFA.

10,00: Cuarta Ponencia: **Últimas reformas legislativas y su incidencia en el derecho de familia**

Ponente: D. Antonio Javier Pérez Martín, Magistrado del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Córdoba

11:30: **Foro Abierto**

Dirigen:

D. Juan Miguel Carreras Marañas, Magistrado de la Audiencia Provincial de Palencia.

D.ª Carmen Varela Álvarez, Abogada AEAFA.

14,00: **Clausura**

D.ª Sonia Gumpert Melgos. Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

D. Gonzalo Pueyo Puente, Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.



Las reclamaciones de daños entre familiares. La responsabilidad civil en el ámbito familiar

Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga y Elena Zarraluqui Navarro

Editorial Bosch - Barcelona 2015 - 260 pág.

La constante desaparición de deberes morales y de sus consecuencias tanto en el matrimonio, como en general, en el orden familiar, han creado un marco social en el que la compensación de los daños se ha convertido en algo necesario. Así, por ejemplo, con la investigación de la paternidad proliferan engaños de consecuencias trascendentes. Del mismo modo, con la creciente rebeldía de la juventud y aún de la infancia, las infracciones de las normas por parte de menores se han convertido en un hábito, con fenómenos como el bullying, de nuevo cuño y efectos gravísimos. Es destacable la aparición progresiva en la doctrina y la jurisprudencia de excepciones a la antigua regla general de inmunidad en el ámbito de las relaciones familiares y conyugales. De ello nos ocupamos en este libro.



DERECHO DE FAMILIA: Jurisprudencia del TSJ de Cataluña. Doctrina sistematizada de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Antonio Javier Pérez Martín y Marta Pérez Rufián

Editorial: Aranzadi - Pamplona 2015 - 766 pág.

Aunque una consulta a una base de datos nos ofrecerá un amplio número de resoluciones dictadas por los distintos tribunales, lo realmente práctico será conocer qué criterio mantiene la Audiencia Provincial que, llegado el caso, será la que tenga que resolver el recurso de apelación que se interponga contra la sentencia o el Auto que dicte el juzgado de familia. En la presente obra, centrándonos en el derecho del foro de Barcelona, se pone a disposición del lector un compendio de resoluciones, perfectamente sistematizadas por temas, que le darán la visión más práctica sobre todas las cuestiones que integran el derecho de familia, lo que permitirá, bien llegar a acuerdos en la fase de negociación previa a la interposición de la demanda, o tener la seguridad jurídica para enfrentarse, ya sea como actor o como demandado, a un procedimiento de familia.



Manual del mediador de familia en Cataluña.

María Serra Muñoz - Isabel Bujalance Gómez

Editorial Aranzadi - Pamplona 2015 - 259 pág.

El manual conjuga a la perfección los dos planos sobre los que debe situarse todo Mediador de familia u operador. De un lado, el plano jurídico, pues ha de conocer qué pactos son plausibles conforme a derecho e incluso saber cuál puede ser el escenario si las partes van a juicio, para con ello lograr, al menos, orientar el rumbo de la negociación. Y, de otro lado, el plano psicoeducativo para tratar de conseguir deshacer el conflicto desde un ámbito educativo, afectivo y emocional, dirigiendo en todo momento la escena de las sesiones de mediación y orientando con serenidad y ecuanimidad la negociación de las propias partes.



Preguntas y respuestas- Vol.V: Familia y sucesiones

Alberto Blanco Pulleiro

Editorial: Comares - Granada 2015 - 399 pág.

Análisis práctico y sistemático de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de régimen económico matrimonial, patria potestad, conflictos de intereses y sucesiones.

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.



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