

REVISTA  
**Abogados de Familia**

Asociación Española de Abogados de Familia

ABRIL 2016

79

03  
07  
19

**Editorial** La tiranía de los hijos, el exceso de poder

**Artículo doctrinal** La sociedad líquida y la modificación de medidas

**Jurisprudencia comentada** Temas analizados

■ **Patria potestad:** Límite a las actividades extraescolares ■ **Guarda y custodia:** Denuncias penales y custodia compartida. Cambio de custodia por traslado de residencia de la madre. Delegación de las funciones de guarda en abuelos paternos. Valoración de la preferencia de un menor de 14 años ■ **Régimen de visitas:** Reducción de las visitas con los abuelos paternos. Lugar de entrega del menor para inicio del régimen. Régimen de visitas para quien convivió con la madre. Inviabilidad de las visitas intersemanales ■ **Vivienda familiar:** Convivencia de la hija mayor y una nieta en el domicilio familiar. Ocupación de una parte del inmueble por el esposo. Régimen de pagos de la hipoteca de la vivienda común. División de la cosa común y extinción uso ■ **Pensión alimenticia:** Información al padre de la situación del hijo. Aumento tras la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar. Extinción cuando el hijo ni estudia ni trabaja ■ **Pensión compensatoria:** Proporcionalidad con la duración del matrimonio. No renunció en ningún momento a su desarrollo profesional ■ **Cuestiones procesales:** No ratificación de pactos alcanzados en el proceso. Nuevas pretensiones tras la declaración de rebeldía. Competencia para conocer de reclamación de cantidad. Inexistencia de cosa Juzgada ■ **Ejecución de sentencias:** Retraso en la reclamación de pensiones alimenticias ■ **Regímenes económicos matrimoniales:** Validez del documento privado suscrito tras la liquidación. Imposibilidad de división física de la finca. Preferencia documento privado frente a escritura pública. Desestimación de la acción de adición a la partición. Prueba en contrario de la confesión de privatividad.

62  
64  
65

**Casos prácticos**

**Noticias**

**Información bibliográfica**

aeafa

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 sólo 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. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga

#### **JUNTA DIRECTIVA**

D.ª M.ª Dolores Lozano Ortiz. Presidente  
D.ª M.ª Dolores Azaustre Garrido. Vicepresidente  
D. Jose Gabriel Ortolá Dinnbier. Tesorero  
D. José Luís Ferrer-Sama Pérez. Secretario  
D. Fernando Hernández Espino. Vocal  
D.ª M.ª Mercedes Mira Cortadellas. Vocal  
D Santiago de Miota Navarro. Vocal  
D.ª María Pérez Galván. Vocal  
D.ª Inmaculada Marín Carmona. Vocal  
D. Kepa Ayerra Michelena. Vocal  
D.ª Carmen López-Rendo. Vocal

#### **COMITÉ DE REDACCIÓN**

D.ª M.ª Dolores Azaustre Garrido  
D.ª María Pérez Galván  
Colabora: Lexfamily S.L.



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

## La tiranía de los hijos, el exceso de poder

---

**EL PROBLEMA PROVIENE DE UN EXCESO DE PODER. ESTOS NIÑOS MALCRIADOS Y DÉSPOTAS IMPONEN SU LEY EN CASA, EDUCÁNDOSE SIN UN RUMBO CLARO Y SEMBRANDO LA DISCORDIA EN TORNO SUYO**

---

**“Educad a los niños, y no tendréis que castigar a los hombres”**, (Pitágoras .- s.V a.c.). Me fascina la visión de la antigüedad, hace más de 2.600 años que este pensamiento ya formaba parte de la sociedad, su autor, filósofo-matemático, ha traspasado con su legado la historia de los tiempos. Y pienso que lo ha hecho, de una forma tan llana y cercana, como se plasma en la actual redacción del artículo 9 de la LEY 1/1996 de protección jurídica del menor, según reforma de la ley 26/2015, de 28 de julio). En dicho precepto, se normativiza los deberes de los menores en el ámbito familiar, escolar y social; los menores deben asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tiene reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social; deben participar en la vida familiar respetando y obedeciendo a sus progenitores; deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar, y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo a su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad; deben respetar las normas de convivencia en su centro educativo, estudiar durante las etapas de la enseñanza obligatoria, y tener una actitud positiva del aprendizaje durante todo su proceso formativo; deben respetar a sus profesores, a todos los empleados de su centro escolar, a sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y de acoso, incluido el ciber-acoso; respetar a las personas con las que se relacionan y al entorno en que se desenvuelve; deben respetar las leyes y normas que le sean aplicables, y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas, así como asumir una actitud responsable y constructiva en la sociedad.

Confieso que cuando a final del mes de agosto pasado leí este artículo 9 me causó sorpresa; por un lado me planteé, ¿desde cuándo la educación de un niño ha de

ser objeto de regulación?, pero a reglón seguido, pensé .... ya era hora!! Por fin un argumento regulado en una ley, para oponer en los procesos donde “la voluntad del menor”, con más frecuencia de la deseada, parece ser que es lo único que prima a la hora de tomar la decisión judicial (voluntad-deseo, parapetado o confortado por recomendación incluso de los informes “psicológicos” como argumento de peso, a veces el único, para aconsejar o recomendar uno u otro sistema de custodia)

---

**LOS MENORES DEBEN ASUMIR Y CUMPLIR LOS DEBERES, OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES INHERENTES A LA TITULARIDAD Y AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS QUE TIENE RECONOCIDOS EN TODOS LOS ÁMBITOS DE LA VIDA**

---

Parto de la base de que el interés del menor es el principio que debe inspirar y regir todas las actuaciones que le afecten, y que le debe ser aplicado como persona, como sujeto, y no solo como objeto de derechos. El contenido de este “interés del menor” se compone de todo lo que le beneficia, en el sentido más extenso posible, en el orden material, social, psicológico, moral etc., todo aquello que redunde en su dignidad como persona, en la protección de sus derechos fundamentales y coadyuve al libre desarrollo de la personalidad y su desarrollo integral, por lo que, el interés del menor, es el principio que debe inspirar todas las actuaciones que puedan afectarle.

Educar a hijos felices no conlleva evitarles dificultades ni esfuerzos; educar conlleva exigir, disciplinar, poner orden, hacer ver lo que es correcto e incorrecto, lo que es bueno y malo, “enderezar”, (todo ello desde la máxima paciencia, calma, comunicación, diálogo y comprensión, y con límites adecuados), para no hacer de los hijos una personas caprichosas, irresponsables y tiranas. Reprender las conductas incorrectas es lo que se espera y debe hacerse en un ejercicio adecuado de la responsabilidad parental.

Sin embargo, lo que nos parece lo correcto

y diligente, se convierte en ardua tarea en el momento en que nos ubicamos en un contexto de crisis familiar, donde alrededor de la medida que decida sobre el reparto del tiempo de convivencia del hijo con cada uno de sus progenitores, pivota el resto (la seguridad del uso de la vivienda, la pensión y su administración, y muchas veces erróneamente también los afectos de los hijos). Y nos instalamos en un campo de arenas movedizas, donde si ya es difícil durante la convivencia el esfuerzo de educar a un hijo, donde ya cuesta reñir, prohibir, castigar y mantener el castigo, y no contradecir a la pareja, en un proceso de crisis familiar se convierte en una tarea cuasi-imposible. Los progenitores han de saber, que la filosofía y la escala de valores parten de los dos; sino se percatan de ello, los hijos estarán chantajeando a uno y a otro, fomentando el engaño para conseguir lo que quieren. Terminarán por tener muchas discusiones por este motivo. Y esto es lo que sucede con frecuencia. Sorpresivamente lo que durante la convivencia parecía correcto y adecuado respecto a la educación y crianza de los hijos, en un proceso contencioso se torna arma arrojadiza para intentar desacreditar al otro, con la finalidad de “ganar” la custodia del hijo.

Los hijos tienen el derecho a ser educados y criados por ambos padres, y de tal modo se ha consolidado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, considerando el sistema de custodia

---

**EDUCAR A HIJOS FELICES NO CONLLEVA EVITARLES DIFICULTADES NI ESFUERZOS; EDUCAR CONLLEVA EXIGIR, DISCIPLINAR, PONER ORDEN**

---

compartida como el deseable y no excepcional, con la finalidad de aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a los progenitores la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también

lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014. Rec. 1937/2013).

Quizá me equivoque, pero a veces pienso que se confunde ejercicio de responsabilidad parental y el reparto de los tiempos de convivencia para establecer el sistema de custodia; es inusual discutir la atribución y ejercicio de la responsabilidad parental entre los progenitores, de hecho, es frecuente, que ante la ausencia de petición expresa de los progenitores, el Tribunal, de oficio, la acuerde en ejercicio y titularidad de forma compartida entre ambos padres.



### **REPRENDER LAS CONDUCTAS INCORRECTAS ES LO QUE SE ESPERA Y DEBE HACERSE EN UN EJERCICIO ADECUADO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL**



Sin embargo, ni la incomunicación, ni la diferencia en los estilos educativos, serían impedimento para un sistema de custodia compartida, sino en todo caso, para un sistema de atribución conjunta del ejercicio de la responsabilidad parental (que no titularidad, que se mantendría intacta para ambos padres); pero esto ni siquiera se plantea. Es habitual que los informes de especialistas utilicen estos parámetros (la no comunicación, la conflictividad, los estilos educativos distintos), para recomendar uno y otro sistema de convivencia de los hijos con cada padre, pero nunca hacen mención al modo en que debe ser ejercida la responsabilidad parental, dan por sabido que siempre (salvo excepciones), será compartida, como si comunicación, conflictividad o estilos educativos nada tuvieran que ver con ello, y solo con el reparto del tiempo de convivencia del hijo con los progenitores.

Y llegamos entonces a la voluntad del menor, su alcance y virtualidad en la decisión judicial. No cuestiono el derecho del hijo a ser escuchado para expresar su voluntad. Cuestiono que su voluntad traspase a la decisión judicial, como si esta no debiera ser autónoma, como lamentablemente y con más frecuencia de la deseada, se refleja en muchas sentencias, que con

solo lo que el menor manifiesta en la exploración del menor, se decide el futuro de sus padres, de la unidad familiar. Esta es la realidad en muchos asuntos, y en muchos juzgados. Estamos acostumbrando a nuestros hijos a hacerles creer que con su voluntad deciden, y que además, será lo que se decida en la Sentencia, se les empodera de tal forma, que no solo están por encima de sus padres, sino también del Juez, del sistema en sí. La vida de los padres en manos del hijo. Y, desde mi punto de vista, es un error gravísimo que acarreará nefastas consecuencias en todos los ámbitos de su vida, y de la de los progenitores: digo y hago lo que quiero, este es el mensaje que reciben y que plasman en las diversas facetas de sus vidas.

Desde cuándo un menor inmerso en una crisis familiar está en condiciones de decidir?, decide igualmente sobre si dejar lo estudios?, o sobre sus horarios de ocio?, o sobre las compañías que frecuenta?, o sobre los tratamientos médicos que debe recibir?, o sobre normas de educación?, en serio?..!!..., se plantea un Juez cuestionar durante la normalidad de la convivencia si la voluntad de un menor es contraria a la de sus progenitores, por ejemplo ante un tratamiento médico que el menor se niega a recibir, pero que es necesario?, o sobre el control y supervisión que los padres realicen cuando el menor muestre absentismo escolar?, o cuando reprenden al hijo por frecuentar determinadas compañías, o no cumple con los horarios y las normas de comportamiento?; no solo no lo hace, sino que incluso es capaz de ponerse en los zapatos de esos padres, para corroborar su correcta actuación.



### **LOS PROGENITORES HAN DE SABER, QUE LA FILOSOFÍA Y LA ESCALA DE VALORES PARTEN DE LOS DOS; SINO SE PERCANTAN DE ELLO, LOS HIJOS ESTARÁN CHANTAJEANDO A UNO Y A OTRO, FOMENTANDO EL ENGAÑO PARA CONSEGUIR LO QUE QUIEREN**

Y porqué, no sucede lo mismo cuándo de lo que se trata es de que el hijo no decida, aunque

opine, con quién quiere vivir? Sobre todo, cuándo además el problema no está en la relación en sí de ese hijo con un progenitor en concreto, sino en la forma de mantener la “educación y crianza”, que no es del agrado del hijo?, qué haría ese menor, si sus padres vivieran juntos?, adaptarse a las normas y a los criterios de sus progenitores! La decisión debe ir encaminada a mantener el mejor interés de ese menor, sobre todo en aquellos casos en que claramente uno de los progenitores está apoyando la “voluntad” del hijo, cediendo y buscando su aprobación continua, para mantenerlo a su lado, con tal de no compartirlo con el otro padre, por encima de lo que es conveniente y correcto para el hijo. Aunque convenga fomentar un clima de cercanía y confianza con los hijos, no es equivalente, ni significa que debamos ser sus mejores amigos. ¿Os es extraño haber leído en informes de especialistas y en sentencias, que la convivencia del hijo con tal progenitor no sería la adecuada, porque el hijo no se siente comprendido por ese padre, que le ha castigado sin el móvil, o sin el wifi, le reprende por no estudiar, o por no cumplir horarios, por supervisar las amistades con quien se relaciona, y un sinfín de comportamientos, que tienen por finalidad educar a ese hijo?, ¿Dónde queda la autoridad de los progenitores?

La psicología infanto-juvenil Alicia Banderas, explica que *“un niño no se convierte en tirano de la noche a la mañana”*. Los primeros “brotes” aparecen y son observables en torno a los 6 años, se manifiestan con intensidad hacia los 11 y de forma violenta alrededor de los 15 años. El problema proviene de un exceso de poder. Estos niños malcriados y déspotas imponen su ley en casa, educándose sin un rumbo claro y sembrando la discordia en torno suyo. Reconducir el comportamiento de un niño tirano es fundamental por su bien y el equilibrio familiar.

La meta principal es restablecer la jerarquía familiar para que padres e hijos ocupen el lugar que les corresponde. Ante casos difíciles, el asesoramiento de un terapeuta familiar que defina pautas claras y evalúe los resultados ayudará a la vuelta a la normalidad antes de que la adolescencia agudice todos estos problemas.

No vale el argumento de que una convivencia no deseada es difícilmente ejecutable; no es compatible con el artículo 9 de la Ley 1/96, según redacción dada por la Ley 26/2015 de 28 de Julio.

Un buen padre no es aquel que cede de modo continuo y no enseña; el interés del menor conlleva ofrecer al hijo nuestros cuidados, experiencia, protección pero también nuestras normas.

La agresividad, la manipulación, la falta de responsabilidad, el escaso autocontrol, la ira, el egoísmo y la poca tolerancia a la frustración son los comportamientos que exhibe el niño tirano. La sentencia debe ser cumplida, aún en contra de la voluntad del menor, los progenitores deben ocuparse de que así sea, y educar a su hijo en los deberes del artículo 9 antes mencionado; y el Juez tiene la responsabilidad de valorar adecuadamente que lo conveniente y necesario, en la mayoría de las ocasiones, no está exento de dificultad, en cuanto al menor se refiere. La sentencia no puede imponer afectos, pero sí mantener fuertemente las bases para que no se diluyan, ni desaparezcan, la convivencia, aún con dificultades, mantiene el vínculo, conserva el apego, y promueve los puentes de la comunicación entre progenitores e hijos.

No es mi intención crear polémica, solo compartir con todos vosotros estas reflexiones. En más ocasiones de las que me gustaría, en el ejercicio diario de esta profesión nuestra, me siento frustrada, al no ser capaz de trasladar este pensamiento, y explicar que actuar con firmeza y autoridad pero transmitiendo al mismo tiempo, nuestro afecto e inculcando valores como el respeto, la responsabilidad, la tolerancia y el valor del esfuerzo, se protege el interés del menor y el de la familia. Cuando los padres no son capaces de interiorizarlo, cuando el caos está presidiendo sus vidas, flaco favor hacemos si trasladamos la responsabilidad de la decisión al hijo. Pensémoslo.

Mis mejores deseos para esta primavera

**María Dolores Lozano Ortiz**

## Sociedad líquida y modificación de medidas

### Joan Cerdà Subirachs

#### Resumen

**La reforma del artículo 775 LEC** contenida en la Ley 42/2015 parece fruto de la ignorancia del legislador y supone una regresión que fija la competencia en las modificaciones de medidas en los juzgados que dictaron las medidas primigenias.

**Ello sitúa el procedimiento** de modificación de medidas en una encrucijada, al tenerse que dirimir en juzgados en ocasiones alejados geográfica y socialmente del objeto del procedimiento, con lo que ello supone de encarecimiento del proceso y mayor complejidad del mismo, si se quiere evitar el dictado de resoluciones alejadas de la realidad.

**La iniciativa del legislador** español colide en intención y efectos con la norma europea, que a través del Reglamento (CE) 2201/2003 acercó definitivamente, habiendo menores, la justicia al lugar y al contexto en la que debe desplegar sus efectos, al hacer factible y simplificar la modificación de medidas en el lugar de residencia de los menores, hubiese sido dictada la resolución inicial donde lo fuera. Justo lo contrario de la reforma del artículo 775 LEC contenida en la Ley 42/2015.

**Todo ello se produce** en un momento en el que los procedimientos de modificación de medidas se multiplican, llegan con un elevado índice de conflictividad a los juzgados y pese a que sólo una reducida parte se judicializa. Mientras la sociedad y sus valores se transforman y se configuran definitivamente en lo que el sociólogo y pensador Zygmunt Bauman acuñó como sociedad líquida, el legislador parece dispuesto a dificultar el cauce que diseñó en el referenciado artículo 775 LEC, llamado, precisamente, a dar respuesta a la naturaleza líquida de las estructuras familiares.

## 1. Introducción.

El procedimiento de modificación de medidas aparece, en su aspecto procesal, como el más genuino del Derecho de Familia, al constituir una excepción al principio de cosa juzgada. Es la forma diseñada por el legislador para adecuar las medidas que rigen y pretenden ordenar la relación entre los miembros del núcleo familiar roto tras una crisis de pareja.

Con independencia de los cambios que afectan al interior de ese núcleo familiar roto y regido por las medidas acordadas, especialmente si hay menores, cualquier proyecto vital en nuestra sociedad contemporánea se ve sacudido por el entorno cambiante, lo que el sociólogo y pensador Zygmunt Bauman acuñó como sociedad líquida.

“Este mundo, nuestro mundo moderno líquido, no cesa de sorprendernos. Lo que hoy parece seguro y adecuado mañana puede parecer trivial, descabellado o un error lamentable” (Bauman, 44 cartas desde el mundo líquido, 2011), reflexiona el padre de la sociedad líquida que, como concepto y al margen de su específica denominación, es imprescindible a la hora de reflexionar sobre lo que preocupa y atañe al mundo contemporáneo. “Nos da miedo abrir el periódico o esperar la hora el telediario porque no sabemos si nos informarán de lo que ya no existe lo que creíamos perdurable. Ahora el porvenir de dentro de unos días o semanas es una incógnita llena de amenazas y el pasado es un lujo de no podemos permitirnos”, señala Antonio Muñoz Molina (Muñoz Molina, 2013).

En este contexto, y por mandato del legislador, nuestros tribunales dictan “medidas definitivas” destinadas a perdurar en la ordenación de las relaciones familiares de personas que viven, o sobreviven, en una sociedad líquida. Determinar cómo, en sus diversos aspectos, se adecuan estas medidas dictadas u homologadas por los tribunales a las circunstancias cambiantes de las personas será el principal reto de la tesis.

El sistema judicial, como legítimo ejecutor del orden diseñado por el legislador, acuerda medidas condenadas a la obsolescencia cuasi inmediata. Desde el inicio de lo que convencionalmente se denomina crisis, no hay autor que aborde la modificación de medidas desde su perspectiva procesal o sustantiva que no se refiera, en mayor o menor medida, con más o menos énfasis y a través de conceptos dispares, a lo que planteamos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A modo de mero ejemplo: “La sociedad actual, y con ella, la humanidad en su conjunto, evolucionan sin duda más deprisa que sus normas, y, sin discusión, más deprisa que la Justicia. La economía, que hoy gobierna el mundo, es capaz de hacer girar una sociedad desde la abundancia al caos en apenas un ejercicio económico. Hoy, derrumbado el castillo de naipes que la aparente abundancia nos había permitido construir, la sociedad intenta renacer de sus cenizas con recortes, recortes, y más recortes.



Con anterioridad, las referencias y el énfasis eran distintos, por genéricas y poco profundo. Así se constata en la introducción del volumen titulado “La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales” del tratado de Derecho de Familia del magistrado Antonio-Javier Pérez Martín en su primera edición, de 2007 (Pérez Martín A.-J. , 2007), cuyo prólogo se inicia con las dos únicas líneas al respecto en las más de mil páginas del volumen, escuetas pero que señalan la dirección: “Las relaciones humanas y económicas son tan cambiantes que lo que hoy parece inalterable, estático o imposible de modificar, mañana tiene una distinta configuración”. La cuarta edición del mismo libro, sin embargo, incide en los cambios sociales apuntados y sus efectos: “La crisis económica ha provocado que los juzgados de familia estén inundados de procedimientos dirigidos a modificar o extinguir las pensiones alimenticias y compensatorias que se adoptaron en la separación o divorcio. Junto a ello, los cambios legislativos y los numerosos recursos de casación resueltos por el Tribunal Supremo obligan a revisar los parámetros que se utilizaron para fijar aquellas medidas. En este libro, que alcanza su cuarta edición, se analizan una por una todas las peticiones de modificación y extinción de las medidas tanto personales como económicas, incorporando las últimas Sentencias del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, que posibilitan la petición de custodia compartida y la extinción del derecho de uso cuando los hijos han alcanzado la mayoría de edad” (Pérez Martín, La modificación y extinción de las medidas. Aspectos sustantivos y procesales, 2014).

Junto a todo ello se ha producido la sensación generalizada entre los operadores jurídicos<sup>2</sup> que la crisis ha supuesto la multiplicación de los procedimientos de modificación de medidas, algo que es matizadamente cierto.

## 2. La realidad del auge de los procedimientos de modificación de medidas.

La sensación de multiplicación de los casos de modificación de medidas que ingresan en los tribunales españoles coincidiendo con la crisis resulta, como se ha indicado, matizadamente cierto, si se ordenan y analizan levemente<sup>3</sup> los datos de nulidades, separaciones y divorcios ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial (Datos de Nulidades, 2015).

Así, las modificaciones de medidas ingresadas en los juzgados españoles en el periodo 2007-2014 pasó de 15.410 (2007) a 42.292 (2014), lo que representó en este periodo un aumento del 274,44%, incremento paulatino e incesante en el lapso objeto de análisis.

En el mismo periodo (2007-2014), el número de casos ingresados de separaciones, divorcios y medidas paternofiliales se mantuvo estable; pasó de 159.302 (2007) a 178.041 (2014), con un incremento porcentual del 11,76% que, en este caso, no fue sostenido sino que en los momentos álgidos de la crisis se redujo levemente el número de casos ingresados.

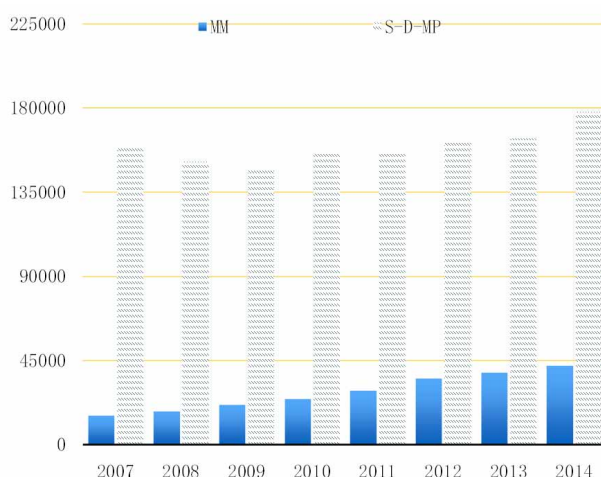
Esta es la representación gráfica:

---

Sin embargo, como se verá a lo largo del manual, este cambio no resulta inmediatamente trasladable a las relaciones entre ex cónyuges, cuando considerar, sea cierto o no, pero siempre con ‘sus’ razones que aquello que se pactó en un momento determinado ha de ser modificado por haberse alterado las circunstancias que rodearon o condicionan tal pacto o el dictado de tal sentencia” (Cómite Couto, 2012).

<sup>2</sup> Así comenzaba Ángel-Luis Campo Izquierdo, magistrado de Primera Instancia número 8, de Familia, de Gijón, un artículo sobre el procedimiento de modificación de medidas publicado en junio de 2014: “De unos años a esta parte se ha ido produciendo un aumento de la litigiosidad en los juzgados de familia, no porque se presenten más demandas de divorcio, separación o de guarda y custodia, sino debido a la solicitud de modificación de medidas, derivadas fundamentalmente de la crisis económica que vivimos desde aproximadamente el año 2008 y los cambios que se vienen produciendo en la sociedad y legislaciones formales sobre la custodia compartida (Campo Izquierdo, 2014)

<sup>3</sup> A los efectos que aquí interesan se agruparon los datos de separaciones, divorcio y medidas paternofiliales y desecharon las nulidades, por su especificidad y escasa relevancia cuantitativa.



El progresivo aumento del número de procedimientos de modificación de medidas hizo que, si en 2007 la relación entre éstos y los de separaciones, divorcios y medidas paternofiliales fue de 9,6 a 100, en 2014 se situó en 23,7 a 100, con una medida en el periodo de 17,56 a 100.

Grosso modo puede afirmarse, pues, que en 2007 por cada 10 procedimientos de separación, divorcio o medidas paternofiliales ingresaba 1 de modificación de medidas. En 2014 por cada 10 procedimientos de separación, divorcio o medidas paternofiliales ingresaron 4 de modificación de medidas.

Constituye un hecho especialmente relevante que casi 8 de cada 10 procedimientos de modificación de medidas que ingresó en los tribunales españoles en el periodo 2007-2014 no fueron consensuados<sup>4</sup>. Frente a ello, más de la mitad de las separaciones, divorcios y medidas paternofiliales que ingresaron en el mismo periodos lo fueron de mutuo acuerdo.

En ambos casos el nivel de conflicto se mantuvo estable en el periodo, con variaciones inferiores a los 2 puntos en el caso de las modificaciones de medidas (rango 78,46 – 80,29) y a los 5 puntos en las separaciones, divorcios y medidas paternofiliales (rango 41,80 – 46,21).

Estos son los cuadros, de elaboración propia y a partir de la ya referenciada información estadística facilitada el CGPJ, que recogen los datos anteriores:

#### MODIFICACIONES DE MEDIDAS

Año	MMc	MMnC	MM total	% MMnC
2007	3303	12107	15410	78,57%
2008	3691	14069	17760	79,22%
2009	4183	17043	21226	80,29%
2010	4996	19393	24389	79,52%
2011	6013	22932	28945	79,23%
2012	6915	28367	35282	80,40%
2013	7943	30511	38454	79,34%
2014	9109	33183	42292	78,46%

<sup>4</sup> Los datos analizados recogen los casos ingresados consensuados-no consensuados, lo cual obviamente no es óbice para que, ex artículo 777 LEC, los casos no consensuados no puedan acomodarse al mutuo acuerdo.

## SEPARACIONES, DIVORCIOS Y MEDIDAS PATERNOLIALES

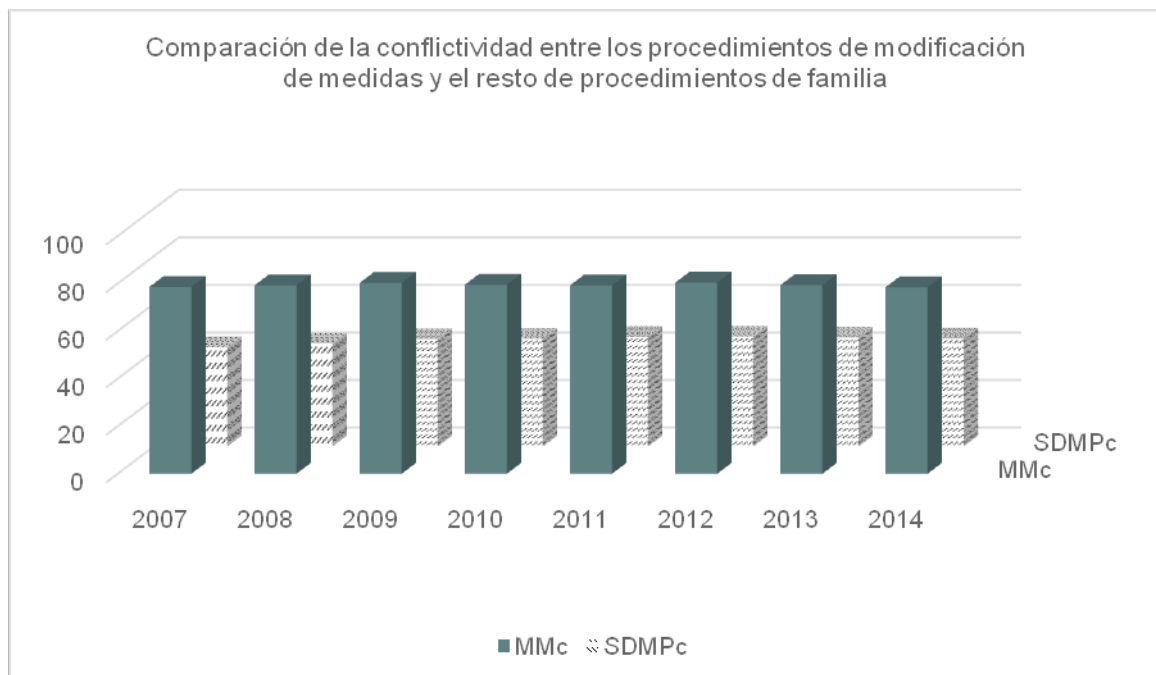
### CONSENSUADOS

### NO CONSENSUADOS

Año	Sc	Dc	MPc	Total	Snc	Dnc	MPnc	Total	TOTAL	%nc
2007	6541	80633	5534	92708	3670	50247	12677	66594	159302	41,80%
2008	5910	73826	6104	85840	3160	47977	14493	65630	151470	43,33%
2009	5521	68395	6992	80908	2497	47567	16483	66547	147455	45,13%
2010	5233	70932	9017	85182	2729	48622	19051	70402	155584	45,25%
2011	4872	68851	10214	83937	2475	48328	20988	71791	155728	46,10%
2012	4729	70541	12018	87288	2396	49330	23283	75009	162297	46,21%
2013	4631	70326	13849	88806	2231	47609	25191	75031	163843	45,79%
2014	4802	75795	16497	97094	2239	50605	28103	80947	178041	45,47%

Modificación de medidas consensuadas (MMc). Modificación de medidas no consensuadas (MMnc). Separaciones consensuadas (Sc). Divorcios consensuados (Dc). Medidas paterno filiales consensuadas (MPc). Separaciones no consensuadas (Snc). Divorcios no consensuados (Dnc). Medidas paterno filiales no consensuadas (MPnc).

La representación gráfica de la diferencia del nivel de conflictividad entre las “primeras medidas” y su modificación es el siguiente:



### 3. El debate crisis económica-Derecho de Familia.

Se ha abordado desde diversas y pluridisciplinares enfoques la relación entre crisis económica y Derecho de Familia, aunque no siempre focalizado en la vía procesal que permite adecuar las medidas en vigor a la realidad cambiante. De hecho, ya en sus Jornadas de 2010 la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) abordó la cuestión de forma monográfica y son innumerables las jornadas, ponencias y coloquios jurídicos que giran sobre ello.

Quizá no se ha tratado tanto, al menos de forma sistemática, la naturaleza líquida de nuestra sociedad en relación a los conflictos de familia, con lo que convencionalmente se entiende por crisis económica como mera manifestación, sea episódica o sistémica, de esa sociedad líquida. Para Bauman, en tiempos de incertezas, la familia nuclear se ha convertido en una relación pura en la que cada socio puede abandonarla porque las instituciones ya no son anclas de relaciones personales; y de aquí que el Derecho deba dar respuestas tanto en el momento en el que el ancla deja de hacer su función como cuando, ya las personas surfeando (por utilizan una expresión baumaniana) de forma independiente ven alterado (modificado de forma sustancial, en expresión jurídica) su mundo y aquellas medidas que el sistema dictó u homologó.

Establecido que el procedimiento de modificación de medidas:

- a) Constituye un elemento procesalmente propio del Derecho de Familia.
- b) Está en auge, pero el número de casos que entraron en los juzgados en 2014 es muy inferior, en más de una cuarta parte, al de procedimientos de separación, divorcio y medidas paternofiliales.
- c) Presenta un elevado nivel de conflictividad, que casi duplica el que se registra en procedimientos de separación, divorcio y medidas paternofiliales.

De todo ello y de la práctica forense se infiere que:

- a) La sociedad líquida convierte rápidamente en obsoletas las medidas que se acuerdan.
- b) Existen fenómenos sociales de extensión reciente<sup>5</sup> que no fueron tenidos en cuenta por el legislador.
- c) Llega a los juzgados una pequeña parte de las medidas modificadas de facto por las personas a las que afectan.

Entendemos, a la luz de los datos expuestos y de la inferencias enunciadas, que el procedimiento de modificación de medidas constituye hoy un agujero negro del Derecho de Familia, en el que se oculta una bolsa de realidad que permanece al margen del sistema. Estamos ante el reto de tematizar un aspecto invisibilizado por el orden hegemónico, lo que el sociólogo del Derecho portugués Boaventura de Sousa acuñó como “sociología de las ausencias” (De Sousa Santos, 2006).

### 4. La regresión, y el error, del legislador respecto del procedimiento de modificación de medidas.

Obviando la realidad social concreta reflejada en los anteriores datos estadísticos del CGPJ y la amplia que supone la inexorabilidad del asentamiento de la naturaleza líquida de la sociedad, el legislador<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Un claro ejemplo de ello sería el de los ni-nis, o el elevado número de desahucios.

<sup>6</sup> Entendemos sería una simpleza atribuir toda la responsabilidad a Jordi Jané, padre putativo de la modificación del artículos 775 LEC y entonces diputado de la ya extinta Convergència i Unió (CIU). La personificación en Jané no libra al legislador en su conjunto de su responsabilidad. En cualquier caso: ¡que oportuna hubiese sido una llamada del legislador a la AEAFA!

modificó<sup>7</sup>, con efectos de 7 de octubre de 2015, el artículo 775 LEC, con la consecuencia directa, y entendemos especialmente grave, de determinar que la competencia en cualquier procedimiento de modificación de medidas será del tribunal que dictó las medidas que se pretende modificar. Ese tribunal y sólo ese.

El cambio legislativo supuso objetivamente una regresión, que retorna a los tiempos en los que el Tribunal Supremo consideraba el procedimiento de modificación de medidas una cuestión incidental<sup>8</sup>, posición efímera ya que, ya en 2002, el TS estableció que la competencia en un procedimiento de modificación debe establecerse conforme a las reglas del artículo 769 LEC, prescindiendo respecto de la atribución de competencia de cual fue el tribunal que acordó las medidas que se pretenden modificar. Con ello se configuró un híbrido, a caballo entre una cuestión incidental sui generis o (posición mayoritaria de la doctrina) un procedimiento autónomo.

El Tribunal Supremo mantuvo su interpretación hermenéutica del artículo 775 contenida en ATS de 10/10/2001, exactamente, un año y catorce días. En ATS de 24/10/2002, se sentaron las bases de lo que ha sido hasta la reforma de la LEC de octubre de 2015 una doctrina cuasi pacífica, y con un doble argumento: uno estrictamente jurídico (“...sin que pueda aceptarse el criterio del auto dictado por la titular de dicho Juzgado porque, una vez recaída sentencia firme de divorcio, la modificación de medidas definitivas no se configura en el Capítulo IV del Título I del Libro Cuarto de la LEC como un incidente del juicio de divorcio ni como ejecución de la sentencia que le ponga fin”), junto a otro de sentido común, como es que no puede mandarse a pleitear a un tribunal de Logroño a unos progenitores que residen, ambos dos, en Sevilla; este era precisamente el supuesto de hecho resuelto en el ATS de 24/10/2002.

Autos posteriores del TS (entre otros de 11/02/2003 y de 28/02/2005) no sólo consolidaron la interpretación estrictamente procesal del precepto sino que incidieron en la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva que, obviamente, queda mejor parado si el pleito se dilucida es un escenario próximo y no en la otra punta de España.

Las escasas controversias al respecto en más de una década fueron resueltas de forma contundente y clarificadora por parte del TS<sup>9</sup>. Por ello no deja de provocar cierta vergüenza ajena que el legislador Jordi Jané, en la justificación de su propuesta de reforma ante la comisión correspondiente del Congreso de los Diputados<sup>10</sup>, aludiese a la “evidente y palmaria laguna que surge aquí a los operadores jurídicos es ante quién debe presentarse la demanda de modificación de las medidas definitivas. Es decir, si debe presentarse para que sea turnada la demanda o bien dirigida al juzgado que dictó las medidas definitivas cuya modificación se pretende”... y citando como doctrina actualizada del TS la efímera contenida en el referenciado ATS de 10 de octubre de 2001. Hubo unanimidad entre sus señorías.

## 5. La modificación de medidas, cuestión incidental; alguna de sus consecuencias.

La reforma del artículo 775 LEC puede suponer la conversión del procedimiento de modificación de medidas en una cuestión incidental con tramitación procedimental específica, atendiendo precisamente a que, con la reforma, la modificación de medidas suma a sus características (estar en conexión con el proceso principal; dar lugar a un nuevo procedimiento), el hecho de pertenecer a la competencia del

---

<sup>7</sup> Reforma de la LEC introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

<sup>8</sup> Así lo consideró el TS en Auto 720/2001, de 10 de octubre; Recurso 19/2002.

<sup>9</sup> Así en al ATS 4985/2013, de 28 de mayo; Recurso 82/2013, el TS reitera que la modificación de medidas no constituye un incidente, que las normas competenciales a aplicar son las del artículo 769 LEC y la que cuestión no es controvertida en la doctrina emanada del TS.

<sup>10</sup> Justificación de la enmienda 106 por parte de Jané, según quedó recogido en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 09/06/2015.

juez que conoce de lo principal, con lo que se completaría la tríada<sup>11</sup> que nos situaría ante una cuestión incidental.

Estamos, al menos en el plano estrictamente teórico, en un paso atrás trascendente que, al determinar el tribunal competente como aquel que acordó las medidas que se pretenden modificar, hace añicos en este plano concreto la reforma introducida por la Ley 15/2005, que supuso una auténtica liberación procedimental de la modificación de medidas, destacada en su día por diversos autores<sup>12</sup>.

Y una de las consecuencias de este retorno a la naturaleza incidental de la modificación de medidas puede ser que la casación esté vetada a la modificación de medidas como, de hecho, sucedió con anterioridad a la Ley 15/2005<sup>13</sup>.

Recordemos que el TS, al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2.2º de la LEC, admite en la actualidad (al menos hasta la reforma contenida en la Ley 42/2015) los recursos de casación contra sentencias dictadas en procedimientos de modificación de medidas.

## 6. Consecuencias en la sociedad líquida.

En Modernidad líquida (Bauman, Modernidad líquida, 2003) hallamos formuladas las claves explicativas tanto de la normalización de las rupturas de pareja como de la necesidad recurrente de modificar las medidas que se acordaron en el momento de la ruptura, condenadas muchas veces a la obsolescencia.

Nos dice Bauman que la incertidumbre actual es una poderosa fuerza de individualización; que la cohabitación tiene carácter temporario y constituye una sociedad que puede romperse en cualquier momento una vez que el deseo o la necesidad se hayan agotado; y que mientras el acuerdo de constituir una pareja es fruto de un acuerdo recíproco y del compromiso mutuo, el desprendimiento es unilateral: uno de los términos de la ecuación ha adquirido una autonomía que probablemente siempre haya deseado.

---

<sup>11</sup> Hemos seguido a Montero Aroca (Montero, 2000) en su determinación de los elementos que identifican las cuestiones incidentales.

<sup>12</sup> “La reforma supone algo muy importante: El procedimiento de modificación no es incidental respecto de otro procedimiento principal; ahora no es dudoso que estamos ante un procedimiento autónomo, en el que debe dictarse sentencia, no auto” (Montero Aroca, Flors Maties, & Arenas García, 2006).

<sup>13</sup> “La cuestión que se suscita entonces es si una sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas adoptadas en juicio de separación o divorcio se ajusta a las exigencias del art. 477.2 de la LEC 2000. La conclusión ha de ser negativa, como ya se plasmó en Autos de 12 de junio de 2001, recurso 1763/2001, 18 de septiembre de 2001, recurso 1736/2001, 28 de diciembre de 2001, recursos 1960/2001 y 2230/2001, 19 de febrero de 2002, recurso 64/2002, 20 de marzo de 2002, recursos 152/2002 y 193/2002, 9 de abril de 2002, recurso 280/2002, y 7 de mayo de 2002, recurso 306/2002, siendo la razón que aboca a tal solución la imposibilidad de atribuir a la resolución recurrida la condición de “sentencia de segunda instancia”, y ello porque la propia LEC 2000 distingue entre “apelación” y “segunda instancia”, limitada esta última a los casos en que se pone fin a la primera, tras la tramitación ordinaria del proceso (cfr. art. 206.2-3º LEC 2000), apareciendo concebida y regulada la modificación de medidas como una cuestión incidental, a resolver por Auto (...). La conclusión es obvia, el Legislador, con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de las Medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como “cuestión incidental” a resolver mediante Auto y, por ende, excluida al acceso a la casación (...). ATS de 8 de junio de 2004; Recurso 345/2004. Ello no obstante, hay que tener en cuenta, como se subraya en el propio Auto referenciado que ello era consecuencia directa de la remisión del legislador al artículo 771.4 contenida en el artículo 775 LEC, a la que puso fin la Ley 15/2005, con lo que si la naturaleza incidental de la modificación de medidas “...ya resultaba discutible (y desconocida por gran número de tribunales, que entendían acertadamente que el proceso de modificación de medidas definitivas nada tiene de incidente, lo tramitaban conforme al artículo 770 y lo resolvían por sentencia), tras la reforma del artículo 775.2 LEC llevada a cabo por la Ley 15/2005, con arreglo a la cual las peticiones de modificación de medidas se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770, ya no parece posible seguir manteniendo aquel criterio que negaba el acceso a la casación de la sentencia de apelación recaída en los procesos sobre modificación de medidas, pues se trata, sin duda, de una sentencia definitiva que ha puesto fin a la segunda instancia” (Montero Aroca, Flors Maties, & Arenas García, 2006).

Rota la pareja y articuladas las correspondientes medidas “definitivas”, comienza (si no lo ha hecho ya incluso antes) el proceso de cambio sustancial que ha de derivar en una nuevas medidas. De la práctica forense y los contundentes índices de conflictividad, ya expuestos, en los procedimientos de modificación de medidas se infiere que sólo llega a los juzgados un pequeño porcentaje de las modificaciones de medidas que se producen de facto. La ratio decidendi, construida por la doctrina como un momento estático en base al cual se acordaron las medidas primigenias y al que hay que atender para dictar unas que las sustituyan, aparece como una quimera meramente teórica y, a lo sumo, como un punto aleatorio en el recorrido propio de una montaña rusa en la que se ha convertido la sociedad conyugal, máxime si se ha visto sometida a la tensión de la ruptura.

Porque, volviendo directamente a Bauman, hay que convenir que la incertidumbre actual es asombrosamente novedosa, incluso, en relación a las incertidumbres inmemoriales. “Los temidos desastres que pueden privarnos de nuestros medios de vida y sus perspectivas no pueden ser repelidos ni enfrentados o mitigados mancomunando fuerzas(...) Ahora los más horrendos desastres arrecian al azar (...) haciendo imposible predecir quién está condenado y quién se salvará”.

Y estos “temidos desastres” se manifiestan reiteradamente en cuestiones concretas a las que, en los procedimientos de modificación de medidas, se atribuye la naturaleza de “modificación sustancial” con el objetivo (en ocasiones olvidado) se abrir la llave de la puerta que permita cuestionar la santidad de la cosa juzgada. Desempleo de larga duración, desahucios, enfermedades que conducen a la exclusión... de todo hay en la viña de la modificación de medidas. Junto a ello, los nuevos proyectos familiares (acuerdos recíprocos sujetos a desprendimientos unilaterales, en discurso baumiano) y sus consecuencias.

Buena parte de todos estos “temidos desastres” conducen a cambios de domicilio; en ocasiones a unos kilómetros; en otras a unos cientos. Casi siempre a contextos socioeconómicos y culturales distintos.

Y aquí es donde el legislador ha desplegado lo que entendemos un error capital: predeterminar por ley que el juez<sup>14</sup> que en su día (próximo o lejano) dictó u homologó unas medidas sea que el juzgue su modificación.

### *6.1. Sociedad diversa además de líquida.*

Que España es una sociedad diversa, además de líquida, entendemos que constituye un hecho incontrovertido. Dicha diversidad se despliega en difusos resortes socioculturales pero también en otros aspectos perfectamente objetivables, como los índices socioeconómicos (de desempleo, de inflación, de renta per capita...), y se manifiesta en cuestiones como la facilidad (o la dificultad) de acceso a las grandes redes de transporte, a centros hospitalarios de referencia o a determinados estudios superiores. De hecho, las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias elaboradas por el CGPJ contienen índices de corrección por territorios y por tamaño de municipios; estamos ante un indicador de que la judicatura es consciente y asume la referenciada diversidad.

Esta diversidad socioterritorial afecta directamente, al menos, a las cuestiones más recurrentes en los procedimientos de modificación de medidas, como son las pensiones (primordialmente de alimentos pero también las compensatorias) y la articulación de la comunicación y estancias de los menores con sus progenitores.

### *6.1.2. Consecuencia directa de la reforma: juzgar a distancia.*

---

<sup>14</sup> Obviamente, existe equivalencia entre juez y órgano; ello significa, que aunque el artículo 24.2 CE. se refiera al juez (ordinario) y predeterminado por la ley, tal expresión resulta plenamente aplicable al órgano que, por tanto, ha de ser igualmente (ordinario) predeterminado por la ley. Porque en la eventuales apelaciones, el juez predeterminado por ley será la Audiencia Provincial correspondiente; en cualquier caso, el reformado artículo 775 se refiere a tribunal.

Con la reforma del artículo 775 LEC se producirá lo que nos atrevemos a describir como juicios a distancia, en los que un juzgador<sup>15</sup> podrá determinar sobre una realidad alejada físicamente pero también, y ello puede ser aún más relevante, socialmente.

Un juzgador conoce su partido porque forma parte de la comunidad. Calles, barrios, colegios, medios de transporte<sup>16</sup>, fiestas, distancias... elementos todos ellos que forman parte del gran puzzle que forma parte del escenario de resolución de un conflicto de familia. Pero a partir de ahora los litigantes, y sus abogados, deberán explicar y/o probar elementos de todo tipo cuando el procedimiento se dirima a distancia como consecuencia de la reforma. Por no hablar de la dificultad que existirá en la práctica de determinadas pruebas.

A todo ello se sumará, cuando el juicio deba hacerse a distancia, un incremento de los costes reales del procedimiento para los justiciables, algo especialmente relevante en un ámbito en el que la imposición de costas constituye la excepción y no la regla.

Y esa competencia del juzgado que dictó la sentencia introducida en la reforma del artículo 775 LEC jugará a favor de los pudientes cuando el juicio deba hacerse a cientos de kilómetros. De entrada... ¿dónde buscará el abogado o abogada quién pretenda modificar las medias, en su lugar de residencia o en el que deba desarrollarse el procedimiento? ¿cómo se articulará al respecto la justicia gratuita?

Dicho esto, cuando un procedimiento deba dirimirse a cientos de kilómetros, quien utilice una modificación de medidas como medida de presión o desgaste (algo que, desgraciadamente, forma parte de la realidad) se verá favorecido en su sórdida estrategia.

Además, la multiplicación de los costes del procedimiento (que no de las costas procesales<sup>17</sup>) hará que se incrementen las situaciones en las que se acuerdan de forma más o menos consensuadas soluciones de facto que, en muchas ocasiones, son semilla de agrios conflictos posteriores<sup>18</sup>.

## 7. Elemento extranjero y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el prólogo de Modernidad líquida, Bauman (Bauman, Modernidad líquida, 2003) nos recuerda que aferrarse al suelo no es tan importante si ese suelo puede ser alcanzado y abandonado a voluntad, en poco o en casi ningún tiempo. Y no pocos procedimientos de modificación de medidas tienen su "cambio sustancial de circunstancias", precisamente, en el cambio de residencia de uno o de los progenitores, cambio de residencia que no tiene en las fronteras nacionales límites. Por ello el elemento extranjero está frecuentemente presente en estos procedimientos y dicha presencia se verá sacudida por la reforma de octubre de 2015.

En el año 2000, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia (STC 61/2000) a la que, entendemos, la reforma del artículo 775 LEC hace recobrar trascendencia práctica y pone de manifiesto un aspecto

---

<sup>15</sup> Y no podemos obviar, en esta misma línea, la intervención del ministerio fiscal, que se verá sometida y condicionada por el mismo alejamiento de la realidad social que el juzgador.

<sup>16</sup> A modo de ejemplo, pero que entendemos ilustrativo de lo que se avecina y aunque este episodio no fue consecuencia directa de la reforma del artículo 775 LEC. El abogado que firma este artículo se vio abocado a explicar y probar ante un juzgado de la España interior cómo funciona y las garantías que ofrece el servicio de acompañamiento de menores que ofrecen las compañías aéreas, algo que hubiese resultado fútil si la vista se hubiese celebrado en la isla en la que reside la menor, por el mero hecho que los menores que viajan solos en avión constituye un hecho conocido y notorio en las islas, una parte de la realidad.

<sup>17</sup> Cabe recordar que la eventual condena en costas no incluirá, por ejemplo, los gastos de desplazamientos de abogado y perito si el justiciable ha optado por confiar en profesionales físicamente cercanos.

<sup>18</sup> El ejemplo típico de ello sería la rebaja de pensión consensuada con ejecución posterior por la cantidad, debidamente actualizada, que figura en sentencia.



negativo más del cambio legislativo. Dicha sentencia del TC se dictó en un contexto normativo en que, como ahora y desde el 07/10/2015, se remite al tribunal que dictó las medidas para su modificación.

En el caso resuelto por el TC, el solicitante de amparo pretendió modificar en Madrid, lugar de residencia de su ex esposa y sus hijos, unas medidas dictadas en Estados Unidos y que afectaban a dos estadounidenses y sus hijos menores. La respuesta del juzgado de primera instancia y posteriormente la AP fue declarar, sin más, su incompetencia<sup>19</sup>.

La respuesta del TC fue la de anular los respectivos autos mediante los cuales el juzgado de primera instancia y la AP de Madrid se habían declarado incompetentes. Y lo hizo con un argumento nuclear: "... pronunciaron una «falta de competencia» que no se apoya en regla alguna de competencia judicial internacional, sino en una simple regla relativa a la competencia funcional. (...) al negarse a conocer de la demanda presentada por el padre de los menores, las resoluciones impugnadas negaron que ningún Tribunal español tuviera competencia para conocer de sus pretensiones. Y al hacerlo fundándose en una regla de competencia funcional, que reparte las competencias de los distintos Tribunales españoles, denegaron el acceso a la jurisdicción aplicando una norma ajena a la decisión adoptada, y que responde a principios y exigencias de orden muy diverso de las que delimitan la jurisdicción que ejercen los Tribunales españoles y la que toca a los Tribunales de otros países. (...) El rechazo, pues, de la demanda, y por ende de una resolución sobre el fondo de la pretensión deducida, con apoyo en una norma extraña a la declaración de falta de competencia internacional, conduce ya a estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Negar la posibilidad de obtener un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales españoles sobre el fondo de la pretensión suscitada, cualquiera que fuera el sentido de ese pronunciamiento, en virtud de reglas completamente extrañas a las que expresan el delicado equilibrio constitucionalmente exigible en la determinación de la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales, no es que resulte desproporcionado respecto a los fines que justifican la existencia de causas legales que impiden el examen del fondo, sino que supone descartar cualquier relevancia de aquellos fines, tanto como de las reglas concretas que a éstos sirven. La competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el orden civil viene determinada por su regulación legal, es decir, en el art. 22 L.O.P.J.”.

Quince años después de la referenciada STC, el contexto normativo vuelve ser el mismo y, por ello, entendemos que podría volver a producirse el supuesto... con la paradoja de que unos ciudadanos estadounidenses puedan ver modificadas las medidas en Madrid y unos españoles que vivan en Madrid tengan que litigar la modificación de medidas en Gran Canaria porque allí se divorciaron.

Al menos en el plano teórico, el TC entiende, con elemento extranjero, que supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el hecho de declarar la incompetencia sin "... pronunciamiento sobre el presupuesto procesal de la jurisdicción conforme a los criterios que enumera la Ley vigente en la materia, a la luz siempre del principio pro actione y teniendo en cuenta todos los hechos de la cuestión, inclusive el intento de plantear la demanda llevada a cabo por el demandante de amparo ante los Tribunales del Estado de Florida”, porque, recordó el TC, el artículo 24.1 CE garantiza a los justiciables una decisión fundada en Derecho sobre sus pretensiones.

Sin duda, la aplicación tras la reforma del artículo 775 LEC del Reglamento (CE) 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental puede resultar paradójica. Dicho Reglamento incluyó en su ámbito de aplica-

---

<sup>19</sup> ...para la legislación española es cuestión de orden público que la modificación de las medidas derivadas de separación o divorcio le corresponde al Juez que las dictó...”, argumentó el juez de primera instancia en Auto del Juzgado de Primera Instancia número 29 de Madrid de 21/10/1994. Por su parte la AP de Madrid argumentó que "...el término “incidencias” ha de conducir a comprender dentro del mismo cuantas actuaciones o procedimientos aparezcan en íntima conexión con el proceso principal, sin que para ello sea obstáculo que se sustancien por un procedimiento distinto, se inspira tal precepto en principios de unidad y economía procesales, en atención a que el buen orden de enjuiciar no admite la duplicidad de Juzgados en asunto principal e incidencias, ni se concibe en competencia territorial que pueda dividirse la continencia de los autos ..., siendo tal el sentido y espíritu del referido precepto que deben observar los Juzgados para no prorrogar su jurisdicción a asuntos que por la sola voluntad de las partes no puedan serle sometidos, sin subvertir normas de procedimiento que son de orden público...”; lo hizo en AAP de Madrid-Sección 20ª de 20/10/1995.

ción la modificación de medidas en materia de responsabilidad parental.

Al menos hasta ahora (y entendemos que también a partir de ahora, habida cuenta de la supremacía normativa) el citado Reglamento, habiendo menores, y en aplicación de sus artículos ha permitido que el juzgado español correspondiente al domicilio del menor haya entendido en procedimientos de modificación de medidas<sup>20</sup>. Fueran dictadas dichas medidas por un tribunal de la UE o no, y ello al hilo de la referenciada STC 61/2000, ya que declara la posibilidad de que un juzgado español tramite la modificación de medidas establecidas en una sentencia dictada por un juzgado extranjero.

En el caso de las sentencias dictadas por un tribunal de la UE no requieren su reconocimiento previo para su modificación, aunque dicho reconocimiento no es automático, pues la autoridad ante la que se solicita el reconocimiento de la resolución, deberá constatar que la misma cumple los requisitos establecidos por el Convenio o Reglamento para dicho reconocimiento. El exequatur queda reservado, pues, para determinados supuestos.

En este contexto, aún pervive, cada vez más minoritaria, la tesis de que la decisión extranjera no puede ser modificada por los tribunales del Estado de reconocimiento porque ello implicaría una intromisión en la soberanía extranjera. Una respuesta contundente a ello la hallamos en Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional (Virgós Soriano, 2000): “carece de todo fundamento dogmático y en el caso de que las partes hayan modificado su domicilio inicial les supone una injustificada barrera de acceso a la tutela judicial”.

## 8. Conclusiones.

1. La reforma del artículo 775 LEC contenida en la Ley 42/2015 parece fruto de la ignorancia del legislador y supone una regresión al fijar la competencia en los procedimientos de modificación de medidas en los juzgados que dictaron las medidas primigenias.

2. Los procedimientos de modificación de medidas se tendrán que dirimir en juzgados en ocasiones alejados geográfica y socialmente del objeto del procedimiento, con lo que ello supone de encarecimiento del proceso y mayor complejidad del mismo, si se quiere evitar el dictado de resoluciones alejadas de la realidad.

3. La reforma del legislador español colide en intención y efectos con la norma europea, que a través del Reglamento (CE) 2201/2003 acercó definitivamente, habiendo menores, la justicia al lugar y en el contexto en la que debe desplegar sus efectos, al hacer factible y simplificar la modificación de medidas en el lugar de residencia de los menores hubiese sido dictada la resolución inicial donde lo fuera. Justo lo contrario de la reforma del artículo 775 LEC contenida en la Ley 42/2015.

4. Todo ello se produce en un momento en el que los procedimientos de modificación de medidas se multiplican y llegan con un elevado índice de conflictividad a los juzgados, pese que sólo se judicializa una reducida proporción de las medidas que se modifican de facto. Estamos en una sociedad líquida y lo que hoy parece seguro y adecuado mañana puede parecer trivial, descabellado o un error lamentable.

---

<sup>20</sup> No en balde el considerando 13 del Reglamento (CE) 2201/2003 señala que “Para atender al interés del menor, el presente Reglamento permite al órgano jurisdiccional competente, con carácter excepcional y en condiciones determinadas, remitir el asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que esté mejor situado para conocer del asunto. Ahora bien, en este caso no se debe autorizar al órgano jurisdiccional al que se remitió el asunto a remitirlo a su vez a un tercer órgano jurisdiccional”.

### LÍMITE A LAS ACTIVIDADES EXTRAESCOLARES

AP A CORUÑA, SEC. 3.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 20/11/2015

**La sentencia apelada** establece que «Durante los períodos en que, la custodia le corresponde al padre decidirá éste sobre la asistencia del menor o no a las actividades extraescolares...». Este extremo también es cuestionado por la apelante, interpretando que la sentencia autoriza a que cada progenitor lleve al niño a las actividades que tenga por conveniente.

La sentencia en ningún momento establece que cada padre podrá acordar a qué actividades se apuntará al niño, ni en dónde. Lógicamente son opciones que ambos progenitores, como personas que ostentan conjuntamente la patria potestad sobre el niño, deberán decidir de común acuerdo. Lo que acontece es que al niño se le ha apuntado o se le pretende apuntar de toda una suerte de actividades, decididas unilateralmente por la madre, sin contar con la anuencia de don Ángel.

Lo que la sentencia establece es que se ha apuntado al niño a entrenamientos de fútbol, que sería las tardes en que el padre tiene derecho de visitas. También a clases de baile gallego que se imparten los sábados a media mañana, lo que obligaría a don Ángel a desplazarse hasta el lugar donde se imparten, para después volver a su domicilio, con un trayecto en total de 50 kilómetros, y tener que esperar. Pero

**Al niño se le ha apuntado** o se le pretende apuntar de toda una suerte de actividades, decididas unilateralmente por la madre, sin contar con la anuencia del padre. La edad del menor, y las actividades (fútbol, inglés y baile gallego) «son tan importantes como el disfrute de la compañía paterna». Lo que no se aceptable es que se establezca unilateralmente toda una batería de actividades extraescolares, y justo coincidan con los períodos de visita del progenitor no custodio.

es que el mismo sábado, después de comer, tendría que realizar el mismo trayecto para las clases de inglés. Es por ello que la sentencia matiza que dada la edad del menor, y las actividades (fútbol, inglés y baile gallego) «son tan importantes como el disfrute de la compañía paterna». Lo que no se aceptable es que se establezca unilateralmente toda una batería de actividades extraescolares, y justo coincidan con los períodos de visita del progenitor no custodio. Es por eso que se deja al albedrío de don Ángel llevar al niño a todas esas actividades o no. Se comprende si opta por no llevarlo.

Nadie niega que pueda ser bueno que el niño sea llevado a actividades extraescolares. Tanto para su desarrollo personal, físico y mental, como por servir para la socialización del niño. Pero no desde luego que se instaure toda una batería de actividades que impidan que esté con su padre, y que el período de estancia sea realmente de continuos viajes en automóvil. Está más tiempo en el coche que con su padre. Si tanto interés hay en que el niño desarrolle actividades, o se cambia el día de éstas, o se cambian los días de visita. Pero eso ya se le planteó a las partes en el acto de la primera vista, y se suspendió, siendo imposible el acuerdo al enrocarse cada parte en su postura.

# Guarda y custodia

## DENUNCIAS PENALES Y CUSTODIA COMPARTIDA

### CAMBIO DE CUSTODIA POR TRASLADO DE RESIDENCIA DE LA MADRE

### DELEGACIÓN DE LAS FUNCIONES DE GUARDA EN ABUELOS PATERNOS

### VALORACIÓN DE LA PREFERENCIA DE UN MENOR DE 14 AÑOS

## DENUNCIAS PENALES Y CUSTODIA COMPARTIDA

### AP A CORUÑA, SEC. 4.<sup>a</sup> SENTENCIA DE 3/12/2015

**El padre fue absuelto del delito de violencia** de género y no se considera que la circunstancia de la comisión de una falta de daños, por haber roto el móvil de la madre genere una conducta asumible en el art. 92.7 del CC. No existen tampoco indicios fundados de violencia de género, siendo el expuesto un incidente aislado, que no ha de repercutir de forma negativa sobre el régimen de custodia de los hijos menores, por lo que es procedente acordar la custodia compartida.

Se ha de partir de la base, como señalan las SSTS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013 y 17 de julio de 2015, Rc. 1712/2014, de que el régimen de custodia compartida debe ser el normal y deseable, señalando la Sala 1ª de nuestro más Alto Tribunal, en sus SSTS de 29 de abril de 2013, 25 de abril de 2014, 22 de octubre de 2014 y 26 de junio de 2015, que “la redacción del artículo 92 CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea”.

Se pretende, en definitiva, a través de la atribución de la custodia compartida aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial, y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de “seguir” ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos (SSTS 19 de julio de 2013, 2 de julio de 2014. Rec. 1937/2013, 15 de julio de 2015 Rc. 530/2014 y 17 de julio de 2015, Rc. 1712/2014 entre otras).

...Pues bien, en este caso, ambos padres cuentan con las habilidades precisas para asumir la atención y cuidado de los menores y los lazos afectivos con sus hijos discurren por los cauces propios de

las relaciones paterno-filiales. Serafín, de 7 años de edad, experimenta negativamente el distanciamiento del régimen de comunicación con su padre, con el que desea tener una relación más próxima e intensa, que efectivamente propicia el régimen de custodia compartida. Las relaciones entre los litigantes no son tan conflictivas que imposibiliten el intercambio de información y colaboración precisa para establecer tal régimen de custodia. Los horarios del padre, como se reseñan en el escrito de oposición al recurso de la madre, no son incompatibles con tal régimen de custodia, máxime cuando cuenta con el total apoyo y disponibilidad de los abuelos paternos, con los que los menores tienen unos intensos lazos de unión y vínculos afectivos. El equipo psicossocial del IMELGA, tras entrevistarse con ambos padres, abuelos paternos y explorar a los niños, concluyen que la guardia y custodia compartida es el régimen más beneficioso para el interés y beneficio de los menores, en tanto en cuanto “garantiza su mejor atención y cuidado”.

La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 del CC debe estar fundada en el interés de los menores, que van a quedar afectados por la medida de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia de 29 de abril de 2013 (STS 585/2015, de 21 de octubre).

En el supuesto que enjuiciamos el apelante fue absuelto del delito de violencia de género, y no consideramos que la circunstancia de la comisión de una falta de daños, por haber roto el móvil de la madre genere una conducta asumible en el numeral 7 del art. 92 del CC. No existen tampoco indicios fundados de violencia de género, siendo el expuesto un incidente aislado, que no ha de repercutir de forma negativa sobre el régimen de custodia de los hijos menores.

Es cierto que la STS de 30 de octubre de 2014, Rc. 1359/2013, recuerda que: “la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”.

Ahora bien, en el caso presente, aun cuando la convivencia “more uxorio” ha fracasado y las relaciones afectivas entre los litigantes se han roto, las que se mantienen, por la existencia de los hijos comunes, no son actualmente tan conflictivas, con escenarios de recíproco enfrentamiento, que impidan una mínima relación armónica entre ellos, necesaria para el éxito de la custodia compartida.

Por otra lado, la STC 185/2012, de 17 de octubre, ha declarado que la previsión normativa, que exigía el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC, es contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida; por lo que es obvio que la opinión del Ministerio Fiscal, si bien digna de consideración, en tanto órgano imparcial, regido por el principio de legalidad, que ha de velar por los intereses de los menores en los procedimientos de familia, no es vinculante para el Tribunal.

Por todo ello procede estimar el recurso de apelación interpuesto, fijando un régimen de custodia compartida, en el que se atribuye el domicilio familiar a los hijos menores del matrimonio en donde permanecerán, siendo éste el interés prevalente que ha de ser garantizado, siendo los padres los que se turnarán semanalmente en la estancia y cuidado de los menores. Cada progenitor atenderá a la necesidad de alimentos de los niños, en tanto en cuanto conviva con ellos. Los gastos extraordinarios serán por mitad y entre ellos los médicos no cubiertos por la Seguridad Social o seguro privado de los padres, así como los gastos ordinarios de agua, luz y de comunidad de la vivienda familiar, no así las derramas extraordinarias, que satisfará el padre como propietario de la misma. Los gastos de material escolar, colegio, uniformes serán igualmente por mitad, así como los de vestido de los niños. Ello en atención a que, una vez incorporada la actora a su trabajo a tiempo completo, los sueldos de ambos progenitores son similares. Los gastos de actividades extraescolares serán abonados también por partes iguales, siempre que sean consensuados por ambos litigantes, sino serán de cargo del progenitor que unilateralmente los contrató.

## CAMBIO DE CUSTODIA POR TRASLADO DE RESIDENCIA DE LA MADRE

AP ORENSE, SEC. 1.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 3/12/2015

**Aunque inicialmente se concedió la custodia** al padre al romper la madre el acuerdo de custodia compartida y marcharse a Lanzarote, la realidad es que el padre no ha instado la ejecución de la sentencia y se ha consolidado una situación de estabilidad en la menor que aconseja atribuir la custodia a la madre.

La consecución de la estabilidad personal de los menores y, en consecuencia, su equilibrio tanto emocional como escolar, social, etc..., se configura como uno de los objetivos a perseguir en orden a la satisfacción del interés del menor, que han de valorarse muy especialmente antes de proceder a un cambio de domicilio y entorno en la vida del menor.

Los litigantes rompieron su relación de pareja cuando la menor contaba con un año de edad (en el año 2007) estableciendo inicialmente, de mutuo acuerdo, un régimen de custodia compartida que se vino desarrollando adecuadamente hasta finales del año 2012 (la menor pasaba con el padre y familia paterna, de domingo a martes, y el resto de la semana con la madre y familia materna) haciendo frente cada uno de ellos a los gastos que generaba la menor, mientras permanecía en su compañía, hallándose adecuadamente escolarizada e integrada en el CEIP de la localidad de Leiro.

Siendo ambos padres idóneos para asumir la custodia de su hija menor, como resulta del informe emitido por el equipo psicosocial del IMELGA y manteniendo la menor una relación afectiva satisfactoria con ambos padres que reúnen condiciones suficientes para ostentar la guarda y custodia de su hija. Sin embargo, las actuales circunstancias de la menor aconsejan mantenerla en su actual situación de convivencia. El juez de la instancia atribuyó la guarda y custodia al padre atendiendo, fundamentalmente, a que la madre había decidido unilateralmente romper el régimen de convivencia acordado y, sin la anuencia del padre trasladarse con su hija a la isla de Lanzarote. Hecho que tuvo lugar en el verano del año 2013. Y aún siendo tal actuación, acudiendo a las vías de hecho, no amparable jurídicamente, ha de señalarse también que no obedeció a una actuación caprichosa sino más bien justificada por motivos laborales, ante la dificultad para integrarse laboral-

mente en su localidad de origen, siendo que en su actual lugar de residencia tanto la madre, como su actual pareja sentimental, han conseguido estabilizarse laboralmente, realizando un trabajo acorde con su preparación profesional contando con el apoyo de la abuela materna que con anterioridad ya residía en la localidad de Yaiza (Lanzarote).

En cualquier caso, desde que se dictó la sentencia que ahora se recurre (en 27 de noviembre de 2013) las circunstancias existentes en aquella fecha se han modificado sustancialmente, consolidándose una situación de convivencia de la menor con la madre y familia materna, en un entorno familiar estable, que hace su alteración inadecuada al interés de la menor, tal como informaron en sus conclusiones los peritos del IMELGA.

El demandante apelado, pese a haber obtenido en la instancia un pronunciamiento favorable en la atribución de la guarda y custodia que había interesado, no instó la ejecución del mismo conforme a lo dispuesto en el art. 774-5º LEC favoreciendo que se consolidase una situación familiar y social, en un nuevo entorno, que resulta inadecuado revertir. donde actualmente reside ya desde el verano de 2013.

De las distintas pruebas practicadas durante la tramitación del presente rollo de Sala, con la finalidad de comprobar las actuales circunstancias familiares y evaluar el estado actual de la menor, se deriva, que la menor lleva dos cursos escolarizada en el CEIP de Yaiza (Lanzarote) con una adecuada integración escolar y social y con resultados académicos aceptables, al que acude regularmente, y en cuyo centro escolar desea continuar, según manifestó la menor en la exploración judicial practicada en el presente rollo de Sala. Los Servicios Sociales Municipales de la localidad de Yaiza, informaron que convive con su madre en la zona denominada "Pla-

ya Blanca”, en una vivienda amplia, que ocupan en régimen de alquiler y que reúne las condiciones de habitabilidad adecuadas. Cuenta con el apoyo familiar de la abuela materna y de un tío materno, que conviven en el mismo lugar, en una vivienda próxima y que se hacen cargo de la menor en ausencia de la madre, por razones laborales. Actualmente la demandada trabaja en dos peluquerías de establecimientos hoteleros de la localidad, lo mismo que su actual pareja, con quien mantiene una relación estable, habiendo tenido la pareja una nueva hija, con la que la menor se siente especialmente vinculada, refiriendo a los peritos psicólogos, durante su exploración, “que echa mucho de menos a su hermana y que es su deseo vivir todos juntos”, manifestándose en similar sentido en la exploración judicial que fue practicada por esta Sala de apelación, “que deseaba continuar en el mismo centro escolar y pasar las vacaciones en familia”.

En el informe de los Servicios Sociales de la localidad de Yaiza valoraron positivamente el actual entorno familiar y de convivencia de la menor. La madre favorece una relación fluida del padre con su

hija, manteniendo contacto telefónico prácticamente a diario, proponiendo que todas las vacaciones escolares las disfrute la menor con el padre, si ese es su deseo.

En consecuencia, la conclusión del informe pericial psicológico obrante en el rollo de Sala, se estima plenamente lógica y coherente, pues aun reuniendo ambos padres condiciones adecuadas para hacerse cargo de su hija menor, se estima perjudicial para la estabilidad de la misma y su adecuada evolución, introducir un nuevo cambio en su régimen de convivencia y entorno, por lo que recomiendan se mantenga el actual, al encontrarse bien atendida la menor por la madre y por el entorno familiar materno. Sin perjuicio de establecer un régimen de visitas amplio en favor del padre, que podrá disfrutar en la totalidad de las vacaciones escolares. Los gastos de traslado, a fin de mantener un reparto equitativo de las cargas, habrán de satisfacerse por ambos padres por mitad, tal como se ha establecido por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de mayo de 2014 y 26 de mayo de 2014.

## DELEGACIÓN DE LAS FUNCIONES DE GUARDA EN ABUELOS PATERNOS

**AP BARCELONA, SEC. 18.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 19/11/15**

### **No procede acordar una guarda compartida**

que después vaya a ser ejercida por la abuela paterna que dispone de otros espacios para ejercer como tal. Por otra parte, es un hecho que la niña está habituada a vivir con su madre desde que nació y que, aun cuando no se hayan aportado informes periciales, dicha convivencia determina a tan corta edad que es el progenitor cuidador de referencia, y por eso debe acordarse la guarda materna.

La sentencia ha atribuido a la madre la guarda de la hija menor Ruth nacida el NUM000 -2012. Contra dicho pronunciamiento se alza el demandado que reitera su petición de guarda compartida. El Ministerio Fiscal esta conforme con el pronunciamiento de la sentencia.

En el recurso de apelación se alega la infracción de los art. 233-8 y 233-11 del CCC. Estima en síntesis que concurren todos los criterios de este último precepto y propone una guarda compartida con una distribución temporal de guarda distinta hasta los tres años de edad de la hija menor. Concretamente propone que hasta los tres años la hija esté con el

padre los martes y jueves y con la madre los lunes, miércoles y viernes y los fines de semana que comprenden sábado domingo de forma alterna. A partir de los tres años propone una guarda por semanas con cada progenitor con un día intersemanal con pernocta con el otro progenitor. Dichas peticiones coinciden básicamente con las formuladas en la demanda con alguna matización en cuanto a los días intersemanales.

Se ha probado que los padres se separaron en agosto de 2013 cuando la hija tenía diez meses de edad. En el Auto de Medidas Provisionales de diciembre de 2013 se atribuye la guarda a la madre

pero se fija un régimen de comunicación diario con el padre al acordar que todos los días recoja en la guardería a la niña en la franja horaria de 11.30-12 horas hasta las 17 horas que deberá reintegrarla en el domicilio materno. Además se acuerda una estancia de sábados y domingos alternos sin pernoctas. La corta edad de la menor y la lactancia materna determinan dicho reparto. En la sentencia que ahora se apela se mantiene la medida de guarda materna en base a la corta edad de la niña y al planteamiento de guarda que hace el padre que implicaría que la niña dormiría solo dos días seguidos en la misma casa cada quince días. Considera el Juez a quo que la guarda compartida no se alcanza con que la suma de las estancias con cada progenitor sea idéntica, con desprecio de cual sea el ritmo de las estancias, sino con un sistema que a la par que un contacto más regular con cada progenitor, proporcione una suficiente estabilidad a los hijos. También hace referencia a la sospecha que la petición obedezca a un interés económico.

El art. 233-8 CCC que se cita como infringido al que se remite el art. 234-7 recoge el principio de que la ruptura de convivencia de los progenitores no alteran sus responsabilidades respecto a los hijos menores que mantienen el carácter compartido y que, en la medida de lo posible, se han de ejercer conjuntamente, pero condiciona la decisión o medida sobre las responsabilidades parentales al interés del menor que es prioritario. Como se ha señalado en otras resoluciones el CCC no establece ni impone la modalidad de guarda compartida como modelo preferente aunque sí preferido. En el CCC la manera de ejercer la responsabilidad parental después de la ruptura, es decir, la modalidad de la guarda, esta condicionada por el interés del menor. Y es el art. 233- 11 CCC el que proporciona a la autoridad judicial los criterios que han de determinar el contenido de dicho interés a los efectos de determinar la modalidad de guarda que mejor se adecue a las necesidades e interés de los hijos menores en cada caso.

En el presente supuesto la Sala coincide con el argumento de la sentencia en cuanto a que el régimen propuesto hasta que la menor cumpla los tres años de edad no parece a priori adecuado para proporcionar a la niña una estabilidad espacio temporal. Con el sistema de reparto de tiempo de guarda solicitado la menor cambiaría casi cada día de domicilio. No explica el apelante las razones de su petición. Podría haberse adoptado una distribución temporal diferente a la propuesta pero no se han aportado

elementos de juicio para ello. Se propone a partir de los tres años una distribución temporal totalmente distinta -por semanas- que implica un cambio de organización total sin que dicha petición tenga base clara, ni a priori podemos afirmar que se adecúa a las necesidades de la menor pues el cambio no es progresivo sino brusco y se vincula dicho cambio al cumplimiento de una edad -3 años- sin atender a las necesidades concretas que puede tener la menor a dicha edad y con desconocimiento total de cual va a ser su estado evolutivo. Al margen de que el sistema de reparto de tiempo propuesto no se considera adecuado y que tal como recoge la sentencia, obedece más a la necesidad del padre de conseguir un tiempo de guarda igual que el de la madre, concurren en este caso datos o elementos que conduce a confirmar el pronunciamiento de guarda materna.

La menor cumple tres años este mismo mes de noviembre pero no se considera procedente el cambio en la modalidad de la guarda por este solo hecho. Por la edad de la menor debemos entender que ha empezado la escolaridad y que ya no acude a la guardería. No tenemos conocimiento del horario escolar que realiza pero es un hecho notorio que dicho horario es más extenso que el de guardería, sea intensivo (solo de mañanas) o no (mañana y tarde). La escolaridad dificulta que el padre pueda estar con su hija entre semana los mediodías y el padre ha reconocido que su trabajo lo realiza por la tarde entre las 17 y 19 horas. Trabaja en Mataró por lo que debe marchar del domicilio en el que reside con su madre con la antelación suficiente. No obstante no ha efectuado ninguna objeción a poder estar con su hija dos tardes a la semana tal y como ha previsto la sentencia a partir de los tres años, pues cuenta también con la ayuda de su madre y tampoco afirmó que su horario fuera estricto de dos horas y media cada tarde pues dependía de las visitas. Pero pese a cierta flexibilidad entendemos que el tipo de trabajo que realiza, terapia y ayuda a otras personas, condiciona su horario, como también ha reconocido en el interrogatorio, lo que dificulta su disponibilidad para ocuparse personalmente de su hija durante toda una semana y pese a que cuente con la ayuda de la abuela y que la relación entre abuelos y nietos se considera a priori muy positiva para estos últimos, no procede acordar una modalidad de guarda compartida que después vaya a ser ejercida por la abuela que dispone de otros espacios para ejercer como tal. Este es un dato objetivo que dificulta el establecimiento de la modalidad de guarda que se pretende. Por otra parte, es un hecho que la niña



esta habituada a vivir con su madre desde que nació y que, aun cuando no se hayan aportado informes periciales, dicha convivencia determina a tan corta edad el progenitor cuidador de referencia. Ello no ha de impedir la presencia del otro progenitor en la vida de la menor que se estima muy importante para su desarrollo, pero entendemos que dicha presencia se garantiza con un adecuado régimen de estancias y permanencias a esta edad, sin perjuicio de los cambios que con la edad puedan producirse en cuanto a la vinculación afectiva de la hija con uno y otro progenitor y sus necesidades emocionales. Cabe señalar que en el acto del juicio, en el que la madre asumió su propia defensa, se hizo referencia

al supuesto carácter sectario del Instituto en el que trabaja el padre pero que no se han probado sus afirmaciones y que por parte del Juez a quo se desconsideró toda referencia a ello. Con posterioridad a la sentencia se han producido denuncias por incumplimiento del régimen de estancias y por daños materiales que evidencian la conflictividad existente entre ambos progenitores debiendo apuntarse al respecto la conveniencia de la pacificación del conflicto en aras a ofrecer a la niña la estabilidad que necesita y que pasa por poder disfrutar de la presencia de ambas figuras parentales y por el respeto recíproco de ambos progenitores.

## VALORACIÓN DE LA PREFERENCIA DE UN MENOR DE 14 AÑOS

**AP BARCELONA, SEC. 18.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 17/11/15**

**El menor, que hoy cuenta con catorce años** de edad, manifestó que quería vivir con su madre en Madrid, por lo que es procedente conceder autorización a aquella para fijar su domicilio en Madrid, ya que presenta un proyecto custodio organizado. Se suprimen las visitas intersemanales, debiendo la madre facilitarlas para el caso de que el padre viaje a Madrid entre semana.

Se alza el apelante contra la resolución impugnada en cuanto autoriza a la actora a fijar su domicilio en Madrid y modifica el régimen de visitas establecido en el convenio de 14-11-2005, judicialmente homologado por la sentencia de divorcio de 19-12-2005, y posteriormente modificado por la de 21-6-2011, la cual modifica las entregas y recogidas de los hijos, los días festivos intersemanales, los gastos extraordinarios médicos y farmacéuticos y establece que “los progenitores deberán someterse a terapia familiar en el centro escogido por ellos, y en su defecto, en la Escola de Terapia Familiar Sant Pau; el menor deberá continuar su terapia en el centro privado actual con la Sra. Amalia “. Solicita se deje sin efecto tal autorización.

Al respecto de la autorización a la madre para fijar su domicilio en Madrid, como señaló esta Sala en sentencia de fecha 12-2-2014 (SAP B 3464/2014) es el artículo 236-11, 6 del CCCat el que exige el consentimiento de ambos progenitores para variar el domicilio de los hijos menores si el cambio los aparta de su entorno habitual, y en defecto de consenti-

miento exige que se solicite autorización judicial en la forma regulada en el artículo 236-13 que atribuirá la facultad de decidir a uno de ellos. La facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores forma parte del contenido de la potestad parental (art. 236-17 CCCat) cuyas responsabilidades no quedan alteradas por la nulidad, divorcio o separación de los padres (art. 233-8 CCCat) que mantienen las mismas responsabilidades que en la medida de lo posible se han de ejercer conjuntamente. En nuestro ordenamiento la atribución de la guarda de los hijos no comporta por tanto la facultad de decidir sobre el lugar de residencia de los mismos y en consecuencia, en caso de desacuerdo y planteada la controversia, es la autoridad judicial la que resuelve a cual de los progenitores le atribuye la facultad de decidir.

Las controversias sobre el lugar donde deben residir los hijos menores que en definitiva condicionan o determinan de forma clara la medida sobre la guarda son de difícil resolución. El conflicto de intereses es claro, de una parte el derecho del proge-

nitor, en este caso la madre, que plantea el cambio de residencia que se ve limitado si quiere llevarse a la menor, el derecho del otro progenitor a seguir manteniendo la relación con su hija y a participar en su formación y el derecho de la menor a mantener la relación con ambos progenitores. Dicho conflicto debe ser resuelto de forma que el interés y necesidades de la hija quede menos comprometida.

No establece la ley criterios o parámetros que nos permitan una concreción del interés del menor al tratar este tipo de cuestiones. La STS de 26 de octubre de 2012 (ROJ: STS 6811/2012) únicamente se refiere a la ponderación de la necesidad y proporcionalidad del cambio de residencia de una menor y que en función de ello se ha de determinar el régimen de guarda y de visitas.

Como también señaló la sentencia antes citada la Comisión Europea de Derecho de familia (dentro del ámbito de la Unión Europea) ha elaborado unos Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental, en cuyo capítulo V bajo la rúbrica de "Contenido de la responsabilidad parental", principio 3:21 "Cambio de residencia" indica "(3)La autoridad competente tendrá especialmente en cuenta: (a) la edad y la opinión del niño; (b) el derecho del niño a mantener relaciones personales con los otros titulares de la responsabilidad parental; (c) la capacidad y voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar; (d) la situación personal de los titulares de la responsabilidad parental; (e) la distancia geográfica y las facilidades de acceso; (f) la libre circulación de personas. Y en el ámbito de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado como resultado de una reunión entre expertos de varios Estados celebrada en Washington en marzo de 2010 se publicó un número especial de la International Family Law que recogía las aportaciones realizadas y las conclusiones fueron recogidas en una Declaración sobre la reubicación familiar internacional estableciendo una lista de elementos que debían ser tenidos en cuenta por la autoridad competente en el ejercicio de la facultad discrecional de autorizar o no el traslado. Así se hace referencia al derecho del niño a mantener relaciones personales con ambos progenitores; la opinión del menor; las razones del traslado; la existencia de un clima familiar violento; las relaciones familiares previas; las decisiones familiares previas en materia de custodia y derechos de visita; el impacto de una negativa al traslado sobre el niño y los padres; la naturaleza de

las relaciones paterno filiales y el compromiso del progenitor que quiere trasladarse respecto al mantenimiento de las relaciones personales con el otro progenitor; si las propuestas para el ejercicio del derecho de visita son realistas, entre otras.

Todos estos criterios que se establecen para los supuestos de cambio de residencia del menor entre distintos países también tienen utilidad cuando el cambio de residencia que se propone o plantea lo es dentro de un mismo país como en el presente caso. Lo que debe determinarse es la incidencia o impacto que la autorización o la denegación puede tener en el menor por sí mismo y como reflejo de la incidencia o impacto que la autorización o denegación tiene en cada uno de los progenitores y que es lo que resulta menos perjudicial.

En nuestro caso vemos que la sentencia de divorcio de 19-12-2005, la cual homologó el convenio de 14-11-2005, otorgó a la madre la guarda y custodia de los dos hijos, nacidos el NUM000 -1996 y NUM001 -2001, con un régimen de visitas para el padre de fines de semana alternos desde la salida del colegio hasta la entrada el lunes; los miércoles desde la salida del colegio hasta la entrada al mismo el jueves y mitad de las vacaciones; se atribuyó el uso de la vivienda a la madre y a los hijos; "sin perjuicio de lo anterior podrán fijar en el futuro libremente sus domicilios donde tengan por conveniente, si bien, quedan obligados a comunicarse cualquier cambio que de los mismos se produzca mientras los hijos en común sean menores de edad, con la finalidad de facilitar el contacto y la relación entre éstos y ambos progenitores". La pensión alimenticia se pactó en 2.168,19 €/mes.

Con fecha 25-2-2011 se dictó auto de modificación de medidas provisionales por el que se modificó el régimen de visitas con Feliciano, y respecto al menor, Evelio, se estableció como mínimo un día a la semana que determinaría la Psicóloga Doña. Amalia tras la oportuna preparación del menor y la entrevista con el padre, facilitando a ambos las pautas adecuadas para su realización satisfactoria, debiendo ésta remitir al Juzgado informe mensual sobre el día, las horas y el estado del menor tras las visitas con su padre y procurar, en la medida de que la situación emocional de Evelio lo permita, al menos una pernocta cada quince días, ampliable en cualquier caso por acuerdo de los progenitores. Éstos deberían someterse a terapia en el centro escogido por ellos y,

en defecto de acuerdo, en el CMS que corresponda al domicilio del menor. También Evelio debería continuar con su terapia en el centro de Doña. Amalia, y el SATAF debería remitir informe de seguimiento de las visitas, de la terapia de los padres e hijos. La sentencia de 21-6-2011 modifica las entregas y recogidas, los días festivos intersemanales, los gastos extraordinarios médicos y farmacéuticos y “los progenitores deberán someterse a terapia familiar en el centro escogido por ellos, y en su defecto, en la Escola de Terapia Familiar Sant Pau; el menor deberá continuar su terapia en el centro privado actual con la Sra. Amalia”.

En la demanda origen de las presentes actuaciones, interpuesta el 1-4-2014, la madre alegaba que tenía la intención de trasladar su residencia de manera definitiva a Madrid, donde nació y creció y donde está toda su familia. Que el 11-2-2010 contrajo matrimonio con D. Desiderio, quien reside y trabaja en Madrid. Que con Barcelona no tiene vínculo ni familiar, ni laboral ni de compromiso, que había adquirido una casa en Madrid por 920.000 €, CALLE000 NUM002 el 10-5-2010 (fol.58); que es reconocida diseñadora de interiores; aporta reportajes de casas decoradas por ella... y que si había continuado en Barcelona había sido para que los hijos tuvieran más contacto con su padre. Manifestaba igualmente que los hijos querían vivir en Madrid. El mayor estudia en Inglaterra, y Evelio quería irse con ella. Iría al mismo centro que en Barcelona, el Highlands School, donde ya se la había confirmado la plaza.

Opuesto el padre a tal pretensión, se aportó al folio 321 carta manuscrita de Evelio, que hoy cuenta con catorce años de edad, en la que, entre otros extremos manifestaba que quería vivir con su madre en Madrid.

Según el informe del SATAF de 28-7-2014, ambos tienen capacidades parentales. Evelio muestra una mayor proximidad afectiva con la madre, la cual emerge a lo largo de la trayectoria familiar como figura de referencia. Atendiendo a la edad, se valora un mayor distanciamiento del mismo con el padre, con una vivencia de cierto disconfort con el entrono paterno. La situación familiar de conflictividad se valora desde 2011 y persiste. Se evidencia una cronificación de la problemática familiar en la que ninguno preserva a los hijos del conflicto parental y de los litigios judiciales. Sobre la posibilidad de un traslado a Madrid, ambos adoptan discursos antagónicos. La

madre presenta un proyecto custodio organizado, en el cual se desprende un mantenimiento de ciertos elementos referenciales de Evelio (proyecto educativo mediante la misma escuela, mantenimiento de una dinámica cotidiana con las mismas trabajadoras del hogar, del régimen de visitas con el padre y de la relación con otros miembros familiares), si bien minimiza, de forma importante, las pérdidas que el cambio comporta inherentemente a un menor. El padre se sitúa en una posición de disconformidad ante el posible traslado y entiende que la alternativa más idónea sería el mantenimiento de la situación actual. En este sentido se le hace difícil prever otras formas de organización familiar diferentes.

Según el Informe de seguimiento de la Psicóloga Doña. Amalia de 22-7-2014, Evelio mantiene su descontento y resistencia a ir con su padre y que alguno de los días que tenía que ir con él, presentaba ansiedad elevada que aparece en forma de somatizaciones.

La sentencia recurrida, tras valorar tales informes autoriza a la madre a fijar su domicilio en Madrid, suprime las intersemanales, debiendo la madre facilitarlas para el caso de que el padre viaje a Madrid entre semana y fija un régimen de visitas consistente en fines de semana: uno, el primero de cada mes será el padre el que se traslade a Madrid, debiendo ser el menor el que se traslade a Barcelona el tercer fin de semana de cada mes, extendiéndose las del fin de semana de Madrid hasta la entrada al centro escolar el lunes, corriendo la madre con los gastos de desplazamiento del menor a Barcelona los fines de semana que tenga que venir. Semana Santa entera al padre; junio y septiembre también, debiendo costear el padre los gastos de traslado a Barcelona. Y en estas circunstancias no podemos sino confirmar dichos pronunciamientos al no haberse practicado prueba alguna que desvirtúe la realidad de la situación fáctica que se contempla, ni menos aún para modificar el tema de la guarda y custodia que en todo caso serían contraproducente para el menor teniendo en cuenta su opinión, atendida su edad y las relaciones existentes entre padre e hijo desde que se produjo el divorcio allá por en 2005; y teniendo en cuenta que el régimen de visitas garantiza en todos sus extremos el mantenimiento de tales relaciones, es por lo que, de conformidad con el Ministerio Fiscal y vista la doctrina sobre el particular, debemos desestimar el recurso que se examina.

# Régimen de visitas

## REDUCCIÓN DE LAS VISITAS CON LOS ABUELOS

## LUGAR DE ENTREGA DEL MENOR PARA EL INICIO DEL RÉGIMEN

## RÉGIMEN DE VISITAS PARA QUIEN CONVIVIÓ CON LA MADRE

## INVIABILIDAD DE LAS VISITAS INTERSEMANALES

### REDUCCIÓN DE LAS VISITAS CON LOS ABUELOS

AP ORENSE, SEC. 1.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 24/11/2015

**A pesar de que la madre**, tras el fallecimiento del padre, permitió que los abuelos paternos disfrutasen del mismo régimen de visitas que el padre, constatándose por la exploración y el informe psicológico, la angustia que sufre el menor de 11 años con las visitas, se reducen a una tarde a la semana durante dos horas.

Ha resultado acreditado, que el menor ha mantenido contacto con la familia paterna desde prácticamente su nacimiento, primero a través del padre y después del fallecimiento de éste, en el año 2010, por acuerdo alcanzado con la madre se mantuvo la misma comunicación con los abuelos que judicialmente tenía reconocida el padre. Esta situación se mantuvo hasta el mes de junio del año 2014 en que el menor comenzó a mostrar oposición al mantenimiento del mismo régimen de visitas, ocasionándole su imposición una importante situación de estrés, ansiedad y agobio, incluso con dificultades para conciliar el sueño, según se acreditó mediante la prueba pericial y las declaraciones vertidas en el acto de juicio.

La oposición a la continuidad del mismo régimen de visitas ha sido evidenciado por el menor en reiteradas ocasiones y dentro del mismo proceso judicial, debiendo descartarse en ello cualquier manipulación de la madre, que se contradice con

el propio hecho del amplio régimen de visitas que voluntariamente autorizó hasta esa fecha sin intervención judicial, en una intensidad muy superior a lo que es usual en función del grado de parentesco.

La prueba pericial psicológica practicada a instancia de la madre demandada, después de realizar distintos test y evaluaciones en relación al menor, concluyó, que presenta un cuadro de ansiedad reactiva a un factor externo como lo es el hecho de tener que relacionarse de forma tan continuada e impuesta con los abuelos paternos, lo que siente como una obligación, ocasionándole una situación de ansiedad que la perito sicóloga consideró elevada (superior al 80% de los niños de su edad), por lo que desaconsejó el restablecimiento del régimen de visitas que últimamente se había suspendido.

Cuestiona la parte apelante el método seguido por dicha perito, aunque sin proponer prueba pericial de signo contrario. Sin embargo, tanto la prueba

de la exploración judicial, como el informe emitido por el perito psicólogo del centro escolar donde cursa estudios el niño vienen a corroborar sus conclusiones. Reiterando este último, que el menor le había manifestado que no se sentía a gusto cuando iba a casa de los abuelos paternos, “se agobiaba”, aclarando que al niño le costaba mucho hablar del tema y que deseaba comunicarse cuando él quisiera, sin imposiciones. Es lo cierto que las razones que aduce el menor como justificativas del distanciamiento no parecen de mucha consistencia, aunque pudieran considerarse relevantes desde su particular percepción. Así, aduce que apreciaba un trato desigual respecto de los otros nietos, que le reñían, que le mandaba hacer cosas que a los otros no, etc. Ninguna de ellas supone trato inadecuado.

No obstante, según ambos peritos se trata de un menor maduro, introvertido, cumplidor de sus obligaciones y un excelente alumno. De modo que su opinión debe ser tomada en consideración, como también dispone el art. 92.6º del CC, habida cuenta también su edad, once años cumplidos, aproximándose a una etapa más difícil como es la adolescencia.

En tales circunstancias la imposición de una comunicación tan amplia como la interesada, en contra de la voluntad del menor, no se considera adecuada para su estabilidad e incluso contraproducente de cara a una futura recuperación de la relación con los abuelos paternos.

El régimen de visitas mantenido hasta la fecha no ha favorecido la integración en la familia paterna, bien porque limitaba el tiempo de permanencia con la madre, principal figura de apego, bien porque limitase el tiempo para realizar sus actividades extraescolares, escolares, o su relación con otros compañeros de juego.

Sin embargo, tampoco parece adecuado a su interés que se suprima totalmente la comunicación con los abuelos paternos, cuyo interés por el nieto ha sido siempre evidente. Ello favorecería un distanciamiento que no se estima beneficioso, porque mantener la relación con los abuelos aunque sea más restringida, en un orden normal, resultará enriquecedora para el menor.

... Es por ello, que se estima procedente establecer un régimen de visitas que se desarrollará una tarde a la semana durante dos horas, una vez concluya el menor sus actividades escolares o extraescolares, transcurridas las cuales se reintegrará al domicilio materno. La comunicación tendrá lugar los martes, jueves o sábados, a elección del menor, en función de las actividades que tenga programadas, siendo deseable no responsabilizar al menor de la situación y se haga un seguimiento de la repercusión en el menor de la comunicación establecida a fin de progresar hacia una evolución positiva del régimen de visitas.

## LUGAR DE ENTREGA DEL MENOR PARA EL INICIO DEL RÉGIMEN

**AP A CORUÑA, SEC. 3.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 20/11/2015**

**No parece muy lógico** que un menor que está próximo a cumplir seis años, tenga que llevar al colegio la ropa y enseres necesarios para pasar el fin de semana con su padre. Debe evitarse en la medida de lo posible la exposición del menor. Los demás compañeros de colegio indefectiblemente van a realizar comentarios, y es una situación fácilmente evitable.

La sentencia apelada establece que don Ángel podrá visitar a su hijo en fines de semana alternos, «desde la salida del colegio del viernes, u horario equivalente» hasta las veinte horas del domingo «con recogida del menor en el colegio, en su defecto en su domicilio». Doña María Teresa muestra

su disconformidad con que el padre recoja al niño en el colegio porque obligaría a este a que los viernes, además del material escolar, llevase sus pertenencias personales al colegio, con el incremento de volumen y peso que conlleva; supone una pública exposición de su situación familiar ante sus com-

pañeros y familias, y además en un entorno rural; por último, el niño sale a las 14:00, teniendo que ser recogido y llevado hasta el domicilio paterno, sin comer. Por lo que sostiene que lo más lógico es que el niño vaya a casa al salir del colegio, y lo recoja allí su padre a las 15:00 horas, como se venía haciendo.

El apelado sostiene que el régimen previsto ya contempla que se realice la recogida en el domicilio, y así se viene haciendo en la práctica, donde se recoge al niño a las 15:00 horas.

El motivo debe ser estimado.

1º.- Las referencias de la sentencia a «horario equivalente» y «en su defecto en su domicilio» no establecen una alternativa a elección de las partes. Es una previsión para la época no lectiva. Si el niño no va al colegio, lógicamente se recogerá a la misma hora pero en su domicilio.

2º.- Los convenios a los que hayan podido llegar las partes en aras a atender mejor a su hijo deben ser respetado en cuanto supongan un efectivo beneficio. Pero la sentencia sigue pregonando un lugar y horario de recogida, cuya modificación se solicita. Por lo que nada impediría que se solicitase su cumplimiento tal y como se dictó.

3º.- La Sala considera que es más beneficioso

para el niño el régimen propuesto por la apelante:

(a) No parece muy lógico que un menor que está próximo a cumplir seis años, tenga que llevar al colegio la ropa y enseres necesarios para pasar el fin de semana con su padre. No puede exigírsele con esa edad que se haga responsable de ese equipaje. Es evidente que resulta más cómodo que don Ángel recoja al niño en el domicilio, donde doña María Teresa podrá darle directamente las pertenencias del hijo común.

(b) Igualmente debe compartirse que es preferible que el menor coma algo cuando sale del colegio, dado el tiempo transcurrido desde el desayuno, y no que se retrase innecesariamente la comida del mediodía.

(c) Pese a que se le quiere restar importancia, sí debe evitarse en la medida de lo posible la exposición del menor. Los demás escolares de una escuela indefectiblemente van a realizar comentarios, incluso los más pequeños por simple curiosidad sobre qué está pasando. Cuál es la causa de que los viernes lleve un equipaje ajeno al material escolar. Y esas inquisiciones pueden degenerar en comentarios, o ser utilizadas como arma dialéctica contra el menor. Es una situación fácilmente evitable.

## RÉGIMEN DE VISITAS PARA QUIEN CONVIVIÓ CON LA MADRE

AP A CORUÑA, SEC. 5.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 13/11/2015

**La condición de “allegado”** de la menor deriva de los vínculos afectivos surgidos de la vida en común y crianza durante los varios años de matrimonio, que es la mayor parte de la edad de la niña. Por otro lado, el padre de la menor no se opone a tales relaciones, por lo que es procedente fijar un régimen de visitas a favor de quien convivió con la madre del menor.

Estamos todos de acuerdo en que tales relaciones o comunicaciones no pueden ampararse en un parentesco inexistente sino en lo también previsto en el artículo 160 del Código Civil aplicado en la sentencia por la condición del demandado como “allegado” de la menor derivada de los vínculos afectivos surgidos de la vida en común y crianza durante los varios años de matrimonio, que es la mayor parte de la edad de la niña. La propia demandante lo reco-

noce en su recurso. Y el padre de la niña, Don Fidel, no se opone a tales relaciones según lo determinado en la sentencia.

Aun así y de la existencia de su medio hermano, lo cierto es que también Paloma tiene a su propio padre y madre, con los regímenes judiciales de su divorcio, y es difícil de compaginar todo, además de que las relaciones personales con los allegados en

principio no pueden tener ni mucho menos la misma intensidad, frecuencia y tiempo.

Teniendo en cuenta las posturas de las partes y del Ministerio Fiscal la discusión se centra en si cambiar o no el inicio del jueves (salida del colegio) para el viernes, a su vez trasladando su fin del viernes (20 horas) al sábado (13 horas), y la frecuencia semanal por la de dos semanas al mes.

Con todo lo dicho y lo también resuelto en esta

nuestra sentencia sobre el reparto en el ejercicio de la custodia compartida por semanas de viernes a viernes, consideramos más adecuado mantener los días del jueves (salida del colegio) al viernes (20 horas), aunque solo en los periodos que correspondan a Don Braulio tener bajo su compañía a su hijo Maximiliano, y respetando el régimen de visitas reconocido judicialmente a Don Fidel respecto de su hija Paloma.

## INVIABILIDAD DE LAS VISITAS INTERSEMANALES

### AP A CÓRDOBA, SEC. 1.<sup>a</sup> SENTENCIA DE 63/10/2015

**El horario de trabajo del padre** y la edad del hijo, que necesita horas de estudio por las tardes, hacen inviable la imposición de un régimen de visitas intersemanal.

Respecto al pronunciamiento relativo al régimen de visitas conviene recordar que no cabe oponer la concurrencia de incongruencia extra petita en base a que lo acordado en la sentencia exceda respecto de las concretas medidas solicitadas por las partes, porque cabe adoptar estas disposiciones con independencia de lo que se pida precisamente porque medidas de esta naturaleza no están sometidas al principio dispositivo lo que permite al Juzgador aplicar, incluso de oficio, las características, alcance y modalidades de las medidas, con la consabida excepción de la pensión compensatoria. Por ello es atribuido a los tribunales el uso de la potestad discrecional en pro de estos superiores intereses de los hijos (arts. 92, 93 y 94 del Código Civil) como consecuencia de los elementos de derecho necesario que en el proceso matrimonial derivan de los superiores intereses que juegan en materia de separación matrimonial, máxime habiendo hijos menores y como tales necesitados de protección, según también tiene declarado el Tribunal Supremo (SSTS de 2-12-1987 y 11-2-2002, por ejemplo); razón por la que incluso el tribunal debe pronunciarse de oficio (art. 91 del Código Civil) porque el beneficio de los menores ha de prevalecer en todo caso. El propio Tribunal Constitucional declaró en su sentencia 120/84, de 10 de diciembre, que en las medidas a favor de los hijos juegan elementos de orden público no siempre

sometidos al principio dispositivo que son tutelables de oficio si ello es más beneficioso para los hijos menores.

Pues bien, no obstante lo expuesto como regla general, ha de tenerse en cuenta las circunstancias que rodean cada caso y en el que es objeto del recurso, han sido puestas de un modo gráfico y contundente de manifiesto en la exploración del menor llevada a cabo por este tribunal. El horario de trabajo del padre y la edad del hijo, que necesita horas de estudios por las tardes, hacen inviable la imposición de un régimen de visitas intersemanal. Es más, al recurrir el padre este pronunciamiento parece (pues no se cree que sea desinterés) que es consciente el padre que no podrá llevarse a cabo.

Razones todas que permiten concluir que, si bien acierta la sentencia apelada al acordar que la guarda y custodia del hijo menor siga ostentándola la madre, no ha tenido en cuenta que la solución que mejor se adapta al interés del menor es suprimir el régimen de visitas intersemanal (martes y jueves de la salida del colegio hasta las 20 horas) impuesto en la sentencia, sin perjuicio de lo que puedan acordar al respecto padre e hijo, lo que conlleva la estimación parcial del recurso. Se coincide con lo apuntado por el Ilmo. Sr. Fiscal en el acto de la vista.

# Vivienda familiar

**CONVIVENCIA** DE LA HIJA MAYOR Y UNA NIETA EN EL DOMICILIO FAMILIAR

**OCUPACIÓN** DE UNA PARTE DEL INMUEBLE POR EL EX ESPOSO

**RÉGIMEN** DE PAGOS DE LA HIPOTECA DE LA VIVIENDA COMÚN

**DIVISIÓN** DE LA COSA COMÚN Y EXTINCIÓN USO

**CONVIVENCIA** DE LA HIJA MAYOR Y UNA NIETA EN EL DOMICILIO FAMILIAR

**AP ORENSE, SEC. 1.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 24/11/2015**

**No concurre una situación** de mayor necesidad en ninguno de cónyuges. El hecho de que conviva con el padre una hija mayor de edad que, a su vez, también tiene una hija menor no es causa legal que permita expropiar los derechos de propiedad de la actora por una hipotética necesidad de la nieta.

La sentencia dictada en primera instancia, que ha decretado el divorcio de los litigantes, es objeto de apelación en virtud del recurso interpuesto por el demandado por el que se pretende la revocación parcial de la resolución respecto a las medidas reguladoras de los efectos de crisis conyugal. Concretamente la representación del marido impugna el pronunciamiento por el que se ha desestimado su pretensión de que le sea otorgado el uso de la vivienda familiar.

La vivienda familiar se trata de un piso que adquirieron los litigantes por mitad y en régimen de proindivisión. Al producirse la ruptura matrimonial ambos excónyuges se encuentran en una situación económica similar, puesto que su edad es de 71 años el marido y 69 la mujer, ambos tienen reconocida una pensión de similar importe, ligeramente superior a los 1.000 € mensuales, y su estado de salud es el normal a la edad que cuentan. El texto legal, al hablar de cónyuge más necesitado ya está estable-

ciendo el paradigma de la necesidad, que en el caso de autos no existe en ninguno de ellos toda vez que cuentan con recursos propios para su sustento y para proveerse de domicilio en el que residir y, además, disponen ambos de la posibilidad de enajenar la finca de propiedad común e indivisa.

La sentencia de primera instancia no realiza pronunciamiento al respecto al entender que con el divorcio el primitivo domicilio familiar ha dejado de tener tal carácter al no concurrir una situación de mayor necesidad en ninguno de ellos.

La pretensión revocatoria no puede ser acogida. No existe soporte legal para la atribución del uso de la vivienda al demandado, puesto que el artículo 233-20 del CCCat ante la ausencia de hijos menores únicamente establece la preferencia del cónyuge más necesitado cónyuge más necesitado. Ninguno de los presupuestos legales concurre por lo que no procede hacer ningún pronunciamiento especial so-



bre la vivienda que queda sometida al régimen jurídico ordinario de la comunidad indivisa y que tendrá el destino que sus copropietarios consideren oportuno.

El hecho de que conviva con el recurrente una hija mayor de edad (de las tres que nacieron de la unión) que, a su vez, también tiene una hija menor

no es causa legal que permita expropiar los derechos de propiedad de la actora por una hipotética necesidad de la nieta que ni siquiera ha sido acreditada y que cuenta con sus propios padres que están obligados legalmente a alimentarla y procurarle habitación.

## OCUPACIÓN DE UNA PARTE DEL INMUEBLE POR EL EX ESPOSO

### AP MADRID, SEC. 8.<sup>a</sup> SENTENCIA DE 11/12/2015

**No se ha acreditado** ningún pacto verbal en virtud cual el ex esposo podría ocupar la parte baja de la vivienda propiedad privativa de la ex esposa, hasta tanto se procediese a su venta.

El apelante considera que está acreditado que ambos disfrutaban el inmueble de común acuerdo, y hasta que se vendiese el mismo por parte del demandado, aunque existiera separación de bienes, pues ese uso o disfrute estaba relacionado con los acuerdos internos de la crisis matrimonial y que sólo a raíz de obtener pensión de alimentos se rompe el acuerdo, invocando además distintos pagos efectuados en el ínterin de la convivencia matrimonial después de producida la liquidación de la sociedad ganancial; sin embargo, no pueden aceptarse las alegaciones al respecto, por las siguientes razones:

1ª) Consta y no se discute el carácter privativo de la vivienda en cuestión, por la naturaleza y efectos del título constitutivo en el que se funda, adquirida mediante escritura pública de compraventa, con fecha 31 de Julio de 2.003, cuando ya se había procedido por los litigantes con fecha 23 de Junio de 2.003, a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, y cuya planta baja es ocupada por el demandado, sin título alguno que lo justifique, ni contraprestación.

2ª) La invocación de comodato alegada, se centra en un acuerdo verbal de ocupación, hasta que la vivienda fuera vendida, constando que la demandante precisó para su adquisición formalizar garantía hipotecaria por importe de 282.475 euros, sobre el precio total de adquisición de 300.000 euros, figurando como avalista el hermano de la actora; simultáneamente, la vivienda que fuera familiar, adjudicada al esposo en la liquidación ganancial, también

fue hipotecada por el mismo, para hacer frente a la cantidad en metálico que se adjudicaba a la esposa demandante.

3ª) Aparte de no constar documentado, no resulta por tanto verosímil el invocado pacto verbal de ocupación, hasta que se vendiese la vivienda litigiosa objeto de ocupación, cuando al esposo se había adjudicado la propia familiar, y la esposa, junto con los hijos quedaría sin vivienda alguna, no siendo lógica por tanto la venta de la adquirida por la esposa, con carácter privativo, después de la liquidación, sino, efectivamente, destinarla a obtener ingresos por su alquiler de habitaciones, para sufragar el pago de la hipoteca, como no viene a discutirse, no atribuir una planta al esposo, vinculada a la venta de la misma.

4ª) La ocupación de parte de la vivienda en cuestión, como todos los pagos efectuados por el demandado, cuya exhaustiva relación se reitera en el recurso, deben de incardinarse dentro de la consentida administración y uso del patrimonio familiar, en su conjunto, independientemente del carácter privativo o no de los bienes que la integraban, incluidos pagos de impuestos, suministros, etc., que cesa cuando se produce definitivamente la crisis matrimonial, con dos fechas fundamentales, el 27 de Febrero de 2.013, cuando se dictan las medidas provisionales, y la sentencia de divorcio de 26 de Mayo de 2.014; son ajenas a esta litis la medidas definitivas en el mismo acordadas que tienen su propio ámbito de aplicación y efectos dentro de ese procedimiento, en el que interviene, además, el JVM número 1 de Móstoles.

5ª) Es cierto que se produce un intercambio de comunicaciones entre las partes una vez iniciada esa crisis, que justificaría los posibles acuerdos para dar salida a los aspectos patrimoniales de la misma; de ahí que los invocados correos electrónicos del 4 de Junio de 2.012 y 8 de Enero de 2.013, ambos anteriores al Auto de medidas provisionales, de 27 de Febrero de 2.013, deban situarse dentro del contexto de ese posible acuerdo que hubiera determinado un convenio al efecto, replanteando los cónyuges sus relaciones patrimoniales, pero que al no producirse, dejan huérfanos de prueba bastante ese invocado acuerdo verbal de ocupación de parte de la vivienda privativa de la esposa, hasta que se vendiese, pues esa venta en todo caso y buena lógica, estaría relacionado precisamente con ese nuevo reparto patrimonial, a partir de los bienes que cada uno aportase, sin que esto supusiera ficción en la compraventa del inmueble o liquidación de la sociedad ganancial producida, pues este régimen jurídico patrimonial del matrimonio no impedía esa adquisición de la vivienda ni su destino de alquiler

## RÉGIMEN DE PAGOS DE LA HIPOTECA DE LA VIVIENDA COMÚN

AP MADRID, SEC. 18.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 23/11/2015

Que por lo que hace a las alegaciones relativas a la reclamación que se hace del importe de las cuotas del préstamo hipotecario solicitado por ambos litigantes en su día, el hoy apelante vuelve a introducir los mismos errores de concepto que ya se han examinado anteriormente. Es decir viene a considerar la existencia de una incongruencia derivada del hecho de que según sus propias manifestaciones las partes habían llegado a un acuerdo en sentido que fuera la demandante la única que sufragara las cuotas del préstamo hipotecario, y ello por el supuesto pago por una mayor contribución del demandante a la única aportación de los fondos de la cuenta en Bankinter que hemos examinado con anterioridad. Con independencia de que los alegatos que se hacen en este momento parece ser incompatible con los alegatos que se han hecho con anterioridad, y

de habitaciones, para financiar la compra, antes al contrario, los documentos públicos aludidos justifican con los efectos propios del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, una titularidad privativa incuestionable, y la previa liquidación de dicho régimen económico matrimonial, a partir de la libre voluntad de los otorgantes, no desvirtuada por una situación de hecho consolidada en el tiempo respecto de la administración de los respectivos bienes de cada uno, o la tolerancia en el uso del demandado de parte de la vivienda privativa de la esposa ahora demandante, no sujeta a tiempo determinado alguno.

6ª) En consecuencia, y de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia que la sentencia apelada invoca acertadamente (SS.TS. de 4 y 31 de Diciembre de 1.992, 23 de Mayo de 1.989 y 20 de Octubre de 1.987, entre otras) queda corroborada la tolerancia transitoria en la ocupación, sin contraprestación ni límite temporal alguno, consolidando fáctica y jurídicamente la situación de precario.

**No se ha acreditado** la existencia de ningún pacto en virtud del cual la ex esposa se haría cargo de la totalidad de los vencimientos de la hipoteca con base a la mayor aportación de dinero del ex esposo a la cuenta bancaria común. Por tanto, procede estimar la demanda en la que aquella reclama al demandado el importe del 50% de los vencimientos.

parece poner de manifiesto la existencia de un tipo de acuerdo sobre tal particular, lo cierto y verdad es que no consta en forma alguna que exista un acuerdo entre los cónyuges por medio del cual fuese la demandante la única que deberá satisfacer las cuotas del préstamo hipotecario, lo que resulta de lo más insólito si se tiene en cuenta que según el relato de hechos que pretende introducir el recurrente el referido préstamo tenía como objetivo principal sufragar el costo de las obras de reforma de la que iba su vivienda habitual, pero con independencia que con ello se está indicando que existieron los acuerdos de los cónyuges en orden a la titularidad de los fondos en la cuenta de Bankinter, lo cierto y verdad es que no se aporta ningún documento ni ninguna otra prueba que acredite la existencia de esos pactos entre los cónyuges, por lo que en este caso lo

único que existe es la constitución de un préstamo solicitado por ambos cónyuges o por mejor decir por ambos litigantes justo después de haber liquidado su sociedad conyugal, y que por lo tanto a cada uno de ellos salvo otra prueba contrario que nos aporta

le correspondería el abono del 50% de las cuotas de amortización del referido préstamo, amortización que no consta haya realizado en el recurrente a partir de la fecha que se indica en la demanda, por lo que procede la desestimación del alegato.

## DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN Y EXTINCIÓN USO

AP MADRID, SEC. 20.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 12/11/2015

**Existiendo acuerdo entre ambos** ex cónyuges en relación a la acción de división de cosa común, no puede gravarse dicha venta con el mantenimiento del uso de la vivienda familia en favor de la hija, toda vez que esta es ya mayor de edad. No es obstáculo que no se haya dictado una sentencia de modificación de medidas extinguiendo la atribución del uso.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, declaró extinguido el condominio respecto del inmueble interesado y la división del mismo mediante venta en pública subasta, con reparto del precio en proporción a sus respectivas cuotas de participación, previas compensaciones que procedan y respetando en todo caso, el derecho de uso que tiene concedido la hija del matrimonio junto con su padre, por sentencia de divorcio, sin imposición de costas.

Frente a dicha resolución interpuso recurso de apelación la demandante, mostrando su disconformidad tan sólo respecto a lo acordado sobre el mantenimiento de uso del piso a favor de la hija y el padre. Sostiene que, aunque la sentencia señala que el uso de la vivienda atribuido en la sentencia de divorcio, solo puede modificarse por voluntad de los interesados o por decisión judicial, debe tenerse en cuenta que la hija tiene 24 años y el juzgador no tiene en cuenta el acuerdo suscrito por ambos ex cónyuges en el Juzgado, al liquidar la sociedad de gananciales, por lo que se cumple la exigencia jurisprudencialmente establecida para considerar extinguido el derecho de uso de la vivienda por voluntad de las partes, extinción que también ha de entenderse producida al tener la hija 24 años de edad. Señala por otro lado, que en todo caso debe establecerse un límite temporal en el uso de la vivienda familiar.

El recurso debe estimarse. La sentencia de primera instancia, partiendo de que en el procedimiento de divorcio se atribuyó judicialmente el uso del domicilio conyugal al esposo aquí demandado y a la

hija, entonces menor de edad y no constando que dicha medida haya sido modificada en el procedimiento de divorcio, considera que ese derecho de uso permanece indemne y la eventual venta de la cosa común debe garantizar la subsistencia de dicha medida. No compartimos dicha apreciación, por cuanto, entendemos que ello supone desnaturalizar el contenido y alcance de la atribución del uso de la vivienda conyugal en un procedimiento matrimonial y por otro, porque en el caso presente la pretensión del demandado de que la venta deba salvaguardar el derecho de uso y ocupación de la vivienda atribuida judicialmente, sin limitación alguna, constituye un claro abuso de derecho que no puede obtener el amparo de los órganos judiciales.

La sentencia de primera instancia considera compatible, el ejercicio de la acción de división de la cosa común, con el mantenimiento del derecho de uso de la vivienda conyugal atribuido a uno de los cónyuges, en el procedimiento matrimonial y ello, con base al criterio establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1.994, en la que efectivamente, con invocación de la Sentencia, de 20.5.1993 de esta Sala, se parte de la coexistencia de este derecho de uso, fijado por el art. 96 del cc, con un derecho de propiedad que pudiera devenir a resultas de la ejecución de un acuerdo divisorio de la vivienda conyugal común; ahora bien, en la misma sentencia, al garantizar la indemnidad del derecho de uso, lo hace partiendo de que la temporalidad es consustancial a ese derecho de uso y teniendo en cuenta el contenido satisfactivo del mismo; es decir, teniendo en cuenta el supuesto de hecho que se

plantee en cada caso, por cuanto, ese derecho no tiene el mismo alcance, cuando los hijos que queden en compañía del cónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda sean menores de edad, que cuando son o alcancen la mayoría de edad. En el supuesto aquí analizado, a diferencia de lo que ocurría en el supuesto contemplado en dichas sentencias del Tribunal Supremo, la hija que convive con el padre en el inmueble común, cuando se instó la acción de división, era mayor de edad y contaba con 24 años.

En todo caso ese criterio jurisprudencial, ha sido completado y superado por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita la parte apelante y que se refleja en las sentencias de 30 de marzo de 2.012 y 11 de noviembre de 2.013, en las que al analizar el alcance y extensión de la atribución, en los procedimientos de crisis matrimonial, del derecho de uso de la vivienda familiar, conforme a lo establecido en el párrafo 1º del artículo 96 CC, señala que dicha atribución lo es a los hijos en atención a su minoría de edad, y, de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden, de manera que con la mayoría de edad de los hijos, esa atribución del uso de la vivienda se ve afectada, por cuanto la protección que debe otorgarse a los hijos, antes y después de esa edad, no es la misma y a partir de ese momento, en principio ese derecho o atribución del uso de la vivienda conyugal se extingue y, cuando las circunstancias concretas impongan su continuidad, el mismo ha de ponerse en relación con la prestación alimenticia a favor de los hijos y sobre todo, con el derecho de alimentos regulado en los artículos 142 y siguientes del CC, en cuanto en éste derecho de alimentos entre parientes, se comprende el derecho de habitación y la satisfacción de éste puede hacerse de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

En consecuencia, como señala el Tribunal Supremo, si la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparece desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulta factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con

cuál de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, con exclusión del progenitor con el que no haya elegido

Siendo ello así, en el supuesto aquí contemplado, ambos copropietarios están conformes en proceder a la división y venta de la cosa común y así lo ratificaron a presencia judicial, acto en el que también estuvo presente la hija común de ambos y, según manifestó ésta en el acto del juicio celebrado en este procedimiento, en aquel momento sus padres tenían intención de vender y se acordó proceder en tal sentido, sin que ella mostrara discrepancia alguna en aquel momento, habiendo adoptado una actitud favorable a la venta, en cuanto manifestó haber enseñado la vivienda a quienes fueron a verla.

Partiendo de lo indicado, al accederse en la sentencia de primera instancia a lo interesado por el demandado, de mantener indemne el derecho de uso de la vivienda, en su día atribuido a la hija de los aquí litigantes y mantenerlo sin límite alguno, se desnaturaliza el contenido y alcance de la medida en su día adoptada en el procedimiento matrimonial, que lo fue en una situación y satisfaciendo unos derechos totalmente distintos a los existentes y contemplados por los propios interesados al liquidar el patrimonio común que integraba la sociedad legal de gananciales, de manera que teniendo en cuenta las circunstancias personales de la hija común, en el momento en que se ejercitó la acción de división del bien común, el acuerdo al que llegaron los propietarios del bien al liquidar la sociedad de gananciales y la situación de la hija común, no procede establecer en la resolución que acuerda la división de la cosa común, mediante pública subasta, salvaguarda alguna al derecho de uso de la vivienda a favor de la hija común de los propietarios, en cuanto éste ya no existe en los términos que se concedió y por tanto ha de considerarse extinguido ese derecho atribuido en su día en favor de la hija.

# Pensión alimenticia

## INFORMACIÓN AL PADRE DE LA SITUACIÓN DEL HIJO

### AUMENTO TRAS LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE LA VIVIENDA FAMILIAR

### EXTINCIÓN CUANDO EL HIJO NI ESTUDIA NI TRABAJA

#### INFORMACIÓN AL PADRE DE LA SITUACIÓN DEL HIJO

AP BARCELONA, SEC. 18.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 19/11/2015

**El artículo 237-9, 2 del CCC** impone al alimentado la obligación de comunicar al alimentante las modificaciones que se produjesen en su situación y correspondía a la madre acreditar los ingresos obtenidos por la hija en los trabajos esporádicos realizados para poder valorar su incidencia en la pensión de alimentos establecida a cargo del padre.

La sentencia ha mantenido la pensión de alimentos de la hija mayor Amalia. Se fijó una pensión de 500 euros y según alegan ambas partes en los escritos de apelación y oposición asciende ahora después de actualizada a 600 euros al mes. En el recurso de apelación se alega que se ha acreditado que por parte de la hija se realizan algunos trabajos para agencias de publicidad y que por la parte demandada no se han acreditado los ingresos que percibe lo que según su criterio y aplicando las normas sobre la carga de la prueba (art. 217 LEC y 237-9,2 CCC) debería conducir a la reducción de la pensión solicitada en la demanda o a la supresión de la misma.

La hija mayor Amalia vive con su madre y sigue estudiando por lo que debe acreditarse un cambio sustancial en las circunstancias existentes al tiempo de fijarse la pensión para poder modificarla.

Los ingresos o situación económica de ambos progenitores no ha variado. Los dos son funcionarios y han mantenido el mismo poder adquisitivo. En 2012 los ingresos de la madre son de unos 2.190 euros mensuales netos, como se deriva de la Declaración de la Renta aportada (rendimiento neto -ca-

silla 15- menos cuota resultante de autoliquidación -casilla 741) y los ingresos del padre son de 3.190 euros netos al mes, como certifica la Entidad para la que trabaja. La disminución que hayan podido experimentar por reducción de salario o de una paga extraordinaria ha afectado a ambos por igual. La madre aparece como titular de tres inmuebles pero dicha situación no constituye un hecho nuevo

Se alega por el demandante los gastos que tiene que afrontar por el nuevo hijo pero la existencia de un nuevo hijo ya se valoró en la anterior sentencia de modificación de 2007 en la que se señaló que la esposa trabajaba por lo que debía contribuir a los gastos y alimentos del nuevo hijo y en el interrogatorio el padre reconoció que comparte los gastos del hijo con la madre que trabaja sin que conste ni se haya probado cuales son sus ingresos y en consecuencia en que medida o proporción puede contribuir a los gastos del hijo a los efectos de valorar la incidencia que la carga del nuevo hijo tiene en la capacidad económica del demandante. En este sentido nos remitimos a la doctrina del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 30-4-2013 (ROJ: STS

2081/2013) cuando señala que “el nacimiento de un nuevo hijo no basta para reducir la pensión alimenticia del hijo o hijos habidos de una relación anterior, ya fijada previamente, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es ciertamente insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad, sin merma de la atención de las suyas propias, y valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores, en cuyo interés se actúa, y ello exige ponderar no solo las posibilidades económicas del alimentante sino las del otro progenitor que tiene también la obligación de contribuir proporcionalmente a la atención de los alimentos de los descendientes, según sean sus recursos económicos”. Por otra parte también la demandada ha tenido un nuevo hijo, circunstancia que también tendría que tenerse en consideración.

La hija mayor esta estudiando el grado de Turismo en la Universidad con un coste que es similar al coste escolar que se recogió en la sentencia anterior. La sentencia de 2007 cuantificó el coste escolar en 308 euros al mes y en el presente procedimiento se ha acreditado un coste anual de 3.300 euros. No hay cambio sustancial.

Se ha probado que la hija realiza algunos trabajos de publicidad pero no constan los ingresos que percibe por dichos trabajos. La demandada alega que son ingresos esporádicos y escasos pero no aporta documentación alguna que acredite sus afirmaciones. Como se alega en el recurso, el artículo 237-9, 2 del CCC impone al alimentado la obligación de comunicar al alimentante las modificaciones de circunstancias que determinen la reducción o la supresión de los alimentos tan pronto como se produzcan. El art. 217 de la LEC recoge en materia de carga de la prueba el principio de facilidad probatoria. Correspondía a la demandada acreditar los ingresos de su hija obtenidos por estos trabajos para poder valorar su incidencia en la pensión de alimentos establecida a cargo del padre. Habiéndose probado que realiza algunos trabajos aunque sean esporádicos y no constando los ingresos que percibe al no haber sido probados por la parte a quien corresponde la carga de la prueba, debemos reducir la pensión de alimentos estimando ajustada la cantidad de 450 euros al mes lo que conduce a la estimación parcial del recurso. Dicha cantidad será efectiva desde la fecha de esta sentencia (STSJC 26-9-2011).

---

## **AUMENTO TRAS LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

**AP MADRID, SEC. 24.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 18/1/2016**

---

**Aumento de la pensión alimenticia** de los hijos tras haberse ejecutado por la entidad bancaria el préstamo hipotecario y como consecuencia del mismo el desalojo de la vivienda.

Frente a la sentencia de instancia se interponen sendos recursos de apelación por las partes litigantes, impugnando la representación procesal de D. Herminio el pronunciamiento relativo a la modificación de la cuantía de la pensión de alimentos que se incrementa por el juzgado a quo en 120 € por cada hijo con respecto a la que estaba vigente con anterioridad, estableciéndose en la actualidad la suma de 640 euros mensuales como contribución al mantenimiento de los hijos comunes. El apelante alega que carece de capacidad económica para este incremento, que considera injustificado, atendiendo

precisamente a las numerosas cargas que pesan sobre él. Invocando en definitiva errónea valoración de la prueba por parte del juzgado a quo. El recurso no puede prosperar ni cabe apreciar errónea valoración de la prueba. El incremento de la cuantía de la pensión de alimentos con relación a la que venía establecida se justifica por el incremento de los gastos de los menores que se derivan de la pérdida de la vivienda familiar, al haber sido dada esta en pago, lo que implica necesariamente tener que contribuir a esta necesidad básica de alojamiento con una contribución económica. En base a ello, ha de valorarse

que el padre ya no paga tal y como venia obligado la cuota hipotecaria y que los hijos han perdido el uso de la vivienda familiar, que además los ingresos de la madre actualmente son menores al encontrarse con subsidio por desempleo y dada la diversidad de

empleos que tiene el padre, tampoco cabe apreciar una pérdida de su capacidad económica, por lo que se estima ajustada a derecho la modificación operada en la sentencia que aquí se recurre.

## **EXTINCIÓN CUANDO EL HIJO NI ESTUDIA NI TRABAJA**

**AP BARCELONA, SEC. 18.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 18/11/2015**

**Extinción de la pensión de alimentos** del hijo mayor de 23 años que no estudia y que tampoco trabaja. No consta que tenga impedimentos físicos o psíquicos para desempeñar un trabajo.

Respecto a la extinción de la pensión de alimentos del hijo mayor de 23 años en el momento de dictarse la sentencia apelada y ahora de 25 años, se ha probado, como recoge acertadamente la sentencia, que no estudia y que tampoco trabaja. Terminó los estudios de la Enseñanza Secundaria obligatoria (ESO) y no ha iniciado ningún curso más para completar su formación. No consta que tenga impedimentos físicos o psíquicos para desempeñar un trabajo. En tales circunstancias debe acordarse la extinción de la pensión aun cuando resida en el domicilio materno.

Como se ha señalado en resoluciones anteriores en el CCC se contempla la posibilidad de fijar alimentos a favor de los hijos mayores de edad, pero se prevé de forma expresa que se mantengan dichos alimentos hasta que los hijos tengan ingresos propios o estén en disposición de tenerlos (art. 233-4 CCC), lo que debe interpretarse en el sentido de entender que basta con que se encuentren en condiciones de acceder a un trabajo que les reporte ingresos -capacidad en abstracto - para que cese la obligación de alimentos de los hijos mayores dentro de un procedimiento de familia. Se contempla por tanto la existencia de capacidad para obtener ingresos del hijo como causa de extinción cuando el hijo o hija es mayor de edad. El contenido de los alimentos lo establece el art. 237-1 del CCC que lo limita a aquello que es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada y a los gastos de formación si es menor y para la continuación de la formación después de alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado por causa no imputable siempre que mantenga

un rendimiento regular. En este caso el hijo mayor Victorio o ha terminado su formación pues no sigue estudiando y no consta tenga limitaciones físicas o psíquicas para realizar algún trabajo y si no realiza formación alguna y no concurre causa alguna que le incapacite para trabajar, debe entenderse que está en disposición de hacerlo y que en consecuencia no se dan los presupuestos exigidos en la ley para mantener pensión de alimentos a su favor en un procedimiento matrimonial.

Debe en consecuencia confirmarse la sentencia con desestimación del recurso formulado por la demandada.

# Pensión compensatoria

**PROPORCIONALIDAD** CON LA DURACIÓN DEL MATRIMONIO

**NO RENUNCIÓ** EN NINGUN MOMENTO A SU DESARROLLO PROFESIONAL

**PROPORCIONALIDAD**  
CON LA DURACIÓN DEL  
MATRIMONIO

**AP BARCELONA, SEC. 12.<sup>a</sup>**  
**SENTENCIA DE 26/11/2015**

**Es razonable que la pensión** compensatoria guarde una relación de proporcionalidad con la duración de la convivencia conyugal y la ex esposa lleva percibiéndola durante 15 años cuando el matrimonio duró 29 años, por lo que resulta justificada la previsión de un término extintivo de un año, que es el tiempo que aquella precisa para solicitar las prestaciones económicas y asistenciales que el sistema de previsión social prevé.

Resulta, en primer lugar, que es cosa juzgada que la separación matrimonial generó en su día un cierto desequilibrio económico en perjuicio de la esposa que justificó que esta misma sala reconociera a favor de la misma a percibir la prestación que hoy viene percibiendo, aun cuando la sentencia de primera instancia de 3.5.1999 la denegara en su día inicialmente.

En consecuencia con lo anterior, lo que se ha analizar no es si procedía en aquel momento la prestación sino si, con posterioridad a la fecha en la que fue establecida, concurre alguna de las causas que los artículos 233-18 y 233-19 del CCCat establecen como causa que justifique la extinción o reducción de la misma.

Por lo que se refiere a la situación del actor se ha de considerar que el cese en la actividad laboral que venía desarrollando no se ha producido por causa voluntaria, sino por cumplir la edad reglamentaria de jubilación. Hoy cuenta con 67 años de edad y la capacidad de generar ingresos se ha visto reducida. La prestación por jubilación que percibe, de 1.032 € es inferior en más de 300 € mensuales a sus percepciones últimas en activo, computando el salario promedio con las pagas extraordinarias; y consta acreditado que de la anterior cantidad se ha descontar el pago del alquiler de la vivienda y los

suministros de la misma, que ascienden a más de 500 € en conjunto.

Por lo que se refiere a la esposa no consta que realice trabajo remunerado ni tampoco que sea titular de ninguna pensión, aun cuando la sentencia que declaró su derecho a la prestación compensatoria ya recogía que prestaba servicios como asistenta a una persona (precisamente lo que se debatía era si existía convivencia marital con la misma), de lo que cabe concluir que ha tenido la oportunidad de integrarse en las actividades laborales, toda vez que cuando se produjo la separación todavía no había cumplido los 50 años de edad, y cabe presumir que ha dispuesto otras fuentes adicionales de ingresos, aun cuando las mismas no hayan tenido constancia oficial, puesto que la prestación compensatoria no alcanzaba en absoluto para su propio mantenimiento. Se ha de tener en cuenta, por otra parte, que la convivencia matrimonial perduró 29 años y que ya viene cobrando la pensión del esposo durante quince años, espacio de tiempo suficiente para que el desequilibrio económico ocasionado por la ruptura de la convivencia se haya paliado, máxime cuando los dos hijos habidos de la unión ya alcanzaron su independencia económica.

El CCCat, como ya hiciera el Código de Familia que le precedió, establece el carácter esencialmen-



te temporal de la prestación compensatoria, y es pacífica la doctrina jurisprudencial que destaca que dicha prestación no puede ser confundida con una renta vitalicia, sino que cumple una función equilibradora y reparadora de los perjuicios de la separación, en tanto no se supera el empeoramiento de las disponibilidades económicas y del estatus del que se disponía durante la convivencia matrimonial. El caso de autos es paradigmático, por las circunstancias que concurren, respecto a la conveniencia de modificar la primitiva prestación indefinida, y señalar un límite temporal al devengo de la prestación. La convivencia perduró 29 años, y cuando se produjo la separación, la esposa contaba con 49 años de edad, como ya se ha dicho, por lo que disponía de condiciones idóneas para procurar su inserción en el mercado laboral.

De conformidad con el criterio jurisprudencial consolidado (SSTSJ de Cataluña nº 10/2002, de 4 de marzo, nº 19/2010, de 27 de mayo, 26/2011, de 9 de junio y nº 60/2013, de 28 de octubre, entre otras), la vocación de caducidad de la prestación compensatoria es incuestionable, fundamentalmen-

te ante el hecho de la jubilación del actor que implica la imposibilidad de obtener superiores ingresos y es preludio de una fase de la vida en la que son necesarios superiores medios económicos para los propios cuidados o para el acceso a espacios residenciales o comunitarios que requieren la disponibilidad de medios que, en cuanto a la pensión de jubilación reconocida al actor, no alcanza para garantizar las necesidades previsibles del mismo en los años venideros. Por otra parte es razonable que la prestación reconocida guarde una relación de proporcionalidad con la duración de la convivencia conyugal, por lo que resulta justificada la previsión de un término extintivo, que ha de ser fijado en el plazo prudencial de un año, que es el tiempo que la esposa precisa para solicitar las prestaciones económicas y asistenciales que el sistema de previsión social prevé si careciese de cotizaciones o medios económicos propios, puesto que el principio de solidaridad interconyugal no puede entenderse con el carácter vitalicio que en la práctica supondría el mantenimiento de la prestación.

## **NO RENUNCIÓ EN NINGUN MOMENTO A SU DESARROLLO PROFESIONAL**

**AP CÓRDOBA, SEC. 1.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 6/10/2015**

**No ha acreditado el esposo** que haya renunciado a su desarrollo profesional por haber contraído matrimonio, por lo que la circunstancia de que esté en situación de desempleo y que la esposa sea funcionaria no es motivo para fijarle a su favor una pensión compensatoria.

Se ciñe la impugnación a la no concesión de pensión compensatoria a favor del recurrente y al efecto indica que la apelada es funcionaria que se ha trasladado a otra ciudad, lo que, dice, no puede repercutirle a él, en tanto que el peticionario se encuentra en situación de desempleo. Nada más se dice en apoyo de su pretensión pues el resto es transcripción de lo que se dice en la resolución apelada.

Adelantando que el recurso ha de ser desestimado, hemos de decir que la pensión compensatoria no puede confundirse con el derecho a alimentos es una compensación o indemnización al cónyuge por el desequilibrio causando por el divorcio o se-

paración en relación a la que tenía con anterioridad al mismo y en atención también al esfuerzo o renuncias que el matrimonio le haya representado. De la mera alegación que se realiza de que se encuentra en desempleo no cabe presumir que el recurrente esté en condiciones de ser beneficiario de esa prestación a cargo de la apelada, pues no sabemos qué situación tenía antes de contraer matrimonio, ni consta que haya renunciado a desarrollo profesional por causa del mismo, y sin que tampoco se pueda considerar la pensión compensatoria como una vía de equilibrar ingresos de uno y otro. No se dan, por lo tanto, las circunstancias precisas que autoricen a la fijación de la pensión compensatoria solicitada.

# Cuestiones procesales

## NO RATIFICACIÓN DE PACTOS ALCANZADOS EN EL PROCESO

### NUEVAS PRETENSIONES TRAS LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA

### COMPETENCIA PARA CONOCER DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD

### INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA

## NO RATIFICACIÓN DE PACTOS ALCANZADOS EN EL PROCESO

AP BARCELONA, SEC. 12.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 18/11/2015

**Los pactos alcanzados** tienen como efecto inmediato la terminación del proceso contencioso, de tal forma que si, con posterioridad, alguna de las partes no ratifica ante el juez el convenio presentado, el litigio se ha de sobreseer, puesto que de lo contrario se vulneraría el principio de confidencialidad que ha de presidir todo proceso negociador, y quien se hubiese desdicho de sus compromisos, obtendría una ventaja procesal, sobrepasando los límites de la buena fe, puesto que, partiendo por lo ya reconocido y admitido por la otra parte pretendería obtener del tribunal un plus añadido, como fruto de su maquinación defraudatoria.

Ambos recurrentes aluden, en defensa de sus intereses, a la existencia de un pacto transaccional alcanzado por los cónyuges, que fue puesto de manifiesto ante el juzgado, si bien la representación del apelante es la única que ha formulado recurso. La representación de la demandada ha consentido la sentencia y no ha formulado por vía de recurso no de impugnación ninguno de los pronunciamientos de la resolución de primera instancia, por lo que no pueden tenerse en consideración las alegaciones que realiza sobre las presiones del recurrente para que firmase el convenio, ya que éste se firmó en presencia judicial, con la asistencia de los letrados de ambas partes y el visto bueno del Ministerio Fiscal.

El enjuiciamiento del recurso requiere remarcar, como elemento esencial para centrar el debate en la alzada que, tras la contestación a la demanda y aprovechando la comparecencia de medidas provisionales, ambas partes, asistidas de sus procuradores y letrados, en presencia del Juez y del Secretario judicial que levantó la oportuna acta, manifestaron que habían alcanzado un acuerdo en base al cual se atribuía la guarda y custodia de los tres hijos Sara (nacida el NUM000.2006), Aureliano (nacido el NUM001.2009), y Coro (nacida el NUM002.2011) al padre, con el régimen de visitas concretado en el convenio. Igualmente se atribuyó el uso de la vivienda al padre y se fijó la contribución materna a los

alimentos de los hijos en 150 €.

El Juzgado de primera instancia dictó Auto de 18.2.2014 transformando el procedimiento contencioso al trámite consensuado, y recibiendo el consentimiento de ambos progenitores, por lo que aprobó el convenio por considerarlo favorable a los intereses de los hijos menores.

La vulneración de las normas procesales se produce posteriormente cuando en los autos principales, en lugar de trasladar a los mismos testimonio del convenio, y proceder a dictar sentencia aprobándolo tras el informe del Ministerio Fiscal, tal como establece el artículo 777 de la LEC, se dispuso la continuación del proceso por el trámite contencioso, celebrando vista en la que ambas partes reiteraron sus peticiones ya consensuadas, y acordando el informe del equipo psicossocial.

El EATAF emitió informe que obra unido a los autos (folios 242 a 249) en el que analiza la situación de la familia y, en especial, las dificultades adaptativas de la actora y su falta de idoneidad para responsabilizarse del cuidado de los menores, y concluye que el acuerdo alcanzado resulta apropiado por cuanto los hijos reconocen al padre como la figura de referencia en todos los órdenes, incluso en cuanto a los aspectos organizativos y educativos. Se destaca que la madre ni siquiera se personó a la última de las entrevistas a la que fue citada.

A la vista de lo actuado, el recurso ha de ser estimado íntegramente puesto que es patente que se produjo una vulneración grave de las normas procesales. La sentencia no solo infringe el orden procesal, sino que de forma insólita invoca como fundamentos jurídicos relativo a las medidas reguladoras de las relaciones de parentalidad, de forma indistinta, preceptos del código civil estatal, y preceptos del derogado Código de Familia de Cataluña, olvidando que la norma en vigor es el Libro II del Código Civil de Cataluña que el juez sentenciador parece desconocer de igual forma que las normas procesales de obligado cumplimiento, con cita igualmente insólita de un único criterio jurisprudencial consistente en una sentencia de la Audiencia Provincial de León.

En efecto, en los procesos especiales de familia la ley procesal prevé la interrupción del curso de los autos en cualquier fase del proceso, con fines de alcanzar un pacto de autorregulación de las consecuencias de la ruptura, en base a dos causas diferenciadas: a) la suspensión para iniciar vías conciliatorias o de mediación; y b) la transformación del

proceso en mutuo acuerdo. Al contrario de lo que acontece con la petición de suspensión del curso de los autos para intentar una conciliación o una mediación, tal como permite el artículo 770.7ª LEC, en relación con el artículo 19.4 de la LEC, la solicitud de reconversión del litigio al mutuo acuerdo, prevista en el artículo 770.5ª LEC, implica la expresión de los pactos alcanzados y tiene como efecto inmediato la terminación del proceso contencioso, de tal forma que si, con posterioridad, alguna de las partes no ratifica ante el juez el convenio presentado, el litigio se ha de sobreseer, puesto que de lo contrario se vulneraría el principio de confidencialidad que ha de presidir todo proceso negociador, y quedaría desvirtuada la confrontación propia del juicio contencioso con vulneración del principio de buena fe procesal que debe presidir siempre la actuación de las partes en el litigio. Dicho de otra forma, si se admitiese la retractación del acuerdo y la nueva reconversión al contencioso, “monstruum iuris” inaceptable desde la óptica de la sistemática interna de la configuración legal del proceso, se produciría como efecto práctico que obraría en los autos una prueba irregularmente obtenida y un acto propio de la otra parte devenido en pacto ineficaz, con lo que quien se hubiese desdicho de sus compromisos, obtendría una ventaja procesal, sobrepasando los límites de la buena fe, puesto que, partiendo por lo ya reconocido y admitido por la otra parte pretendería obtener del tribunal un plus añadido, como fruto de su maquinación defraudatoria.

En el caso de autos, ninguna de las representaciones ha solicitado la nulidad de las actuaciones, que hubiera sido la medida adecuada a adoptar en la primera instancia, con reserva a las partes de su derecho a volver a plantear la acción sobre la pretensión de divorcio, y a ejercitar los derechos dimanantes del pacto transaccional alcanzado. Por esta razón este Tribunal, habida cuenta de las limitaciones del artículo 465 de la LEC respecto al objeto de lo que debe resolver y la subsanabilidad en la alzada de las infracciones procesales, ha de mantener el pronunciamiento principal, que no fue recurrido, y resolver respecto a las medidas reguladoras de los efectos que ambas partes plantean en sus recursos.

Las medidas que deben ser establecidas son las pactadas libremente por las partes en la comparecencia de medidas, dándoles el contenido y alcance de convenio regulador.

## NUEVAS PRETENSIONES TRAS LA DECLARACIÓN DE REBELDÍA

AP CÓRDOBA, SEC. 1.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 1/12/2015

**Sobre la base de unos mismos** hechos y una vez declarada la rebeldía del demandado se dedujo una pretensión nueva: la privación de la patria potestad. Por tanto, no estamos en presencia de una alegación de hechos nuevos subsumible en el ámbito del art. 752.1 de Lec., sino ante una ampliación objetiva de la demanda en momento procesalmente tardío ex arts. 401 de Lec en relación con los arts. 442-2, 443-1, 748 y 753 de Lec, por lo que debe declararse la nulidad de la ampliación de la demanda.

A fin de concretar el debate y de fundamentar la respuesta que consideramos procedente, se considera conveniente remarcar las siguientes circunstancias:

A) En virtud de demanda deducida en fecha 16 de abril de 2012, doña Natividad (cuya nacionalidad española no consta ni se alega) dedujo demanda frente a don Luis Manuel (cuya nacionalidad española tampoco consta ni se alega); el objeto de dicha demanda era la adopción de medidas de guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos respecto del hijo común Eloy, nacido en fecha NUM000 de 2004 en la localidad rumana de Craiova (certificación de nacimiento unida al fol. 14 de las actuaciones).

B) En dicha demanda se hace constar, entre otros extremos, que ambos progenitores inmigraron y han residido durante años en España; que la convivencia cesó en el año 2009 y que la actora trasladó su domicilio a la localidad de Montilla donde reside con su referido hijo.

C) El demandado reside en ignorado paradero y fue citado por edictos, acaeciendo que comenzado el juicio y tras ser este declarado en rebeldía, la actora dedujo ampliación de la demanda solicitando la privación al padre de la patria potestad.

D) La sentencia estima las medidas solicitadas, pero considera que no puede acceder a la privación de la patria potestad ante el déficit probatorio existente respecto a lo pernicioso y lesivo para el interés del menor que puede suponer su mantenimiento bajo la patria potestad paterna y el carácter restrictivo con el que debe aplicarse dicha privación, toda vez que, en principio y mientras no se acredite lo contrario, en el desarrollo de todo menor es conveniente y adecuado facilitar “la vinculación afectiva, emocional y material tanto con su madre como con su padre”.

E) Frente a este exclusivo particular se interpone el presente recurso de apelación, toda vez, se alega, que la prueba practicada (interrogatorio de la actora y la incomparecencia del demandado a la prueba de interrogatorio de parte) muestra un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, pues “el padre, aun conociendo el paradero de su hijo menor, ha hecho dejación de sus deberes inherentes a la patria potestad no de forma puntual, sino que la misma se lleva prolongando durante los últimos años”.

Planteada así la cuestión, y revisado el contenido de las actuaciones se debe señalar:

1º.- Estamos ante un conflicto entre unos progenitores de nacionalidad rumana que tiene por objeto el ejercicio de la denominada responsabilidad parental en relación a un hijo menor de igual nacionalidad, que tiene su residencia habitual en España.

2º.- El art. 21 de L.O.P.J., señala que “los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas”.

3º.- El art. 9-4, párrafo segundo del C.C., señala: “la ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y el ejercicio de la responsabilidad parental, se determinan con arreglo al Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996...”

4º.- En dicho Convenio, que fue ratificado por Rumania en fecha 8 de septiembre de 2010 con vigencia a partir de 1 de enero de 2011, se afirma que la expresión “responsabilidad parental” comprende la autoridad parental o cualquier otra relación análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro represen-

tante legal respecto a la persona o los bienes del niño (art.2) y se establece (arts 3 y 15) que, en el ejercicio de la competencia atribuida respecto a “la atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental..... las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley”. Igualmente se expresa en el art. 17 que “ el ejercicio de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño”.

Pues bien, sobre dicha base de competencia jurisdiccional y de derecho sustantivo (con arreglo a la cual la sentencia apelada es irreprochable, pues, tal y como afirma la S.T.S. de 10 de febrero de 2012, la facultad del art. 170 del C.C. es una facultad discrecional de apreciación reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor; y en desarrollo de dicha doctrina expreso la S.A.P. de Barcelona de 18 de diciembre de 2012, que el solo hecho del incumplimiento por el padre de sus deberes no es causa suficiente para la privación de la patria potestad, pues es necesario que se considere que dicha privación es requerida por el interés del menor; lo cierto y relevante en el caso de autos es que la apelante parece considerar la privación de la patria potestad como una sanción lineal al padre por incumplimiento de deberes paterno-filiales, haciendo abstracción de la acreditación de cualquier extremo revelador del perjuicio que el formal mantenimiento de la potestad del padre puede suponer

para el menor), lo inicialmente relevante, sin embargo, es una estricta cuestión procesal.

En efecto, si estamos ante un proceso civil que se sigue en el territorio nacional y, por tanto, únicamente rigen las normas procesales españolas (art. 3 de Lec. en relación a la no apreciación de excepción alguna en el Convenio antes citado), lo relevante a nuestro juicio es, tal y como deriva de las circunstancias inicialmente expuestas, es que en el acto del juicio se produjo una extemporánea e indebida ampliación de la demanda.

Y es, que sobre la base de unos mismos hechos, y una vez declarada la rebeldía del demandado se dedujo una pretensión nueva: la privación de la patria potestad (esto es, en la terminología del referido Convenio, la privación de la responsabilidad parental).

No estamos, por tanto, en presencia de una alegación de hechos nuevos subsumible en el ámbito del art. 752.1 de Lec., sino ante una ampliación objetiva de la demanda en momento procesalmente tardío ex arts. 401 de Lec. En relación con los arts. 442-2, 443-1, 748 y 753 de Lec.

## COMPETENCIA PARA CONOCER DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD

AP MADRID, SEC. 18.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 23/11/2015

**Habiéndose regido el matrimonio** por la separación de bienes, la competencia para conocer del procedimiento de reclamación de cantidad formulada por un ex cónyuge frente a otro es competencia del juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia ordinario y no del juzgado de familia que dictó la sentencia de divorcio.

En los presentes autos y por doña María Purificación se formuló demanda en reclamación de cantidad por importe de 124.208,77. La base dicha reclamación estribaba en que la referida demandante había satisfecho diversas obligaciones dimanantes de un préstamo hipotecario concertado en conjunto con el que fue su marido, de que se encuentra divorciada, el demandado don Mateo de forma exclusiva, cuando le correspondía a su marido el pago de lo menos la mitad de las cuotas; igualmente reclama-

ba la mitad de la disposición de efectivo realizada por el referido demandado de la cuenta abierta en la entidad Bankinter, de la que era titular la demandante y autorizado el demandado, procediendo este a disponer de la totalidad del saldo, por lo que reclama el 50% de la cantidad dispuesta, y así mismo se reclama una cantidad ascendente a 654,29 euros importe de las cuotas de una fórmula renting por un vehículo que han sido satisfechas exclusivamente por la parte demandante, haciéndose significar en-

tre los cónyuges existía un régimen de separación de bienes a partir de la escritura de liquidación de la sociedad conyugal y otorgamiento de capitulaciones matrimoniales de fecha 14 julio 2009. El demandado contestó tardíamente la demanda por lo que no se tuvo por contestada la misma, y la sentencia de instancia viene a estimar la totalidad de las pretensiones esgrimidas en la demanda. Contra dicha sentencia se interpone el presente recurso de apelación.

... Pues en el presente caso resulta claro y palpable que no procede declarar la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia que conoció del procedimiento de divorcio, en efecto conforme establece el artículo 806 de la Lec, la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo. Y de acuerdo con la dicción del artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la competencia en los casos del procedimiento para liquidación del régimen económico matrimonial se establece con la siguiente dicción: y “será competente para conocer del procedimiento de liquidación el

juzgado de primera instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación, el divorcio o aquel antes ante el que se sigan o se haya seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil”. Por su parte el artículo 1437 del Código Civil establece que en el régimen de separación pertenecerá a cada cónyuge los bienes que tuviesen el momento inicial del mismo y los que les adquiera por cualquier título.

...De los artículos anteriormente transcritos se desprende inequívocamente que existiendo entre los cónyuges un régimen de separación de bienes instaurado por virtud de la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 14 julio 2009, es evidente que no se ha producido la formación de ningún patrimonio común como consecuencia de ningún régimen económico matrimonial ni legal ni voluntaria, toda vez que todas las reclamaciones económicas se derivan de actos realizados con posterioridad a la constitución de dicho régimen, sin que se trate de posibles bienes que tuviesen la condición de gananciales. De ello se deriva que la competencia para conocer del presente litigio deviene incuestionable en favor de los juzgados de primera instancia de carácter ordinario, sin que sea competente el juzgado de familia que tramitó en su día el divorcio.

## INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA

AP MADRID, SEC. 18.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 23/11/2015

**No existe cosa juzgada** en relación con la sentencia de divorcio, toda vez que la reclamación de cantidad que formula la ex esposa no pudo ser objeto del procedimiento de divorcio, máxime cuando el régimen económico fue el de separación de bienes.

La misma suerte desestimatoria debe correr alegato relativo a una supuesta excepción de cosa juzgada por entender que las cuestiones objeto del presente procedimiento habían quedado resueltas definitivamente por virtud de lo resuelto en el anterior procedimiento de divorcio habido entre las partes. El motivo se desestima. En efecto, la jurisprudencia sobre cosa juzgada es muy abundante y reiterada; aparte de numerosas sentencias que han tocado puntos específicos y problemáticos, las sentencias de 10 de junio de 2002 (RJ 2002\5255) y 31 de di-

ciembre de 2002 (RJ 2003\641) resumen las directrices jurisprudenciales en estos términos: «A) La intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal (SSTS 11-3-85 [RJ 1985\1137 ] y 25-5-95 [RJ 1995\4265]). B) La causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS 3-5-00 [RJ 2000\3191]) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente rele-

vantes para fundar la pretensión (SSTS 19-6-00 [RJ 2000\5291 ] y 24-7-00 [RJ 2000\6193]) o título que sirve de base al derecho reclamado (SSTS 27-10-00 [RJ 2000 \8487 ] y 15-11-01 [RJ 2001\9457]). C) La identidad de causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción (STS 27-10- 00). D) No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SSTS 30-7-96 [RJ 1996\6413 ], 3-5-00 y 27-10-00). E) La cosa juzgada se extiende incluso a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada impidiendo su reproducción en ulterior proceso, cual sucede con peticiones complementarias de otra principal u otras cuestiones deducibles y no deducidas, como una indemnización de daños no solicitada, siempre que entre ellas y el objeto principal del pleito exista un profundo enlace, pues el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado (SSTS 28-2-91 [RJ 1991\1610 ] y 30-7-96), postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al art. 400 de la nueva LECiv (RCL 2000 \34, 962 y RCL 2001, 1892). F) El juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo (SSTS 3-4-90 [RJ 1990\2693 ], 31-3-92 [RJ 1992\2315 ], 25-5-95 [RJ 1995\4265 ] y 30-7-96 [RJ 1996\6413])».

En el presente caso difícilmente puede hacerse residenciar la excepción de cosa juzgada en el hecho de haber acudido las partes a un anterior procedimiento de divorcio, procedimiento de divorcio en donde no se podía producir la liquidación de ningún régimen económico matrimonial puesto que el régimen no existía. En este sentido aún cuando exista identidad de personas puesto que los litigantes fueron evidentemente los mismos que fueron partes en el proceso de divorcio, no puede decirse que exista una identidad objeto y una identidad de causa de

pedir, por cuanto en el anterior procedimiento lo que se estaba dilucidando era una acción tendente a declarar la extinción de un matrimonio por las causas que se alegaran, y desde luego no pueden extenderse la cosa juzgada a las actuales pretensiones máxime cuando la propia sentencia que resolvió que el litigio ya hacía referencia a que no se entraba en las posibles reclamaciones que hacía la parte demandante en relación con el pago del préstamo por existir capitulaciones matrimoniales, precisamente por no ser que el procedimiento adecuado por lo que es de apreciar la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que determina que objeto del proceso y objeto de la cosa juzgada no son conceptos absolutamente idénticos. Así lo considera sin fisuras la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en sentencia de 13 de junio de 1951, manifiesta que “no cabe referir la cosa juzgada a resoluciones que, por cualquier motivo, no juzgaron, esto es, no decidieron nada sobre el punto controvertido en el pleito anterior en que la excepción se invoca”. Por ello difícilmente puede invocarse con éxito la excepción de cosa juzgada en este procedimiento.

Por lo mismo al no existir cosa juzgada difícilmente puede decirse que exista la litispendencia denunciada. Con independencia de la premura con la que la parte demandante formuló su reclamación, por cuanto en algún momento se produce un cierto solapamiento de algunas de las peticiones realizadas en este procedimiento, sin embargo sobre dicha cuestión se pronuncia de forma tangencial el auto del Juzgado de fecha 26 de marzo de 2012 resolutorio de la declinatoria de jurisdicción planteado por la parte hoy recurrente, a lo que se añade que no parece posible declarar una litispendencia en relación con un asunto que ya se ha concluido sin que ni en primera instancia ni en el recurso de apelación se hubiese realizado pronunciamiento alguno acerca de las cuestiones económicas, abono del 50% de las cuotas del préstamo concertado, o abono del 50% de las cantidades dispuestas de la cuenta corriente de Bankinter, planteadas de manera esencial en esta litis y que según se desprende de la sentencia que resolvió el divorcio no se entra a resolver por existir entre las partes separación de bienes. Por ello el alegato se desestima.

# Ejecución sentencias

## RETRASO EN LA RECLAMACIÓN DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS

### RETRASO EN LA RECLAMACIÓN DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS

AP A CORUÑA, SEC. 3.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 20/11/2015

**El padre**, que reconoce no haber abonado nunca la prestación alimenticia impuesta en la sentencia, dejando en la más absoluta penuria económica a su esposa e hija, no puede ahora invocar la doctrina del abuso de derecho cuando se le reclama el pago de las mensualidades no prescritas. El tiempo transcurrido sin impetrar el cumplimiento no convierte la reclamación tardía en constitutiva de una acción inmoral o contraria al sentir social de la norma, sino que tiene su propia sanción en el ordenamiento jurídico: la pérdida del derecho a reclamar esas mensualidades por el instituto de la prescripción.

Alterando el orden de los motivos del recurso de apelación interpuesto por esta demandante, debe analizarse en primer lugar si la reclamación efectuada puede considerarse como abusiva. Si procediese apreciarlo así, huelga el análisis sobre cuántas mensualidades pueden reclamarse por no estar afectadas por la prescripción extintiva de la acción invocada de adverso.

Muestra la apelante su discrepancia con la sentencia apelada en cuanto apreció la concurrencia de un ejercicio abusivo del derecho porque consta que trabajó desde los 16 años, estuvo empleada en dos talleres de costura, en dos ayuntamientos y en una empresa conservera, siendo cotitular de las cuentas bancarias. Se alega que se trata de trabajos esporádicos, de muy corta duración, y que tal incorporación al mercado laboral en ningún momento supuso que no precisase el pago de la pensión alimenticia.

El motivo debe ser estimado.

1º.- El artículo 7 del Código Civil, tras establecer, en su apartado 1, que «los derechos deberán ejer-

citarse conforme a las exigencias de la buena fe», dispone, en su apartado 2, que «la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». El abuso del derecho es un límite intrínseco del derecho subjetivo, que tuvo una creación doctrinal, fue recogido por la jurisprudencia en la sentencia de 14 de febrero de 1944 (RJ Aranzadi 293), y proclamado por el Código civil en su redacción del título preliminar por Decreto de 31 de mayo de 1974, y posteriormente en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A la hora de aplicarse la posible existencia de un abuso de derecho jurisprudencialmente [ Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (Roj: STS 4408/2012, recurso 1538/2009), 9 de enero



de 2012 (Roj: STS 236/2012, recurso 887/2009), 12 de diciembre de 2011 (Roj: STS 8682/2011, recurso 1827/2008), 17 de noviembre de 2011 (Roj: STS 8162/2011, recurso 2152/2008), 27 de junio de 2011 (Roj: STS 5081/2011, recurso 166/2008), 7 de junio de 2011 (Roj: STS 4282/2011, recurso 1591/2007), 15 de noviembre de 2010 (Roj: STS 6592/2010, recurso 1956/2006), 10 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5783/2010, recurso 373/2007), 4 de junio de 2009 (RJ Aranzadi 4747), 19 de diciembre de 2008 (RJ Aranzadi 159 de 2009), 24 de julio de 2008 (RJ Aranzadi 4625), 20 de junio de 2008 (RJ Aranzadi 4263), 14 de diciembre de 2007 (RJ Aranzadi 8930), 21 de septiembre de 2007 (RJ Aranzadi 5079), 24 de mayo de 2007 (RJ Aranzadi 3438), 2 de noviembre de 2006 (RJ Aranzadi 8264), 8 de mayo de 2006 (Ar, 2342), 25 de enero de 2006 (RJ Aranzadi 612), 18 de mayo de 2005 (RJ Aranzadi 4238), 28 de enero de 2005 (RJ Aranzadi 1829), 14 de octubre de 2004 (RJ Aranzadi 6569), 14 de mayo de 2002 (RJ Aranzadi 4441), 30 de junio de 1998 (RJ Aranzadi 5286), 15 de marzo de 1996 (RJ Aranzadi 2367), 5 de marzo de 1996 (RJ Aranzadi 1.997), 12 de noviembre de 1988 (RJ Aranzadi 8441), 10 de febrero de 1988 (RJ Aranzadi 613), y 22 de abril de 1983 (RJ Aranzadi 2120)] (La referencia Roj es la numeración en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, que puede ser consultada en la página web del Consejo General del Poder Judicial) se viene estableciendo que debe tenerse en consideración que se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, por lo que se exige:

(a) Para apreciar su concurrencia es preciso que concurren los requisitos subjetivo, objetivo y circunstancial que señala la norma comentada:

(i) El uso de un derecho objetivo y externamente legal.

(ii) El daño a un interés no protegido por una prerrogativa jurídica específica.

(iii) La inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestado de forma subjetiva (intención de perjudicar, cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio o legítimo) o de forma objetiva (anormalidad del ejercicio del derecho, cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo). Pero sin olvidar

que quien usa de su derecho, defendiendo legítimos intereses, aunque perjudique los de otro, en modo alguno incurre en abuso de derecho: «qui iure suo utitur neminem laedit», recogido en el Derecho Romano (Leyes 55 y 155, párrafo 1.º, del Título XVII, Libro L, del Digesto) y por las Partidas (regla 14, Título XXXIV, Partida VII). No abusa del derecho quien ejerce el que le corresponde y lo hace con ánimo de beneficio propio y no simplemente para perjudicar al contrario.

(b) La esencia del concepto es el sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, que es lo mismo que extralimitación.

(c) Es una institución que debe aplicarse restrictivamente, que no puede invocarse en favor de quien es responsable de una acción antijurídica. Es un remedio extraordinario, próximo a la equidad.

(d) No es simplemente un concepto abstracto, sino que requiere unos presupuestos fácticos que deben ser acreditados. Es precisa la prueba de unos hechos que proclamen la concurrencia de especiales circunstancias existentes que hagan reprochable la conducta objetivamente adecuada a la norma. Que el derecho se ejercita con intención bien definida de causar daño a otro, o utilizándolo de modo anormal, o de forma contraria a la armónica convivencia social, y al fin perseguido por la norma. Su apreciación exige, pues, que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que caracterizan su existencia, que viene determinada por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima en el ejercicio del derecho, y por la objetiva de exceso en su ejercicio.

(e) En muchas ocasiones será difícil deslindar esta figura del fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil); pues si bien doctrinalmente y desde el punto de vista de la teoría general del «ius civile» son instituciones distintas, en la práctica no siempre resulta clara su exacta separación, dado que ambas tienen una idéntica finalidad: Impedir que los textos de la Ley, estimados literalmente, puedan servir para amparar actos o situaciones contrarias a la realización de la Justicia [ Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2005(RJ Aranzadi 1829), 2 de mayo de 1984 (RJ Aranzadi 2392), 12 mayo 1972 (RJ Aranzadi 2307) y 5 enero 1977 (RJ Aranzadi 6)].

(f) La consecuencia de su apreciación es que judicialmente se desprotege a quién ejercita un dere-

cho abusivamente, lo que supone falta de acción o nacimiento de una excepción para repelerlo.

La doctrina del abuso de Derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho; exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo).

2º.- Don Augusto, como persona que reconoce no haber abonado nunca la prestación alimenticia impuesta en la sentencia, dejando en la más absoluta penuria económica a su esposa e hija (entonces menor de edad), no puede ahora invocar la doctrina del abuso de derecho cuando se le reclama el pago de las mensualidades no prescritas.

El tiempo transcurrido sin impetrar el cumplimiento no convierte la reclamación tardía en constitutiva de una acción inmoral o contraria al sentir social de la norma, sino que tiene su propia sanción en el ordenamiento jurídico: la pérdida del derecho a reclamar esas mensualidades por el instituto de la prescripción.

3º.- La prueba practicada lo que pone de manifiesto no es que doña Pilar hubiese superado el estado de necesidad que justificó la imposición en su día de una prestación alimenticia, y por lo tanto deba considerarse que la actual reclamación supone un abuso de derecho, al reclamarse el pago de unos alimentos que no eran necesarios cuando se devengaron.

En primer lugar, lo probado es que con 16 años tuvo que dejar la educación y ponerse a trabajar porque su padre no cumplía la obligación de prestarle alimentos, y desde entonces ha desarrollado trabajos manuales poco cualificados de una forma totalmente esporádica. No se ha probado que se hubiese incorporado al mercado laboral de una forma más o menos estable y tenga autonomía económica. La única prueba sobre este particular son sus propias manifestaciones al ser interrogada, pues no se ha traído a las actuaciones una hoja histórico

laboral de doña Pilar.

En segundo, el legislador prevé para tales supuestos que el alimentante pueda solicitar judicialmente la extinción de la obligación de prestar alimentos, precisamente basándose en la mejor fortuna obtenida por el alimentista, de suerte que ya no precise esos alimentos (artículo 152.3º del Código Civil). Solo ante supuestos de ocultamiento de ingresos, y que la finalidad fuese lucrarse a costa del alimentante, podría plantearse un abuso de derecho.

Pretender oponerse al pago de las prestaciones alimenticias establecidas en sentencia, cuando no se ha solicitado en tiempo y forma la modificación de la medida o bien la extinción de la obligación, basándose en la doctrina del abuso del derecho por supuesta falta de necesidad del alimentista supone abrir un portillo a la inseguridad jurídica. Al margen del procedimiento legalmente establecido se podría plantear siempre el abuso de derecho. Por lo que tal oposición debe reservarse exclusivamente para supuestos de relevante gravedad, cuando consten los dos elementos imprescindibles.

En síntesis: no se aprecia la existencia de unos hechos que permitan proclamar de forma objetiva que se trata de un ejercicio anormal del derecho a percibir los alimentos por parte de doña Pilar, y tampoco las subjetivas de querer exclusivamente perjudicar a don Augusto o carecer de un interés legítimo en la reclamación.

Conclusión de lo expuesto es que debe rechazarse que se trate de un supuesto en que pueda cercenarse el derecho a la reclamación efectuada por concurrir abuso de derecho en doña Pilar.

# Regímenes económicos

**VALIDEZ** DEL DOCUMENTO PRIVADO  
SUSCRITO TRAS LA LIQUIDACIÓN

**IMPOSIBILIDAD** DE DIVISIÓN  
FÍSICA DE LA FINCA

**PREFERENCIA** DOCUMENTO PRIVADO  
FRENTE A ESCRITURA PÚBLICA

**DESESTIMACIÓN** DE LA ACCIÓN DE  
ADICIÓN A LA PARTICIÓN

**PRUEBA** EN CONTRARIO DE LA  
CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD

**VALIDEZ** DEL DOCUMENTO  
PRIVADO SUSCRITO TRAS  
LA LIQUIDACIÓN

**AP PONTEVEDRA, SEC. 3.<sup>a</sup>**  
**SENTENCIA DE 23/11/2015**

**Validez del documento privado** suscrito el mismo día en que se firmó el convenio regulador que incluía la liquidación de gananciales, en el que el esposo se comprometía a entregar la mitad de un depósito que recibiría posteriormente, pues no estamos en el caso previsto en el art. 635 del CC y existe causa en el negocio jurídico que está relacionada con la previa liquidación.

La sentencia de primera instancia estima la reclamación de la actora que se fundamenta en el acuerdo que los dos litigantes firman con fecha 1 de diciembre de 2008, en concreto su apartado tercero, por el que corresponde a cada parte por mitad la cuantía de un determinado depósito que exista en fecha en que se tenga derecho a la disposición del mismo.

La estimación se fundamenta en el reconocimiento de plenos efectos jurídicos de ese acuerdo y en los datos aportados sobre el importe del fondo, lo que sirve para imponer la condena por la concreta cantidad de 61.931'57 euros.

El demandado ha mantenido diferentes posturas que van desde la total negativa del acuerdo hasta el

planteamiento de cuestiones jurídicas que no afectan al pronunciamiento condenatorio.

...El motivo también analiza las diferentes prestaciones a las que tiene derecho el demandado por su jubilación, y entre ellas se encuentra el fondo litigioso, que además el demandado confiesa percibido, de modo que es ésta la cantidad que el acuerdo establece y la que en juicio se determina. No se da a la actora nada diferente a lo solicitado, pues el fallo es congruente con la demanda, con la única diferencia de su cuantificación. Y esta cuantificación es además muy próxima al importe del fondo en el año 2006 que se recoge en el acuerdo.

En cuanto a la existencia de causa en la obligación y la concurrencia de objeto indisponible

conforme al art. 635 CC, es cierto que la sentencia no resuelve de forma expresa, pero sí lo hace de modo implícito al calificar el convenio de las partes como un negocio jurídico bilateral, relacionado con el acuerdo de liquidación de la sociedad de gananciales que firman con igual fecha y con intervención de la misma letrada que les asistía en el divorcio de mutuo acuerdo aprobado por sentencia de 2 de febrero de 2009.

Ha de entenderse por tanto rechazada la oposición que alega los requisitos de la donación, inaplicables al caso.

El tercer motivo de recurso alega infracción por inaplicación de los arts. 1261-1.º y 1261-3.º CC en relación con los arts. 1274, 1275, 618, 635 y 1328 CC.

Vuelve el apelante a la misma cuestión como tema de fondo. Ciertamente no se explica la firma de un doble acuerdo el mismo día, uno para incorporar

al Convenio regulador del divorcio como liquidación de la sociedad ganancial y otro como documento estrictamente privado con igual finalidad. Tampoco las partes consiguen explicarlo y ni siquiera su letrada. Esta falta de explicación no supone sin embargo inexistencia de causa de una supuesta donación, ni tampoco se trata de una donación de bienes futuros prohibida por el art. 635 CC.

Consta el libre consentimiento de las dos partes, expresado a través de sus reconocidas firmas, y es clara su voluntad por los términos inequívocos del acuerdo. Es la voluntad de completar lo acordado en el Convenio regulador mediante un reparto del resto de sus bienes, no incluidos en la previa liquidación. Y entre ellos también un bien posiblemente privativo, como es el fondo de pensiones, pero cuyo reparto por mitad asimismo se acuerda. Es la única voluntad del acuerdo, distinta al animus donandi, y en consecuencia sin aplicación de la causa y el objeto de la donación, como pretende el recurso.

## IMPOSIBILIDAD DE DIVISIÓN FÍSICA DE LA FINCA

### AP ORENSE, SEC. 1.ª SENTENCIA DE 20/11/2015

**No se trata sólo de** que la actual superficie útil de la vivienda no permita su división en el aspecto jurídico, sino que su propia configuración la impide, pues dotarla de una única entrada haría necesaria la ejecución de obras de cierta entidad y gasto considerable. Por tanto debe considerarse como bien indivisible, y no habiendo solicitado ninguna de las partes la subasta pública, se acuerda la adjudicación a la esposa que es quien tiene concedido el uso, con la correspondiente compensación económica al esposo.

El Juzgador de la instancia aprobó las operaciones particionales realizadas por el contador partidador designado por las partes litigantes, según lo previsto en el art. 784 LEC, frente a cuya conclusión se alza la parte demandante, alegando, errónea valoración de la prueba, por cuanto el contador había considerado que la antigua vivienda conyugal era de carácter indivisible, siguiendo informe técnico del perito designado de mutuo acuerdo por los litigantes, cuando en realidad, según sostiene el apelante, su superficie útil sí permitía la división física del inmueble, en contra de lo sostenido por el perito. El motivo no es atendible. El perito designado por conformidad de las partes, que informó en el proceso, concluyó, que no era posible la división física, ni jurídica de la

vivienda unifamiliar que había constituido el domicilio conyugal (vivienda unifamiliar de planta alta de 76,42 metros cuadrados, compuesta de vestíbulo, pasillo, cocina, salón, 3 dormitorios, baño, terraza a fachada principal y escalera a bajo cubierta) de una parte, porque contaba con único acceso que se realizaba mediante escalera exterior, y de otra, por la falta de la necesaria superficie útil para constituir dos viviendas independientes que cumplieren con los requisitos legales del Decreto 29/2010 de 4 de marzo, que fija las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas en Galicia, que habían de tener unas dimensiones mínimas de 39 metros cuadrados útiles. De modo que tal vivienda resulta, en efecto, jurídicamente indivisible, puesto que la planta baja

se componía de garaje y bodega, inhabitables, y la edificación adosada se encontraba sin terminar su construcción, siendo también, por ende, inhabitable.

La parte apelante cuestiona tal conclusión fáctica, sin aportar prueba pericial técnica de signo contrario, pretendiendo desvirtuar las afirmaciones del único perito técnico que informó en los autos, mediante una prueba documental de carácter privado, que tampoco fue ratificada en el acto de la vista, ni sometida a la oportuna contradicción procesal, consistente en una copia del informe de tasación emitido por la empresa Tasa-Galicia a efectos de concesión del préstamo con garantía hipotecaria que grava tal vivienda, que contiene una serie de datos confusos, cuya fehaciencia no consta y que no puede prevalecer sobre las comprobaciones y mediciones realizadas “in situ” por el perito judicialmente designado, en un informe preciso y detallado.

Además, no se trata sólo de que la actual superficie útil de la vivienda no permita su división en el aspecto jurídico, sino que su propia configuración, dotada de una única entrada, haría necesaria la ejecución de obras de cierta entidad, siendo que la necesidad de un gasto considerable para obtener la pretendida división, es otro de los factores a tener en cuenta por la jurisprudencia para considerar el inmueble indivisible. Por lo que ha de tenerse por probada su condición de bien indivisible, tal como se consideró por el contador partidor en su informe con fundamento en las conclusiones del único informe pericial rendido en los autos.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1062-2º del Código Civil, procedería su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños (art. 1410 CC.), cuando así se hubiese solicitado por cualquiera de los integrantes de la comunidad, lo que, sin embargo, no tuvo lugar por ninguna de las partes. Ante lo cual, el contador partidor se atuvo, en la redacción de su cuaderno particional, a las reglas de la equidad, ajustándose a los criterios de igualdad cualitativa y cuantitativa en la formación de ambos cupos, como previene el art. 1601 del CC ; contemplando las correspondientes compensaciones en metálico para igualar el valor entre los lotes, y procurando evitar la excesiva división de los inmuebles, como previene el art. 786 LEC, haciendo aplicación de lo dispuesto en el art. 1062-1º del CC.

Así, partiendo del carácter indivisible de la antigua vivienda familiar, su adjudicación a la esposa, que también asume en su integridad la hipoteca

que grava dicha vivienda (deuda antes ganancial, que asciende al considerable importe de 64.109 €, y que había de deducirse del valor de la vivienda de 112.278 €) contemplando las correspondientes compensaciones en metálico en favor del apelante, se estima ajustada a derecho, por la importante razón de que el uso y disfrute de la misma ya le fue atribuido a la esposa en sentencia de divorcio, que es firme en derecho, cuyo pronunciamiento no ha sido modificado mediante nueva decisión judicial en el pertinente trámite de modificación de medidas, que sería el adecuado para discutir sobre si actualmente continua ostentando el interés más digno de protección, lo que de forma improcedente cuestiona el apelante en su recurso. De lo que resulta que aun en el caso de que se atribuyese la vivienda al apelante, como pretende, se vería gravado con el subsistente derecho de uso en favor de su ex-esposa, de modo que tampoco podría disfrutarla, y, sin embargo, tendría que afrontar, en ese caso, los gastos derivados del crédito hipotecario que también la grava, en una solución que parece poco ventajosa para dicho recurrente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 27 de noviembre de 2007, entre otras) ha señalado que “la venta en pública subasta no puede alterar el derecho de uso concedido a uno de los cónyuges en sentencia de separación o de divorcio “. La jurisprudencia ha venido proclamando la compatibilidad entre la división y cesación de la comunidad, y el derecho de uso, consecuencia de la existencia de una situación jurídica tutelada legalmente y, así, ya la sentencia de 14 de julio de 1994 decía que subsistiendo la situación producida por el divorcio que determinó la atribución del derecho de uso de la vivienda conyugal a la esposa, debía mantenerse la “indemnidad de la ocupación de la vivienda en tanto dure la temporalidad del disfrute” (ver asimismo SSTS de 22 abril 2004 y 6 junio 2007, entre otras).

Teniendo en cuenta tal circunstancia, las previsiones del contador partidor se estiman ajustadas a derecho. Ello, a pesar de que, conforme a las reglas de la accesión (art. 1359.1 CC) el edificio debiera considerarse privativo del titular del suelo, sobre el que se asienta, pese al escaso valor de un terreno de 277,35 metros cuadrados (5.832 €) que soporta el edificio, en relación con el valor de lo edificado (112.278 €) y sin perjuicio de la debida compensación de su valor al titular del terreno. Adoptando el contador una solución análoga a la prevista en el

art. 1404 CC en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 13 de mayo de 1981, por la importante razón de que, al no interesar ninguno de los litigantes la venta de la vivienda en pública subasta, optó el contador por la posibilidad admitida en el art. 1062 CC en su párrafo primero, en relación con el art. 1410 CC, atendiendo a las circunstancias expuestas precedentemente, y siguiendo doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de junio de 1993) que, en interpretación del precepto legal en último término citado, consideró procedente adjudicar a uno de los partícipes una cosa “cuando, como el piso de autos sea indivisible o desmerezca mucho

con su división, sin que sea aconsejable aquí la venta en pública subasta dada la sujeción del uso a que constituya vivienda de los hijos y la esposa, por lo que es atinado permitir la adjudicación a la esposa, que puede compensarse con dinero u otros bienes como se ha hecho en la partición”.

Siendo la tasación de los bienes ajustada a su valor real y habiéndose formado cupos de igual valor, mediante las correspondientes compensaciones en metálico, procede confirmar la sentencia apelada que aprobó dichas operaciones divisorias practicadas por el contador partidor.

## PREFERENCIA DOCUMENTO PRIVADO FRENTE A LA ESCRITURA PÚBLICA

**AP CÓRDOBA, SEC. 1.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 9/10/2015**

**Aunque la escritura pública** se otorgó constante el matrimonio y en la misma se indica que los cónyuges compran y adquieren con carácter ganancial, se da eficacia al contrato privado previo al matrimonio y se declara que el 90.7% tienen carácter privativo.

El recurso planteado por la demandada, tal como hemos adelantado, viene referido a la indebida aplicación realizada en la sentencia apelada del artículo 1.355 del CC.

Se esgrime que la vivienda fue adquirida por la Sra. Custodia con anterioridad a la celebración del matrimonio y por un precio de 4 millones de las antiguas pesetas, de los que 3.628.877 pesetas se abonaron con dinero privativo de Dña. Custodia antes del matrimonio y 371.123 pesetas con dinero ganancial, por lo que es de aplicación el artículo 1354 CC al que se remite el 1.357 CC, y sin que la afirmación realizada ante el notario de que la vivienda había sido adquirida por ambos cónyuges le vincule puesto que supone una presunción de veracidad que admite prueba en contrario.

Por el contrario el actor considera que la vivienda fue adquirida mediante escritura pública el 4.2.1998, constante ya el matrimonio, como expresamente manifiestan las partes en el documento público, lo que les obliga en virtud de la doctrina de los actos propios. Añade, que de considerarse inicialmente privativa, tras la escritura pública pasó a ser ganancial pues el ordenamiento jurídico permite, a tenor del consagrado principio de autonomía de la voluntad (art.1255 CC) y la libre transmisión de

bienes entre cónyuges (art.1323 CC), que se pueda configurar como una donación tácita.

La prueba practicada acredita, efectivamente, que la citada vivienda fue adquirida con anterioridad a la celebración del matrimonio, que se contrajo el día 11.10.1997 (folio 114), y no sólo lo declara así la Sra. Custodia (que sitúa la venta en el año 1994, minuto 6.22) y su tía Dña. Flor (minuto 13.50, parte vendedora), sino que es el propio Sr. Marco Antonio el que lo reconoce en el acto de la vista al manifestar que “ se compró tres o cuatro años antes de casarse “ (minuto 7.32).

Es cierto que también ha manifestado el Sr. Marco Antonio que pagaron el precio de la vivienda los dos, pero tal afirmación ha quedado desmentida por la prueba documental aportada. En efecto, en la escritura pública de 4.2.1998 (folios 21 a 26) se recoge que “ El precio de esta compraventa es el de cuatro millones de pesetas. Dicha cantidad declara la parte vendedora haberla recibido de la compradora, con anterioridad a este acto y a su satisfacción, dándole carta de pago”. Pues bien, en el periodo que media entre el 20 de enero de 1995 al 31.3.1997 la Sra. Custodia ingresó en la cuenta bancaria de su tía la cantidad de 3.628.877 pesetas (resguardos de ingresos y transferencias a los folios 107 a 111),

transferencias que procedían de la Cuenta Ahorro Vivienda, cuenta que fue aperturada por la Sra. Custodia -que fue su única titular- en noviembre del año 1992, que presentaba un saldo a fecha 3.6.1994 de 2.683.817 pesetas de las que en el año 1993 se ingresaron 1.870.900, y de marzo a septiembre de 1994 otras 822.000 pesetas (certificado bancario a los folios 112 y 113).

Estas dos circunstancias, y a salvo de lo que luego se dirá, impide que pueda ser considerada ganancial, pues sólo tienen tal carácter, los bienes adquiridos por ambos cónyuges constante matrimonio, no pudiendo atribuírsele carácter ganancial, pues tal posibilidad, sólo está prevista legalmente para los bienes, que se adquieran constante matrimonio, y no antes de contraerlo (art. 1355 C.C.).

Se ha insistido en que dicho bien es en su totalidad ganancial por haberse adquirido para la sociedad de gananciales conforme a la Escritura Pública de 4.2.1998 otorgada por D. Marco Antonio y Dña. Custodia y los vendedores de la citada vivienda.

Intervienen ambos esposos “ que la compran y adquieren con carácter ganancial”. Ahora bien, aunque el art. 1.361 del C. Civil establece una presunción a favor de la ganancialidad de los bienes adquiridos durante el matrimonio, obligando así a la parte que pretenda el carácter privativo del bien a la prueba de lo contrario, en este caso consta que hubo un contrato privado verbal de la vivienda objeto de conflicto anterior a que se contrajera por las partes matrimonio y ya, perfeccionado y consumado, se abonó por la Sra. Custodia una cantidad que responde al 90,3 % del precio total. Por ello, esta cuestión no puede resolverse exclusivamente en atención a la presunción de ganancialidad citada, que además no impide que un bien pueda ser en parte ganancial y en parte privativo. Tampoco puede resolverse la cuestión a la luz del precepto invocado en la sentencia de instancia, el art. 1355 del C. Civil, por el que los cónyuges pueden atribuir a un bien carácter ganancial, cualquiera que sea la procedencia del dinero que abone su precio, y ello porque este precepto parte de que dicha atribución de tal naturaleza al bien en cuestión se realiza de común acuerdo entre los cónyuges, lo que no es el caso presente. El Sr. Marco Antonio funda su pretensión de ganancialidad de la totalidad del bien en la eficacia esencial que atribuye a la declaración de la Sra. Custodia en la Escritura Pública citada, pero ha de tenerse en cuenta que en la interpretación y valoración de estas declaraciones la Jurisprudencia ya ha determinado que no es apli-

cable la doctrina de los actos propios (STS 8.3.96) ni cabe atender al concepto general de la eficacia de las declaraciones contenidas en Escrituras Públicas (STS 17.4.02). Como señala esta sentencia : “ los bienes y derecho que pertenecen a un cónyuge cuando comienza la comunidad de gananciales, son privativos del mismo, según deriva de su propio concepto y expresa el número 1 del artículo 1346 del Código civil ; segundo, cuando un negocio jurídico, como el contrato de compraventa, se perfecciona en un momento dado, la escritura pública que reproduce el mismo negocio jurídico no perfecciona uno nuevo sino que simplemente lo eleva a tal forma, que no es sino ratificación o reproducción del anterior; así lo han expresado las sentencias de esta Sala de 30 de noviembre de 1996 y 17 de mayo de 1999 “. En igual sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 24 febrero 2000, al afirmar que “ el hecho de que las escrituras públicas se hayan otorgado durante la unión nupcial, no atribuye el carácter ganancial que se pretende a dichos inmuebles, pues además de no existir acuerdo alguno de los cónyuges de atribuir dicha condición a los referidos inmuebles de referencia ( art. 1355 del Código Civil ), tampoco puede ser de aplicación la disposición contenida en el art. 1353 y 1339 del Código Civil (reproducida en el segundo inciso del páf. 1º del art. 93 del R. Hipotecario) al no concurrir los presupuestos exigidos en tal precepto “. También indica la citada STS de 8.10.04 que la prevalencia de la declaración confesoria del cónyuge a que perjudica la misma, prevista en el art. 1324 del C. Civil, no puede interpretarse como absoluta, de forma que cabe prueba en contrario, prueba que eso sí (STS 18.7.94) ha de ser eficaz y contundente para que pueda conllevar su apreciación el que se decida la calificación del bien en cuestión sin tener en cuenta lo declarado.

En este caso, como se ha dicho, la prueba aportada (documental y testifical) contradice clara y rotundamente la mera declaración. La compra se perfecciona y consume varios años antes, y el 90% de lo pagado lo fue por la Sra. Custodia cuando no estaba contraído el matrimonio ni vigente la sociedad de gananciales, y el Sr. Marco Antonio solo cuenta en apoyo de su pretensión con la declaración contenida en la escritura que, como se ha indicado, no tiene valor absoluto y puede quedar desvirtuada por prueba rotunda, que en este caso ha concurrido en los términos ya descritos, por lo que ha de estarse a lo que dichas pruebas indican indiscutiblemente.

Sin embargo, la citada vivienda, no fue pagada en su totalidad antes de contraer matrimonio, pues la propia Sra. Custodia reconoce que de los 4 millones de las antiguas pesetas 371.123 pesetas se abonaron con dinero ganancial. El pago parcial hecho con dinero ganancial, no alteraría el carácter privativo del bien adquirido, salvo en un supuesto, que es en el que nos encontramos, en el que el bien pagado con dinero en parte privativo y en parte ganancial es la vivienda familiar (art.1357 C.C.), en cuyo caso dicho bien corresponde proindiviso a la sociedad de gananciales y a cada uno de los cónyuges, en proporción al valor de sus respectivas aportaciones (art. 1354 C.C.). Basta recordar, con la Sentencia del T.S. de 27.3.2000, que al referirse el artículo

1357 del Código Civil a los “bienes comprados” se ha de estar a la fecha de celebración del contrato, y no a la adquisición del dominio por efecto de la “traditio” (artículo 609 del Código Civil). No obstante en el caso de autos hubo entrega (artículos 1462 y 1463 CC) antes de celebrar el matrimonio como ha confirmado la testigo, que entregó las llaves a la Sra. Custodia mucho antes de que contrajera matrimonio (minuto 10.40).

Por tanto, en el activo de la sociedad de gananciales deberá recogerse el porcentaje de la vivienda, que pertenece a dicha sociedad, que en el caso de autos es el de un 9.3 %, perteneciendo el resto de la vivienda (90'7%) a la Sra. Custodia.

## DESESTIMACIÓN DE LA ACCIÓN DE ADICIÓN A LA PARTICIÓN

AP MADRID, SEC. 9.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 22/12/2015

**Se desestima la acción de adición** a la liquidación de la sociedad de gananciales pues no hubo omisión involuntaria ni ocultamiento de las acciones de la sociedad por parte de la esposa ya que el actor intervino en su compra y tenía perfecto conocimiento de su existencia.

Son hechos de los que han quedado acreditados en los autos y de los que ha de partirse para la resolución de este litigio los siguientes:

1º) El actor D. Cosme y D<sup>a</sup> Juliana contrajeron matrimonio el día 19 de julio de 1968 siendo el régimen económico matrimonial el de la sociedad legal de gananciales.

2º) El 26 de junio de 2012 se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales por el que se sustituye el régimen de sociedad legal de gananciales, por el de separación de bienes.

3º) El día 2 de julio de 2012 se otorgó escritura de liquidación de la sociedad legal de gananciales, en virtud de la cual se valoraron los bienes inmuebles de la sociedad legal de gananciales en 2.400.000 € adjudicándose dichos bienes a la esposa, la cual entregó a su cónyuge la cantidad de 1.200.000 €, que en dicho acto declara que ya había recibido mediante la correspondiente transferencia. (Folios 27 al 56 de los autos).

4º) El 28 de noviembre de 2013 por sentencia se disolvió el matrimonio existente entre las partes de

mutuo acuerdo, aprobando el convenio regulador suscrito entre las partes el 21 de octubre de 2013, en el que se recogía que no existían bienes ni deudas gananciales por haber procedido a la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

5º) En la demanda el actor y ahora apelante reclama el 50 % de los rendimientos de capital y letras del Tesoro recibidos por la demandada en el año 2011 por un total de 105.074,5 € reclamando 52.537,26 €; el 50 % de los dividendos de las acciones percibidos por la demandada de las sociedades ... por un importe total de 1.994.649 € reclamando el 50 % de esos rendimientos, así como el 50 % de la venta de 430 acciones de la sociedad ... y de 512 acciones de la sociedad ... por un valor de 1.418.201,96 €, de los que se reclama el 50 %. Reclamando un total de 1.732.694,11 €.

En el escrito de apelación se alega como primer motivo del recurso de apelación, después de hacer una introducción de los antecedentes procesales y del objeto de proceso, que existe un error en la valoración de la prueba, al entender que de las pruebas practicadas se deduce que la ahora apelada ocul-



tó los rendimientos cuya reclamación se realiza en este proceso, siendo dichos rendimientos de carácter ganancial, por lo que al haberse omitido en la liquidación realizada por las partes, liquidación en la que solo se incluyeron los bienes inmuebles, siendo la razón de no incluirse el resto de los bienes, en especial los rendimientos por la ocultación que se realizó por la demandada, debe ahora proceder a su liquidación.

Alegando en el escrito de apelación que la sentencia infringe los artículos 1344, y 1361 del C. civil, pues al ser los bienes muebles a que se alude a lo largo del proceso de carácter ganancial, debiendo por lo tanto completarse la liquidación debiendo distribuirse el 50 % de esos rendimientos y bienes al 50 % entre ambos cónyuges.

Como se establece en el escrito de apelación por la remisión que el artículo 1410 del C. civil hace a las normas sobre liquidación de la herencia en todo lo no previsto en las normas correspondientes sobre la liquidación de la sociedad legal de gananciales, deben aplicarse dichas normas.

El artículo 1079 del C. civil establece que la omisión de alguno o alguno de los bienes de la herencia no da lugar a la nulidad de la partición sino a que se complete la ya realizada; por lo tanto debe entenderse que cuando se hayan omitido bienes en la liquidación de la sociedad legal de gananciales, lo que procede es su adicción o complemento.

Lo que realmente se discute en este proceso, más que el carácter privativo o ganancial de las partidas, que a juicio de la parte apelante sobre los que debe completarse la liquidación, es si dichos bienes están ya liquidados o ya se tuvieron en cuenta por las partes en la liquidación ya realizada de la sociedad legal de gananciales.

Sobre dicha cuestión debe partirse del resultado de la prueba practicada, en relación a cuál fue la voluntad de las partes a la firma de la escritura de liquidación de la sociedad legal de gananciales el 2 de julio de 2012, y del convenio regulador del divorcio suscrito el día 21 de octubre de 2013, si dichos acuerdos tenían como finalidad la liquidación de todas las relaciones económicas de las partes derivadas de la sociedad legal de gananciales, como se recoge en la sentencia apelada, y se alega por la apelada, o si por el contrario como se sostiene por la parte ahora apelante, dicha liquidación se refería de forma exclusiva a los bienes inmuebles, y lo cierto es que no se incluyeron las partidas que se reclaman

ahora por haber ocultado las mismas la parte ahora apelante.

Sobre esta cuestión no se puede desconocer que el propio actor reconoció en el acto del juicio que él hasta diciembre de 2011, era el administrador de la sociedad legal de gananciales, también reconoció que el acuerdo al que llegaron las partes para la liquidación de la sociedad legal de gananciales, era que él tenía que percibir 1.200.000 € que le fue entregado por transferencia bancaria, con independencia del valor de tasación.

También consta acreditado en los autos, en virtud de las correspondientes copias de las escrituras de compraventa respecto a 430 acciones de ... y 512 acciones de ..., folios 293 a 321, que en dichas escrituras de compraventa de las acciones compareció el ahora actor, que lo hacía tanto en nombre propio como en representación de la demandada, para la adquisición de las correspondientes acciones; por lo que parece difícil que el ahora apelante pueda alegar que desconociera la existencia de dichos bienes, cuando era el administrador de la sociedad de gananciales, y cuando fue el que compareció al otorgamiento de las escrituras de compraventa de esas acciones que él debía de gestionar.

En el propio acto del juicio el ahora apelante, reconoció que uno de los apartamentos sito en Canarias, y que se recogió en la escritura de liquidación de la sociedad legal de gananciales, se adquirió con la venta de la una vivienda que la demandada tenía en Vigo, por lo que si bien dicho apartamento formalmente tiene carácter ganancial, lo cierto es si se adquirió en sustitución de un bien privativo, o con el resultado de la venta de un bien privativo, su calificación debía haber sido de bien privativo, y no ganancial.

Por otro lado de la prueba practicada en el acto del juicio, especialmente de las declaraciones que realizaron D. Laureano, empleado de la Notaría donde se firmó la escritura de liquidación, y de D<sup>a</sup> Marí Luz asesora fiscal de la demandada, ha quedado acreditado que fue el ahora apelante el que facilitó todos los datos y elementos a la Notaría para confeccionar la escritura de liquidación de la sociedad legal de gananciales, que la forma de su confección tenía que dar como resultado, que si bien la demandada se adjudicaba todos los bienes, el actor percibiera por su participación 1.200.000 €, como así ocurrió, existiendo indicios claros de que se produjo una sobrevaloración de algunos de los bienes inmuebles para llegar a ese resultado.

La liquidación de la sociedad legal de gananciales es un negocio jurídico, en virtud del cual las partes, los cónyuges ponen fin a dicha sociedad, y proceden a la adjudicación de los bienes que la integran, y por lo tanto debe estarse a la voluntad de las partes, siempre que quede clara y patente su voluntad, y partiendo de los hechos que han quedado acreditados en los autos, que se recogen en esta resolución, es indudable que el ahora apelante conocía la existencia de los bienes que ahora pretende adicionar a la herencia, que fue voluntad de ambos cónyuges dar por liquidada la sociedad legal de gananciales como consecuencia de la escritura de 2 de julio de 2012, mediante la adjudicación de los bienes existentes a la entonces esposa, y la adjudicación al ahora apelante de 1.200.000 € que le fueron abonados mediante transferencia bancaria, en caso contrario no se entiende que se incluyera y se atribuyera carácter ganancial a un apartamento en Canarias, cuando según manifestaciones del ahora apelante se adquirió con el resultado de la venta de una vivienda propiedad de la apelada, o que en el convenio firmado el 22 de octubre de 2013 no se recogiera ninguna mención a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, dando a entender que ya se había procedido a su total liquidación.

El artículo 1324 del C. civil establece que la confesión de los cónyuges será bastante para fijar que unos bienes son privativos del otro, sin que al confesión pueda perjudicar ni a los herederos forzosos ni a los acreedores.

## PRUEBA EN CONTRARIO DE LA CONFESIÓN DE PRIVATICIDAD

AP MADRID, SEC. 11.<sup>a</sup>  
SENTENCIA DE 6/11/2015

El presente recurso de apelación tiene su origen en la resolución subsiguiente al incidente de inclusión/exclusión de bienes previsto en el art. 809 de la LEC suscitado a propósito de la diligencia de inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales que regía el que fuera matrimonio formado por el fallecido, D. Benjamín

Por su parte en la STS N° 507/2001 de 3/05/2001 se establece el criterio de que la confesión extrajudicial al actor del carácter privativo de un bien, perjudica al cónyuge confesante.

De todo lo expuesto como acertadamente se recoge en la sentencia apelada tanto de los propios actos del ahora apelante, al no incluir las acciones en la liquidación de la sociedad legal de gananciales, ya porque las partes pactaron la liquidación de todos los bienes, no solo de los inmuebles, en la escritura de liquidación, en la que se recogieron bienes que no eran gananciales, y que se atribuyó una valoración superior a todos los bienes inmuebles, a fin de que resultara que el apelante percibiera por su participación en los gananciales una determinada cantidad, ha de entenderse que en modo alguno hubo una omisión involuntaria, u ocultamiento de bienes por la demandada, sino que fue voluntad de ambas partes el proceder a la liquidación total de dichos bienes, en la forma que se recogió en la escritura de liquidación, por lo que fue la voluntad de ambas partes, mostrada por actos propios y concluyentes, los que llegaron a la liquidación de la sociedad de gananciales en la forma recogida en la escritura de liquidación, con conocimiento de los bienes que integraban su activo, y especialmente por el propio apelante, que no puede alegar que desconociera la existencia de bienes gananciales, cuando él era su administrador.

**La confesión de privaticidad** efectuada por el esposo admite prueba en contrario, y teniendo en cuenta que la liquidación de gananciales tiene lugar conjuntamente con los trámites de la partición de herencia, no se considera acreditado que el dinero que se empleó en la compra del inmueble proviniese de una tía de la esposa, pues ninguna prueba acredita tal extremo, por lo que el bien debe considerarse ganancial.

y D.<sup>a</sup> Rebeca, y que se desarrolla dentro del más amplio y universal procedimiento de división judicial de la herencia causada por aquél y que instan, con arreglo a lo dispuesto en el art. 782 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, D.<sup>a</sup> Julieta y D.<sup>a</sup> Manuela, hijas de un primer matrimonio formado por D. Benjamín y la ya fallecida D.<sup>a</sup> Consuelo, contra D.<sup>a</sup> Rebeca,

esposa supérstite del segundo matrimonio de D. Benjamín, y contra los hijos habidos del mismo, D.<sup>a</sup> Silvia, D. Benjamín y D. Eusebio.

Para mayor claridad de lo así presentado, pasamos a extractar la cadena secuencial de hechos históricos que actúan de antecedentes necesarios para la resolución del recurso, omitiendo todo aquello que no resulta de utilidad para dicho fin. Así, como relaciona la recurrida:

D. Benjamín contrajo matrimonio con D.<sup>a</sup> Consuelo. De dicho matrimonio nacieron D.<sup>a</sup> Julieta y D.<sup>a</sup> Manuela. D.<sup>a</sup> Consuelo falleció el 25 de noviembre de 1980 habiendo otorgado testamento a favor de su esposo D. Benjamín y de sus hijas.

De las operaciones particionales de la herencia de D.<sup>a</sup> Consuelo destaca que la causante lega a D. Benjamín el pleno dominio del tercio de libre disposición, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria e instituye herederas universales de todos sus bienes a sus hijas.

De todos los bienes adjudicados a D. Benjamín el 75% fue en pago de su mitad de gananciales y el 25% restante en pago del legado sobre el tercio de libre disposición.

En pago de su legado y de la mitad del caudal ganancial, se le adjudican a D. Benjamín cinco bienes inmuebles, entre ellos: Piso de Madrid, parcela en “Entretérminos, Guadarrama (Madrid) parcela en Guadarrama (Madrid), correspondiendo el 25% de los cinco activos a la cuota parte correspondiente al legado del tercio de libre disposición

Tras el fallecimiento de D.<sup>a</sup> Consuelo, D. Benjamín contrajo segundo matrimonio con D.<sup>a</sup> Rebeca, de manera que como consecuencia de lo dispuesto en los arts. 968 a 980 del Código Civil, D. Benjamín se constituía en reservista de los bienes que adquirió de D.<sup>a</sup> Consuelo por testamento a favor de las reservatarias, o beneficiarias de la reserva legal, D.<sup>a</sup> Julieta y D.<sup>a</sup> Manuela.

Sigue indicando la resolución recurrida que D. Benjamín pese a la reserva legal que le gravaba, procedió a transmitir los bienes anteriormente relacionados (Piso NUM000 de la C/ DIRECCION000 nº NUM001 de Madrid, parcela nº NUM002 en “Entretérminos, Guadarrama (Madrid) parcela nº NUM003 en “URBANIZACIÓN000 “ Guadarrama (Madrid)) no así de los otros dos que permanecieron en su patrimonio al tiempo de fallecer (evento que tuvo el 24 de

febrero de 2007, después de otorgar testamento a favor de su esposa D.<sup>a</sup> Rebeca a quien legó el tercio de libre disposición el tercio de mejora a los hijos habidos de este segundo matrimonio, D.<sup>a</sup> Silvia, D. Benjamín, y D. Eusebio, instituyendo herederos por partes iguales a sus cinco hijos (D.<sup>a</sup> Julieta, D.<sup>a</sup> Manuela, D.<sup>a</sup> Rebeca, D. Benjamín, y D. Eusebio).

Finalmente, D.<sup>a</sup> Consuelo, D.<sup>a</sup> Manuela deducen ante el Juzgado de Primera Instancia solicitud de división judicial de la herencia de su padre D. Benjamín, contra la viuda supérstite de éste, D.<sup>a</sup> Rebeca y sus hermanos D.<sup>a</sup> Silvia, D. Benjamín, y D. Eusebio.

Sin embargo, la sentencia de primera Instancia dedica el tercer antecedente de hecho a aclarar que por providencia de fecha 22 de junio de 2012 se determinó que “el único inventario cuya formación procedía en esta fase del procedimiento era el de la sociedad legal de gananciales D. Benjamín y D.<sup>a</sup> Rebeca, por cuanto la elaboración del inventario en la división de la herencia de D. Benjamín correspondería al contador-partidor que fuera designado en su día”, resolución que ha devenido firme al no haber sido recurrida.

En la sentencia que se impugna y por lo que al caso importa, la Juzgadora declara, tras la celebración de juicio verbal resolutorio del incidente de inclusión de bienes y derechos en el haber ganancial, primero, que uno de los bienes relacionados en el inventario formulado por la representación de D.<sup>a</sup> Consuelo, D.<sup>a</sup> Manuela, consistente en la finca urbana sita en Madrid, debe calificarse como bien de naturaleza ganancial por no existir prueba concluyente que desvirtúe la presunción de ganancialidad de los bienes conforme a lo dispuesto en el art. 1.361 del C.Civil. Y segundo, que el importe obtenido por D. Benjamín con la transmisión del Piso sito de Madrid, la parcela sita en Guadarrama (Madrid), y la parcela nº ... sita en Guadarrama (Madrid), han de quedar integrados como pasivo de la sociedad de gananciales al tratarse de bienes de naturaleza privativa, desde el momento que el producto de su enajenación no consta se hubiese reinvertido en otros bienes (privativos por sustitución), debiendo entenderse que quedó incorporado a la sociedad de gananciales de ese segundo matrimonio.

La representación de D.<sup>a</sup> Rebeca, D.<sup>a</sup> Silvia, D. Benjamín, y D. Eusebio, formulan recurso de apelación contra el fundamento de derecho segundo apdo 9 del activo, que es el referido en primer lugar, en el anterior parágrafo, por error en la valoración de

la prueba e infracción por aplicación indebida de los previsto en el art. 1.324 del C.Civil e infracción por no aplicación de lo prescrito en el art. 1.346.3º del C.Civil, por cuanto el Juzgado considera que no ha sido desvirtuada la presunción de ganancialidad del inmueble sito en la C/ DIRECCION002 nº NUM005 NUM004 de Madrid. Y ello, por cuanto consta, por la documental aportada (escritura de compraventa, documento privado de compraventa precedente y testificales del padre de D.ª Rebeca, D. León y D.ª Rebeca) que el inmueble fue adquirido con contrato privado por D.ª Silvia con carácter previo al matrimonio, y que los pagos se realizaron con dinero privativo de ésta gracias a la generosidad de una tía suya de la que provenía el metálico para hacer frente a los pagos. Figura asimismo en escritura pública, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.324 del C.Civil la confesión de D. Benjamín declarando la naturaleza privativa del inmueble a favor de su esposa D.ª Silvia.

Pues bien, el motivo debe ser estimado. Es cierto como apunta la apelada que como señala una reiterada Jurisprudencia, la actividad intelectual de valoración de las pruebas se incardina en el ámbito propio de las facultades del Juzgador de instancia favorecido por el principio de inmediación; por ello, cuando se trata de valoración probatoria, la revisión de la sentencia deberá centrarse en verificar la legalidad en la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de su carga y, en su caso, de las reglas relativas a la prueba tasada y si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez "a quo" de forma arbitraria, ilógica, insuficiente, incongruente o contradictoria o si, por el contrario, la apreciación conjunta del mismo es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso. Como recuerda la STS de 23 de mayo de 2013, la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en su labor de interpretación del artículo 24 de la CE, ha establecido que concurre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta equivocado a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración - sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero y 211/2009, de 26 de noviembre -.

Y en este caso, a la luz de la doctrina expuesta y examinada la prueba practicada, debemos disentir de las apreciaciones efectuadas por la Juzgadora de Instancia. En la sentencia recurrida se declara

que la confesión del esposo de D.ª Rebeca en torno al carácter privativo del bien litigioso, y por tanto el efecto casi tasado que dicha declaración efectuada en instrumento público tiene a efectos probatorios con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.324 del Código Civil, ha quedado desvirtuado en una valoración conjunta del acervo probatorio, para dar así paso al principio general de presunción de ganancialidad consagrado en el art. 1361 del Código Civil.

Con base en la doctrina recogida en la St del TS de fecha 29 de noviembre de 2006, cuya fundamentación jurídica damos por reproducida al tiempo que la hacemos nuestra, se debe entender que como recuerdan resoluciones como la Sentencia TS núm. 847/2001 de 25 septiembre, la prevalencia confesoria que el artículo 1324 establece, efectivamente no es absoluta y cabe prueba en contrario, pruebas que han de ser eficaces y contundentes, como declaró la sentencia de 18 de julio de 1994. No cabe duda que lo confesado por uno de los cónyuges confiere titularidad no sólo inter partes, sino erga omnes, con la excepción de los acreedores y los legitimarios, caso este último en el que nos encontramos, al tener la determinación del haber partible efectos directos y evidentes en las cuotas legitimarias de las hijas habidas del primer matrimonio, bastando para operar la excepcionalidad a la regla valorativa contenida en aquel precepto, que la exclusión de un bien del patrimonio hereditario tenga potencialidad para burlar los derechos del heredero forzoso.

La Juzgadora de Primera Instancia aquilata según las circunstancias concurrentes al tiempo de la operación de compra y según las explicaciones proporcionadas por la propia Sra. Rebeca y de sus familiares en el acto de la vista, la credibilidad o fiabilidad de la confesión otorgada por D. Benjamín en la escritura pública de compraventa de fecha 11 de noviembre de 1983, para concluir en la escasísima posibilidad de que aquella con 21 años al tiempo de contraer matrimonio con D. Benjamín (hecho que tuvo lugar en fecha 23 de diciembre de 1981 - fol 950 de actuaciones-), siendo auxiliar de enfermería y cobrando entre 20.000 y 30.000 pesetas al mes (según parece recordar D.ª Silvia) pudiere haber desembolsado una entrada a cuenta por importe de 1.552.500 pesetas, para luego abonar en unos plazos realmente ajustados, tres restantes pagos por importes de 1.966.500 euros, 1.552.500 euros y 1.190.250 euros en fechas de 15 de enero de 1982, 25 de marzo de 1982 y 25 de octubre de 1982. La explicación a ello no es otra sino que fue una tía,

sin descendencia, quien abonó dichas sumas por cuenta de su sobrina, sin embargo no se aporta documentación alguna que acredite la retirada de fondos de cuenta alguna, ni justificantes de ingresos o abonos. En el escrito de apelación aduce sin embargo, extemporáneamente, que D.<sup>a</sup> Daniela, que así se llamaba la tía de D.<sup>a</sup> Silvia que había financiado a coste cero la adquisición del inmueble, y hoy fallecida, tenía muchos papeles guardados, y entre ellos en una caja parecían estar los recibos de Rebeca, comprobando que se trataba de los justificantes de ingresos y traspasos que acreditan la adquisición de la vivienda en el mes de octubre de 1981 y posteriormente, hasta el pago total de la misma, D.<sup>a</sup> Silvia disponía de patrimonio privativo suficiente para hacer frente a los pagos del inmueble, pero como ya advertimos, se trata de una alegación extemporánea que debió haberse traído al acto de la vista oral.

Se podría argumentar que las solicitantes o promotoras del presente expediente no resultan beneficiadas por la excepción al principio de prueba tasada del ya mentado artículo, por cuanto no resultarían perjudicadas en el importe de su legítima.

Y lo cierto es que en relación con los legitimarios, existen resoluciones de esta AP de Madrid (i.e secc 9<sup>a</sup> Sentencia núm. 139/2014 de 17 marzo) la denominada “confesión de privaticidad” regulada en el artículo 1324 del Código Civil, en cuanto supone la manifestación fehaciente por parte de un cónyuge acerca de que los bienes comprados por el otro constante matrimonio son privativos, es perfectamente válida y eficaz, y desvirtúa la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil (STS de 25 septiembre 2001 y 29 de noviembre de 2006). Sus efectos se producen no sólo inter-partes sino “erga omnes”. Ahora bien, ello tiene la excepción de los acreedores y los legitimarios. Así, respecto de estos últimos dispone el artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario que “Si la privaticidad resultare sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia”.

Este artículo ha sido interpretado por la doctri-

na en el sentido de que a los herederos forzosos del confesante no les afecta la confesión siempre y cuando concurren dos requisitos: que el cónyuge beneficiado por la confesión no acredite el carácter privativo del bien por cualquiera de los medios de prueba admitidos en nuestro ordenamiento, ya que la confesión «por sí sola» no es bastante frente a legitimarios y acreedores, sino que son necesarias otras pruebas; y que los herederos forzosos acrediten que esa confesión perjudica a su legítima puesto que si no hay perjuicio, carece de sentido su intervención en el acto dispositivo llevado a cabo por el cónyuge viudo o por su heredero. Si falta alguno de los dos requisitos, los indicados terceros tienen que pasar por la manifestación de privaticidad realizada por el cónyuge fallecido.

En el presente caso las legitimarias D.<sup>a</sup> Julieta y D.<sup>a</sup> Manuela fueron instituidas herederas junto a los restantes tres hermanos en el tercio de libre disposición, es decir, la asignación hereditaria se veía reducida por efecto del testamento de fecha 14 de diciembre de 2006 a lo que correspondiese en la legítima llamada estricta, de modo que cualquier resolución relacionada con la exclusión de un bien del activo de la sociedad de gananciales, sobre todo tratándose de un bien de tanto valor como el que se discute, habrá de perjudicar necesariamente a las demandantes.

Dicho lo anterior, el privilegio a efectos probatorios que implica la dicción expresa del art. 1.324 del C.Civil queda por tanto enervado en este caso al someterse a la regla general del juicio y en particular al principio de valoración conjunta de la prueba. Y es aquí donde, a pesar de lo sostenido por la Juzgadora de Instancia, mantenemos que no existe prueba suficientemente concluyente que permita descartar que D.<sup>a</sup> Silvia no contó con financiación de su tía en una operación que tuvo lugar hace más de 30 años. Con esta perspectiva temporal tan amplia, no es contrario al normal suceder de las cosas que los testimonios no sean precisos, y los testigos no recuerden fechas, cuantías, entregas, o en general todas las circunstancias que concurren en la operación. Es también esperable que los documentos que acrediten pagos o entregas de efectivo, puedan haber desaparecido o no constar simplemente, al haber cesado o prescrito las acciones que pudieran generarse en el ámbito de la disciplina tributaria, incluso en la civil a través del instituto de la prescripción adquisitiva.

#### EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y ACTO DE VIOLENCIA

Iniciado el procedimiento de ejecución por el incumplimiento del régimen de visitas ante el Juzgado de Familia que dictó la Sentencia de divorcio, se produce un acto de violencia contra la madre que da lugar a la incoación de un procedimiento penal ante el Juzgado de Violencia. ¿Tiene esta circunstancia alguna repercusión en el procedimiento de ejecución que se sigue ante el Juzgado de Familia?

Como en el art. 87 ter 2 de la LOPJ no se incluye este supuesto dentro de la competencia del Juzgado de Violencia, parece evidente que el Juzgado de Familia seguirá conociendo del procedimiento de ejecución.

Ahora bien, al iniciarse las actuaciones penales, el juzgado de Violencia puede dictar una orden de protección conforme a lo preceptuado en el art. 544 ter de la Lecrin, y si bien es cierto que en el apartado sexto de este artículo se indica que se adoptaran medidas civiles en la orden de protección “siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil”, lo que en nuestro caso ya se ha producido pues nos encontramos en fase de ejecución de sentencia, también debemos tener en cuenta que en el citado precepto se indica “sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil”. Es decir, que el juez penal, el interés del menor puede acordar medidas del art. 158 del CC para evitar un perjuicio al menor, y es aquí donde surge el conflicto si las medidas que adopta el juez penal difieren de las que se están ejecutando en el Juzgado de Familia o son incompatibles. En este caso ¿como se coordinan ambas resoluciones? A falta de una solución legal, el sentido común indica que cualquiera de las partes o de oficio el propio Juzgado de Violencia deberá poner en conocimiento del Juzgado de Familia la resolución que se ha dictado y será esta última resolución la que tenga vigencia en relación a las medidas paterno filiales, causando el efecto de suspender la ejecución en relación a la medida modificada o la incompatible con ella.

Como las medidas adoptadas al amparo del art. 158 del CC no pueden tener una vigencia ilimitada en el tiempo, el paso siguiente será la interposición de una demanda de modificación de medidas que ya será competencia del juzgado de Violencia.

---

## COMPETENCIA INTERNACIONAL PARA DIVORCIO

Dos españoles contrajeron matrimonio en Puerto Rico, naciendo allí el hijo, siendo el lugar del último domicilio conyugal y donde residen la madre y el hijo menor. A pesar de haberse seguido un procedimiento ante los tribunales de aquél país, el padre que regresó a España interpuso demanda de divorcio. ¿Resultan competentes los juzgados y tribunales Españoles para conocer de la demanda de divorcio?

---

---

## PENSIÓN ALIMENTICIA Y TRANSACCIÓN PENSIONES

El padre adeuda la pensión alimenticia de los hijos de las dos últimas anualidades y ha propuesto a la madre otorgar una escritura pública en la que ella se adjudique el 100% de la plaza de garaje propiedad de ambos, quedando de esta forma saldada la deuda actual por pensiones alimenticias y se tenga por abonadas con carácter anticipado las pensiones alimenticia de los próximos cinco años. ¿Puede admitirse esta transacción?

---

**No. Teniendo en cuenta el lugar** de residencia del menor (Puerto Rico) también lugar de su nacimiento, residencia de la madre y último domicilio común, las normas aplicables en materia de responsabilidad parental, guarda y custodia, incluso régimen de visitas, son las contenidas en el convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, suscrito por los Estados Unidos y España. Además, el padre que reside en España, ya se sometió a los tribunales de Puerto Rico al comparecer en el procedimiento que allí interpuso la madre. Resulta inaplicable en este caso el Reglamento n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de Noviembre de 2003.

**El art. 1814 del CC** impide la transacción sobre los alimentos futuros, por lo que en principio esa transacción solo tendría efectos en relación con la deuda actual por pensiones alimenticias. Ahora bien, si llega a otorgarse la escritura pública, y luego, pasado un tiempo, la madre interpone una demanda de ejecución reclamando las pensiones alimenticias devengadas desde el momento de la escritura pública, la realidad es que ya nos encontraríamos ante pensiones atrasadas, por lo que el padre podría oponerse a la ejecución con base en lo establecido en el art. 556.1 de la Lec (“los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público”), por lo que finalmente dicho pacto tendría eficacia práctica. Por tanto, aunque formalmente el pacto no podría ser homologado judicialmente como tal, sí tendría eficacia práctica frente a demandas de ejecución por el impago de las pensiones.

**21 Y 22 DE ABRIL DE 2016**

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MURCIA

AULA DE CULTURA CAJAMURCIA C/GRAN VÍA ESCULTOR SALZILLO

### PONENTES

D. Fernando Florit de Carranza

D. Isidro Niñerola Giménez

D<sup>a</sup>. Julieta Moreno-Torres Sánchez

D. Antonio Javier Pérez Martín

D. Juan José Álvarez Rubio

**Últimas reformas penales que afectan al Derecho de Familia.** Ponente: D. Fernando Florit de Carranza, Fiscal Decano de Familia y protección de personas con discapacidad.

**Problemática de los pactos prematrimoniales. Cómo redactar un buen convenio regulador.** Ponente: D. Isidro Niñerola Giménez, Abogado del Ilre. Colegio de Abogados de Valencia. Ex-Presidente de la AEAFA.

**La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.** Ponente: D<sup>a</sup>. Julieta Moreno-Torres Sánchez. Profesora Dra. Colaboradora de la UMA. Asesora jurídica del servicio de protección de menores de Málaga.

**Últimas reformas procesales en materia de Derecho de Familia.** Ponente: D. Antonio Javier Pérez Martín. Magistrado del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia N<sup>o</sup>7 de Córdoba.

**Crisis matrimoniales con elemento de internacionalidad: pautas para delimitar la normativa a aplicar.** Ponente: D. Juan José Álvarez Rubio. Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del País Vasco.

**Otras alternativas a la resolución de conflictos: Mediación, arbitraje, Justicia terapéutica, Derecho colaborativo, Coordinador Parental.** D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Marín Álvarez. Jefa de la Unidad de Mediación Intrajudicial de Murcia. Sección 5<sup>a</sup> del SCOP. D. Jaime Sánchez-Vizcaíno Rodríguez. Miembro de la Sección de Familia de ICAMUR y de la AEAFA. Árbitro de las Cortes Arbitrales de las Cámaras de Comercio de Murcia y Cartagena. D<sup>a</sup> Carmen Varela Álvarez. Abogada del ICAB. Miembro de la AEAFA, Mediación y Coordinador Parental. D<sup>a</sup> Carolina Marín Pedreño. Solicitor en Inglaterra y Gales. Abogada ICAMUR. Derecho colaborativo. D<sup>a</sup>. Isabel Bonilla Moreno. Abogada del Ilre. Colegio de Abogados de Almería. Miembro de AEAFA. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Iberoamericana de Justicia Terapéutica.



**SEPARACIONES Y DIVORCIOS**  
ANTE NOTARIO

**Director y coordinador Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla**

ISBN:9788429019056

Editorial: Editorial Reus, S.A.

Fecha de la edición: 2016

Lugar de la edición: Madrid

Encuadernación: Rústica

Páginas: 267

**Sin duda, una de las más llamativas**, y debatidas, reformas introducidas en España en la reciente Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha sido la posibilidad de que las separaciones y divorcios por mutuo acuerdo puedan también tramitarse ante notario. A su estudio se dedica la presente obra, donde se abordan de una manera completa, rigurosa y con una visión práctica, todas las cuestiones que tal novedad planteará en su aplicación cotidiana: junto a su singularidad en el Derecho comparado y a su justificación (incluso constitucional), se abordan, entre otros temas, su ámbito de aplicación (qué matrimonios pueden, o no, separarse o divorciarse por esta vía), su tramitación (desde su solicitud, el modo y alcance en que los cónyuges y, en su caso, los hijos han de comparecer ante notario y prestar su consentimiento, hasta su homologación en escritura con posible inscripción en los Registros públicos), pasando por otras cuestiones, como el alcance del control que ha de desempeñar el notario ante el convenio regulador presentado por los cónyuges, con asistencia de un único abogado, y cuál puede ser el contenido de dicho convenio (con tratamiento exhaustivo de todas sus posibles cláusulas), así como la eficacia ejecutiva que puede tener la escritura de separación o divorcio (dentro y fuera de nuestras fronteras), sus repercusiones fiscales, o las posibles opciones que los cónyuges tienen en caso de que el notario deniegue la homologación del convenio en escritura, o si una vez homologado el convenio en escritura cambian las circunstancias, o cuando uno de los cónyuges no cumpla con lo en ella acordado. También se aportan diversos formularios de escrituras de separación o de divorcio según las circunstancias de cada caso.

---

**MEMENTO PRACTICO**  
FAMILIA (CIVIL) 2016/2017



**Coordinador:**  
**Carlos Trinchant Blasco.**  
Ediciones Francis Lefebvre.  
Madrid 2016. Pag.1116

---

**La referencia más rápida**, clara y rigurosa de consulta sobre esta materia.

Analiza exhaustivamente todas las cuestiones relativas al derecho de familia.

Incluye un amplio estudio sobre la planificación sucesoria.

También aborda aspectos de interés en el ámbito familiar, como lo es la violencia doméstica y de género.

Una herramienta actualizada con las recientes modificaciones introducidas en éste ámbito (modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, Ley de la jurisdicción voluntaria y las sucesivas modificaciones de la Ley de enjuiciamiento civil).

---

**RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.** Aspectos sustantivos y conflictuales

**Jacinto Quinzá Redondo**  
Tirant lo Blanch.  
Valencia 2016. Pág. 438

---

**La presente monografía** aborda el estudio del fenómeno del régimen económico matrimonial en los Estados miembro de la Unión Europea en dos partes bien diferenciadas. En la primera de ellas, se describe el actual escenario existente en la Unión Europea, desde un doble punto de vista, el material y el conflictual, analizando los problemas a los que se enfrentan sus ciudadanos en relación con esta materia y tomando en consideración los intentos de armonización y unificación llevados a cabo por instituciones u organismos internacionales. Tras llegar a la conclusión de la insuficiencia global de todos ellos, se analiza el futuro escenario del régimen económico matrimonial desde el punto de vista de las acciones legislativas de la Unión Europea, con especial detenimiento en la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial presentada por la Comisión Europea y la posible creación de un régimen económico matrimonial europeo.