REVISTA
Abogados de Familia

107
FEBRERO 2021

ABOGACÍA DE TRINCHERA

¿Se pueden modificar las Medidas Provisionales?

ULTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

EL RINCÓN DE PACO

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

AEAFA

c/ Princesa nº 3. Dpdo. - Of. 1408. 28008 MADRID
Tel. y Fax: 915410562
aeafa@aeafa.es www.aeafa.es

Presidente M.ª Dolores Lozano Ortiz **Vicepresidente** María Pérez Galván
Tesorero Carmen López-Rendo Rodríguez **Secretario** Inmaculada Marín Carmona
Vocales José Luis Cembrano Reder, Beatriz de Pablo Murillo, Mª Dolores López-Muelas Vicente, Mª. José Sánchez González, Óscar Martínez Miguel, Álvaro Iraizoz Reclusa y Ramon Quintano Ruiz.

REVISTA Abogados de Familia

COMITÉ DE REDACCIÓN
María Pérez Galván - M.ª Dolores Azaustre Garrido
Colabora: Lexfamily S.L.

La ASOCIACIÓN 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 ASOCIACIÓN 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 ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (aeafa@aeafa.es). La ASOCIACIÓN 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 contendía en esta publicación.

SUMARIO

04 Editorial

Abogacía de trinchera
Mª Dolores Lozano

07 Tema de debate

Estando en curso el procedimiento principal, ¿se puede instar la modificación de Medidas Provisionales?

12 El Supremo al día

M.ª Dolores Azaustre Garrido

28 Sentencias Comentadas

Patria Potestad. Guarda y Custodia. Régimen de Visitas. Vivienda familiar. Alimentos. Gastos extraordinarios. Pensión compensatoria. Cuestiones procesales. Ejecución de sentencia. Regímenes económicos matrimoniales. Protección de menores. Parejas de Hecho.

72 Casos Prácticos

73 Noticias

77 El rincón de Paco

Carta abierta a Pascual Ortuño

75 Novedades Bibliográficas

EDITORIAL

ABOGACÍA DE TRINCHERA

En el ejercicio profesional manejamos nuestras competencias y habilidades con una alta dosis de vocación, a la que inconscientemente recurrimos en los momentos agobiantes. La nuestra es una profesión apasionante, bella, importante, clave en el adecuado funcionamiento del Estado de Derecho, el medio para llevar a cabo la función constitucional encomendada, la defensa de los derechos de la ciudadanía, y de nuestros propios derechos como defensores, y, como Abogacía especializada en Familia, Infancia y Capacidad, esa defensa se aborda desde la posición de la familia, tratando de reconstruir y minimizar, en la medida de lo posible, los efectos de las rupturas, empapados de una enorme carga emocional, tanto desde el punto de vista personal, como patrimonial y económico. La Abogacía es una disciplina centrada en la resolución de los conflictos, y nuestra responsabilidad como abogados-as es situar a la familia en el mejor escenario posible, con el asesoramiento jurídico más conveniente, y la actuación más adecuada a dicho interés.

El estudio de la Abogacía se inicia cuando se termina la carrera y ejercemos esta profesión, y nuestra formación no termina nunca. Se nos requiere y nos autoexigimos un gran esfuerzo de reciclaje continuo. Nuestra profesión es absorbente, exigente, dura, requiere un alto nivel de entrega y sacrificio personales, que no es entendible para los "de fuera", de hecho, la mayoría de las personas, (salvo las que conviven con nosotros), ni se imaginan, ni sospechan.

El estrés de la vida diaria, con las dificultades del presente, las preocupaciones sociales, el funcionamiento inadecuado de la administración de justicia, la dilación en la tramitación de los asuntos, el estrés laboral crónico, son detonantes que nos provocan un alto nivel de desgaste profesional. En la abogacía cuidamos a nuestro cliente, con nuestro asesoramiento, atendiendo sus llamadas, sus comunicaciones, con una elevadísima exigencia de información continua e inmediata; le cuidamos, y en la mayoría de ocasiones a costa de renunciar a nuestro autocuidado.

Esa supuesta libertad profesional de la que alardeamos nos esclaviza; y no entiende, ni atiende a horarios, ni a días inhábiles, ni a festivos, ni a fines de semana, ni siquiera a enfermedades, ni edad de jubilación, pues muchos de los compañeros que están trabajando o han trabajado más allá, ha sido más por necesidad que por vocación.

En España, más del 90% de los abogados y abogadas ejercemos la profesión por cuenta propia, en despacho individual, o en colaboración con otros compañeros en un plano de igualdad, resistiéndonos a la colonización del modelo empresarial de los grandes despachos, y a pesar de las dificultades, no cambiamos nuestra independencia por otra forma de ejercicio, puestos a ser esclavos de nuestra libertad preferimos un despacho-boutique a un gran almacén, aun cuando se comercialicen grandes marcas.

La frustración, la insatisfacción, el desgaste profesional, la apatía, el maltrato institucional, la lucha con nuestros propios clientes, con los contrarios, el agobio económico, nos produce un agotamiento emocional importante. ¿Quién dijo derecho a conciliar vida familiar y laboral en la Abogacía? es una utopía. La declaración de habilidad de agosto, ha impedido el descanso al que tenemos derecho, (y por favor que no nos hablen de solidaridad, que nos sobra, y como muestra el turno de oficio, que no deja de ser víctima de un maltrato gubernamental continuado), y que decir del maltrato institucional a las mujeres abogadas, ni parir se puede… si coincide con un señalamiento, y mucho menos descansar para recuperarse de un parto, con suspensión de plazos y señalamientos, una situación vergonzosa, sin olvidar las denegaciones de suspensión de juicios por motivo la Covid. Intolerable!

Difícil es afrontar nuestro trabajo diario, las cargas económicas que supone el sostenimiento de nuestros despachos, a lo que se une las dificultades económicas derivadas de la pandemia, el devengo de impuestos, a pesar de la merma de ingresos, sin ayudas gubernamentales para la Abogacía, con un Iva al 21%, si la educación, la sanidad, y las actividades de carácter social, están exentas de Iva, porque no nuestra actividad? Nuestra función viene calificada de función social por nuestra Constitución.

Y más difícil es, siendo abogada, seguimos sujetando con más fuerza y esfuerzo las responsabilidades familiares. La red asistencial para las abogadas independientes, ha sido y sigue siendo inexistente, y lo peor de todo es que a nadie parece importarle. Y la situación no es mucho mejor trabajando por cuenta ajena, la conciliación ni se plantea, debe

renunciarse al modo de trabajo exigido en la firma, con una invitación educada a salir, o a la familia, y como muestra las propuestas de premios y rankings de abogados, (hombres casi todos), en las que apenas hay mujeres, (se dice que estas entidades solo buscan hacer negocio vendiendo reputación), por lo que debería cuidarse mucho a que premios y directorios se presentan, en especial si se sabe que se otorgan previo pago, lo que puede suponer un desprestigio.

Todo ello sin olvidar las oleadas de los divorcios a 100 €, las apps, y sucedáneos que no son más que una humillación a nuestra profesión, de la que al amparo de la libertad de la competencia, nos mantenemos inactivos.

Debemos seguir esforzándonos en mantener la excelencia y el aprendizaje continuos, que nuestras actuaciones sean presididas siempre con ética e integridad, dos pilares básicos en cualquier persona, pero que en la Abogacía, son imprescindibles para la excelencia del ejercicio profesional; ética con el cliente, con los compañeros y compañeras y con todos los operadores jurídicos, pues una buena generación de Abogados-as, se mide por su alto grado de compromiso con los principios deontológicos de la profesión.

Y por ello me encanta la Aeafa, nos cuidamos, debatimos, compartimos conocimiento y consejos, con un alto nivel de formación y aprendizaje, contribuyendo a mejorar nuestro derecho de familia, nuestro ámbito de actuación profesional, reivindicando la especialización y creación de la jurisdicción. Y, a veces me acuerdo del Sr. Cantinflas, sabio en clave de humor, diciendo verdades como puños, y como muestra la siguiente perla: “cinco años estudiando leyes para ver a políticos sin estudios haciendo leyes”

Cuidemos de nuestra trinchera, la Aeafa, cada uno de nosotros del trocito que tiene, para poder utilizarla siempre de vía de comunicación y solo de parapeto cuando sea estrictamente necesario.

Mª Dolores Lozano Ortiz
Presidente de la AEAFA

Estando en curso el procedimiento principal, ¿se puede instar la modificación de las Medidas Provisionales?

GABRIELA DOMINGO
Abogada. Málaga

Considerando que la pregunta va referida a un procedimiento principal de separación, divorcio, guarda y custodia y alimentos, o incluso a un procedimiento de modificación de medidas en el que se ha dictado un Auto de medidas provisionales, nuestra opinión es que no se puede iniciar ningún procedimiento para la modificación de esas medidas provisionales. Precisamente, según el planteamiento que se nos hace, parece ser que estamos inmersos en la tramitación de un procedimiento principal que concluirá con el dictado de una Sentencia con medidas definitivas que vendrán a sustituir a aquellas provisionales.

Por tanto, es en ese procedimiento principal en el que hemos de procurar que se adopten las medidas que sean de interés para nuestro cliente ya que sustituirán automáticamente a las provisionales adoptadas por Auto, qué tienen una vigencia limitada hasta el dictado de esta sentencia.

Ahora bien, si se tratara de medidas provisionales previas a la demanda, el artículo 772 de la Ley de Enjuiciamiento civil prevé que en el momento de su admisión sí que se podría solicitar que se completaran o modificaran esas concretas medidas previas y si el juez lo considera procedente se dictará Auto en tal sentido con vigencia hasta tanto se dicte Auto de medidas provisionales coetáneas si es que se han solicitado, o se dicte la sentencia.

JORGE MARFIL
Abogado. Madrid

Se plantea cuestión sobre si, estando en curso el procedimiento, se puede instar la modificación de las medidas provisionales.

La LEC sólo prevé (art. 775) la modificación de las medidas definitivas "cuando hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o adoptarlas"

La LEC no contempla el supuesto de la modificación de las medidas provisionales. Sin duda el legislador tuvo en cuenta el corto periodo de tiempo que debe de mediar ente la adopción de las medidas provisionales y la sentencia en la que se adopten las medidas definitivas que las sustituyan, cuya eficacia no se suspende por la interposición de los recursos que procedan (art. 774.5).

El art. 772.2 LEC permite al juzgador modificar las medidas provisionales previas a la demanda, una vez admitida ésta, siguiendo el procedimiento establecido en el art. 771 al que se remite el 772.2.

Aunque el precepto legal reserva al juzgador la facultad de iniciar el procedimiento para la modificación de estas medias, entiendo que no existe obstáculo procesal alguno para que cualquiera de las partes soliciten el Juzgador la modificación de las medidas provisionales alegando la causa que la justifique. Se trataría de alegar un hecho nuevo o de nueva noticia de transcendencia para la eficacia de las medidas adoptadas (art. 286 LEC), teniendo en cuenta que el objeto de las mismas que permite al juzgador una amplia actuación de oficio.

Mª MERCÈ MIRA
Abogada. Barcelona

Si son Medidas Provisionales Coetáneas, NO, hay que esperar a la Sentencia del procedimiento principal que está en curso.

Si son Medidas Provisionales Previas, TAMPOCO, pues el actor hubiera tenido que solicitar su modificación en su demanda (art.772.2 LEC) y el demandado al contestar la demanda, sólo en los supuestos de que no se hubieran adoptado con anterioridad o no hubieran sido solicitadas por el actor (art. 773.4 LEC).

JOSÉ GABRIEL ORTOLÁ
Abogado. Valencia

Responder a esta pregunta de forma categórica resulta complicado. Y ello, por cuanto que, pese a la facilidad que tendríamos en ofrecer una respuesta técnico-jurídica aparentemente válida, con buena justificación y apoyo normativo, no creo que la misma se sostenga con solvencia ni puede defenderse bien desde el plano de realización de una verdadera justicia material.

Sabemos que la práctica de muchos tribunales es rechazar tal posibilidad utilizando las previsiones del art. 773.1 LEC, realizando una interpretación extensiva del mismo, y considerando que no cabe adoptar medidas cuando ya existen algunas adoptadas. Así, es fácilmente reconocible la animadversión que mantiene la práctica judicial a efectuar modificaciones o variaciones a las medidas previas, cautelares civiles, o provisionales, hasta el dictado de las medidas definitivas. Nada extraño si atendemos, y ello es más grave, a la conocida animadversión ya mantenida incluso a celebrar comparecencias de medidas provisionales al margen de la vista de definitivas.

De tal modo, es fácil, por ejemplo, encontrarse con denegaciones a la tramitación de medidas provisionales en caso de haberse resuelto

medidas civiles dentro de un procedimiento penal de violencia o también denegar la tramitación de medidas provisionales coetáneas existiendo resueltas medidas previas (las que, como sabemos, no requieren para su postulación de asistencia letrada). Ni que decir tiene que, si lo anterior ocurre con regularidad, la posibilidad de modificar las provisionales tiene todavía peor prensa.

Para ello se interpreta y afirma con asiduidad que la previsión del art. 772.2 LEC impide la solicitud de complementar o modificar las medidas previamente acordadas. Se nos dice que el "sólo" al que se hace referencia en el precepto impide la solicitud de parte.

Sin embargo, no creo que pueda aceptarse dicha interpretación. Así, entiendo que la advertencia del adverbio debe ser interpretada en el sentido de que solamente se ordenará convocar a las partes a una comparecencia cuando el tribunal considere que procede completar o modificar. Y de ello no cabe colegir una posible falta de legitimación de parte para su postulación. No se limita la capacidad de formular su solicitud. Lo que, entiendo, previene el 772.2 de la LEC es la posibilidad de resolver la posible inadmisión de la solicitud de complemento o modificación cuando el tribunal considere que no procede completarlas o modificarlas. Y, en todo caso, ello debiera motivarse.

Y esto, lamentablemente, es lo que ocurre generalmente en la práctica diaria. Práctica que, como decíamos antes, encaja mal con el respeto a la tutela judicial efectiva y la necesidad –máximo en este ámbito de derecho de familia, donde las realidades y situaciones son tan cambiantes- de procurar respuestas rápidas a las posibles modificaciones de circunstancias determinantes de una nueva necesidad o interés de los menores. Es necesario, por tanto, contar con mecanismos procesales para ello. Mecanismos que procuren la tutela judicial efectiva en tiempo y modo adecuado. Mecanismos que posibiliten atender las necesidades que vienen determinadas por la peculiaridad de nuestra materia.

De tal modo, es posible que, de modo imprevisto, acontezca, por ejemplo, un cambio sustancial en alguna circunstancia económica que fue considerada de forma determinante en la fijación de la pensión alimenticia establecida como medida provisional, o un sorpresivo cambio sustancial en la capacidad de atención de los hijos. Y tan sorpresivos acontecimientos se pueden producir en el curso del procedimiento principal, sin que siquiera esté señalada fecha de juicio, cuando siquiera está prevista fecha para la realización del informe del equipo psicosocial…

En tales situaciones, harto frecuentes, ¿podemos concluir con que no hay modo de "ajustar" la medida establecida provisionalmente? Una respuesta negativa repugnaría al sentir lógico en tanto que imposibilitaría realizar una efectiva justicia material. Una respuesta negativa determinaría la necesidad de mantener la vigencia de una medida completamente desajustada al nuevo interés de los menores.

Siendo así, considero que sí cabe considerar la viabilidad de una solicitud de modificación de las medidas provisionales adoptadas en base a las previsiones del 772.2 LEC cuya interpretación última debe ser la arriba referida.

Considerar que no es posible técnicamente y que el problema debe ser reconducido al procedimiento de jurisdicción voluntaria (art.

158 CC) no me parece una solución muy lógica ni técnica. Y no lo es por cuanto que ni siquiera las situaciones descritas mantienen un encaje adecuado en una interpretación medianamente rigurosa de aquel precepto.

Entiendo, además, que buscar una vía inadecuada para salvar un defecto interpretativo (el referido sobre el 722.2 LEC) no es el camino. El camino es el natural. Aquel por el que las cosas deben conducirse normalmente. Buscar artificios impropios para salvar lo que parece un escollo procesal –que, creo, no es tal-, no se revela como la mejor solución.

RAMÓN TAMBORERO
Abogado. Barcelona

Entiendo que desde un punto de vista práctico, ello es absolutamente inviable debido a un problema de plazos ya que probablemente no nos llevaría a ninguna resolución rápida un tema que por sentido de la lógica implicaría que cuando se resolvieran tales Medidas Provisionales ya se había resuelto el procedimiento principal.

Doy por supuesto que si se pretenden unas nuevas medidas es por cuanto se han producido hechos nuevos de suficiente relevancia para tratarlos también en el proceso principal, de manera que la vía procesal sería poner en conocimiento de ello en los Autos principales con referencia a los nuevos hechos y las posibles consecuencias que los mismos tengan en el resultado del proceso.

La vía de hechos nuevos creo que es la más adecuada para introducir los mismos y las consecuencias en los posibles efectos finales del procedimiento principal, incluido un posible cambio del “petitum” de la demanda y en consecuencia del Suplico final.

En todo caso, y dependiendo de la gravedad de los hechos cabría la alternativa de interponer las Medidas Cautelares a las que hace referencia el Art. nº 158 CC, incluso buscando una resolución “in audita parte” si las circunstancias lo requirieran.

Estoy pensando en un caso de solicitud de extinción de régimen de visitas al progenitor no custodio por una presunta figura penal atribuible al mismo, o cualquier otro hecho de gravísimas consecuencias, en particular si se trata de menores.

No hay que confundir con la regularización establecida en el Art. nº 771 LEC, respecto de los artículos 102 y 103 del Código Civil, ni tampoco las que expone el Art. 773 LEC.

Dicho lo anterior entiendo que para responder concretamente a la pregunta debemos acudir al contenido del Art. 772 de la LEC.

En el mismo se indica que cuando se hubieran adoptado medidas con anterioridad a la demanda, admitida esta, el Secretario Judicial unirá las actuaciones sobre adopción de dichas medidas a los autos del proceso de nulidad, separación o divorcio, solicitándose a tal efecto, el correspondiente testimonio, si las actuaciones sobre las medidas se hubieran producido en Tribunal distinto del que conozca de la demanda.

Ahora bien, solo cuando el Tribunal considere que procede completar o modificar las medidas previamente acordadas ordenará que se

convoque a las partes a una comparecencia y se sustanciará con las medidas indicadas en el Art. 102 y 103 del CC.

En adición convendrá destacar que las Medidas Provisionales previas a la demanda solo pueden ser modificadas o complementadas, de ser considerado como necesario, porque el contenido existente en el mismo no sea adecuado o las circunstancias hayan variado en tal medida que sea necesaria su modificación.

En muchos supuestos, ante estas situaciones, como ya he dicho, lo que se puede emplear es el recurso de las Medidas Provisionales Urgentes contempladas en el ya indicado Art. nº 158 CC.

FRANCISCO VEGA

Abogado. Barcelona

Entiendo que no, y esto para los dos supuestos que, en relación al "*tempus*" del procedimiento pueden darse, es decir que el procedimiento dure lo que el legislador pensó que debían durar o que el procedimiento dure lo que en realidad duran.

Y entiendo que no por lo siguiente:

1º) Las medidas provisionales, sean previas o coetáneas, como su nombre indica es una cosa provisional, es decir breve, para regular las relaciones de la familia mientras se adoptan las medidas definitivas en el procedimiento principal.

Si se ha empezado por previas sólo subsisten si se presenta la demanda dentro de los treinta días siguientes a su adopción (art.771.5 LEC). Si se ha presentado la demanda, subsisten y el actor no puede presentar medidas coetáneas pues lo veda el art. 773.1 LEC: "El cónyuge que solicite...podrá pedir .....medidas provisionales.....SIEMPRE QUE NO SE HUBIEREN ADOPTADO CON ANTERIORIDAD.", es decir siempre que no se hubieren adoptado las previas.

2º) Porque el legislador ha previsto la posibilidad de modificar las medidas si hubiese habido un gran desaguisado y para ello ha ofrecido el art. 772.2 LEC. Claro que esta posibilidad la ley sólo se la ofrece al Tribunal y las partes no pueden pedir la modificación, pero a nuestro entender nada impide a las partes presentar un escrito pidiendo al Tribunal que, dados los hechos que lo justifiquen, examine y "considere que procede completar o modificar las medidas previamente acordadas". Pero hay que ser muy consciente de que esta modificación NO ES un derecho de las partes, sino un deseo del legislador de que las medidas provisionales, y precisamente por su provisionalidad y no modificabilidad., sean lo más adecuadas posibles.

3º) Porque, insisto, es una cosa provisional y este es el deseo del legislador y no hay que olvidar el Titulo Preliminar del CC que en su Capitulo II regula la aplicación de las normas jurídicas y dice en el art. 3.1: "las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto.....atendiendo FUNDAMENTALMENTE al espíritu y finalidad de aquellas"

Y como decimos en los dictámenes, este es mi criterio que someto a cualquier otro mejor fundamentado en derecho.

Y felicidades a la Directora de esta Sección de la Revista de la AEAFA que es muy estimulante.

EL SUPREMO AL DÍA

M.ª Dolores Azaustre Garrido

TS

SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2020
Roj: STS 3123/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3123
Nº de Recurso: 353/2018
Ponente: Excma. Sra. D.ª María de los Ángeles Parra Lucán

No existe insuficiencia de poder en el caso en que un hijo, utilizando un poder de sus padres, hipoteca una vivienda propiedad de aquellos, dado que en un poder general en el que se especifican actos de riguroso dominio no es preciso que se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas. No existe abuso de poder dado que la hipoteca que pretende anularse se enmarca en la autorización de los padres dirigida a apoyar al hijo en sus negocios, garantizando la financiación que necesitaba.

Debemos partir de la doctrina de la sala sentada en la sentencia del pleno 642/2019, de 27 de noviembre, conforme a la cual, en un poder general en el que se especifican actos de riguroso dominio, como es hipotecar, no es preciso que se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas.

En la mencionada sentencia, sobre la suficiencia del poder y la interpretación del art. 1713 CC, dijimos: “Los dos primeros párrafos del art. 1713 CC disponen: “El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso”. La aplicación de esta previsión legal al apoderamiento supone que, si se concede

genéricamente un poder de representación y no se especifican suficientemente las facultades conferidas, el apoderado solo podrá realizar "actos de administración", pues es preciso que conste inequívocamente la atribución de facultades para "transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio". Pero si en el poder se especifica la facultad de realizar actos de "riguroso dominio" no es necesario que se especifiquen los bienes. En particular, si se documenta el poder de representación y se hace constar, entre otras, la facultad de ejecutar actos de enajenación no es preciso que, además, se especifiquen los bienes concretos a los que tal facultad se refiere. No hay ningún precepto que imponga tal exigencia que, por lo demás, no sería adecuada a la función que puede desempeñar la representación. Es suficiente que las facultades conferidas se refieran genéricamente a los bienes del poderdante. Es oportuno recordar a estos efectos que el sentido en el que el art. 1712 CC se refiere al "mandato general o especial" (en el que "el primero comprende todos los negocios del mandante" y "el segundo uno o más negocios determinados"), no es equivalente a la distinción entre "general" y "expreso" que utiliza el art. 1713 CC. En el art. 1712 CC se está aludiendo al ámbito de los asuntos o intereses del principal, mientras que en el art. 1713 CC se alude a la naturaleza de los actos, de administración o "de riguroso dominio". En consecuencia, no procede mantener el criterio de la sentencia 687/2013, de 6 de noviembre, según la cual, "el mandato representativo cuyo poder viene a referirse a un acto o actos de disposición, sólo alcanza a un acto concreto cuando éste ha sido especificado en el sujeto y el objeto, en forma bien determinada". Por el contrario, la interpretación más adecuada del art. 1713 CC es que en un poder general en el que se especifican actos de riguroso dominio no es preciso que se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas".

En la citada sentencia del pleno 642/2019 también dijimos que la validez y suficiencia de un poder no impide que los tribunales puedan apreciar la falta de eficacia o de validez del negocio celebrado en representación cuando, en atención a las circunstancias (la relación subyacente existente entre las partes y sus vicisitudes, la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispensó y en relación a las circunstancias concurrentes, el conocimiento que de todo ello tuvo o debió tener el tercero, etc.), pueda apreciarse que se ha hecho un uso abusivo del poder.

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso determina la desestimación del recurso de casación.

En primer lugar, de acuerdo con los hechos acreditados en la instancia, debemos partir de la validez y la suficiencia del poder otorgado por la demandante y su esposo. Entre las facultades conferidas al hijo se encontraba la de hipotecar sin que, por lo dicho, sea precisa la especificación del bien que podía hipotecarse. Se rechaza por tanto el argumento de la recurrente de la insuficiencia del poder.

En segundo lugar, esta sala comparte el criterio de la sentencia recurrida que, contra lo que la recurrente argumenta, sí llevó a cabo una valoración acerca de si se había producido un exceso o extralimitación en el ejercicio de las facultades conferidas al hijo atendiendo a la finalidad perseguida por el otorgamiento del poder.

La recurrente en casación prescinde en este momento procesal de la denuncia que hizo en las instancias de indebida autocontratación; con independencia de que el poder autorizara expresamente la autocontratación, en el caso es evidente que no la hay, pues el hijo no creó con su sola voluntad relaciones jurídicas entre el patrimonio propio y el de los padres haciendo uso de las facultades del poder. La recurrente, en cambio, mantiene que el hijo, como mandatario de sus padres, no se ajustó a la finalidad para la que se le otorgó el poder, sino que actuó en beneficio propio, y que la entidad demandada que concedió el crédito hipotecario era perfecta conocedora de estas circunstancias.

No son convincentes las alegaciones de la recurrente en apoyo de su tesis, pues no cabe interpretar que la finalidad de los amplios poderes atribuidos al hijo fuera conferirle meras facultades de administración o la gestión de genéricos trámites burocráticos. La recurrente no especifica cual sería la concreta finalidad perseguida y su vaga manifestación sobre el deseo de que el hijo les ahorrara molestos trámites burocráticos

entra en abierta contradicción con la amplitud de facultades atribuidas en el poder otorgado, que incluía tanto actos de administración como de disposición y, en particular, la constitución de hipotecas.

La sentencia recurrida admite que la financiación obtenida se dirige a satisfacer las necesidades de tesorería del hijo y a refinanciar un crédito suscrito con anterioridad, pero de ahí no puede deducirse que haya habido extralimitación del poder ni un ejercicio incorrecto de las facultades conferidas al hijo apoderado. Por el contrario, el criterio de la sentencia recurrida es compartible porque la hipoteca cuya validez se impugna fue concertada para garantizar un crédito que, en su mayor parte, se destinó a amortizar un préstamo concertado tres meses antes con otra entidad y de esta forma cancelar una hipoteca que gravaba la misma finca y cuya validez no se cuestionó en la demanda, por mucho que ahora en el recurso de casación, a la vista de la argumentación de la sentencia recurrida, se apunte que el poder se utilizó indebidamente también para constituir la primera hipoteca.

En definitiva, de los hechos acreditados en la instancia no resulta ningún dato que permita sostener que el hijo de la demandante, en el momento de la celebración del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria, estaba realizando un uso abusivo o desviado de las facultades de representación conferidas. Por el contrario, partiendo del conjunto de circunstancias concurrentes, esta sala comparte la apreciación de la sentencia recurrida cuando concluye que la hipoteca que pretende anularse se enmarca en la autorización de los padres dirigida a apoyar al hijo en sus negocios, garantizando con sus bienes la financiación que necesitaba.

TS

SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2020

Roj: STS 3189/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3189
Nº de Recurso: 5628/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

No procede reconocer al esposo una compensación por el trabajo para la casa dado que si bien trabajo en la farmacia de la esposa, recibió por ello un salario de 1.740 euros mensuales, muy similar al que comenzó a percibir después de la separación al ser contratado en otra farmacia. El esposo no trabajó prioritariamente en las tareas del hogar, ni fue retribuido precariamente.

Esta sala en sentencia 252/2017, de 26 de abril, declaró: “La regla sobre compensación contenida en el art. 1438 CC, dirigida a mitigar la desconsideración de que es objeto en el régimen de separación el cónyuge que se dedica de forma exclusiva al trabajo para la casa, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada. En la realidad social actual (art. 3.1 del C. Civil), más allá de aquella inspiración que movió al legislador a introducir una compensación económica para ese cónyuge, parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia. En el presente caso, es relevante que la esposa trabajó en la casa y, además, en el negocio familiar con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. Por tanto esta sala debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de

la expresión "trabajo para la casa" contenida en el art. 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar. Con este pronunciamiento, se adapta la jurisprudencia de esta sala, recogida entre otras en sentencias 534/2011 135/2015, al presente supuesto en el que la esposa no solo trabajaba en el hogar sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en sentencia 136/2017, de 28 de febrero que atiende para denegar el derecho a la compensación económica citada a que la realización de un trabajo fuera del hogar se haya realizado "por cuenta ajena".

A la luz de esta doctrina jurisprudencial debemos declarar que el caso enjuiciado difiere esencialmente de la doctrina jurisprudencial esgrimida, dado que el recurrido Sr. Benjamín no consta que trabajase con mayor intensidad en el trabajo para la casa, por lo que mantuvo intacto su desarrollo profesional.

Tanto la demandante como el demandado atendieron a sus obligaciones familiares, pero sin que conste preponderancia de alguno de ellos, a lo que debe añadirse que el trabajo desarrollado por el Sr. Benjamín en la farmacia fue bajo un salario adecuado, y similar al que luego obtuvo en las otras farmacias que lo contrataron después de la ruptura conyugal.

Por tanto, el recurrido no trabajó prioritariamente en las tareas del hogar, ni fue retribuido precariamente, por lo que procede excluir la aplicación del art. 1438 del C. Civil, lo que nos lleva a casar la sentencia recurrida, confirmando íntegramente la sentencia del juzgado.

TS

SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 2020
STS 3455/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3455
Nº de Recurso: 6333/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

El matrimonio se celebró en 1992; la esposa cuenta con 56 años; padece de una discapacidad del 37% por unas hernias discales que le afectaron a su trabajo como limpiadora; sufriendo en la actualidad de depresión; y con estudios de graduado escolar. En estas circunstancias procede fijar una pensión compensatoria con carácter indefinido, dada las escasas posibilidades que tiene de reinserción en el mercado laboral.

En cuanto a la cuantía, se establece en la sentencia recurrida una cantidad que se corresponde con las posibilidades económicas del esposo, unido ello a que la esposa cuenta con vivienda y con la mitad de los ahorros del matrimonio (art. 97 del C. Civil), por ello debe rechazarse el recurso en cuanto al aumento de cuantía que se pretende.

La sentencia 153/2018, de 15 de marzo, resume la doctrina de la Sala sobre la fijación de un límite temporal en la pensión compensatoria:

"El establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de pleno (RC núm. 52/2006), luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (RC núm. 523/2008), 27

de junio de 2011 (RC núm. 599/2009) y 23 de octubre de 2012 (RC núm. 622/2012), entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Pero a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia, y ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005, Rc. 1876/2002, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se denomina futurismo o adivinación (STS de 2 de junio de 2015, Rc. 507/2014). El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio. Aplicada la doctrina jurisprudencial al caso de autos, debemos declarar que procede la estimación del recurso de casación por interés casacional, dado que por la edad de la recurrente, ausencia de formación, duración del matrimonio, edad en la que se contrajo, dedicación a la familia, e ingresos actuales y futuros del esposo, de acuerdo con el art. 97 del Código Civil, procede establecer la pensión compensatoria con carácter indefinido, con el fin de evitar el desequilibrio que la situación de divorcio, produce en la recurrente, que con su dedicación a la familia, posibilitó el desarrollo profesional del que fue su esposo, no apreciándose posibilidades ciertas de inserción en la vida laboral, al menos con la entidad que se requeriría, todo ello sin perjuicio de valorar, en su momento, futuras alteraciones que evidenciaran una mayor potencialidad económica de la hoy recurrente".

A la vista de esta doctrina y teniendo en cuenta que el matrimonio se celebró en 1992, que la esposa, nacida en 1965 (por lo que cumpliría 56 años el presente año), padece de una discapacidad del 37%, por unas hernias discales que le afectaron a su trabajo como limpiadora, sufriendo en la actualidad de depresión, con estudios de graduado escolar, procede fijar una pensión compensatoria con carácter indefinido, dada las escasas posibilidades que tiene de reinserción en el mercado laboral (art. 97 del C. Civil). Por tanto, se estima el recurso en cuanto a la duración de la pensión compensatoria que se convierte en indefinida.

TS

SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 2020
STS 3561/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3561
Nº de Recurso: 802/2020
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Dada la edad actual del menor (de 7 años al tiempo del recurso, hoy 10 años), el nuevo régimen horario del trabajo del padre (se ha acogido a un plan de flexibilidad laboral como empleado de banco que le permite compatibilizar el trabajo con el cuidado del hijo) y la hermana habida de la nueva relación del padre, provocan un cambio notorio de la situación familiar que posibilita que se declare que se ha producido una modificación sustancial de circunstancias, por lo que procede instaurar la custodia compartida.

Como esta sala ha declarado en sentencias 215/2019, de 5 de abril, 31/2019, de 19 de diciembre, que cita las de 12 y 13 de abril de 2016, la modificación de medidas, tal como el

cambio de sistema de custodia, exige un cambio "cierto" de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores (art. 91 del C. Civil).

Igualmente en sentencia 311/2020, de 16 de junio, se declaró: "En base a lo expuesto, se debe declarar que concurre un cambio cierto y sustancial en las circunstancias dada la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron, el tiempo transcurrido, la posibilidad de vivienda independiente del padre, la reconstrucción de sus vidas afectivas por parte de ambos progenitores, la idoneidad como educadores de ambos y la trascendencia del informe psicosocial que no desaconseja la custodia compartida, todo ello unido a un amplio régimen de vistas preexistente que va a facilitar la transición al actualmente fijado".

En el mismo sentido las sentencias 124/2019, de 26 de febrero, y 211/2019, de 5 de abril.

De lo expuesto se deduce que dada la edad actual del menor, el nuevo régimen horario del trabajo del padre, la hermana habida de la nueva relación del padre (art. 92.3 del C. Civil), provocan un cambio notorio de la situación familiar que posibilita que se declare que se ha producido una modificación sustancial de circunstancias (art. 90.3 del C. Civil), de acuerdo con la doctrina jurisprudencial referida.

Custodia compartida. Se estima el segundo motivo.

Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado: "La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril 2014).

"Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia 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 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)".

La sentencia recurrida, se aparta de la doctrina mencionada, sustentando su postura en datos inconsistentes, imprecisos e incompletos, limitándose a mencionar las bondades del mantenimiento del sistema de custodia sin contrastarlo con las posibilidades del solicitado, que aconsejaba el informe psicosocial (ampliamente fundamentado), por lo que se aparta de la doctrina jurisprudencial, al no constar dato alguno que desaconseje el sistema de custodia compartida, debiendo destacarse que no puede pretenderse

petrificar lo acordado en el convenio regulador, cuando concurren circunstancias que aconsejan su modificación (sentencia 654/2018, de 20 de noviembre), unido a la constatación de una capacidad de diálogo suficiente por los progenitores y la existencia de una nueva hermana, de la nueva relación del padre, lo que exige primar el contacto entre ambos hermanos.

Por lo razonado, procede estimar el recurso de casación, asumiendo la instancia y confirmando íntegramente la sentencia de 15 de octubre de 2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 76 de Madrid (Procedimiento 476/2017).

TS

SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 2020

STS 3562/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3562
Nº de Recurso: 4173/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Acordándose la custodia compartida se otorga la atribución del uso a la madre por un periodo de dos años a contar desde la sentencia de casación, dado que la vivienda familiar es cotitularidad de la madre y de la sociedad de gananciales (las cuotas del préstamo se abonaron constante el matrimonio), aunque se encuentre inscrita como privativa a nombre de aquella.

La decisión del recurso interpuesto la abordaremos en los apartados siguientes para cumplir el postulado constitucional de postulación.

1.- La atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de custodia compartida y factores a ponderar

Nuestro Código Civil no regula el régimen de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de guardia y custodia compartida, produciéndose, en consecuencia, un vacío normativo que es necesario cubrir por exigencias derivadas del principio non liquet (art. 1.7 CC) y la tutela de los derechos e intereses legítimos de los litigantes e hijos (art. 24 CE).

A tales efectos, no es de aplicación lo establecido en el párrafo primero del art. 96 del CC ; puesto que se refiere a los supuestos de atribución exclusiva de la guardia y custodia de los hijos a uno de los progenitores sin perjuicio del derecho de vistas del otro, en cuyo caso se resuelve el conflicto disponiendo que dicho uso corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Fácil es comprender que lo establecido en dicha norma no es aplicable a los casos en que ambos progenitores ostentan la custodia compartida de los hijos menores y la correlativa convivencia periódica con ellos, supuestos en los que no existe una sola residencia familiar, sino realmente dos, la de cada uno de los padres con sus hijos.

Descartada pues la aplicación del párrafo primero del art. 96 del CC, tampoco hallamos solución en lo dispuesto en su párrafo tercero, que contempla la situación de un matrimonio sin hijos, con lo que los hipotéticos intereses de éstos no son ponderados en dicho precepto, regulando, por consiguiente, de nuevo una situación distinta a la que conforma el objeto de este proceso.

A la hora de buscar una solución a la problemática suscitada, la regulación más próxima la encontramos en el párrafo segundo del art. 96 CC (sentencias 593/2014, de 24 de octubre ; 465/2015, de 9 de septiembre ; 51/2016, de 11 de febrero ; 42/2017, de 23 de enero ; 513/2017, de 22 de septiembre, 95/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas), que se refiere a los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres; es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes en el otro. Realmente tampoco se trata del mismo caso, ya que acordada la custodia compartida no se distribuye la

guarda de los menores de forma exclusiva entre los padres, sino de forma conjunta y de manera temporal, ni tampoco se separa a los hermanos. Ahora bien, sí se asimilan en la circunstancia de que ambos litigantes ostentan la condición de progenitores custodios.

En cualquier caso, es el supuesto que guarda mayor identidad de razón y, por lo tanto, el que nos da una pauta valorativa cuando señala, para tales casos, que el juez resolverá lo procedente, con lo que se está confiriendo, al titular de la jurisdicción, el mandato normativo de apreciar las circunstancias concurrentes para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses en concurso, sin condicionar normativamente la libertad resolutoria del juzgador. No obstante, la falta de concreción de tal criterio normativo ha llevado a la jurisprudencia, en cumplimiento de su función, a fijar los elementos a valorar para evitar incurrir en un mero decisionismo voluntarista que pudiera convertirse en una vedada arbitrariedad.

Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se deberá de prestar especial atención a dos factores: "[...] en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero" (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio entre otras).

De acuerdo con dicha doctrina es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía (sentencia 95/2018, de 20 de febrero). Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio, con cita de otra jurisprudencia).

En este sentido, señala la sentencia 517/2017, de 22 de septiembre, que: "[...] cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda (resume la doctrina la sentencia 517/2017, de 13 de septiembre, con cita de otras anteriores)".

Con esta finalidad de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida se han fijado plazos de uso temporal, valorando las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde un año (sentencias 51/2016, de 11 de febrero ; 251/2016, de 13 de abril y 545/2016, de 16 de septiembre); de dos años (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 15/2020, de 16 de enero); tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre y 294/2017, de 12 de mayo), uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero) o en fin hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales (sentencia 183/2017, de 14 de marzo). En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado.

2.- Examen de las particularidades del caso litigioso

Pues bien, en el presente caso, se cuestiona el uso indefinido y no temporal con el que se atribuyó la utilización de la vivienda familiar a la demandante, postulando que se limite el mismo a un año o al que se considere adecuado.

A los efectos de decidir tal cuestión hemos de partir de la base de que la vivienda familiar es cotitularidad sin precisar de ambos progenitores, aun cuando se encuentre a nombre de la demandante en el Registro de la Propiedad. Así se declara acreditado por las sentencias de ambas instancias, atribuyendo a los litigantes la condición de cotitulares del inmueble objeto del proceso, lo que conforma un pronunciamiento consentido, en consonancia con el cual se estableció que ambos litigantes continuasen abonando por mitad las cuotas del préstamo hipo-

tecario que grava la vivienda otrora familiar, así como el IBI y los gastos comunitarios concernientes a la propiedad del referido inmueble.

En segundo lugar, la madre cuenta con capacidad económica suficiente para disponer de otra vivienda, en la que llevar a efecto el régimen de custodia con sus hijos, al ganar unos 3.300 euros líquidos mensuales. Incluso las sentencias de instancia consideran que su capacidad económica es superior a la del padre, al fijar a cargo de aquélla una pensión de alimentos adicional de 280 euros al mes por ambos hijos.

La madre lleva, al menos, desde 22 de noviembre de 2018, fecha de la sentencia del juzgado, disfrutando del uso de la vivienda litigiosa.

El hijo alcanzará la mayoría de edad el próximo 26 de octubre de este año y la hija cuenta con 15 años de edad.

3.- Inexistencia de vulneración del principio de la prevalencia del interés superior de los menores.

Se alega, por la recurrida, la vigencia del principio del interés superior de los menores, pero éste se encuentra garantizado con la custodia compartida y posibilidades económicas de ambos progenitores de gozar de una vivienda digna para disfrutar de la compañía de sus hijos y asumir sus derechos y deberes dimanantes de la patria potestad (art. 154 CC).

Por otra parte, deben priorizarse, como dice el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, las medidas que, respondiendo a dicho interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes como los de los progenitores, sin que, en el caso que enjuiciamos, concurra incompatibilidad entre ellos que determine la prevalencia del interés superior de los menores.

En definitiva, "[...] el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable" (sentencias del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5 ; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4 ; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2 ; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8 ; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7, 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6).

O dicho en palabras de la sentencia de esta Sala 319/2016, de 13 de mayo : "[...] en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir" (SSTS de 26 de noviembre de 2015, rec. 36 de 2015 y de 27 de octubre de 2015, rec. 2664 de 2014).

Ahora bien, no es éste el caso del litigio que nos ocupa, en el que los intereses de los menores están garantizados y no entran en colisión con los del padre de manera tal que los correspondientes a éste deban subordinarse a los prioritarios de los hijos menores, al no darse una situación de incompatibilidad irremediable, sino de satisfacción conjunta y coordinada.

4.- Asunción de la instancia y estimación del recurso

Procede, en consecuencia, asumir la instancia y, en atención al juego de las circunstancias antes expuestas, fijamos el uso de la vivienda, por un plazo de dos años, a contar desde la fecha de esta sentencia, periodo de tiempo que consideramos ajustado para una ordenada transición a la nueva situación declarada en atención a las circunstancias concurrentes.

TS

SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2020

STS 2736/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2736
Nº de Recurso: 3736/2018
Ponente: Excma. Sra. D.ª Susana Polo García

Legitimidad del progenitor con el que vive el hijo mayor de edad para denunciar el impago de la pensión de alimentos a favor de este. Posibilidad de subsanar el defecto de legitimación por la asunción por parte del alimentista mayor de edad y en sede judicial de la denuncia.

El primer motivo del recurso de casación se formula por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 LCRIM., al infringirse el artículo 228 del Código Penal, en relación con la doctrina del TS que el mismo cita al respeto, en concreto la emanada de la sentencia de fecha 30 de enero de 1989.

Se afirma que el art. 228 del CP, resulta contundente porque el supuesto alimentista era mayor de edad al tiempo de la formulación de la querella y según la CE, en su artículo 12, y según el artículo 322 del CC, el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil. Por lo que sí - art. 228 CP.- los delitos previstos en los dos artículos anteriores, solo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada, esta no formuló el acto preciso de inicio de actuaciones, y al carecer de representante legal la querella debió ser inadmitida y archivada. Darle curso supone validar un acto contradictorio con la ley, y otorgarle un efecto contrario al normativo (la inadmisión) infringiendo la admisión de manera flagrante lo exigido por el precepto (228 CP), puesto que no se puede convalidar un acto que no puede nacer, puesto que en caso contrario se estaría situando al interprete legal por encima de la norma que se debe aplicar.

La primera cuestión que plantea el recurrente en el motivo consiste en determinar si el progenitor del hijo mayor de edad está legitimado para denunciar el impago de la pensión de alimentos a favor de este, ya que el artículo 228 CP establece, como requisito de perseguibilidad, que el delito referido «solo será perseguible previa denuncia de la persona agraviada o de su representan te legal». De igual modo, se plantea la posibilidad de que ese defecto pueda subsanarse por la asunción por parte del alimentista mayor de edad y en sede judicial de la denuncia formulada por su progenitor.

Hemos constatado la ausencia de jurisprudencia expresa de esta Sala al respecto, así como la solución contradictoria dada a la materia en las distintas Audiencias Provinciales.

En consecuencia, la cuestión planteada por el recurrente tiene interés casacional dada la existencia de jurisprudencia contradictoria entre las distintas Audiencias Provinciales.

Como resulta del art. 228 del Código Penal, a lo que se está refiriendo el recurrente es a la cuestión de la legitimación para sostener la acusación y a la consideración de este delito como semippúblico, siendo necesaria la denuncia previa de la persona agraviada, o de su representante legal, centrando la cuestión planteada, únicamente, en el periodo de tiempo en que los alimentistas son ya mayores de edad.

Existen en la jurisprudencia menor dos posiciones contrarias.

La primera es una línea jurisprudencial que, partiendo de una interpretación restrictiva del concepto de “agraviado” y de acreedor de la pensión como sujeto pasivo del tipo contenido en el artículo 227.1 CP, entiende que en los supuestos en que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad únicamente él ostenta legitimación activa para denunciar y proceder así a la persecución penal del delito de impago de pensiones, pudiendo actuar en su nombre y representación el progenitor solo durante su minoría de edad (SSAP Pontevedra 29 de junio de 2012, Murcia (3ª) de 22 de abril de 2010, Sevilla (4ª) de 22

de diciembre de 2009; Cantabria (1ª) de 11 de junio de 2009 o Las Palmas (4ª) de 7 de abril de 2008).

La segunda línea de interpretación del concepto de "agraviado", hace una lectura más amplia del mismo y una interpretación teleológica y sistemática del artículo 93 párrafo 2º del Código Civil que viene a sostener que la expresión "persona agraviada" contenida en el artículo 228 CP incluye tanto a los titulares o beneficiarios de la prestación económica debida (los hijos), como a cualquier otra persona perjudicada por el mismo, y especialmente, al progenitor que convive con el hijo mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada, quien también gozaría de legitimación activa para interponer la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal, lo que supondría una legitimación compartida tanto por el hijo mayor de edad como por el progenitor con el que convive (SSAP Barcelona (10ª) de 4 de junio de 2010, Madrid (6ª) de 9 de diciembre de 2011, (30ª) de 9 de octubre de 2018, Zaragoza de 31 de enero de 2011, Córdoba (2ª) de 23 de marzo de 2010, Toledo (2ª) de 8 de enero de 2010 y Murcia (2ª) de 30 de diciembre de 2009)".

Como hemos dicho, no existe jurisprudencia expresa de esta Sala al respecto.

El artículo 228 del Código Penal dispone que "Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.".

En cuanto al concepto de agraviado, la RAE lo define como "adjetivo en desuso de "agravioso", que a su vez significa "que implica o causa agravio", definiendo el término "agravio" como el perjuicio que se hace a una persona en sus derechos o intereses.

Se denomina agraviado al sujeto pasivo del delito, a la víctima que, a la vez sufre un perjuicio en su patrimonio material o moral, como consecuencia del delito (STS 18-01-1980). La doctrina moderna más destacada define al sujeto pasivo del delito como "el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito" o como "el sujeto pasivo del delito es aquel a quien se debe la condición jurídica negada por el delito" o "la persona que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad criminal".

La ONU, en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, define a la víctima como: "1. Toda persona que de forma individual o colectiva haya sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder." (...), y "2. (...) En la expresión "víctima" se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.".

Por otro lado, el artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil, y de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo exige para reconocer legitimación de un progenitor en orden a reclamar alimentos para hijos mayores de edad, que convivan con dicho progenitor y que sea el mismo quien los perciba y administre, en tal sentido la Sentencia 156/2017, de 7 de marzo (Sala de lo Civil), con cita de la sentencia 411/2000, de 24 de abril, de la misma Sala, dispone que: «Del art. 93.2 del Código Civil emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que

con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el art. 93, párrafo 2º CC de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran. De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º CC, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores».

En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala Primera, 291/2020, de 16 de junio, en la que se afirma que no podemos desconocer que el artículo 3.1 CC establece que las normas se interpretarán según su espíritu y finalidad, y si atendemos a ello pronto se advierte que la exclusión de la posibilidad de que el progenitor solicite alimentos para el hijo mayor de edad se refiere a los casos en que el mismo viva de forma independiente de la familia es la ruptura matrimonial la que determina que el progenitor obligado -en este caso el padre- no haga frente directamente a sus gastos de mantenimiento, lo que implica la necesidad de la pensión, sin necesidad de obligar a la hija a formular por sí una demanda de petición de alimentos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 y ss. del Código Civil.

En consecuencia, entendemos que el término "persona agraviada", en una interpretación teleológica y amplia del término contenido en el artículo 228 CP, incluye tanto a los titulares o beneficiarios de la prestación económica debida, como al progenitor que convive con el hijo o hija mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada, y ello porque los mismos, tal y como ha reconocido de forma reiterada la Sala Civil del Tribunal Supremo, tienen un interés legítimo, jurídicamente digno de protección. Además, no existe duda de que el progenitor conviviente con el alimentista es una de las personas que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad criminal, llevada a cabo por el otro progenitor que impaga la pensión alimenticia a los hijos, por lo que debe ser considerado agraviado a los efectos de tener legitimación para formular la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal.

La segunda cuestión que plantea el recurrente en el motivo consiste en determinar si cabe la posibilidad de que el defecto pueda subsanarse por la asunción por parte del alimentista mayor de edad y en sede judicial de la denuncia formulada por su progenitor. La posición prácticamente unánime de la Audiencias Provinciales reconoce la posibilidad de que el alimentista mayor de edad pueda convalidar en sede judicial la denuncia formulada por su progenitor. Es ejemplo de tal posición la SAP Tenerife (Sección 6ª), 78/2020, de 20 de marzo.

En cuanto a la cuestión que ahora se plantea, en relación al requisito de perseguibilidad en los delitos semipúblicos, y su posibilidad de subsanación, al respecto esta Sala (véase, en tal sentido, la STS de 19 de abril de 2000) ha entendido que, para entender satisfecha la exigencia de ese requisito de procedibilidad, basta la presencia en la causa del agraviado o de su representante legal para tenerlo por cumplido, esto es, la personación en la causa de las personas que pueden activar el proceso penal supone la voluntad de perseguir un hecho delictivo que afecta al perjudicado o a su representado (SSTS 10.2.93, 19.10.94, 7.3.96).

Esto es, la esencia del requisito de procedibilidad, en esos delitos denominados semipúblicos, radica en la concurrencia convergente del derecho con la intimidad y los derechos de la persona, que el Derecho Penal también ha de respetar y que entraña que, en atención a la naturaleza y características de estos delitos, se deje en manos del titular de los bienes jurídicos afectados la oportunidad de su persecución exigiendo que sea la persona perjudicada quien

actúe la reprensión del hecho delictivo. Obviamente, cuando se trata de menores o personas con discapacidad necesitada de especial protección, que, por sus propias circunstancias, no se encuentran en condiciones de formular denuncia, por la imposibilidad de realizar por ellos mismos la ponderación de los bienes en conflicto, el inicio de la reprensión debe ser realizado por el representante legal o el Ministerio Fiscal.

En nuestra sentencia 567/2019, de 20 de noviembre, hemos dicho que "Las condiciones de procedibilidad son requisitos que el legislador ha exigido, en ocasiones, para actuar procesalmente contra un posible autor de un delito. Se trata de exigencias procesales dispuestas por el legislador para asegurar el respeto a la víctima, a su dignidad, y posibilidad que el sistema penal no agrave la condición de la víctima por la tramitación de un proceso en el cual se va a reconstruir el hecho, de una gravedad inusitada, y que con la reconstrucción del hecho puede verse agravada la condición de la víctima, pues puede ser considerada, en determinados ámbitos, como la causante de un mayor dolor. Son requisitos a partir de los cuales establece un filtro que permite condicionar el inicio del proceso a la voluntad de la víctima, constatando la existencia de intereses que pueden ser contrapuestos, la necesaria retribución al hecho delictivo y el conglomerado de intereses diversos que pueden concurrir y que correspondiera a la víctima que gestionar. No afectan al delito cometido sino a su persecución y es manifestación del protagonismo de la víctima y de su dignidad en la medida en que se antepone su espacio de dignidad frente a la actuación del ius puniendi. La víctima es colocada como llave del proceso penal para evitar que su incoación produzca mayores males a sumar a los derivados del hecho delictivo.".

Por otra parte, ya en la sentencia 917/2016, de 2 diciembre, recordamos que el requisito de procedibilidad o de perseguibilidad, que permite calificar a estas infracciones penales como semipúblicas (o cuasipúblicas, como también las denomina la doctrina), son requisitos de la punibilidad en los cuales el legislador "sopesa los derechos e intereses de la persona ofendida o agraviada por el delito y los fines preventivos de la pena y del derecho penal, y permite que la iniciativa corresponda al individuo ofendido y no al Ministerio Fiscal cuando aquél estime que la tramitación del procedimiento supone un menoscabo de su dignidad personal que incrementa los perjuicios que ya de por sí le ocasionó la acción delictiva. Sin embargo, esa perseguibilidad privada es desplazada a manos de la acusación pública en el caso de que concurra un interés general relevante o cuando al afectar el delito a una pluralidad de sujetos se pondere que el conjunto de los derechos subjetivos afectados adquiere una transcendencia social que debe tutelarse con la intervención del Derecho penal".

En consecuencia, es jurisprudencia reiterada de esta Sala que es posible la subsanación del defecto procesal, mediante la asunción por parte del alimentista mayor de edad y en sede judicial de la denuncia formulada por su progenitor.

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si la Sala de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia, de lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (STS 628/2017, de 21 de septiembre, entre otras muchas).

En el relato fáctico se hace constar que "Felicísimo, mayor de edad y sin antecedentes penales, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION004 en fecha 13 de diciembre de 2003, en la que se establecía que abonará la cantidad mensual de 150 euros para su hijo mayor de edad, Hernan, actualizable anualmente mediante el índice de precios al consumo, en concepto de alimentos para subvenir las necesidades de su hijo, desde el 10 de octubre de 2008 y hasta la actualidad no ha abonado cantidad alguna a favor de su hijo en dicho concepto, teniendo capacidad económica para realizarlo.

Tal situación ha sido denunciada en fecha 30/12/2016 por Rosario (madre de Hernan), y ratificada por éste en sede judicial.

Antes de acudir a la vía penal por la denunciante se ha instado el abono de las pensiones

alimenticias atrasadas en el procedimiento de Ejecución Forzosa de Familia núm. 203/2011.

Hernan, mayor de edad, en cuanto nacido el día NUM000 /1980, está diagnosticado de DIRECCION000, DIRECCION001, DIRECCION002, DIRECCION003 y cuidado por su entorno.

Consta que le ha sido reconocido un grado de discapacidad física y psíquica del 66% desde el 11/08/2012 por resolución de la Xunta de Galicia de fecha 5 de julio de 2013 (folios 33-34 de los autos).".

En el caso de autos, no consta expresamente en el relato fáctico que Felicísimo viviera independientemente de su madre -extremo al que el recurrente hace continúa alusión-, pero al margen de ello, sí consta que ratificó la denuncia interpuesta por la misma, y lo que es de suma importancia en este caso, que Felicísimo tiene una discapacidad necesitada de especial protección, extremo que sí obra en el relato de hechos probados, pues le ha sido reconocido un grado de discapacidad física y psíquica del 66% y está diagnosticado de DIRECCION000, DIRECCION001, DIRECCION002, DIRECCION003 y cuidado por su entorno.

Como declara la STS 403/2018, de 27 de junio, Sala Civil: "3. El interés superior del discapaz es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado. (Sentencias 635/2015, de 19 de noviembre; 373/2016, de 3 de junio)".

4.3. De los hechos probados que hemos transcrito se desprenden los elementos integrantes del tipo penal por el que viene condenado el recurrente, en cuanto al requisito de procedibilidad, cuya ausencia se denuncia, debemos partir de las conclusiones que ha alcanzado esta Sala al respecto, conforme a lo anteriormente expuesto, que en concreto son las siguientes:

1º La denuncia previa a la que se refiere el art. 228 CP es un requisito de procedibilidad.

2º La falta de denuncia es un vicio de simple anulabilidad que puede subsanarse cuando la persona agraviada manifiesta su voluntad de denunciar los hechos ante la autoridad correspondiente, incluso iniciado ya el procedimiento.

3º Es valida de la denuncia formulada por el padre o madre receptor de la prestación cuando se refiere a cantidades no abonadas durante la minoría de edad del hijo o hija, así como cuando se trate de personas con discapacidad necesita de especial protección, aunque estos hayan adquirido la mayoría de edad cuando se formula la denuncia.

4º Es valida de la denuncia formulada por el progenitor que convive con el hijo o hija mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada, en este caso gozaría de legitimación activa para interponer la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal, lo que supondría una legitimación compartida tanto por los alimentistas mayores de edad como por los progenitores con los que convive.

Por tanto, aunque Hernan era mayor de edad en el momento de interposición de la denuncia, su madre se encontraba legitimada para presentar la misma por esa especial protección que necesita el alimentista; además, cualquier duda al respecto quedó subsanada con la ratificación en autos de la denuncia presentada por Rosario, por parte de Felicísimo, por lo que el motivo no puede prosperar.

El motivo se desestima.

El motivo tercero se formula por infracción de Ley, al amparo del número primero del art. 849 LECRIM., al infringirse el artículo 227.1 del Código Penal, en relación con la doctrina del TS al respeto, concretada al en la STS, Sala Segunda, de 8 de Noviembre de 2005, nº 1301/2005.

Se queja el recurrente de que existe un error en la aplicación de las exigencias del tipo y de-

más circunstancias legales. La cuestión que surge y plantea es si el derecho penal, con su principio de intervención mínima, puede condenar a aquel progenitor que no solicitara formalmente la extinción de la pensión de alimentos de su hijo independientemente de las circunstancias del hijo, siendo este mayor de edad e independiente económicamente.

Alega al respecto que el art. 152 del Código Civil, establece que cesa la obligación del abono cuando el alimentista tenga recursos propios, pueda ejercer un oficio, una profesión, o viva de manera independiente, es decir, la norma que la regula nos traslada que la obligación no se prolonga de manera indefinida, sino que es solo por el tiempo normalmente requerido para complementar su formación.

En el presente supuesto no podemos olvidar que estamos analizando un motivo por infracción de ley, por tanto, hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona, ya que en este caso no se hace constar en el relato fáctico que el alimentista tenga o hubiera tenido trabajo remunerado, o que perciba ingresos de cualquier tipo.

Por tanto, el recurrente lleva a cabo un razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal construido apartándose del juicio histórico y, por ello, incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El motivo debe ser desestimado.

TS

SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2020
STS 3773/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3773
Nº de Recurso: 3353/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Aunque se haya dictado Auto de medidas provisionales, la pensión alimenticia que se fija por el Juzgado en la Sentencia de divorcio tiene efectos desde la fecha de interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del Auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico provisional.

1.- En la sentencia 600/2016, de 6 de octubre, en la 371/2018, de 19 de junio y en la 32/2019, de 17 de enero, se reitera y se recoge la doctrina de la sala establecida en sentencias anteriores, como la 389/2015, de 23 de junio, en las que se distinguen diferentes supuestos a efectos de fijar el dies a quo de exigibilidad de la pensión alimenticia a favor de menores:

"Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía (...).

"-En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual "(d) debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progeni-

tor deudor desde el momento de la interposición de la demanda". Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.

"-En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, Rec. n° 1088/2013, que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente". Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente".

2.- La interrogante surge cuando la pensión alimenticia a favor de los hijos se determina como medida definitiva, consecuencia del divorcio, en la sentencia que disuelve el matrimonio, pero le había precedido un auto de medidas previas o provisionales que establecía y concretaba tal obligación.

La respuesta la ofrece, de modo frontal, la sentencia 86/2020 de 6 de febrero, que sienta lo siguiente:

"No puede entenderse que la sentencia de primera instancia haya recaído en un proceso diferente al de medidas provisionales previas, pues estas son unas medidas cautelares previas y conexas con el procedimiento principal (arts. 771.5 y 772.1 LEC). Por ello, tratándose del mismo proceso ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial, en el sentido que los alimentos fijados en la sentencia de primera instancia, se devengan desde la interposición de la demanda, sin perjuicio que se compute lo ya abonado en virtud del auto de medidas, para evitar un doble pago, ya que dichas medidas solo constituyen un estatuto jurídico provisional.

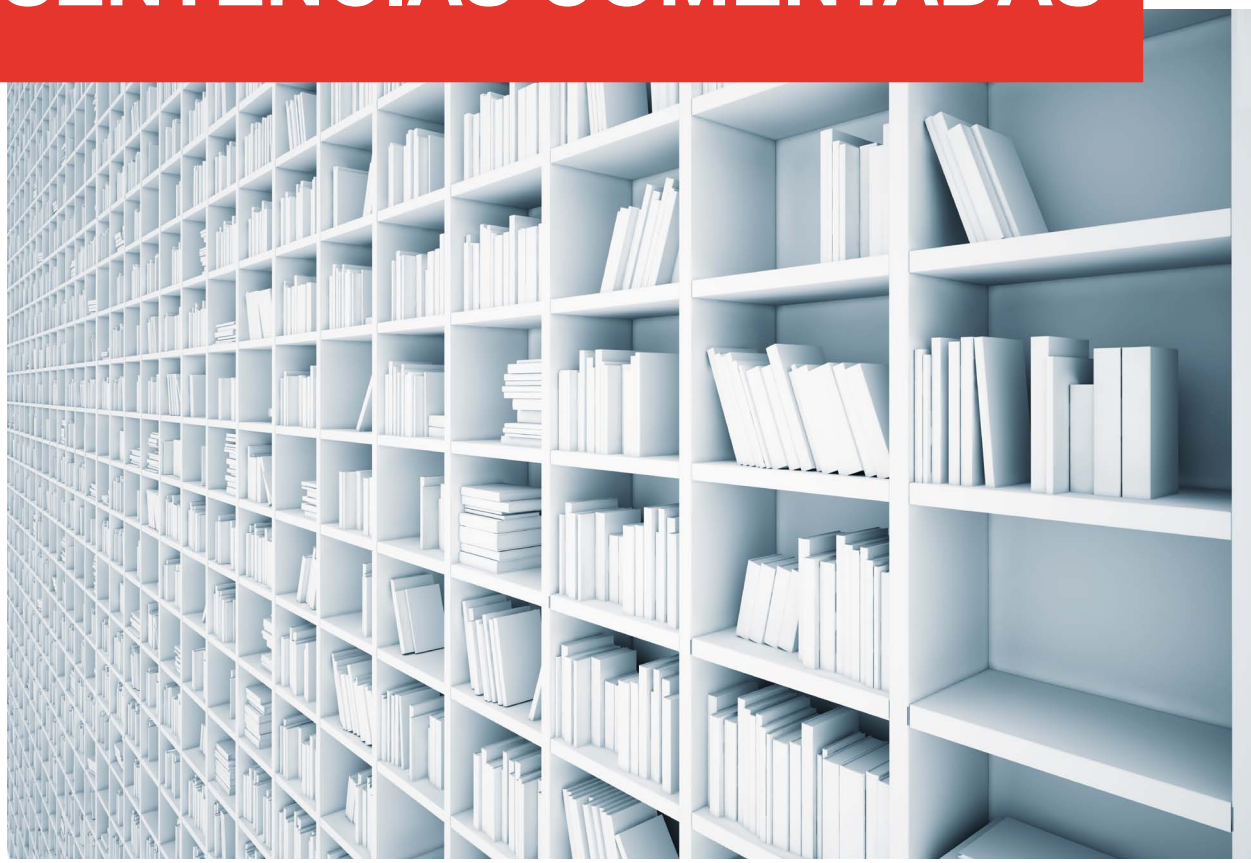
"La medida cautelar tiene condición accesoria del proceso principal cuyo resultado satisfactorio pretende asegurar con su adopción. Por ello, debe responder a un criterio de proporcionalidad con la finalidad que persigue. Carece de autonomía e independencia y está condicionada por el objeto del litigio a que se refiere (art. 726.1.1.º LEC).

"Su accesoriedad viene confirmada por el art. 770.4 LEC al permitir su subsistencia sólo si en el plazo de 30 días se interpone la demanda.

"Los arts. 106 del C. Civil y 773.5 LEC no recogen un planteamiento diferente, pues supeditan los efectos de las medidas provisionales a lo que definitivamente se establezca en sentencia y, en este caso, en la sentencia se establece que los alimentos que ella fija se abonarán desde la interposición de la demanda, al imponer ese criterio el art. 148 del C. Civil ".

3.- En atención a lo expuesto se desestima el motivo primero del recurso de casación.

SENTENCIAS COMENTADAS



Traslado de domicilio

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 12 DE MAYO DE 2020

Teniendo la madre atribuido el ejercicio exclusivo de la patria potestad, resulta acertada la decisión adoptada por la Juez a quo de considerar que la madre podía decidir sin consentimiento del padre, el traslado de los menores, y la consiguiente fijación de un nuevo domicilio en Estados Unidos. Por tanto, no puede considerarse ilícito el traslado.

Se impugna en esta alzada el auto de instancia, en cuanto acuerda no declarar ilícito el traslado de los dos hijos de ambos litigantes de España a Estados Unidos. Los datos de los dos hijos comunes son los siguientes: Raúl, nacido en el hospital de DIRECCION000 el NUM000 de 2011, y Clara, nacida en el mismo hospital el NUM001 de 2012.

Con fecha 15 de enero de 2019 se presentó por el padre solicitud al amparo del artículo 778 sexies de la LEC, solicitando que " tras los trámites legales procedentes y con la rapidez que implica la norma, se dicte una resolución por medio de la cual se declare que el traslado o la retención realizada por la madre respecto de los menores lo han sido ilícitos. Adoptando además las siguientes medidas:

Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

d) Que se acuerde requerir a la madre por medio de su representación procesal para que se proceda de manera inmediata a la entrega de los pasaportes de los menores y su depósito en el Juzgado.

e) Que se acuerde la prohibición expresa de salida de España de los menores, librándose a tal fin los oficios al organismo competente de control de fronteras español. debiendo oficiarse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la vigilancia de puertos y aeropuertos a fin de que tengan conocimiento de este pronunciamiento, y para que a través de las mismas tramiten la notificación de este mismo pronunciamiento a INTERPOL; desestimándose las restantes medidas solicitadas.

f) Que se acuerde requerir a la madre por medio de su representación procesal para que de forma inmediata reanude el régimen de visitas establecido por Sentencia.

g) Que se acuerde requerir a la madre por medio de su representación procesal para que de forma inmediata reintegre a sus hijos menores a la escolarización obligatoria en el Colegio DIRECCION001 donde estaban escolarizados.

Que asimismo se declare la ilicitud de la sustracción realizada por la madre respecto de los menores".

Pese a la amplitud del suplico, el auto apelado reduce acertadamente el objeto del litigio a la procedencia o no de la declaración de ilicitud. El recurso de apelación limita igualmente el objeto del recurso a esa cuestión.

Ello es acorde a lo dispuesto en el artículo 778 sexies de la LEC, que lleva por título "Declaración

de ilicitud de un traslado o retención internacional", y establece lo siguiente: " Cuando un menor con residencia habitual en España sea objeto de un traslado o retención internacional, conforme a lo establecido en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, cualquier persona interesada, al margen del proceso que se inicie para pedir su restitución internacional, podrá dirigirse en España a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención lo han sido ilícitos, a cuyo efecto podrán utilizarse los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del artículo 158.

La autoridad competente en España para emitir una decisión o una certificación del artículo 15 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, cuando ello sea posible, lo será la última autoridad judicial que haya conocido en España de cualquier proceso sobre responsabilidad parental afectante al menor. En defecto de ello, será competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del menor en España. La Autoridad Central española hará todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase".

La resolución apelada desestima dicha solicitud concluyendo que "al tener atribuido la madre por este Juzgado el ejercicio exclusivo de la patria potestad es ella quien tiene atribuida la "custodia" de los menores en los términos del Convenio de 1980 y por tanto el traslado de los menores a Estados Unidos no puede declararse ilícito porque no lo es".

En cuanto a los hechos objeto del presente procedimiento, determinantes para la resolución del recurso de apelación, debe tenerse en cuenta que son hechos indiscutidos los siguientes:

1) Don Laureano y doña Raquel suscribieron contrato de matrimonio religioso en Shmeisani, siendo autorizado por el Juzgado religioso de dicha ciudad con número de contrato NUM002 el 3 de septiembre de 2009. Se divorciaron el 1 de agosto de 2016 en el Juzgado de Familia de Amman (Jordania).

2) Fruto de su relación han tenido dos hijos; Raúl, nacido en el hospital de DIRECCION000 el NUM000 de 2011, y Clara, nacida en el mismo hospital el NUM001 de 2012. Los progenitores cesaron en su convivencia en el mes de agosto de 2015; convivencia que no han reanudado.

3) Por auto de 28 de marzo de 2017, se atribuyó la guarda y custodia de los dos hijos menores de edad y el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre, Raquel. Se fijaron visitas con el padre con periodicidad mensual en un punto de encuentro.

4) En fecha 27 de diciembre de 2017 se dictó Sentencia nº 468/2017, por medio de la cual se confirmaban como definitivas las medidas provisionales acordadas en el auto de 28 de marzo de 2017.

5) Los hijos nacieron en España, y siempre han residido en España hasta el mes de noviembre de 2018, momento que la madre se marchó con los hijos a Estados Unidos de Norteamérica, concretamente a Anchorage (Alaska, EEUU)

6) Por providencia de 19 de octubre de 2017 se acordaba que no era necesaria la autorización para renovar el pasaporte o de cualquier acto administrativo.

La defensa de la madre se opone al recurso de apelación, alegando que dadas las circunstancias que relata, se vio obligada a tomar la decisión de trasladar la residencia de los menores y volver a su país de origen, en el ejercicio de la patria potestad que le ha sido atribuido por sentencia de 27-12-17, aclarada mediante providencia; circunstancia que le fue notificada al progenitor paterno, según alega.

Es un hecho incuestionable que los hijos comunes fueron trasladados de Madrid a Estados Unidos sin consentimiento del padre, por lo que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

El artículo 15 del citado Convenio, al que se remite el art. 778 sexies en su segundo párrafo establece que "Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las Autoridades Centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase".

Este articulo 15, según el Informe explicativo de Dña. Natividad responde a las dificultades que las autoridades competentes del Estado requerido pueden tener para resolver sobre la demanda de retorno de un menor sin estar seguras de cuál sería la aplicación al caso concreto del derecho de su residencia habi-

tual. En tal caso, las autoridades en cuestión pueden solicitar la presentación por parte del demandante de una decisión o una certificación hecha por las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor. Sobre este extremo, sólo haremos dos observaciones. La primera se refiere al carácter no vinculante de la solicitud, en el sentido de que el retorno del menor no puede condicionarse a que se cumpla; en efecto, esta conclusión se impone a la vista tanto del tenor literal del artículo (que habla de "solicitar" y no de "exigir") como de la posibilidad, reconocida por la misma disposición, de que la obtención de los documentos solicitados no sea posible en el Estado de la residencia del menor. Ahora bien, en relación con este último punto, la obligación que el artículo impone a las Autoridades centrales de ayudar al demandante a obtener la decisión o la certificación debe facilitarle la labor dado que la Autoridad central puede expedir una certificación relativa a su derecho en materia de custodia, según el artículo 8f. En segundo lugar, el contenido de la decisión o la certificación debe referirse al carácter ilícito, en el sentido del Convenio, del traslado o del no retorno; en nuestra opinión, esto significa que una u otra deberán pronunciarse sobre los dos elementos previstos en el artículo 3, y constatar por tanto que el traslado ha interrumpido una custodia efectiva y legítima prima facie, según el derecho de la residencia habitual del menor.

Entrando, pues, al examen de tales extremos, debemos tener en cuenta que el art. 3 del citado Convenio señala que " El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado."

Es incuestionable que la decisión sobre el cambio de residencia de un menor, sea dentro o fuera de España, forma parte de la patria potestad y, en consecuencia, debe ser tomada por ambos progenitores. En este sentido, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2012 (ROJ: STS 6811/2012) señala que "Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio".

Según el Tribunal Supremo, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el art. 70 del CC.

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 27-9-2016 (ROJ: STS 4185/2016) y de 20-10-2014 (ROJ: STS 4072/2014).

La facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores forma parte del contenido de la potestad que corresponde a ambos progenitores, salvo excepciones. En el presente caso, concurre una de esas excepciones ya que existe una resolución judicial dictada por el tribunal competente del Estado de residencia habitual de los menores, en este caso España, donde nacieron y han residido hasta su traslado a Estados Unidos, que atribuye a la madre no solo la guarda y custodia de los menores, sino el ejercicio exclusivo de la patria potestad. Así se acordó en auto de medidas provisionales de fecha 28 de marzo de 2.017 y fue ratificado como medidas definitivas por sentencia de fecha 27 de diciembre de 2017.

En consecuencia, teniendo la madre atribuido el ejercicio exclusivo de la patria potestad, resulta acertada la decisión adoptada por la Juez a quo de considerar que la madre podía decidir sin consentimiento del padre, el traslado de los menores, y la consiguiente fijación de un nuevo domicilio en Estados Unidos. Por ello, debe entenderse que la providencia en que se le aclara que puede sacar el pasaporte no tiene más virtualidad que esclarecer lo que ex lege no requiere de aclaración y es que al tener el ejercicio exclusivo de la patria potestad, no requiere de consentimiento paterno para obtener el pasaporte de los menores conforme al Real Decreto 411/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, "Para la expedición del pasaporte a los menores de edad o personas incapacitadas, deberá constar el consentimiento expreso de quienes tengan atribuido el ejercicio de la patria potestad o tutela con la indicación, por su parte, de que su ejercicio no se encuentra limitado para prestarlo, debiendo en caso contrario suplir su falta con autorización judicial".

En atención a lo expuesto, no procede declarar la ilicitud del traslado de los menores; conclusión que coincide con la resolución dictada por la Juez de instancia que debe ser confirmada.

No obstante, debe señalarse que no debe entrar esta Sala en valoraciones sobre si el traslado de los menores está o no justificado o si concurriría alguna de las excepciones previstas en el art. 13 del Convenio de la Haya de 1980, debiendo limitarse el objeto de la solicitud, a la valoración objetiva de si el traslado de los niños de España a Estados Unidos ha sido lícito o ilícito. Tan solo en el caso de que se considerarse ilícito, y dentro del procedimiento de restitución, cabría analizar si concurre alguna causa de excepción al retorno.

Atribución del ejercicio de la patria potestad a un progenitor ante la desidia y el desinterés del otro

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2020

Es procedente atribuir el ejercicio de la patria potestad a la madre pues el padre no ha demostrado interés y participación en la educación y formación de su hija; no tiene un domicilio estable ni en España, ni Francia donde busca trabaja o en Argelia de donde es natural.

Se solicita en el recurso que ahora se examina por el Sr. Juan Francisco que no se otorgue el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre sobre su hija al mantener que no existen pruebas suficientes que permitan, en aplicación de los artículo 156 y 170 del Código Civil, decretar ese ejercicio con exclusión del padre, pues mantiene que no hay desatención para con la niña solicitando que sea atribuida de forma conjunta. Ante estas pretensiones se oponen al recurso la Sra. Juana y el Ministerio Fiscal.

La patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, queda definida como una función en la que se integran un conjunto de derecho que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme establece el artículo 154 del Código Civil. Y en tal concepción se insiste, con carácter genérico, a través de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, al proclamar la primacía del interés de estos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir según establece su artículo 2 °.

Conforme a lo expuesto la atribución del ejercicio exclusivo de la patria potestad reviste un carácter excepcional, habiendo de basarse en circunstancias extremas, que determinen que la continuidad de las relaciones paternofiliales, ponga en peligro la educación o formación del menor, no bastando la sola concurrencia de una circunstancia que, en principio, habilite dicha privación. Y así, aunque el artículo 170 del Código Civil habla de incumplimiento de los derechos inherentes a la patria potestad en cuanto causa de privación de la misma, no puede tener este el solo significado y efecto de censura o sanción de una conducta omisiva, habiendo de valorarse la procedencia de esa privación en función del principio de "favor filii", esto es, solo cuando el interés del menor aconseje o imponga la adopción de tan drástica medida.

En este sentido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de abril de 2018, entre otras muchas, ha declarado que la privación de la patria potestad, en la medida en que supone una sanción, debe ser objeto de interpretación restrictiva, exigiendo su aplicación, que en el caso concreto aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, ha dejado de cumplir de modo grave los deberes inherentes a la misma, por causas imputables de manera exclusiva al incumplidor; indicándose en la STS de que estableciéndose la medida, más que como una sanción el progenitor incumplidor, como una medida de protección del niño, debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquel, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, se revele como la más adecuada para la formación y educación del mismo. El interés del menor constituye

una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental, debiendo presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses.

En el caso de autos, no puede ignorarse que el padre se ha desentendido por completo de la menor, Palmira, nacida el NUM000 de 2014, no habiéndose preocupado de ella ni tenido ningún contacto personal con ella, prácticamente no conoce a su padre ni este ha colaborado de ninguna forma económicamente para atender a sus necesidades mas allá de haber abonado alguna mensualidad, no ha demostrado interés y participación en la educación y formación de su hija; no tiene un domicilio estable ni en España, ni Francia donde busca trabaja o en Argelia de donde es natural. Por otro lado es destacable de cara a ese desinterés por la menor, la situación de rebeldía del demandado ante este procedimiento en el que solo comparece para oponerse a la sentencia. Por estos motivos se comparte la decisión adoptada en la instancia por entender que es lo mejor para la hija de los litigantes.

Guarda y custodia

La delegación de las funciones parentales en los abuelos maternos motiva la atribución de la custodia al padre

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, AUTO DE 28 DE OCTUBRE DE 2020

La madre ha propiciado la delegación de sus funciones parentales en los abuelos maternos, anteponiendo su vida en pareja a la obligación de ejercer con su hija las funciones parentales. Por otro lado, ha quedado acreditado la preocupante situación de absentismo escolar en la que se encontraba la menor, así como el incumplimiento del régimen de visitas con el padre, circunstancias ambas que venían propiciadas y consentidas por la progenitora en contra de los más elementales deberes que el ejercicio de la guarda y custodia de un menor exigen. Por vía del art. 158 del CC se acuerda otorgar la custodia al padre.

En autos de medidas solicitadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil se ha dictado resolución en la primera instancia por la que se atribuye la guarda y custodia de la menor, Salvadora, a su progenitor, estableciéndose un régimen de visitas a favor de la madre y de los abuelos maternos tuteladas y supervisadas por el PEF, con fijación de una pensión por alimentos con cargo a la Sra. Pilar. Contra dicha resolución se alza, por vía de recurso de apelación, la representación procesal de Pilar alegando, en lo esencial, error en la valoración de la prueba de examen de la menor por el Juzgador, pues ésta se negó con rotundidad a estar sometida a la custodia paterna, error en la valoración de los cuadros médicos de la menor, de los que resultaba la justificación de su no asistencia a clase, error en la valoración de la enfermedad de la madre, pues padece un trastorno límite de la personalidad que ha estado siempre debidamente tratado y no necesita de asistencia psiquiátrica continuada, error en la valoración de la existencia de acoso escolar, y error en el planteamiento de que el régimen de visitas se realice en un punto de encuentro familiar. Termina solicitando se dicte resolución por la que se reconozca la aptitud de la recurrente para tener la guarda y custodia de la menor y se restablezca la custodia materna.

La representación procesal de Saturnino y el Ministerio Fiscal solicitaron la confirmación de la resolución apelada con arreglo a las alegaciones contenidas en sus correspondientes escritos de oposición al recurso de apelación que constan unidos a los autos.

Como viene a señalar la STC 55/2001, de 26 de febrero, el error del Juzgador en la valoración de la prueba requiere que éste haya llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia, sin que tal circunstancia sea en absoluto apreciable en la sentencia objeto del presente recurso, pues dicha resolución expresa de forma detallada y en extenso la valoración que ofrecen todos y cada uno de los medios de prueba que fueron practicados en la instancia, alcanzando la conclusión que este Tribunal plenamente comparte.

Es por ello que la Sala, examinado que ha sido el contenido de las actuaciones en uso de la función revisora que le es propia, ha de dar por reproducidos los acertados razonamientos jurídicos contenidos en la resolución apelada, motivación que se considera suficiente a los efectos de su confirmación y que no queda desvirtuada por las alegaciones de la parte apelante, sin perjuicio de lo cual se añaden las consideraciones que siguen en contestación al recurso de apelación y que se estiman de especial trascendencia en el caso de autos:

I/ El acta de audiencia de la menor pone de manifiesto la preocupante situación de absentismo escolar en la que se encontraba Salvadora, así como el incumplimiento del régimen de visitas con el padre, circunstancias ambas que venían propiciadas y consentidas por la progenitora en contra de los más elementales deberes que el ejercicio de la guarda y custodia de un menor exigen. La gravedad de la situación determina el dictado de providencia de forma inmediata a dicha exploración (13/11/2019) en la que, apreciando una posible situación de riesgo de la menor, se acuerda la emisión urgente de un informe por el equipo psicosocial a fin de valorar la menor.

II/ La intervención materna en orden a incumplir el régimen de visitas con el progenitor no custodio, así como el uso interesado por la madre de los justificantes médicos de la menor, es puesto de manifiesto en el Informe Socioeducativo y de Intervención del Ayuntamiento de ..., en el que se indica que no hay motivo real para el incumplimiento del régimen de visitas con el padre y que la madre proyecta en Salvadora el resentimiento hacia la familia paterna, manipulando a la menor con el objetivo de protegerla de un peligro que solo existe en el imaginario de la madre.

III/ Del contenido del informe psicosocial resultan que la madre ha propiciado la delegación de sus funciones parentales en los abuelos maternos, anteponiendo la Sra. Pilar su vida en pareja a la obligación de ejercer con su hija las funciones parentales. Y se añade que las causas por las que Salvadora justifica el rechazo a su padre y al resto del entorno paterno resultan contradictorias y evidencian sugestión e influencia materna, con argumentos prestados y un lenguaje adulto impropio de su edad. Añade que concurre un proceso de graves interferencias parentales, enquistado en el tiempo y todo indica que la principal artífice es la progenitora, considerando conveniente el cambio de colegio de Salvadora a uno en las cercanías del entorno paterno.

IV/ Habida cuenta las circunstancias en la que está implicada la menor, no es posible sustraerse a las recomendación final del informe del equipo psicosocial: resulta aconsejable la instauración de la custodia paterna (con apoyo y supervisión de su familia); la relación materno-filial requiere el establecimiento de visitas tuteladas desde el PEF, a fin de evitar que la progenitora interfiera y manipule a la menor en contra del progenitor; y, en relación con la menor, se recomienda que Salvadora reciba intervención psicológica clínica, puesto que las interferencias parentales graves se pueden considerar como una forma de maltrato psicológico hacia la niña y por ello precisa apoyo psicológico para afrontar la situación y facilitar a la niña la comprensión de lo sucedido.

La suspensión de guarda de un hijo no conlleva tambien la suspensión de la guarda del otro hijo

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, AUTO DE 26 DE OCTUBRE DE 2020

Que al padre se le haya suspendido la guarda conjunta del hijo mayor (13 años) con una orden de alejamiento durante tres meses, por una supuesta agresión de la que resultó con lesiones en ojo y nariz, no conlleva que de forma automática y por vía del art. 158 del CC se deje sin efecto la custodia compartida del otro hijo de 10 años.

Por la dirección letrada de la parte recurrente se impugna la resolución recurrida que ha desestimado su pretensión de que se deje en suspenso tanto la custodia compartida de su hijo menor, Cirilo, como el régimen de relaciones con el mismo, que había instado a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria basado en las medidas del art. 158 del C.Civil.

Pretende derivar las visitas al PEF en su modalidad de intervención, y suspender el régimen de custodia. Fundamenta su recurso en una errada la apreciación de la prueba por parte de la Juzgadora de instancia, dado que el menor tiene miedo a su padre, que es un maltratador y que está penado el golpear a los hijos aún sin causar lesión.

Son circunstancias relevantes para la resolución del presente recurso el que las partes contrajeron matrimonio en el año 2004 y tuvieron dos hijos Eduardo nacido el NUM000 de 2006 y Cirilo el NUM001 de 2009. Se divorciaron de mutuo acuerdo por convenio que homologó la sentencia de 9 de mayo de 2016 y posteriormente se modificaron las medidas, igualmente, por convenio que homologó la sentencia de fecha 30 de enero de 2017, en la que entre otros pronunciamientos, se estableció la custodia compartida de ambos progenitores.

Por la progenitora se insta el presente procedimiento de medidas del art. 158 para que se deje en suspenso la guarda y custodia compartida de su hijo Cirilo, de 10 años de edad, acordada en el convenio regulador aprobado en sentencia de 30 de Enero de 2017 así como el régimen de relaciones. Fundamenta su pretensión en que el menor se encuentra en una situación de riesgo si sigue viviendo con el padre, toda vez que al mismo se le ha suspendido la guarda conjunta de su hermano mayor de 13 años de edad con una orden de alejamiento durante tres meses, por una supuesta agresión de la que resultó con lesiones en ojo y nariz.

Consta la exploración de Eduardo al folio 55 de los autos y de Cirilo al folio 54 en el que éste manifiesta que tras los hechos ocurridos en Noviembre pasado, ha continuado viviendo con su padre en semanas alternas y que antes alguna vez le daba una colleja o un capón cuando traía malas notas o no hacía los deberes, pero desde entonces ya no lo ha vuelto a hacer, y que ha visto a su padre llorar por lo ocurrido con su hermano.

El auto recurrido desestima la pretensión de la progenitora y oficia al colegio de sicólogos para que nombre un Coordinador de parentalidad.

El recurso no puede prosperar, es evidente que no puede ser maltratado un hijo y que dicha conducta se encuentra tipificada en el Penal. Pero lo que se pretende es extender la situación de riesgo sobre el hermano menor, con el que no ha habido ningún incidente, quien ha relatado que se encuentra conviviendo semanalmente con su padre, manteniendo la custodia compartida, y que ha visto el remordimiento que acusa su padre por el hecho de los incidentes de noviembre pasado. Se participa, en consecuencia, de la decisión acordada, y procede la desestimación del recurso.

La desestimación del recurso debería conllevar conforme al art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que remite al general art. 394 la imposición de costas a la parte recurrente habida cuenta de la desestimación de su recurso, ello no obstante, la Sala siguiendo el criterio mantenido por esta y otras Audiencias en atención a la naturaleza de las pretensiones deducidas en materia matrimonial y paterno filial, acuerda la no imposición de las costas y en consecuencia el que cada parte deberá asumir las causadas a su instancia corriendo por mitad las comunes.

Que el padre se traslade a la ciudad donde residen los hijos no es motivo automático para acordar la custodia compartida

AP MURCIA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 2020

Que el padre haya trasladado su residencia a la ciudad donde viven los hijos no es motivo para cambiar la custodia materna por la compartida dado que desde hace más de seis años y medio la convivencia y el contacto del padre con los hijos ha sido muy reducido, siendo la madre la que ha convivido en exclusiva con ellos y quien se ha ocupado de su cuidado, educación, etc. Además, en la exploración, los tres hijos se han opuesto al cambio del modelo de custodia.

Se basa el recurso de apelación interpuesto, fundamentalmente, en la conocida doctrina jurisprudencial sobre la custodia compartida, régimen éste que debe ser la regla general, salvo supuestos excepcionales que no concurren en el presente caso; también se alega que el informe psicológico obrante en autos, en el que se basa la sentencia apelada para mantener el régimen actual, alude a la idoneidad de ambos progenitores para el cuidado de los hijos, razones ambas, que justifican la revocación de la sentencia apelada.

Por su parte, la representación de la parte apelada se opone, básicamente, por las razones recogidas en sentencia.

Sin desconocer la tendencia jurisprudencial hacia la custodia compartida como regla general que, como no podía ser de otra forma, este tribunal ha venido aplicando profusamente, entendemos que en el presente caso se da una serie circunstancias que justifican una solución diferente a dicha regla general. La primera de ellas, es que no estamos ante un supuesto, podríamos llamar usual, en el que el matrimonio entra en crisis, la pareja se separa de hecho y tras un periodo de tiempo variable, se inicia el procedimiento judicial de divorcio, sino que en el presente caso, con anterioridad a la crisis matrimonial y a la presentación de la demanda de divorcio, el matrimonio ya llevaba separado unos cuatro años, al marcharse el esposo a DIRECCION003 a desarrollar su actividad laboral y quedarse la esposa en Murcia con los tres hijos comunes, período de tiempo éste en el que el padre volvía cada 15 días al domicilio conyugal a pasar el fin de semana. Luego, tras la sentencia de divorcio (en enero de 2017) se estableció un régimen de visitas a favor del padre consistente en los fines de semana alternos y vacaciones por mitad. Al poco tiempo (en 2018), el padre vuelve a Murcia (DIRECCION002) a desarrollar su actividad laboral, solicitando la modificación de medidas, sobre todo, el cambio a un régimen de custodia compartida. Es decir, sin entrar a valorar si el cambio de residencia (principal cambio de circunstancias que justificaría la modificación solicitada) ha sido voluntario o no, lo cierto es que desde marzo de 2014 hasta la actualidad (más de seis años y medio), la convivencia y el contacto del padre con los hijos ha sido muy reducido, siendo la madre la que ha convivido en exclusiva con ellos y quien se ha ocupado de su cuidado, educación, etc.

Derivado, en parte, de lo anterior, tenemos las conclusiones de la pericial psicológica a que se refiere la sentencia apelada como principal motivo para denegar el cambio a un sistema de custodia compartida, en resumen, " se considera que el mantenimiento de la situación actual es la que garantiza la mejor adaptación de los menores.

Se recomienda que el núcleo familiar reciba asesoramiento psicológico que les permita modificar las pautas de relación actuales, permitiendo el establecimiento de un sistema de cooperación parental, así como una mejora en las relaciones padre-hijos, por el bien de los menores". Es decir, el informe no solo opta por mantener la situación de custodia exclusiva de la madre, sino que incluso recomienda que la familia reciba asesoramiento psicológico que favorezca una mejora de las relaciones entre el padre y los hijos por el bien de éstos, constatando igualmente el claro rechazo de los tres menores al cambio de custodia propuesto, menores que resulta tienen ya 14 años (ellos) y 15 (ella), es decir, una edad en la que su opinión debe ser tenida muy en cuenta.

Por todo ello, debe ser desestimado el recurso y confirmada la sentencia apelada en lo que a este punto se refiere.

El régimen de custodia se acuerda con independencia de que un progenitor trabaje y otro no

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2020

Ambos progenitores tienen el derecho-deber de estar y cuidar a la menor con independencia que uno de ellos trabaje y el otro no. Que la madre tenga que hacer guardias nocturnas no es motivo para denegar una compartida cuando en absoluto se ha probado que la menor pueda haber quedado desatendida, sin perjuicio que ocasionalmente pueda necesitar el apoyo familiar o de terceras personas.

Otra cuestión es si el horario laboral de la recurrida imposibilita una custodia compartida. Con carácter general advertir que este tribunal entiende que un trabajo o profesión no puede ser causa para denegar una custodia compartida, siendo responsabilidad de los progenitores el ejercer con responsabilidad la patria potestad y atender a sus hijos, sin olvidar que en la actualidad el supuesto habitual es que ambos progenitores tengan sus respectivas carreras profesionales y que se vean obligados a acudir a la ayuda de terceras personas, pues es normal y necesario en la sociedad actual que los progenitores tengan que compatibilizar la vida laboral y familiar, sin que ello pueda significar una falta de aptitud para el cuidado de los menores; pero en esta materia lo que tampoco se puede es dar soluciones generales, sino que debe estarse al caso concreto. Se alude en el recurso a que la profesión de la apelada le obliga a hacer guardias nocturnas. Pero este tribunal entiende que ello no es motivo para denegar una compartida cuando en absoluto se ha probado que la menor pueda haber quedado desatendida, sin perjuicio que ocasionalmente pueda necesitar el apoyo familiar o de terceras personas, lo que, como ya se ha expresado, es cuestión habitual y normalizada en nuestra sociedad.

Este punto debe relacionarse con el mayor tiempo que la apelante pueda disponer por esta en situación de invalidez, extremo que en absoluto es determinante para acordar una custodia monoparental. Ambos progenitores tienen el derecho-deber de estar y cuidar a la menor con independencia que una de ellas trabaje y la otra no.

El menor tiene alergia a los perros, y el padre tiene uno

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2020

La menor padece alergia con sensibilización a epitelio de perro, pero ello no implica que no pueda acordarse la custodia compartida porque el padre tenga un perro, sin perjuicio de que deba adoptar todas las medidas necesarias para evitar una afección de la misma, medidas que adoptaban ambas partes cuando duraba la convivencia, pues no se ha probado que la tenencia del perro sea posterior a la separación.

Una cuestión esencial es si la enfermedad padecida por la menor, concretamente alergia, pueda ser incompatible con que la apelada tenga un perro. Es cierto que consta en autos tal padecimiento, y se especifica que tiene sensibilización a epitelio de perro (folios 95 y siguientes), pero tampoco implica que no pueda la apelada tener en su compañía a la menor, sin perjuicio que deba adoptar todas las medidas necesarias para evitar una afección de la misma, medidas, que, por otra parte, deben ser las mismas que adoptaran ambas partes cuando duraba la convivencia, pues no se ha probado que la tenencia del perro sea posterior a la separación. Es responsabilidad no solamente de la apelada sino también de la apelante, como titulares de la patria potestad la adopción de cuantas medidas sean precisas para evitar cualquier perjuicio a la menor, en especia a su salud, recordando a este respecto que le padecimiento alérgico de la menor no lo es sólo por la presencia de un perro sino a otros muchos factores que ambas partes deben cuidar.

Las visitas del nieto con la abuela no pueden estar condicionadas a que mejore la relación abuela-madre

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 2020

Las visitas entre la menor y su abuela no pueden estar condicionadas a que se produzca un cambio en la relación abuela-madre. El informe practicado revela que no existe riesgo alguno en que la menor se relacione con la abuela materna.

Se recurre en apelación por la parte demandada, progenitora del menor Leonardo, nacido el día NUM000.2008, la sentencia que se dictó en primera instancia en procedimiento sobre derecho de visitas de abuelos, que estimó parcialmente la demanda que había formulado la demandante, progenitora de la demandada, y dispuso derivar al núcleo familiar formado por madre e hijo, por un lado, y abuela materna por otro, al EEIIA de DIRECCION000 a fin de que realizasen una labor de mediación para que pudiera llevarse a cabo el régimen de visitas de forma satisfactoria con el menor Leonardo, debiendo emitir el EEIIA informe cada tres meses y, una vez existiera informe favorable del EEIIA de DIRECCION000, un régimen de visitas de la abuela con el nieto los domingos alternos desde las 10 horas hasta las 14 horas, salvo en las vacaciones escolares, de verano (julio y agosto) y que en Navidad, Semana Santa y Fallas en que las visitas comprenderían un día en cada periodo vacacional.

La apelante alega que no debe reconocerse un régimen de visitas entre la abuela y el nieto hasta que no se produzca un cambio en las relaciones personales entre madre e hija, entre la abuela y la madre del menor, pues resultaría contraproducente para el menor. Al recurso se opuso la demandada y la representación del Ministerio Fiscal, que considera que la valoración de la prueba pericial por parte de la Juzgadora ha resultado correcta, atendidas las declaraciones del propio perito en el acto de la vista. Como hemos señalado en anteriores resoluciones, a propósito de las relaciones entre abuelos y nietos, la doctrina de los Tribunales ha venido señalando que el derecho positivo en esta materia se entronca con el Derecho Natural y el Derecho Político y que el derecho de relacionarse con sus nietos, se trata más de un derecho de éstos, ya que para tener un desarrollo normal en sus aspectos familiar, emotivo y social debe relacionarse con sus parientes o allegados. Y que la jurisprudencia parte de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, sea porque se hayan separado, sea porque, las relaciones sean inexistentes. Esta es la línea que preside la resolución de los casos planteados en las SSTS 576/2009, de 27 julio, 632/2004, de 28 junio; 904/2005, de 11 noviembre, y 858/2002 de 20 septiembre y 20- 10-2011.

Por ello, y atendido lo dispuesto en el art. 160.2 del Código Civil, salvo que existan una justa causa razonable para impedir el contacto de los abuelos con el menor siempre debe tenderse a mantener la relación entre ellos en la medida en que, por principio, se estima beneficiosa y enriquecedora, si bien habrá que analizar las circunstancias de cada caso (STS de 15-1-2018).

En el presente caso, el resultado de la prueba pericial (informe emitido por el Equipo Psicosocial), no desvirtuado por ningún otro medio de prueba, no puede ser obviado, pues el perito manifestó con claridad que consideraba que no existía riesgo para el

menor si se iba con la abuela y estimó positivo para el menor que se revincule con la abuela materna, sin observar características psicológicas en dicha ascendiente que cuestionen un ejercicio o desempeño asociado al desarrollo de un régimen de visitas con el nieto, siendo capaz de ofrecerle una respuesta emocional adecuada a las circunstancias, centrándose en la relación abuela-nieto, y considera que de tal relación con el menor resultará un enriquecimiento personal, social y afectivo, que favorezca el sentido del menor de pertenencia familiar, sin existir indicadores de inatención o trato inadecuado por parte de la abuela materna, habiéndose dispuesto en la sentencia según lo recomendado en cuanto a un abordaje previo de preparación de las visitas. Procede, por ello, confirmar la resolución apelada, con desestimación del recurso.

Mejor no fijar régimen de visitas que establecer una visita de dos días al año

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 2020

El interés de la menor evidencia que lo mejor para la hija no es iniciar la relación con su padre dos días por año, sin tener en cuenta el efecto que origina esa reiterada falta de contacto en el tiempo con él ni el abandono por parte de este de las obligaciones derivadas de la patria potestad.

Tampoco procede modificación alguna con relación a la privación del régimen de visitas en tanto no se cumplan unas condiciones mínimas para poder desarrollarse satisfactoriamente con la menor. Mantiene el apelante que deben constituirse dos días de vistas al año, para así mantener el contacto con su hija. Es evidente, y especialmente relevante, que no se aluda en el recurso cual va a ser el beneficio que para la hija van a suponer esos días al año que va a ver a su padre. El interés de la menor, conforme resulta de la valoración de los datos de prueba, ponen sin duda en evidencia que lo mejor, o lo más conveniente para ella es que no inicie la relación con su padre dos días por año, sin tener en cuenta el efecto que origina esa reiterada falta de contacto en el tiempo con su él ni el abandono por parte de este de las obligaciones derivadas de la patria potestad. La reaparición repentina en su vida dos veces al año en nada garantiza su interés y protección, y especialmente su estabilidad emocional, pues primero tendrán que conocerse y luego hablar y comunicarse y siempre, y en cualquier caso, valorando la oportunidad de establecer unos vínculos hasta ahora inexistente, siempre que ello sea posible y positivo para la menor, teniendo en cuenta el efecto que ha producido el transcurso del tiempo en su desarrollo, conforme a los criterios que en interpretación y aplicación del interés superior del menor se establecen en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Por ello la adopción de la medida como se establece en la sentencia, y solicitó el Ministerio Fiscal, es lo más ajustado a las necesidades de la niña en el momento actual, por lo que la sentencia debe ser íntegramente confirmada.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

Atribución de uso de la vivienda cuando se ha dictado orden de protección

AP ALMERÍA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 2020

Aunque el interés de la esposa sea el más digno de protección, no procede atribuirle el uso de la vivienda familiar durante todo el tiempo que dure la orden de protección, y se estima ponderado limitar el plazo de atribución al periodo de duración de la medida cautelar penal de alejamiento y no al plazo más genérico de cualquier orden de alejamiento que pueda imponerse y mientras esta dure.

Se recurre la atribución de la vivienda conyugal a la esposa por razón de ser la persona más necesitada de protección y mientras dure la orden de alejamiento del esposo respecto de la mujer, en lugar de no asignarla a ningún cónyuge puesto que el recurrente carece también de vivienda y de ingresos por lo que debe de convivir con sus padres, produciendo lo anterior una cierta inseguridad jurídica el haberse atribuido por un periodo indefinido como es la duración de la orden de alejamiento, que bien puede durar varios años por las circunstancias del proceso penal y luego ser mucho más tiempo, por lo que pueda ser acordado en sentencia penal sobre el particular tema.

La sentencia recurrida ha tenido en cuenta que se trata de un matrimonio en que la esposa es la persona más necesitada de protección, por estar en paro y solo percibir una ayuda de unos 426 euros, convivir con un hijo mayor y tener una orden de alejamiento, razón por la que estima oportuno otorgar el uso de la misma a la esposa, mientras exista una orden de alejamiento del marido.

...El art. 96.3 del CC permite, en ausencia de hijos que dependan de los padres, la atribución de la vivienda al cónyuge no titular, pero sólo cuando su interés fuera el más necesitado de protección, que, como concepto jurídico indeterminado, deberá ser objeto de un juicio de ponderación en el que, al lado de las circunstancias señaladas, se contrasten directamente (plano de igualdad) las circunstancias e intereses dignos de protección o consideración que presente la situación de cada cónyuge. Las circunstancias de cada caso determinarán a cual de los cónyuges se atribuye la vivienda que constituía el domicilio conyugal y cual debe marcharse de la misma. Además se configura un derecho sobre esa vivienda que incluso ha sido calificado como real a efectos de proteger esa situación, generada tras a separación.

Sobre este tema la STS 27-9-2017 precisa que " Superada la menor edad de los hijos, la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en la que no hay hijos a que se refiere el tercer párrafo del 96 del CC y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la sala ello "parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por judicial ponderado en atención a las circunstancias concurrentes" (sentencia 315/2015, de 29 de mayo (RJ 2015, 2273). Dice nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de mayo de 2015 (RJ 2015, 2273), Recurso núm. 66/2014 "La STS 624/2011, de 5 septiembre (RJ 2011, 5677), del Pleno de esta Sala, que citan las de 30 de marzo de 2012, 11 de noviembre 2013 y 12 de febrero 2014, distingue los dos párrafos del art.96 del CC en relación a la atribución de la vivienda y fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del art.96 delCC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren

aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección “.

Aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa es evidente que el esposo recurrente tiene razón en cuanto que atribuir la vivienda por todo el tiempo que dure la orden de alejamiento puede resultar excesivo, sobre todo porque en sentencia firme puede también adoptarse la medida, hasta ahora cautelar, como definitiva y por plazos más extensos, lo que nos lleva necesariamente a ponderar el plazo de atribución, teniendo en cuenta que esta atribución se ha hecho en medida cautelar así como el que el hijo mayor que convive con la madre tiene autonomía económica y no depende de la madre, por lo que en esta cuestión no se aprecia la necesidad de una especial protección por parte de la esposa.

En consecuencia se estima ponderado limitar el plazo de atribución de la vivienda al periodo de duración de la medida cautelar penal de alejamiento y no al plazo más genérico de cualquier orden de alejamiento que pueda imponerse y mientras esta dure. Se compagina así el derecho al uso de la vivienda de la persona más necesitada de protección en las circunstancias actuales, con el derecho del cónyuge copropietario del inmueble a poder disponer del mismo una vez acordado la disolución del matrimonio.

Limitación de la atribución del uso hasta la mayoría de edad de las hijas, en un caso de custodia materna de una hija y custodia compartida de otra

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 2020

A la vista de que se atribuye la custodia de una de las hijas a la madre, y se atribuye la custodia compartida de la otra no cabe duda que en atención al interés más necesitado de protección debe atribuirse el uso de la vivienda familiar a la madre, puesto que es en ella donde las hijas van a pasar más tiempo, estableciéndose como limite temporal de dicha atribución la mayoría de edad de las hijas.

Respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar el Tribunal Supremo ha declarado en su sentencia de 9 de mayo de 2.018, que “el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver “lo procedente”. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC “ (sentencias 593/2014, 24 de octubre; 434/2016, 27 de junio, 522/2016, 21 de julio, entre otras).

En el presente caso a la vista de que se atribuye la custodia de una de las hijas a la madre, y se atribuye la custodia compartida de la otra no cabe duda que en atención al interés más necesitado de protección debe atribuirse el uso de la vivienda familiar a la madre, puesto que es en ella donde las hijas van a pasar más tiempo, estableciéndose como limite temporal de dicha atribución la mayoría de edad de las hijas.

La pensión del hijo no puede reinstaurarse cuando el hijo perciba menos del salario mínimo

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2020

Si se acordó que la pensión de alimentos se extinguiría cuando el hijo cobrara más del salario mínimo interprofesional, acreditado que el hijo se incorporó al trabajo en julio de 2014, cobrando más del SMI, la pensión se extinguió, por lo que no puede acogerse la tesis de la madre de que dicha pensión permanece vigente para aquellos meses en que perciba menos cantidad del SMI.

La Sra. Margarita instó frente al Sr. Luis Manuel la ejecución de la sentencia de divorcio de 4 de abril de 2014 que establecía una pensión alimenticia de 220 euros al mes, actualizable con arreglo a las variaciones del índice de precios al consumo, en favor del hijo común Adriano, nacido el NUM000 de 1996. En el título se estableció que la pensión de alimentos se extinguiría cuando el hijo cobrara más del salario mínimo interprofesional.

La parte contraria se opuso alegando que el hijo se incorporó al trabajo en julio de 2014, cobró más del s.m.i. y desde entonces se extinguió la pensión, por lo que nada debía.

Por auto de 15 de abril de 2019 se estimó la oposición y frente a esta resolución se ha interpuesto recurso de apelación por la ejecutante que considera que sigue vigente la obligación los meses en que el hijo no alcanzaba a tener ingresos superiores al salario mínimo interprofesional.

Al recurso se ha opuesto la parte contraria.

A la hora de abordar el cumplimiento de la obligación alimenticia, lo primero a destacar es que la obligación que incorpora la sentencia de contribuir el progenitor no custodio al que ejerce la custodia, no es de cumplimiento único, sino sucesivo, pero está abocada a su caducidad, pues como señala el art. 233.4 del Código civil de Catalunya el deber de contribuir a los alimentos de los hijos, que se establece al tiempo del divorcio o cese de la convivencia de los progenitores, cuando éstos ya han alcanzado la mayoría de edad tiene como límite temporal "que dichos hijos tengan ingresos propios o estén en disposición de tenerlos".

En el momento en que el hijo mayor de edad está en disposición de tener ingresos propios, y en este caso por disponerlo así el titulo que dichos ingresos sean superiores al salario mínimo interprofesional, como aquí ocurrió, cesa esa obligación de contribuir al otro progenitor, y en consecuencia éste pierde la legitimidad para reclamarla, dado que ya no es acreedor, sin perjuicio de que si el propio hijo ya mayor de edad se encontrara en situación de necesidad puede él personalmente solicitar alimentos a sus progenitores.

Una segunda circunstancia a tomar en consideración es que las sentencias deben cumplirse en sus propios términos (art. 18.2 LOPJ), en tanto se mantenga la obligación que incorporan, y cuando la parte acreedora pretende la ejecución forzosa no sólo está afirmando que tiene un título que establece la obligación de contribución a los alimentos, sino que la obligación se mantiene por seguir concurriendo su causa jurídica, es decir que el hijo no está en disposición de obtener sus propios recursos. Y no es necesario acudir en todo caso a los

Tribunales para que se estime extinguida la pensión alimenticia, cuando ambos deudor y acreedora reconocen la situación, como ocurre en el presente caso en que la madre indica que, por estimar que no son debidas, ya no reclama las pensiones de los meses en que el hijo cobró más del salario mínimo interprofesional.

La obligación alimenticia una vez extinguida, no renace ante nuevas circunstancias similares a las previstas para el establecimiento de la pensión, pues en el interín ha sucedido una circunstancia especialmente trascendente y es que el beneficiado ya ha alcanzado su autonomía económica aunque luego la reduzca o la pierda, como ocurre con multitud de ciudadanos, y sobre todo tiene la plenitud de derechos civiles, por su mayoría de edad, y está capacitado para reclamar sus propios derechos, sin que el progenitor con el que convive, en este caso la madre, pueda seguir sustituyendo al hijo.

Finalmente señalar que cuando se está pretendiendo la ejecución forzosa de una obligación alimenticia, y efectivamente se acredita que dicha obligación perdió su eficacia porque el hijo tenía la capacidad de generar sus propios recursos para su subsistencia, se debe concluir que el derecho a ejecutar la sentencia por parte del progenitor acreedor se está ejercitando de forma abusiva y, ese abuso en la pretensión ha de poder valorarse por el Juez pues aunque no tiene encaje en las causas de oposición concretas previstas en el art. 556.1 de la LEC, sí lo tiene en el art. 7.2 del Código Civil y el art. 11.2 de la LOPJ que obliga a los Jueces y Tribunales rechazar fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente este Tribunal (Autos de 30 de julio de 2008 y 20 de mayo de 2015, entre otros muchos).

Efectos retroactivos de la pensión que se fija judicialmente desde la fecha en que se suscribió el convenio regulador

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 22 DE ABRIL DE 2020

La pensión alimenticia que se fija en el Auto dictado tras la sentencia que declara el divorcio de mutuo acuerdo pero no aprueba la totalidad del convenio regulador, tiene efectos retroactivos desde la fecha en que los cónyuges firmaron el convenio regulador.

Frente al auto de fecha 24 de enero de 2019 que desestima la oposición a la ejecución despachada se interpone por la representación legal de D Genaro recurso de apelación. Se alega como motivo de recurso error por infracción de normas, en concreto el artículo 214 de la ley de enjuiciamiento civil, en relación al artículo 24.1 de la Constitución española de la Tutela Judicial efectiva y el artículo 9.3 de la Constitución española relativo a la seguridad jurídica, el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto que las resoluciones únicamente quedarán sin efecto en virtud de lo recursos previstos en las Leyes, y el artículo 18.2 de la LOPJ; así como las sentencias del Tribunal Constitucional 48/99 de 22 de Marzo, 218/1999 de 29 de Noviembre.

Alega el recurrente que se vulnera el principio de intangibilidad de las resoluciones firmes en la medida en que la resolución impugnada desestima la oposición declarando la completa eficacia del convenio regulador suscrito con anterioridad a la fecha de la sentencia, sin que la misma declarase la eficacia retroactiva de las medidas acordadas al momento de interposición de la demanda, ni tampoco su retroacción al momento de firmar las partes el convenio Regulador. Por todo ello, considera que conforme a jurisprudencia reiterada hay que atenerse como fecha de devengo al de la fecha de la Sentencia dictada, y no a otro momento anterior.

Planteados los términos de esta alzada, deben tenerse en cuenta los siguientes datos para su resolución:

D. Genaro y D.ª Violeta presentaron demanda de divorcio de mutuo acuerdo ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de DIREC-

CION000, registrado con nº de autos 876/2014. Con fecha 30 de septiembre de 2016 recayó sentencia acordando el divorcio y la disolución del régimen económico matrimonial, sin aprobación del convenio regulador suscrito por las partes el 8 de septiembre de 2015. En dicha sentencia y de conformidad con lo previsto en el art. 777 de la LEC se concedió a las partes un plazo de 10 días para proponer un nuevo convenio regulador. Por auto de fecha 20 de octubre de 2017 se aprobó el nuevo convenio regulador de fecha 11 de octubre de 2016, en el que se establecía la obligación de D. Genaro de abonar una pensión de alimentos de 100 euros por cada menor dentro de los cinco primeros días de cada mes.

Con fecha 22 de marzo de 2018 se presenta demanda de ejecución por la representación de D.ª Violeta por la cantidad de 500 euros correspondientes a los meses de julio de 2017 (200 euros), agosto de 2017 (100 euros) y febrero de 2018 (200 euros).

Se discute en el recurso de apelación la fecha de devengo de las pensiones acordadas en el convenio regulador de fecha 11 de octubre de 2016, aprobado por el auto complementario a la sentencia de divorcio de fecha 20 de octubre de 2017. El auto apelado desestima la oposición por considerar que "Cuando se trata de procesos consensuales, la eficacia de una medida acordada en el convenio regulador se inicia desde que los progenitores suscriben el acuerdo. La Sentencia de AP Bizkaia de 28 de mayo de 2003 señala que el convenio regulador es un negocio jurídico propio del ámbito familiar con un objeto plural, que existe por sí mismo y al que la Sentencia aprobatoria le otorga una eficacia ejecutiva y eleva su rango de convenio privado a la categoría de convenio oficial o público; por ello la fecha del convenio aprobado es aquella que debe regir. De otro modo intereses esenciales protegidos por el derecho de familia quedarían desamparados durante el período de tiempo que media entre la firma del convenio y su aprobación judicial, solución contraria a los principios tuitivos del derecho de familia (Auto de AP Córdoba de 11 de junio de 2003)"

Esta Sala comparte el criterio de la Juzgadora de instancia, y en consecuencia, estima que la pensión alimenticia debe abonarse desde que se firmó el convenio regulador y no desde la sentencia de divorcio. Razones que conducen a la desestimación del recurso de apelación, por las razones esgrimidas acertadamente por la Juez de instancia y las que a continuación se señalan.

Es cierto que nada se dice al respecto en el convenio regulador sobre el devengo desde la fecha del convenio, pero tampoco dice nada de que su abono procederá exclusivamente desde la interposición de la demanda. Sin embargo, un análisis de las actuaciones permite llegar a la conclusión de que el padre venia abonando las cantidades fijadas en concepto de alimentos al menos, desde noviembre de 2016, dejando sin abonar la cantidad de 300 euros correspondientes a julio y agosto de 2017 (anteriores al auto de fecha 20.10.2017) y otros 200 euros correspondientes al mes de febrero de 2018 (devengado con posterioridad al mismo).

Es reiterada la jurisprudencia que señala que la pensión alimenticia de los hijos debe abonarse desde la fecha de suscripción del convenio regulador. En este sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sec. 1. ª, Auto de 15 de mayo de 2019, en relación al momento desde el que debe entenderse devengado el pago de los alimentos, mantiene que deben ser satisfechos desde la firma del convenio regulador. En un supuesto similar al aquí planteado, considera que debe atribuirse eficacia retroactiva a las pensiones de alimentos, no en aplicación automática de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo respecto al art. 148 del Código Civil (sentencias de fecha 14 de junio y 26 de octubre de 2.011, de 26 de marzo de 2014 entre otras) sino porque el ejecutado no había acreditado que durante ese tiempo el padre haya contribuido a las necesidades de sus cinco hijos, por lo que, la satisfacción de las necesidades de los hijos se ha tenido que satisfacer exclusivamente por la madre.

En el presente caso, siendo la demanda de 2006, y pese a que la sentencia de divorcio es de 30 de septiembre de 2006, dado que no se aprueba el primer convenio regulador, no existe auto fijando la pensión alimenticia hasta octubre de 2017, siendo un hecho incontrovertido que no se ha mantenido la convivencia y que se ha venido abonando por el padre alimentos, salvo en los dos meses antes indicados. Resulta, pues, incuestionable que con ello ha faltado a la obligación de atender a las necesidades de sus hijos, a las que se obligó, y que en todo caso, son consecuencia de la filiación. Con independencia de que el convenio regulador se configura como un contrato de derecho de familia cuya eficacia se halla supeditada a la aprobación judicial, ello no obsta a su validez como contrato cuanto reúna los requisitos generales para todos los contratos, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes, y que de hecho se había venido cumpliendo antes de su homologación, sin que pueda considerarse como un pago indebido ni en consecuencia, compensable.

En este caso, el devengo de la pensión de alimentos desde la fecha de la firma del convenio regulador también encontraría fundamento en la situación de abuso de derecho que cabría deducir del hecho de que los hijos conviven con su madre y no deben ser sólo alimentados por ella.

A mayor abundamiento, siguiendo la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, estamos ante una pensión alimenticia fijada ex novo a favor de dos menores de edad en el marco de un proceso matrimonial y por tanto se aplica lo establecido en el art. 148 del CC.

En este mismo sentido, la Audiencia Provincial de Córdoba, Sec. 1.ª, en Auto de 4 de abril de 2019 va incluso más allá retrotrayendo el devengo a la fecha de la sentencia señalando que "Es cierto, que la sentencia de divorcio linealmente sancionó un convenio regulador, que no indicaba nada en orden a que el abono de la pensión se retrotrayese a un momento anterior a la fecha de su suscripción; pero eso no es lo relevante, por mucha alusión que el apelante haga al principio dispositivo y al principio de libertad contractual ex. Art. 1255 del CC, pues abstracción hecha de que ello supone obviar la especial naturaleza de un convenio regulador afectante a menores, y, por ende, la imposibilidad de su lineal equiparación a un mero contrato entre particulares; lo jurídicamente transcendente y relevante, tal y como ha declarado el T.S. de forma tan reiterada que excluye la necesidad de cualquier cita, es que estamos ante una pensión alimenticia fijada ex novo a favor de un menor de edad en el marco de un proceso matrimonial, y en dicha tesitura procede hacer una aplicación analógica de lo establecido en el art. 148 del CC; razón, en suma, tal y como acertadamente se solicitó en la demanda ejecutiva y así ha sido estimado, la obligación alimenticia es exigible desde la fecha de interposición de la demanda".

También la Audiencia Provincial de Huelva, Sec. 2. ª, Sentencia de 7 de julio de 2015 señala que "Las obligaciones asumidas en un convenio regulador que posteriormente es ratificado y aprobado en sentencia, son exigibles desde la fecha de la firma del convenio".

Respecto de la cantidad correspondiente al mes de febrero de 2018, no se acredita el pago documentalmente por lo que conforme al art. 556 y ss., de la LEC, debe continuar la ejecución por dicha cantidad.

Pacto de alimentos entre cónyuges

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2020

Validez y eficacia del pacto de alimentos entre cónyuges alcanzado entre ambos y que fue consecuencia de una concreta situación derivada de la ruptura de la convivencia entre los litigantes, los cuales disponían de patrimonio ganancial para atender sus necesidades por separado pero, habida cuenta de que la demandante fue separada de la gestión del despacho profesional que compartían, se pactó que el demandado, que quedaba en mejor situación al respecto, le abonase una pensión. No habiéndose fijado plazo de extinción de la pensión alimenticia, se acuerda que mantendrá su vigencia hasta la fecha marcada en la sentencia de divorcio para que las partes inicien la liquidación de la sociedad de gananciales.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda y la reconvención y condena al demandado al pago de las pensiones de alimentos adeudadas hasta la presentación de la demanda junto con las posteriores, señalando como fecha de la extinción de la obligación la de la sentencia divorcio entre los litigantes (posterior a la presentación de la demanda). Esta solución se alcanza a partir de la consideración de que el documento suscrito el 28 de septiembre de 2016, en el que se estableció la obligación del demandado de abonar a la demandante la cantidad de cinco mil euros mensuales en el concepto indicado, tenía su vigencia limitada al momento en el que ambos dejasen de ser esposos. Es precisamente la utilización de ese concepto en el contrato lo que determina que

se interprete el contrato en el sentido indicado.

En la página 3 de la contestación a la demanda se indica que el demandado cumplió lo pactado hasta junio de 2017, fecha en la que consideró que concurría una modificación sustancial de las circunstancias que dieron lugar a la firma del documento porque a partir de ese momento se produjo, de hecho, la liquidación parcial de la sociedad de gananciales. Es decir, que la parte demandada asocia el cese de la prestación con un momento distinto al de la sentencia de divorcio, si bien es digno de mención que se refiera a una liquidación parcial y unilateral de la sociedad de gananciales.

En la resolución de primera instancia se destaca el hecho de que en la de divorcio no se hubiese fijado pensión compensatoria o de alimentos y de ello se concluye que lo pactado con anterioridad no puede subsistir después de la disolución del matrimonio. Al hilo de lo expuesto, considera también que el criterio contenido en la sentencia del Tribunal Supremo n.º 758/2011 no es aplicable porque en el supuesto enjuiciado el pacto sobre alimento se había incluido en el convenio regulador. Finalmente, recuerda que según el artículo 148 CC la obligación de prestar alimentos solamente puede existir entre cónyuges y que en este caso rige el principio de cosa juzgada.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2017 (recurso 587/2017) recoge y amplia el criterio expuesto en la de 4 de noviembre de 2011, recurso 1.722/2008, hasta el punto de que se refiere a las mismas partes procesales.

Se trataba de determinar si cabe extinguir por desistimiento un contrato de alimentos pactado de manera voluntaria en casos en los que no existe una obligación legal de alimentos. De los argumentos de la sentencia son destacables los siguientes:

A) Salvo pacto en contrario, al derecho de alimentos que nace de un contrato no le son de aplicación las causas de extinción del art. 152 CC.

B) Aunque el art. 153 CC establece que las disposiciones que se ocupan de los alimentos entre parientes en el Código civil son aplicables a los casos en que por pacto se tenga derecho a alimentos, salvo lo pactado, lo cierto es, sin embargo, que el alcance de esa remisión legal es muy limitado. En efecto, las obligaciones de alimentos que nacen de un contrato no se fundamentan necesariamente en la situación de necesidad del beneficiario ni dependen de la situación económica de los contratantes. Por eso, en el contrato de alimentos que regula el Código civil, la extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerán de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe (art. 1793 CC).

C) La obligación contractual de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el art. 152, salvo por muerte del alimentista (art. 1794 CC), pero en cambio el alimentista puede optar por resolver el contrato si se incumple la obligación de alimentos (art. 1795 CC) y son de aplicación las causas generales de extinción de las obligaciones.

D) En el supuesto enjuiciado, en el contrato de alimentos incluido en el convenio regulador la causa no era la mera liberalidad, la generosidad del esposo, ni respondía a un acto desinteresado. En consecuencia, no es un contrato gratuito ni procede una interpretación a favor de la menor transmisión de derechos, contra lo que se sostiene con invocación de los arts. 1274 y 1289 CC.

E) En ausencia de previsión legal y de pacto que la otorgue, debe negarse la facultad unilateral de extinguir la obligación de pago de una renta pactada voluntariamente. Especialmente, porque supondría dejar la eficacia del contrato en manos del obligado

Planteada así la cuestión y tras un nuevo examen de lo actuado conforme a lo dispuesto en el artículo 456 LEC, se concluye que el pacto al que se refiere la demanda fue consecuencia de una concreta situación derivada de la ruptura de la convivencia entre los litigantes, los cuales disponían de patrimonio ganancial para atender sus necesidades por separado pero, habida cuenta de que la demandante fue separada de la gestión del despacho profesional que compartían, se pactó que el demandado, que quedaba en mejor situación al respecto, le abonase una pensión. En ese sentido cabe interpretar el correo electrónico aportado con la contestación (folio 150) del que se desprende también que lo acordado no fue establecido con carácter definitivo, bien porque la solución de las desavenencias permitiese la reanudación de la convivencia bien porque se consolidase la ruptura y cada uno pudiese atender sus necesidades con bienes propios. Esta intención se aprecia también en el acuerdo de 28 de septiembre de 2016; se muestra claramente en lo que concierne a la atribución del domicilio familiar a la demandante, ya que se acuerda que pueda usarlo la esposa en tanto que no se disuelve el matrimonio y se liquida la sociedad de gananciales. Frente a ello, las referencias a “esposo”, “esposa” o “cónyuges” no son determinantes, precisamente, porque en ese momento

eran aplicables a los litigantes y por la finalidad de atención a una situación de hecho concreta que preside su suscripción.

Ya se ha visto que la Jurisprudencia permite que lo pactado acerca de los alimentos se prolongue más allá del divorcio cuando así se ha pactado. Se considera que esto es lo que ocurre en el caso sometido a revisión. Incluso viene a reconocerlo la propia parte demandada cuando afirma en su contestación cuando vincula su decisión de dejar de cumplirlo con el reparto de bienes gananciales.

Por otra parte, ninguna de las circunstancias concurrentes permite suponer que la prestación se hubiese acordado con carácter indefinido. Esto resultaría contradictorio con la situación existente cuando se pactó, con el amplio acervo patrimonial del que disponía la sociedad de gananciales y con la innecesariedad de dicha prestación una vez que fuese liquidada. Por consiguiente, puesto que la sentencia de divorcio compele a los litigantes a hacerlo en un plazo de un año tras haber sido dictada, se considera que lo más procedente es que su pronunciamiento, que goza de efecto de cosa juzgada, se aplique para la resolución de la controversia que da origen a este pleito e igualmente se acuerde la vigencia de la pensión de alimentos hasta ese momento, tras lo cual se extinguiría.

Así pues, no se estimará la pretensión de la demanda en virtud de la que se perseguía la condena al pago de las pensiones que se fuesen devengando con posterioridad a su presentación y sin un límite temporal definido y tampoco se estimará la petición de la reconvención para que la extinción tuviese lugar coincidiendo con el divorcio (partiéndose como se parte de la improcedencia de tener en cuenta a esos efectos la liquidación parcial y unilateral de la sociedad de gananciales). En consecuencia, se ampliará la cantidad objeto de condena hasta 116.467,74 euros, calculada interpretando lo pactado con arreglo a la fecha señalada en la sentencia de divorcio como límite para la liquidación de la sociedad de gananciales.

Gastos extraordinarios

Los gastos educativos previsibles no son gastos extraordinarios

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2020

Los gastos de educación previsibles, periódicos y no excepcionales, sean del ciclo que sean, son gastos de alimentos, no extraordinarios. El hecho de que la hija quiera estudiar en una Universidad privada no convierte a los gastos en extraordinarios, como apunta la juzgadora a quo, sino que puede fundar, en su caso, la modificación de medidas pertinente para solicitar un aumento de la pensión de alimentos, al haber una modificación sustancial de las circunstancias, por cuanto la cuota universitaria es alimento.

El motivo quinto se refiere a un error en la valoración de la prueba respecto de la declaración de gasto extraordinario de los estudios universitarios de la hija. Entiende que la capacidad económica del padre permite que la hija estudie en una Universidad privada.

El demandado opone que la actora está solicitando un futurible en el caso de iniciar estudios en una universidad privada. Aduce que los gastos universitarios son previsibles y periódicos.

El auto recurrido argumenta que se incluyen en el concepto de alimentos los gastos de sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como los de educación e instrucción del alimentista en cuanto dure su formación y mientras esta no termine por causa que no le sea imputable. Manifiesta que solicitar que curse los estudios universitarios en una Universidad privada encarece la educación

y no es motivo suficiente para cambiar la consideración de alimento, por lo que, a lo sumo, esta circunstancia podría fundar el aumento o incremento de la pensión de alimentos si se dan los requisitos para ello.

El motivo ha de ser rechazado. La Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de octubre de 2014, ha definido los gastos extraordinarios como aquellos que "reúnen características bien diferentes a las propias de los gastos ordinarios. Son imprevisibles, no se sabe si se producirán ni cuándo lo harán, y, en consecuencia, no son periódicos". La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª) de fecha 20 de julio de 2011 establece que son gastos extraordinarios "(...) aquellos destinados a la satisfacción de las necesidades de los hijos que siendo de naturaleza alimenticia son imprevisibles y no periódicos sino que resultan en principio excepcionales, fuera de las previsiones cotidianas de la familia y que requieren que se ponga en conocimiento previo para obtener del otro progenitor el consentimiento para realizarlos o en su defecto decisión judicial; debiendo constar de forma clara e inequívoca el hecho que motiva el gasto y el importe del mismo para su aprobación, y no posteriormente a efectuar el gasto ser reclamado por vía de ejecución, supliendo el consentimiento previo, salvo aquellos gastos de extremada necesidad y urgencia, y ello debido por ser de cuantía ilíquida que por su propia naturaleza necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso, ya que en otro caso daría lugar a su desnaturalización traduciéndose en un complemento a la pensión de alimentos ordinaria, sin que pretenda con lo dicho que se produzca". En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 6 de mayo de 2011, entiende que no son gastos extraordinarios aquellos que no son excepcionales, imprevisibles, sino que antes bien son periódicos y absolutamente previsibles, recalcando la necesidad de que, los que sí son considerados gastos extraordinarios, deben ser abonados por mitad y deberán contar con el acuerdo de ambos progenitores "(...) en lo que se refiera a gastos necesarios y urgentes, afectantes a la salud de los hijos, en relación a los gastos de odontólogo, en el 50%, los que se consideran justificados no obstante la falta de consentimiento o conocimiento del apelado al respecto, si bien y para el futuro, y en lo que se refiere a tratamientos de larga duración, a falta de consentimiento o conocimiento del apelado, por cualquier razón, deberá la ejecutante recabar la autorización judicial".

Los gastos de educación previsibles, periódicos y no excepcionales, sean del ciclo que sean, son gastos de alimentos, no extraordinarios. El hecho de que la hija quiera estudiar en una Universidad privada no convierte a los gastos en extraordinarios, como apunta la juzgadora a quo, sino que puede fundar, en su caso, la modificación de medidas pertinente para solicitar un aumento de la pensión de alimentos, al haber una modificación sustancial de las circunstancias, por cuanto la cuota universitaria es alimento. El auto recurrido es correcto y el motivo ha de ser desestimado.

El gasto farmacológico por la enfermedad del hijo se desconocía anteriormente, y por tanto debe considerarse extraordinario

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2020

Si bien las partes no incluyeron expresamente los gastos farmacológicos como gastos extraordinarios, hay que tener en cuenta que en aquel momento desconocían el trastorno de hiperactividad que le fue diagnosticado posteriormente al hijo. Como tal gasto surgió de forma imprevisible no puede considerarse como un gasto habitual ni común que quede cubierto con el importe de la pensión ordinaria de alimentos.

La Ley de Enjuiciamiento Civil arbitra en el artículo 776.4 ª un incidente previo al despacho de ejecución destinado a resolver acerca de la de naturaleza de gasto extraordinario de las cantidades reclamadas como tales, trámite previo que no ha sido observado en las actuaciones a las que se contrae el presente Rollo; no obstante, no habiendo efectuado alegación alguna ninguna de las partes respecto a esta anomalía procesal, esta Sala no puede sino entrar resolver directamente el fondo del recurso de apelación interpuesto, limitándose a advertir del error procesal observado.

Dicho lo anterior, ciertamente esta Sala es co-

nocedora de la jurisprudencia existente en torno a las características que deben concurrir en un gasto para que goce de naturaleza extraordinaria con las consecuencias que, en relación a su pago, ello conlleva. Así, sin ánimo de ser reiterativos, recordaremos que la jurisprudencia viene definiendo como gastos extraordinarios aquellos presididos genéricamente por los caracteres de inhabitualidad, necesariedad e imprevisibilidad anticipada, y para cuya determinación habrá de atenderse a las concretas circunstancias concurrentes en cada supuesto, sin que tales gastos deban recaer exclusivamente sobre el progenitor custodio, ni considerarse incluidos dentro de la ordinaria pensión de alimentos. Por tanto, cuando ni el Convenio Regulador ni la resolución judicial establecen lo que haya de entenderse por gastos extraordinarios, sólo podrán considerarse como tales aquellos que tengan cierta importancia económica y que tengan la condición de excepcionales, imprevisibles o inhabituales, de modo que -salvo que en el Convenio Regulador o en la sentencia se diga otra cosa- serán extraordinarios todos aquellos gastos realizados o que vengan a realizarse en interés del menor, que no vengan comprendidos en la obligación de prestar alimentos y que, precisamente por ello, han de ser conocidos y consentidos por el progenitor al que se le exige que contribuya a sufragarlos, y sólo en caso de que éste no consienta, y se consideren necesarios, podrá ser compelido a hacerlo por decisión judicial.

En el caso que nos ocupa las partes pactaron un Convenio Regulador en el mes de mayo de 2.011 en el que expresamente convinieron en su estipulación cuarta atribuir naturaleza extraordinaria "... a los gastos sanitarios que no se hallen cubiertos por la Seguridad Social..." y, si bien no se incluyeron expresamente por las partes los gastos farmacológicos que pudieran derivarse de las dolencias que pudiera padecer el hijo menor, lo cierto es que en aquel momento desconocían el trastorno de hiperactividad que le fue diagnosticado en el año 2.015, esto es, cuatro años después de la ratificación del citado Convenio Regulador, compartiendo por ello esta Sala el razonamiento contenido en el Auto disentido declarando la naturaleza extraordinaria del gasto farmacológico que precisa el hijo de las partes para el correcto tratamiento de su padecimiento pues tal gasto surgió de forma imprevisible en atención a ese diagnóstico, viene siendo efectuado en beneficio e interés del hijo y no puede considerarse como un gasto habitual ni común que quede cubierto con el importe de la pensión ordinaria de alimentos. De otro lado, la progenitora materna ejecutada en estos autos era perfectamente conocedora de la existencia del diagnóstico y de la necesidad del gasto farmacológico para su tratamiento pues así lo manifestó en el interrogatorio practicado en el acto de la vista donde afirmó que conocía como su hijo menor fue diagnosticado en el año 2.015 de DIRECCION001 y que por ello tomaba medicación, lo que determina su consentimiento tácito al gasto y a la existencia del mismo.

Resuelto lo anterior, procede entrar a resolver sobra la segunda cuestión objeto de recurso referido al importe total por el que ha sido despachada la ejecución por este concepto. Así, el ejecutante reclama a la ejecutada el pago del 50 % de la cantidad total de 1.560,49 euros (esto es, 780,24 euros) que afirma haber abonado a razón de 342,05 euros por las medicinas compradas por su parte durante los meses de febrero a diciembre del año 2.015, 471,72 euros correspondientes a los doce meses del año 2.106, 471,72 euros referidos a los doce meses del año 2.017 y 275 euros correspondientes a los meses de enero a julio de 2.018; sin embargo, para acreditar el pago por su parte de la totalidad del tratamiento del menor durante los meses que reclama únicamente ha aportado un ticket de farmacia por importe de 39,31 euros (Documento nº 13), ticket cuya fecha es de 16 de marzo de 2.018, prueba absolutamente insuficiente a juicio de esta Sala para declarar probado el pago total que afirma haber realizado.

En efecto la naturaleza extraordinaria del gasto exige a quien lo reclama un plus de celo y corrección en la información y acreditación que debe trasladar al otro progenitor que le permita conocer, sin ningún género de duda, la existencia real del gasto y el importe del mismo, requisito no cumplido por el ejecutante en el caso que nos ocupa. En el interrogatorio practicado la ejecutada afirmó que hasta la demanda origen de estos autos el ejecutante no le había reclamado el pago de cantidad alguna por el concepto de gasto farmacológico y, si bien, como se razona por el juzgador a quo, seguidamente manifestó que " desde unos meses atrás no recibe los tickets ", no comparte esta Sala la valoración que de dicha afirmación realiza el juez de instancia por cuanto de ello no puede colegirse categóricamente que era plenamente conocedora del gasto mensual reclamado en atención a que no existe prueba alguna aportada por el ejecutante -que es a quien le correspondía de conformidad con las reglas de la carga de la prueba- de la que se desprenda en qué meses trasladó los controvertidos tickets a la ejecutada, ni cuál era el importe exacto de los mismos, como tampoco consta en autos documento alguno del que podamos concluir que el importe de las medicinas no haya experimentado variación alguna durante los años re-

clamados, ni tampoco que haya sido el ejecutante quien en efecto los haya abonado. En suma la insuficiencia probatoria expuesta implica la necesidad de estimar parcialmente el recurso de apelación en el sentido de declarar probado únicamente el pago por el ejecutante de la cantidad de 39,31 euros que figura en el documento nº 13 por él aportado junto con la demanda de ejecución, debiendo, en su consecuencia continuar la ejecución por el concepto de gasto extraordinario en la cantidad de 19,65 euros correspondientes al 50 % del importe total acreditado del gasto farmacológico controvertido.

Por todo lo expuesto, procede la estimación parcial del recurso revocando el Auto recurrido y mandando continuar la ejecución por la cantidad de 1.519,83 euros en concepto de principal (resultante de sumar a los 1.500,18 euros no discutidos por la ejecutada como debidos en concepto de pensiones impagadas, la cantidad de 19,65 euros en concepto del gasto farmacológico analizado), más 456 euros provisionalmente presupuestados para intereses y costas de ejecución.

Pensión compensatoria

Exclusión en el convenio regulador de las causas legales de extinción de la pensión compensatoria

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2020

Que las partes no hiciesen mención en el convenio regulador al matrimonio o convivencia marital de la esposa como causa de extinción de la pensión compensatoria, no es un obstáculo para que se acuerde su extinción si concurre esta última circunstancia. Las exclusiones de causas legales de extinción previstas en el art. 233.19 CCCat deben ser expresas. Los efectos de la extinción serán desde la fecha de la sentencia que la acuerda.

En la instancia, básicamente se desestima que la pensión compensatoria tal y como se convino sólo se pudiera extinguir una vez amortizado por completo el préstamo hipotecario que grava la vivienda de la Sra. Sandra. Entiende que las exclusiones de causas legales de extinción previstas en el art. 233.19 CCCat debería ser expresa y ello, por lo que hace a la convivencia marital, no es así en el convenio de 2016, como sí lo fue en el de 2010.

Al tiempo de su divorcio, en 2010, ambas partes convinieron que " esta pensión será compatible con cualquier actividad laboral o profesional que pueda realizar la Sra. Sandra y se extinguirá en el plazo de 20 años (se abonará desde noviembre de 2010 hasta noviembre de 2030, ambos inclusives), o con anterioridad en caso de matrimonio de la Sra. Sandra, convivencia marital de la Sra. Sandra, o bien imposibilidad económica del Sr. Juan ". En ese mismo convenio se estableció en el pacto séptimo y como compensación económica del art. 41 del Código de Familia de Catalunya la atribución a la Sra. Sandra de la mitad indivisa del Sr. Juan de la vivienda familiar y plaza de parquing, asumiendo el Sr. Juan la obligación de amortización íntegra del crédito hipotecario, con total indemnidad de la Sra. Sandra.

Con motivo de la modificación de la medida, en 2016, convinieron en reducir la pensión y sustituyeron la cláusula anterior por la siguiente: "esta pensión será compatible con cualquier actividad laboral o profesional que pueda realizar la Sra. Sandra y se extinguirá en el momento en que el Sr. Juan haya amortizado íntegramente el préstamo hipotecario (hipoteca abierta) constituido a favor de "La Caixa" en fecha 25 de enero de 2006, contrato nº NUM000 y que grava el domicilio de la Sra. Sandra

“.

A fin de determinar el alcance del pacto interpartes es conveniente recordar que el artículo el art. 233.19 CCCat señala como causas extintivas a) la mejora de la situación económica del acreedor, si dicha mejora deja de justificar la prestación, o por empeoramiento de la situación económica del obligado al pago, si dicho empeoramiento justifica la extinción del derecho; b) el matrimonio del acreedor o por convivencia marital con otra persona; c) el fallecimiento del acreedor; d) el vencimiento del plazo por el que se estableció; sin olvidar tampoco que la prestación compensatoria es un derecho dispositivo, que puede ser configurado mediante pacto pues como señala el art. 233.16 CCCat “puede pactarse sobre la modalidad, cuantía, duración y extinción de la prestación compensatoria”. En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de marzo de 2018) recuerda que “independientemente de la denominación que las partes hayan establecido para el derecho pactado en el convenio regulador, tiene reiteradamente declarado esta Sala (sentencias 233/2012, de 20 de abril y 10 de diciembre 2012; 25 de marzo 2014; 678/2015, de 11 de diciembre), lo siguiente: 1.º la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. 2.º Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La sentencia 217/2011, de 31 de marzo, confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la sentencia de 2 abril 1997.”

Asimismo es conveniente tener en cuenta que excluir determinadas causas de extinción de la pensión compensatoria debe asimilarse a una renuncia de derechos por parte del obligado a su pago y, desde esta perspectiva es constante la doctrina jurisprudencial que establece “la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos” (Ss TS 12 de febrero de 2016 y 28 de enero de 1995) y que es exigible claridad aquellos pactos que comporten la exclusión o la limitación de derechos (STSJCat de 31 de marzo de 2016).

En definitiva, es posible pactar atribuciones patrimoniales bajo el paraguas de la pensión compensatoria, pero todo lo que haga referencia a exclusión de derechos debe expresarse con claridad.

Tampoco cabe olvidar, dado que nos hallamos ante negocios jurídicos convenidos entre las partes que es necesario interpretar, cual fue la intención verdadera de las partes al convenir (art. 1281 CC) y que las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (art. 1285 CC).

En el presente caso, no puede considerarse que las partes en 2016 establecieran como única causa de extinción de la pensión compensatoria la amortización del crédito hipotecario, pues dicha amortización formaba parte de la compensación por razón del trabajo. No resulta lógico pensar que las partes quisieran mantener doble carga económica sobre el esposo (la pensión mensual y la amortización del crédito hipotecario) durante un periodo dilatado de tiempo (20 años se previeron inicialmente) y que cuando se amortizara el crédito, y únicamente por esta razón desapareciera también la pensión. Al contrario de lo que argumenta la recurrente en su contestación de la demanda, la Sala concluye que las partes no quisieron vincular el destino de la pensión compensatoria al destino de la hipoteca, sino el de ésta con la compensación económica.

Tampoco puede concluirse de las pruebas aportadas al proceso que las partes al excluir en 2016 la mención al matrimonio o convivencia marital de la Sra. Sandra o a la imposibilidad del Sr. Juan, excluyeran totalmente estas posibilidades legales. De hecho la Jurisprudencia es constante en considerar que puede modificarse una pensión compensatoria convenida si varían las circunstancias y la convivencia marital o la imposibilidad de cumplir por el deudor son circunstancias trascendentes para una modificación e incluso su extinción, atendida la finalidad de la pensión compensatoria.

No se trata pues de que en Derecho Catalán tenga especial relevancia el principio de libertad civil y se permita la exclusión voluntaria de las normas no imperativas, a tenor de lo establecido en el art. 111.6 del Código Civil de Catalunya, sino de que en este caso no consta que las partes hubieran querido excluir la aplicación del art. 233.19 CCCat, tal como pretende la recurrente

SOBRE LA CONVIVENCIA MARITAL

En cuanto a la convivencia marital de la recurrente cabe señalar que la recurrente admitió que

tenía una relación con el Sr. Segismundo, pero que no es una relación sentimental estable ni en exclusividad.

La estabilidad no puede ponerse en cuestión pues según resulta del análisis que la propia demandada hace en su contestación la relación dura más de seis años o al menos las fotografías que se han aportado al proceso responden a diferentes momentos en ese dilatado espacio de tiempo. Por otra parte, la falta de exclusividad sólo ella podría haberla acreditado, dado lo personal e íntimo de dicha connotación.

Por el contrario, tanto los perfiles públicos del Sr. Segismundo, las conversaciones mantenidas por la Sra. Sandra con el Sr. Juan en relación con el episodio de falta de salud del Sr. Segismundo, de las que se pone de manifiesto que éste ha estado acompañado por la demandada mientras estuvo ingresado, la fotografía de la Sra. Sandra en la página web de DIRECCION001, negocio que explota el Sr. Segismundo en DIRECCION002, son indicios que junto al mantenimiento de la relación a lo largo de un periodo dilatado de tiempo sirven para deducir que existe dicha relación marital.

Como ya tuvimos ocasión de señalar en la sentencia de esta misma Sala de 17 de febrero de 2017, con apoyo en la doctrina jurisprudencial que ha ido evolucionando para dar acogida a las nuevas formas de relación, no vale como argumento para negar la relación more uxorio que la beneficiada por la pensión compensatoria considere su relación con tercero como de algo más que amigos o como se dice en la contestación "amigos con derecho a roce", ni que ambos sean independientes y sin un proyecto de vida común. Entonces dijimos que "la independencia personal no está reñida con el establecimiento de una relación de pareja continuada, la toma de decisiones de forma separada en muchos aspectos de la vida -y para muestra el régimen económico de separación de bienes en el matrimonio catalán-, no impide una relación afectiva continuada, pública, exclusiva y excluyente que implique esa relación convivencial semejante a la marital, aunque no se comparta un único domicilio, porque hoy en día junto al matrimonio o relación de convivencia estándar o al uso en la tradición española, existen otros modelos, en el que los miembros de la pareja están distanciados en domicilios diferentes y con encuentros puntuales, con o sin voluntad de descendencia, por diversas causas entre otras las laborales, pero incorporando las obligaciones de ayuda y respeto mutuo, con convivencia intermitente pero con la voluntad de socorrerse en caso de ser necesario, y eso en definitiva configuran el conjunto de deberes y derechos que constituye el matrimonio o la situación convivencia equivalente, como es el caso de la demandada y el Sr. Segismundo.

Y ello no queda desvirtuado por la única prueba en contra que se ha aportado: los registros administrativos de empadronamiento, uno en DIRECCION002 y otra en DIRECCION000, cuyo mantenimiento separado puede responder a muchos otros motivos distintos de la inexistencia de esa relación quasi marital.

EFECTO DE LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Como estableció la sentencia del Tribunal Supremo 453/2018 de 18 de julio, cuya doctrina también se recoge en la STS de 17 de diciembre de 2019: "Resulta evidente que la causa de extinción consistente en contraer nuevo matrimonio habrá de producir su efecto desde que este hecho se produce, con independencia de la fecha en que -conocida dicha situación- se interpone la demanda y se dicta sentencia decidiendo sobre la extinción". Ninguna razón existe para concluir que la solución adoptada por la Audiencia en el caso presente, llevando los efectos de la extinción a la fecha de presentación de la demanda, suponga una solución no acorde con el espíritu de la norma pues se ha podido determinar que la situación de convivencia que ha dado lugar a la extinción existía desde el año 2004 -más de diez años antes de la interposición de la demanda- por lo que carece de sentido prolongar más allá del ejercicio del derecho por el demandante la existencia de la obligación de pago de la pensión, cuya extinción podía haberse producido en la práctica mucho tiempo atrás. La razón de ser de la pensión compensatoria está en relación con la comunidad de disfrute entre dos personas -unidas por matrimonio- de una determinada posición económica, lo que da lugar a que -extinguido el vínculo- deba ser compensado aquel de los cónyuges que sufre un desequilibrio perjudicial respecto de la situación en que se encontraba vigente el matrimonio; compensación que se extinguirá cuando esa comunidad de disfrute de instaura de nuevo con otra persona". Y esta doctrina es aplicable a la convivencia marital, por lo que en abstracto sí existiría justificación, sino legal, sí doctrinal para como excepción a lo dispuesto en el art. 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acordar la retroacción de efectos.

Ahora bien, en el caso del matrimonio existe una fecha fija determinante de la extinción por haber pasado la acreedora a constituir la comunidad de vida con otra persona en la fecha en que se contrae

matrimonio. Cuando no se tiene esa certeza del momento en que se inicia la relación more uxorio y es necesario la práctica de prueba para acreditar dicha convivencia no pueden los efectos constitutivos de la extinción de la obligación sólo pueden producirse desde la sentencia que así lo establece. En consecuencia, procede estimar en este punto el recurso formulado.

La esposa trabajó de manera continuada durante todo el matrimonio, aunque con un sueldo inferior al del esposo

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2020

La esposa ha trabajado de manera continuada prácticamente durante toda la duración del matrimonio aunque sus ingresos sean inferiores a los que percibe su ex cónyuge y, no siendo la pensión compensatoria un mecanismo igualador de economías y por ello, de los diferentes salarios que pudieran percibir, la concesión de la pensión resulta improcedente.

Frente a la sentencia de instancia que fija un sistema de custodia compartida del hijo menor de la pareja de 14 en la actualidad sin fijación de pensión y no da lugar a la pensión compensatoria solicitada por la esposa a cargo del esposo, impugna la apelante dichos pronunciamientos.

La juez a quo entiende que la posible desigualdad que pudiera concurrir entre la situación económica de uno y otro progenitor para atender al menor en debida forma con el establecimiento de una proporción distinta de contribución a las necesidades del menor, se suple con el abono a cargo del padre del 75% de los gastos extraordinarios y por la madre del 25% restante. Además, estima la magistrada que no es el matrimonio la causa del desequilibrio económico entre los cónyuges sino la preparación profesional de cada uno de ellos.

…Por último, se denuncia por la apelante la infracción y errónea valoración de los parámetros del artículo 97 del Código Civil en relación a la no concesión de la pensión compensatoria temporal solicitada en la sentencia de instancia.

Y la Sala, analizada la prueba practicada y el conjunto de las actuaciones, entiende que no asiste la razón en este punto a la apelante.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2019 hace alusión a la sentencia 434/2011, de 22 de junio que declaró que el reconocimiento de la compensación por desequilibrio a favor de la esposa no puede descansar en la constatación de la situación de desigualdad económica con respecto a su marido, porque no es su función permitir al cónyuge más desfavorecido seguir disfrutando de un nivel económico similar al que llevaba durante la etapa de normalidad conyugal, dado que el nivel de vida que el matrimonio adquirió quiebra necesariamente con la ruptura. Posteriormente, la sentencia 713/2015, de 16 de diciembre - con cita de las anteriores de 10 de febrero de 2005, 5 de noviembre de 2008, 10 de marzo de 2009 y 4 de diciembre de 2012 - declaró que “no resulta indiferente cuando ambos cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que éste tenga su origen en sus diferentes condiciones personales y familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por éste”.

En definitiva, de acuerdo con esta doctrina la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como “cualquier otra circunstancia relevante”, de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el art. 97 CC.

Y en el caso de autos, aparece claro que la esposa ha trabajado de manera continuada prácticamente durante toda la duración del matrimonio aunque sus ingresos sean inferiores a los que percibe su ex cónyuge y, no siendo la pensión compensatoria un mecanismo igualador de economías y por ello, de los diferentes salarios que pudieran percibir, la concesión de una pensión compensatoria por desequilibrio económico resulta improcedente.

La residencia del menor en Bélgica impide que los tribunales españoles sean competentes para la modificación de medidas

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2020

A fecha de interposición de la demanda de modificación de medidas, la menor tenía su residencia habitual en Bélgica, por lo que los tribunales españoles no tenían competencia judicial internacional, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento nº 2201/2003 del Consejo, en cuyo artículo 8 se establece que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. Los tribunales españoles perdieron la competencia judicial internacional por el transcurso de tres meses desde el dictado de la sentencia cuya modificación se pretende.

Se interpone por la representación procesal de D.ª Salome recurso de apelación contra el auto de fecha 16 de marzo de 2020 en el que se acordaba el archivo de las actuaciones ante la falta de jurisdicción del Juzgado para conocer de la modificación de medidas definitivas presentada por la recurrente contra D. Lázaro por corresponder la misma a los Tribunales de Bélgica.

Es preciso analizar los antecedentes para la resolución de esta alzada. Con fecha 9 de mayo de 2019 la hoy recurrente presenta demanda de modificación de medidas de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Móstoles de fecha 1 de octubre de 2009 que homologó el acuerdo alcanzado entre los litigantes, otorgando la custodia de la hija común al padre, fijando su residencia habitual en Bélgica, donde reside desde entonces. En dicha demanda se solicitaba la modificación de custodia de la hija María Rosario, nacida el NUM000 de 1984, a favor de la madre, alegando que el padre no la estaba tratando bien.

Repartida dicha demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Móstoles, por auto de fecha 7 de junio de 2019 se acuerda la inhibición a favor del juzgado de Primera Instancia nº 4 de dicha localidad, que por auto de fecha 19 de septiembre de 2019 mantiene que la competencia para conocer de la demanda de modificación de medidas corresponde al Juzgado de Primera Instancia nº 8, y plantea cuestión de competencia por reparto.

Por auto de fecha 9 de octubre de 2019, el Juzgado de Primera Instancia nº 8 declara la incompetencia funcional para conocer del procedimiento, remitiendo los autos a la Audiencia Provincial de Madrid planteando cuestión de competencia.

Por auto de fecha 16 de marzo de 2020, tras dar audiencia a las partes, acuerda archivar las actuaciones por falta de competencia judicial internacional.

Frente a dicha resolución se alza la recurrente alegando que el Juzgado de Primera Instancia nº 4 es el competente de conformidad con lo dispuesto en el art. 775 de la LEC, al haber dictado las medidas cuya modificación se interesa.

Con independencia de la lamentable situación generada por las disputas entre los Juzgados de Móstoles, lo cierto es que a fecha de la demanda, la menor tenía su residencia habitual en Bélgica, por lo que los tribunales españoles no tenían competencia judicial internacional para conocer de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el

Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, en cuyo artículo 8 se establece que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional. Los tribunales españoles perdieron la competencia judicial internacional por el transcurso de tres meses desde el dictado de la sentencia cuya modificación se pretende. En este sentido, el art. 9 del R. UE 2201/2003 establece en el artículo 9 que cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, como excepción al artículo 8, durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre el derecho de visita continúa residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.

En consecuencia, una vez repartida la demanda, la falta de competencia judicial internacional de los Tribunales Españoles debió ser valorada de oficio, con carácter previo al análisis de la competencia objetiva y/o funcional de conformidad con lo dispuesto en los arts. 38 y 39 de la LEC. Examinada la demanda, en caso de que exista un elemento de extranjería y si el Letrado de la Administración de Justicia entendiese que no debe admitirse por falta de jurisdicción o competencia del Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 404 de la LEC, dará cuenta al Tribunal para que resuelva sobre la admisión.

Inadmisión de la demanda interpuesta por la abuela solicitando la adopción de medidas paterno filiales

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 14 DE MAYO DE 2020

Se inadmite a trámite la demanda de adopción de medidas paterno filiales al considerase que la abuela del menor carece de legitimación activa para ejercitar la acción pretendida, pues aunque ampare su derecho en el tenor literal del art. 103 CC, obvia que dicho precepto se limita a contemplar una medida excepcional dentro del seno de un procedimiento instado y seguido entre los progenitores, únicos legitimados para ello. Para que pueda otorgarse a la abuela la tutela sobre el menor es preciso que previamente se suspenda o prive en el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores.

Impugna la demandante, D.ª Natalia, el auto de fecha 16 de septiembre de 2019 por el que el Juzgado a quo resuelve la inadmisión a trámite la demanda presentada por la procuradora Sra. Morante Mudarra en su nombre y representación en la que solicita que se le atribuya la guarda y custodia de su nieto José Pedro, nacido el NUM000 de 2012, hijo de Soledad y de Isidoro, a la sazón, hijo de la demandante.

El auto apelado inadmite a trámite la demanda considerando que la demandante, abuela del menor, “carece de legitimación activa para ejercitar la acción pretendida que no es sino el establecimiento de medidas paterno filiales respecto de su nieto (guarda y custodia, patria potestad, visitas y pensión), amparando su derecho en el tenor literal del art. 103 CC, pero obviando que dicho precepto se limita a contemplar una medida excepcional dentro del seno de un procedimiento instado y seguido entre los progenitores, únicos legitimados para ello, al tratarse de medidas derivadas de la nulidad, separación o divorcio, y como se desprende igualmente del art. 748.4 LEC que habla de controversias entre progenitores, no siendo por tanto ésta la vía para obtener el pronunciamiento pretendido, sobre todo cuando pretende que se le atribuya la patria potestad sobre un menor, ejercicio que tan solo puede corresponder a sus progenitores, a tenor del art. 154 CC, sin perjuicio de los supues-

tos contemplados en el art. 170 del CC, que no es la acción instada en la presente demanda. A ello debe añadirse que las sentencias citadas en la demanda en apoyo de su derecho se fundan bien en la institución de la guarda de hecho del art. 225.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, bien se adopta dentro del seno de una demanda de privación de la patria potestad".

Se interpone recurso de apelación alegando la infracción de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil, considerando a la abuela legitimada para instar dicho procedimiento, así como el art. 103 del Código Civil. Igualmente alega infracción de la jurisprudencia que otorga legitimación activa a personas de la familia extensa del menor para solicitar la privación de la patria potestad, citando a tal efecto la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal supremo de 24 de abril del 2000. El Ministerio Fiscal interesa la confirmación de la resolución apelada por considerar que es plenamente conforme a Derecho, " toda vez que en la demanda no se solicitó en ningún momento una atribución temporal de la guarda fundada en el artículo 158 CC sino que se pretendía que se le atribuyera a la abuela paterna demandante la custodia del menor indefinidamente y a través de un procedimiento de relaciones paterno filiales frente a los progenitores, careciendo de legitimación activa para ejercitar dicha acción".

Los motivos de apelación alegados por la recurrente deben ser desestimados. De un lado, la demanda rectora de los presentes autos se limita a solicitar la guarda y custodia del menor a favor de su abuela, no solicitándose la privación de la patria potestad, por lo que la resolución apelada no incurre en vulneración de la jurisprudencia que cita, ya que la demanda no solicita la atribución de la guarda y custodia tras privar de la patria potestad a los progenitores conforme al artículo 170 del Código Civil.

Para que pueda otorgarse a la abuela la tutela sobre el menor es preciso que previamente se suspenda o prive en el ejercicio de la patria potestad a ambos progenitores. No es posible tutelar a un menor que está sometido a patria potestad y no ha sido declarado en situación de desamparo (artículo 222 del Código Civil). Y no es posible declarar al niño en situación de desamparo porque se halla precisamente al cuidado de su abuela, y por lo tanto debidamente protegido (artículo 172.1.2 del Código Civil). En conclusión, la suspensión de la patria potestad o la privación de la misma son presupuesto previo e ineludible para la atribución de la guarda y custodia y la tutela del menor.

Conforme a lo expuesto, el recurso ha de ser desestimado, ya que no cabe ordenar la admisión de la demanda en los términos pretendidos por la parte apelante.

Rendición de cuenta corriente y caducidad de la acción

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2020

No es procedente que el juzgado aprecie la caducidad de la acción ejecutiva en la que el padre solicita que se requiera a la madre para que hiciese rendición de la cuenta corriente en la que se han ido ingresando las ayudas que percibe por su invalidez la hija común de los litigantes, y ello a fin de conocer los ingresos y gastos realizados en la misma por la madre al ser la administradora de la referida cuenta. Aunque hayan transcurrido más de cinco años desde que se dictó la sentencia de divorcio, debe tenerse en cuenta que el pronunciamiento que ahora se ejecuta no es de cumplimiento único, sino de cumplimiento sucesivo.

En la sentencia de divorcio de fecha 18 de junio de 2012 se mantuvieron las mismas medidas que acordaron las partes en el convenio de separación, convenio en el que se dispuso que la ayuda que percibía la hija por importe de 6.000 pesetas se ingresarían en una cuenta corriente a nombre de la hija y sólo podría ser utilizada de mutuo acuerdo por ambos progenitores.

La sentencia de dictada en el procedimiento de divorcio fue parcialmente revocada por la sentencia dictada en el rollo de apelación de fecha 18 de junio de 2012. En esta sentencia se dispuso que se abriera una cuenta conjunta que sería administrada por la madre, y se hacía referencia a que era la madre quien administraba también las ayudas sociales de la hija.

Las resoluciones judiciales deben ejecutarse en sus propios términos tal y como establece el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su apartado segundo. Por tanto debe darse cumplimiento a lo acordado en la sentencia de divorcio citada, que fue complementada por la sentencia dictada en el rollo de apelación.

En primer lugar debe estimarse el recurso interpuesto en cuanto a improcedencia de la caducidad de la acción ejecutiva. La resolución recurrida aprecia de oficio la caducidad de la acción ejercitada al ser la sentencia de divorcio de fecha 18 de junio de 2012 y haberse presentado la demanda de ejecución transcurridos más de cinco años. Sin embargo debe tenerse en cuenta que el pronunciamiento que ahora se ejecuta no es de cumplimiento único, sino de cumplimiento sucesivo. El Sr. Alfredo solicita información sobre la situación de la cuenta en la que se han ido ingresando las ayudas que percibía la hija, pero no de la situación en el momento del dictado de la sentencia de divorcio sino desde entonces. La administración encargada a la madre no se limita al momento del dictado de la sentencia sino que se inicia con la sentencia. No es un pronunciamiento estático que finaliza en el momento del dictado de la sentencia sino que es un encargo de cara al futuro y por tanto de cumplimiento posterior, no pudiendo por tanto aplicarse el instituto de la caducidad a la reclamación de responsabilidad por la administración realizada.

La sentencia de divorcio dictada en primera instancia acordó mantener las medidas que se acordaron en el procedimiento de separación, y en este se acordó que la ayuda de 6000 pesetas que percibía la hija se ingresarían en una cuenta corriente a nombre de la hija, y que sólo podría ser utilizado este dinero de mutuo acuerdo por ambos progenitores. En la sentencia dictada en grado de apelación en el procedimiento de divorcio se acordó abrir una cuenta conjunta que administraría la madre y de cuyos apuntes contables debería dar cuenta al otro progenitor cada mes de enero.

El Sr. Alfredo solicitaba en su demanda de ejecución la rendición de cuentas por la administradora de la cuenta desde la sentencia de divorcio hasta el momento de presentar la demanda de ejecución y ello con el fin de conocer el estado de las cuentas de la hija y conocer los gastos e ingresos que han tenido durante este tiempo.

La sentencia dictada en grado de apelación es clara al disponer que cada mes de enero la Sra. Montserrat debía dar a conocer al Sr. Alfredo los apuntes contables, por lo que en cumplimiento de la resolución debe estimarse su petición y requerirse a la parte ejecutada a fin de que entregue al Sr. Alfredo la información de las cuentas en las que se ingresaron las ayudas que percibió la hija. Información que debe ampliarse hasta la fecha de la sentencia dictada en primera instancia puesto que la sentencia dictada en apelación sustituye a la resolución revocada.

Y es comprensible la reclamación que realiza el ejecutante. Si la cuenta está a nombre de la hija, como así se dispuso en la sentencia de separación y se confirmó en la sentencia de divorcio, y la madre es la administradora tanto de la cuenta como de las ayudas que la hija percibe, y si esta cuenta solo podía ser utilizada de mutuo acuerdo por ambos progenitores, es lógico y procedente que si el Sr. Alfredo no puede conocer el estado de la cuenta por sus propios medios pueda reclamar esta información del progenitor que ha venido administrando la cuenta. El encargo de administración debe ser transparente y su resultado debe ser conocido por el otro progenitor que igual que la Sra. Montserrat tiene la patria potestad prorrogada sobe su hija.

Debe por ello ser estimado el recurso de apelación interpuesto y declarar procedente que la parte ejecutada informe de los movimientos de la cuenta o cuentas abiertas para ingresar las ayudas económicas que percibe la hija.

Compensación de gastos de naturaleza alimenticia

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, AUTO DE 7 DE OCTUBRE DE 2020

Cabe oponer la compensación a la demanda de ejecución reclamando pensiones alimenticias, pero solo pueden compensarse créditos que tenga naturaleza alimenticia, como pueden ser los gastos extraordinarios. No cabe exigir es que el gasto extraordinario a compensar sea declarado procedente en el procedimiento previo del art. 776-4 LEC, porque ello equivaldría en realidad a denegar la posibilidad de alegar la compensación como excepción.

En la ejecución despachada en la instancia en reclamación de pensión de alimentos fijada en una orden de protección el Juzgado ha desestimado la excepción de pluspetición con la que el demandado pretendía la compensación de la suma de 146,17 euros abonados por él en exceso respecto de su obligación de pagar por mitad los gastos de comedor escolar y que por tanto eran de cuenta de la demandante. El auto de instancia ha desestimado la oposición con razonamientos no concordes con el reiterado criterio de este tribunal.

En relación con la oposición de compensación en circunstancias procesales semejantes la Sala tiene declarado:

A.- Aunque el art. 556 LEC no menciona expresamente la compensación como motivo de oposición en la ejecución por títulos judiciales, se ha venido admitiendo de manera reiterada, por entender que la compensación no es otra cosa que una modalidad de pago abreviado (ex art. 1202 y concordantes CC) y que el criterio opuesto conduce a soluciones absolutamente incompatibles con el principio de economía procesal (auto de 19 de mayo de 2005).

B.- En lo relativo concretamente a los problemas de la aplicación del instituto de la compensación a las pensiones fijadas en sentencia matrimonial, en autos de 19 de septiembre de 2002, 5 de diciembre de 2002 y 19 de junio de 2003, entre otros muchos, se ha declarado que el cónyuge acreedor de cantidades reconocidas en la sentencia no puede

compensar lo que el otro le deba con lo que él haya de pagar en concepto de alimentos para los hijos; pero no por la naturaleza de la pensión (ya que cuando están vencidas estas pensiones son compensables en los términos previstos en el art. 151-2 CC), sino porque los titulares últimos del derecho a los alimentos son los hijos, de manera que no se cumple el requisito de los arts. 1195 y 1196-1º CC de que el progenitor que en su nombre lo ejercita sea, a la par que deudor por otra causa, acreedor principal de su cónyuge por derecho propio.

C.- Así, el obstáculo expresado en el apartado anterior sólo desaparece respecto de los pagos hechos por el cónyuge deudor de la pensión para dar directa satisfacción a necesidades del mismo hijo beneficiario que tengan la naturaleza de alimentos según el art. 142 CC, siempre que la realización del gasto sea obligada y no discrecional, y que no se aprecie abuso de Derecho, mala fe u otra circunstancia análoga, ya que, en principio, el cónyuge deudor de la pensión ha de cumplir esta obligación precisamente en la forma establecida por la resolución judicial que la impone, y no puede sustituirla a su voluntad por el pago en especie (auto de 3 de julio de 2003, entre otros).

D.- Siempre que merezcan la conceptuación de alimentos, pueden ser compensados tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios, con la obvia y única diferencia de que en el primer caso todo lo pagado será compensable mientras que en el segundo la compensación no comprenderá la cuota que represente la contribución obligatoria de quien realizó el gasto. Lo que en ningún caso cabe exigir es que el gasto extraordinario a compensar sea declarado procedente en el procedimiento previo del art. 776-4 LEC, porque ello equivaldría en realidad a denegar la posibilidad de alegar la compensación como excepción, de manera que las eventuales discrepancias de las partes sobre dicho carácter habrán de ser ventiladas dentro de la misma oposición a la ejecución instada de contrario.

En el caso de autos los hechos base de la compensación y la cuantía de la misma no son controvertidos. La demandante sólo alegó al impugnar la oposición que también ella tenía derecho a reclamar lo pagado en exceso por otros conceptos, pero ni ha justificado estas alegaciones en tiempo oportuno ni menos aún ha aducido méritos para que fuera precisamente su imputación de pagos la que hubiera de prevalecer. En consecuencia es procedente la estimación de la apelación que conlleva la revocación de la condena en costas impuesta en la instancia, sin hacer pronunciamiento sobre las del recurso, todo ello en conformidad con los arts. 394, 398 y 561 de la Ley de enjuiciamiento civil.

Ejecución del acuerdo de venta de la vivienda común

AP MADRID, SEC. 24.ª, AUTO DE 10 DE JUNIO DE 2020

De lo actuado no se desprende en ningún caso la concurrencia de un incumplimiento pertinaz y reiterado por parte de la ejecutada de su obligación de realizar las gestiones necesarias para conseguir la venta de la vivienda, sino un conflicto o falta de entendimiento con el ejecutante en relación a la manera de conseguir tal fin. En este sentido, el juez a quo razona en el Auto recurrido que, en caso de persistir las partes en esa falta de entendimiento, podrían tener que acudir a un proceso declarativo para conseguir el fin pretendido de enajenar la vivienda.

Por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Móstoles se dictó Auto en fecha 26 de julio de 2.018 acordando estimar íntegramente la oposición a la ejecución formulada por la representación procesal de la ejecutada Doña Teresa contra el Auto de 29 de enero de 2.018 que acordó despachar ejecución contra la misma a instancia de la representación procesal de Don Juan Enrique requiriendo a la ejecutada a fin de que diera cumplimiento a la obligación de hacer contraída en el convenio regulador de los efectos del divorcio en lo relativo a la venta de la vivienda que fuera familiar, razonándose en el Auto como de lo actuado no resultaba acreditado el incumplimiento denunciado por la parte ejecutante, así como no ser la ejecución el cauce adecuado para obtener el resultado que dicha parte

pretendía.

Frente a tal resolución la parte ejecutante interpone recurso de apelación alegando como primer motivo de recurso, la adecuación del procedimiento de ejecución iniciado por su parte y como segundo motivo de recurso falta de concreción y error en la valoración de la prueba.

La parte ejecutada-apelada se opone al recurso mostrándose plenamente conforme con la resolución recurrida.

Comparte la Sala la valoración probatoria sostenida por el juez a quo toda vez que de lo actuado no resulta la existencia de prueba alguna clara y objetiva que permita tener acreditado que la ejecutada Doña Teresa haya venido incumpliendo de manera deliberada y voluntaria la obligación contenida en el Convenio Regulador de los efectos del divorcio cuya ejecución se pretende, desprendiéndose, por el contrario, de los escritos presentados por las partes así como de los correos electrónicos cruzados entre las mismas aportados por el ejecutante y la ejecutada, la existencia de una discrepancia entre ambos en relación al modo de llevar a cabo la venta de la vivienda que fuera familiar tal y como se razona por el Juez a quo, sin que de su contenido resulte suficientemente acreditado una falta de voluntad por parte de la ejecutada de proceder a su cumplimiento. Veamos.

Así, por Don Juan Enrique se solicitó se despachara ejecución contra Doña Teresa al objeto de requerirla para que en lo sucesivo se abstuviera de impedir el cumplimiento de las medidas establecidas en la estipulación quinta del convenio regulador de los efectos del divorcio aprobado judicial por sentencia dictada en fecha 23 de noviembre de 2.015 y tal efecto permitiera y facilitara el acceso a la vivienda que había constituido el hogar familiar a los agentes inmobiliarios que acudieran a la misma con posibles compradores, requiriéndola igualmente para la realización de cuantas actuaciones fueran necesarias para la venta del citado inmueble. Razonaba el ejecutante que, con incumplimiento de la referida cláusula, la ejecutada había impedido a las diferentes inmobiliarias a quienes les habían encomendado la venta de la vivienda que realizaran las actuaciones necesarias para ello no facilitando el acceso a la vivienda de posibles compradores, conducta que estaba imposibilitando la venta tal y como ambas partes habían concertado en el convenio regulador.

Por su parte, Doña Teresa se opuso a la ejecución contra ella despachada negando haber desarrollado comportamiento alguno obstruccionista para la venta de la vivienda controvertida, siendo que, no obstante, no aceptaba por su parte que la enajenación se llevara a cabo por medio de una inmobiliaria, siendo su voluntad gestionar la venta de manera privada, con particulares, ahorrándose así, en beneficio de ambos, los honorarios que necesariamente habría que satisfacer a la entidad que llevara a cabo la venta.

Siendo las expuestas las posiciones de las partes, estima íntegramente el Juzgador “a quo” la oposición formulada por la ejecutada razonando no haber resultado acreditado el incumplimiento denunciado por el ejecutante, sino desacuerdos entre ambos, siendo que, en caso de no conseguir llegar a un acuerdo, la obligación de hacer contenida en el título ejecutivo no podría hacerse efectiva a través de un procedimiento de ejecución.

Discrepa el apelante del razonamiento del Juzgador “a quo” y reitera la petición efectuada en la primera instancia y que se ha transcrito en líneas precedentes. Alega, en suma, la parte apelante como primer motivo de recurso la adecuación del procedimiento de ejecución al fin pretendido pues, en caso de no haber sido así se hubiera denegado el despacho de ejecución por lo que, razona, no resulta admisible la apreciación contenida en el auto recurrido relativa a la posible inadecuación del procedimiento. Como segundo motivo de recurso se alega por el recurrente error en la apreciación de la prueba en que dice incurre el juzgador de instancia realizando para fundar dicho motivo una valoración subjetiva y distinta de la efectuada por aquel de las pruebas practicadas para concluir afirmación como de la valoración que defiende resulta ser la correcta resulta acreditado un incumplimiento por parte de la ejecutada de su obligación de realizar las gestiones necesarias para la venta de la vivienda familiar.

Para la resolución de los motivos de recurso debemos partir de la doctrina jurisprudencial existente, emanada de nuestro Tribunal Supremo, constante y pacífica desde diciembre de 1988 que dice “la ejecución de cualquier resolución judicial ha de acomodarse a los términos que se desprenden de la literalidad de su parte dispositiva de manera que el desarrollo de su ejecutabilidad no debe originar ningún problema interpretativo”.

En este sentido la sentencia de esta Audiencia Provincial AP Madrid, Sec. 22ª, 12/2013, de 18 de enero, razona “...es conveniente con carácter previo puntualizar que la ejecución de las sentencias y demás resoluciones ejecutivas, como ya ha señalado esta Sala en anteriores y numerosas ocasiones, ha de dirigirse estrictamente al cumplimiento de lo dispuesto en las mismas, es decir, a dar cumpli-

miento íntegro al contenido del título judicial, realizándose los actos ejecutivos necesarios para obtener la satisfacción del acreedor, y por tanto a que se cumplan en sus propios términos, sin incurrir en excesos por extensión, y desde luego, siempre y cuando el condenado no haya procedido a su cumplimiento voluntario, en tal sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1.988 nos dice que:

"Este Tribunal ha tenido ya ocasión de afirmar en varias ocasiones (entre otras, SSTC 32/1982 de 7 junio, 67/1984 de 7 junio, 109/1984 de 26 noviembre y 176/1985 de 17 diciembre) que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende también el derecho a que el fallo judicial se cumpla, habiendo configurado la ejecución de las resoluciones judiciales firmes como un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al art. 24.1 CE "

... Las sentencias judiciales deben ejecutarse en sus propios términos, so pena de vulnerar el principio de invariabilidad de las resoluciones firmes. De forma reiterada el Tribunal Constitucional viene declarando que tal principio integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto asegura a quienes son partes del proceso, que las resoluciones judiciales dictadas en el seno de este, no puedan ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello. Por tanto, el contenido y los límites de la actividad ejecutiva vienen señalados por la resolución judicial, sin que se pueda traspasar el exacto ámbito de la condena, debiendo ajustarse exactamente a las declaraciones que ésta contenga, cumpliéndolas puntualmente en toda su integridad, sin ampliar ni reducir sus límites ni hacer declaraciones contrarias o no comprendidas en ella."

Aplicando todo lo anterior al caso que nos ocupa esta Sala, tras la lectura detallada de la cláusula quinta del convenio regulador de los efectos del divorcio cuya ejecución se pretende no ha encontrado en su redacción obligación alguna contraída entre las partes de realizar la venta de la vivienda a que ambos se comprometían únicamente y exclusivamente por medio de una agencia inmobiliaria. Cierto es que esa posibilidad de conseguir la venta tampoco consta excluida en la redacción de la cláusula pues en tal sentido debe interpretarse el último párrafo del apartado A) donde consta expresamente " De igual forma, los gastos que se produzcan como consecuencia de la venta de la vivienda, incluidos los gastos derivados de la cancelación registral de las hipotecas, honorarios de la inmobiliaria....." redacción, por tanto, de la que podemos concluir en primer lugar, que las partes consideraron la posibilidad de realizar la venta a través de una inmobiliaria y, en segundo lugar, que no pactaron que dicha posibilidad de venta fuera la única posible pues nada consta al respecto, de lo que debe colegirse como del párrafo trascrito únicamente podemos concluir la voluntad manifestada por las partes relativa a que en el supuesto de formalizarse la venta con la intermediación de una inmobiliaria ambos cónyuges asumirían el importe que les " incumbiera " tal y como expresamente hicieron constar.

Partiendo de lo anterior, del análisis de la documental obrante en autos y, en particular, del contenido de los correos electrónicos aportados por las partes no comparte esta Sala la interpretación que de los mismos efectúa la parte ejecutante/apelante al no desprenderse, en contra de lo razonado por el apelante, una conducta obstruccionista por parte de la ejecutada Sra. Teresa para alcanzar la venta de la vivienda, sino una disconformidad por su parte surgida durante el proceso de venta a que la misma se formalizara con la intervención de una inmobiliaria y ello por motivos económicos con la exclusiva finalidad de evitar que el precio de venta se viera mermado con el porcentaje que necesariamente cobraría una inmobiliaria tal y como se desprende del contenido del correo aportado por las partes como documento nº 8 en el que la Sra. Teresa, tras exponer al Sr. Juan Enrique el resultado hasta entonces obtenido en el proceso de venta de la vivienda por parte de las inmobiliarias inicialmente elegidas por ambos, le comunica expresamente su negativa a continuar negociando la venta a través de una inmobiliaria, manifestándole seguidamente su voluntad de hacerlo de manera particular.

Partiendo de lo anterior esta Sala comparte con el juzgador de instancia el razonamiento que le lleva a estimar la oposición a la ejecución pues no puede valorarse como conducta obstruccionista de la ejecutada constitutiva de incumplimiento su negativa a negociar la venta a través de una agencia inmobiliaria pues, no habiendo sido pactado por las partes la exclusividad de este tipo de negociación, es claro que la voluntad manifestada por la ejecutada de llevarlo a cabo de manera particular no puede en ningún caso interpretarse como incumplimiento por su parte, pues a lo que únicamente se obligaron las partes en la ya repetida cláusula fue a la venta de la vivienda que fuera familiar y a realizar para ello las actuaciones necesarias tendentes a formalizar la venta, pero no a la forma de publicitar, tramitar y negociar la venta en cuestión.

Así las cosas, de lo actuado no se desprende en ningún caso la concurrencia de un incumplimiento

pertinaz y reiterado por parte de la ejecutada de su obligación de realizar las gestiones necesarias para conseguir la venta de la vivienda, sino un conflicto o falta de entendimiento con el ejecutante en relación a la manera de conseguir tal fin. En este sentido, el juez a quo razona en el auto recurrido que, en caso de persistir las partes en esa falta de entendimiento, podrían tener que acudir a un proceso declarativo para conseguir el fin pretendido de enajenar la vivienda, que es muy diferente a la interpretación que de tal consideración efectúa el apelante pues en ningún caso el juzgador de instancia resuelve afirmando la concurrencia en caso de autos de una inadecuación de procedimiento, sino únicamente, informa a las partes de las posibilidades que le asisten en el supuesto de que persista la falta de entendimiento entre ambas para proceder a la venta de la vivienda y ello partiendo del hecho incontrovertido ya analizado de que la única obligación asumida por las partes en el convenio regulador de los efectos del divorcio fue la de proceder a la venta de la vivienda que fuera familiar, sin que contrajeran obligación alguna en lo referente a la manera de proceder a la venta.

En su consecuencia, el recurso interpuesto no puede prosperar, debiendo confirmarse la resolución apelada.

Regímenes económicos matrimoniales

La parte ganancial de la indemnización ha sido sustituida por la cuota del bien ganancial adquirido con ella

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2020

No puede incluirse en el activo la parte ganancial de la indemnización por despido, puesto que dicha indemnización fue empleada en su totalidad en la adquisición de una licencia de taxi, la cual ha sido recogida como parte del activo de la sociedad. En consecuencia, la parte ganancial de la indemnización ha sido sustituida por la cuota del bien ganancial adquirido con ella y de acceder a las pretensiones de la esposa se incurriría en una evidente duplicidad.

La sentencia de instancia determinó el inventario de la sociedad de gananciales de los litigantes incluyendo en el pasivo “Deuda de la sociedad de gananciales a favor de don Avelino, por importe de 9.192 euros, correspondientes a la indemnización percibida por despido improcedente de la empresa …, S.L.”, decisión que es cuestionada por la Sra. Julia al pretender que se establezca que la indemnización percibida tiene el carácter de ganancial al haber sido cobrada durante el matrimonio y además haber sido empleada en la adquisición de una licencia de taxi que sí tiene tal condición, subsidiariamente solicita que se establezca en el activo de la sociedad el 36,36% correspondiente a 5.313,10 euros que percibió por tal concepto.

Como recoge la sentencia dictada en la instancia, D. Avelino estuvo trabajando para la mercantil … SL desde el 15 de noviembre de 1990, antes de contraer matrimonio, hasta el 9 de febrero de 2011, dictándose Sentencia de 17 de octubre de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Elche, (procedimiento nº 390/2011) en la que se acordaba una indemnización a su favor. La sentencia establece que, en atención a los 20 años y 2 meses trabajados, y que

la fecha de la disolución del matrimonio es el 3 de abril de 2018, la parte correspondiente a la vigencia del matrimonio será un 36,36%, y la parte privativa un 63,64%, lo que supone que 9.231,05 euros son privativos del esposo, como bien ha reconocido la sentencia de la instancia. Pero tampoco puede tener una favorable acogida la solicitud de que se incluya en el activo un crédito de la sociedad frente al Sr. Avelino por el importe correspondiente a ese 36,36% de la indemnización percibida durante de matrimonio, pues según han reconocido las partes la indemnización percibida por este fue empleada en su totalidad en la adquisición de una licencia de taxi, la cual ha sido recogida como parte del activo de la sociedad. En consecuencia, la parte ganancial de la indemnización ha sido sustituida por la cuota del bien ganancial adquirido con ella y de acceder a las pretensiones de la apelante se incurriría en una evidente duplicidad.

El negocio del marido no es ganancial

AP ALMERÍA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2020

Asiste la razón al recurrente sobre el carácter personal del negocio alejado de una estructura de empresa pues de la prueba practicada se desprende que lo que prevalece es la formación profesional de asesor del actor sobre el elemento organizativo: cuenta con un pequeño local alquilado y el auxilio de una persona, prestando un asesoramiento *intuitu personae* a sus clientes.

La primera cuestión que se plantea por el recurrente es la inclusión del negocio de asesoría de liquidación de la sociedad de gananciales.", sobre la inclusión no se ha celebrado prueba alguna mas allá las meras declaraciones, y la justifica la Juez a quo únicamente con el siguiente razonamiento: " Sin embargo, en la comparecencia celebrada en presencia de la Letrada de la Administración de Justicia, ante las manifestaciones de la parte demandada, se concedió la palabra a la parte actora, que mostró su conformidad con la inclusión en el activo del negocio de asesoría, oponiéndose a otras partidas, pero no a ésta (página segunda del acta, párrafo segundo). Las partes quedan vinculadas por lo manifestado en la mencionada comparecencia, no pudiendo después cambiar su postura en la vista, puesto que, de hecho, el artículo 809.2 de la LEC prevé la celebración de dicho acto únicamente para tratar aquellas partidas respecto de las que exista controversia. ".

Es decir el actor esta vinculado a sus propias manifestaciones, no se comparte, pese al tenor literal del acta, lo que realmente se estaba discutiendo era el mobiliario e instalaciones del negocio de asesoría aceptándose que tengan carácter ganancial estos elementos, no el negocio de asesoría en si, que esta asociado a la actividad profesional de asesor del actor. Esta interpretación es acorde con las manifestaciones del actor de incluir en el pasivo una deuda de 8.000 euros por renovación de mobiliario, no tiene sentido discutir sobre el mobiliario si se incluye la totalidad del negocio de asesoría. Además en la vista del Juicio Verbal se debatió sobre este punto, minuto 2 y siguientes de la grabación, defendiendo el letrado del actor el carácter de no ganancial del negocio de asesoría y que si lo tiene el mobiliario, debate que admitió la Juez a quo. Y que no debería haber tenido lugar, y por tanto no admitirse, si estaba aceptado en el acta de inventario que el negocio era ganancial. Dicho esto, asiste la razón al recurrente sobre el carácter personal del negocio alejado de una estructura de empresa, de la prueba se desprende que lo que prevalece es la formación profesional de asesor del actor sobre el elemento organizativo, cuenta con un pequeño local alquilado y el auxilio de una persona, prestando un asesoramiento intuitu personae a sus clientes. La STS de 10-11-17 nº 603/17, destaca: " Desde esta perspectiva quedan fuera del art. 1347.5.º CC el mero ejercicio profesional y la prestación de servicios que, aun iniciados durante la vigencia de la sociedad, no se organicen de modo semejante al de los empresarios, porque si bien durante la vigencia de la sociedad sus rendimientos son comunes, por su propia naturaleza no pueden serlo los meros servicios intelectuales o materiales de un profesional que se prestan intuitu personae.". Lo cierto es que no se ha practicado prueba de lo contrario, no se acredita una estructura y organización de empresa. Por consiguiente el

negocio de asesoría debe quedar fuera del activo de la sociedad de gananciales.

Asimismo, el negocio de actividades deportivas debe correr la misma suerte, debiendo ser excluido del activo de la sociedad. El órgano de instancia en pro de su inclusión argumenta: " Negocio de actividades deportivas: El Sr. Teodulfo asegura que el mismo pertenece a D. Alfonso, y que si se puso a su nombre fue únicamente para evitar que el hijo del matrimonio tuviese que darse de alta como autónomo. Aun cuando sea el hijo quien organiza las actividades deportivas, lo cierto es que el mismo es trabajador por cuenta ajena a tiempo parcial. El negocio figura a nombre del padre, quien es, además, titular de la cuenta bancaria vinculada al mismo; el negocio se creó, incluso, con dinero que el padre pidió prestado a algunos clientes y conocidos, y que según parece todavía debe.".

Sin embargo, aceptando las titularidades formales de la empresa y la cuenta abierta, hasta la propia madre admite que es un negocio del hijo, este ha comparecido y de forma clara y diáfana puso de manifiesto la realidad de la situación, que se encontraban en el paro y le pidió ayuda a sus padres para montar el negocio de Paint Ball, que se puso a nombre de su padre para que su contratación por cuenta ajena y a tiempo parcial fuera menos costosa para la actividad, y aprovechar el alta de autónomo del padre, manifestando de forma rotunda que no ha dado dinero alguno a su padre a cuenta del negocio, que administra y dirige únicamente él. Tampoco hay actividad probatoria que demuestre lo contrario, basando la oposición la demanda en la mera titularidad de la empresa y cuenta abierta, siendo su saldo de escasa entidad, saldo existente en la cuenta corriente de La Caixa NUM008 a fecha de la firma del convenio regulador, que ascendía a trescientos veintiocho euros (328 euros). Por lo que la cuenta referida también debe quedar fuera del activo de la sociedad.

Nulidad de la escritura de compraventa entre esposos por la existencia de dolo

AP ALICANTE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2020

La escritura pública de compraventa de participaciones sociales es nula por la existencia de dolo que ocasionó que la ex esposa prestara el consentimiento viciadamente, provocado por el que fuera su esposo mediante informaciones contables inexactas sobre el verdadero valor del patrimonio neto contable de la mercantil, que produjo en la actora como socia vendedora, pues desconocía el valor real de venta. Las prestaciones que deben devolverse las partes a tenor de la resolución contractual acordada lo es por el valor que realmente tenían las acciones y no la entrega de las propias participaciones que hoy ya carecen de valor.

La sentencia dictada en la instancia estima la demanda planteada por D.ª Nieves y declara nula la Escritura Pública de Compraventa de participaciones sociales otorgada el día 7 de enero de 2013, ante el Notario de Alicante D. Rafael Ferrer Molina, con número de protocolo 24, celebrada entre los litigantes y condena a la parte demandada, Sr. Carlos Miguel a que le haga pago a la actora de la suma de 52.139,18 euros, más los intereses legales por mora procesal del artículo 576 de la LEC, condenándole además al pago de todas las costas procesales causadas en este procedimiento.

Esta resolución recoge el allanamiento parcial que efectúa el Sr. Carlos Miguel en cuanto a la solicitud de nulidad de la compraventa de las participaciones pero, le condena a unas consecuencias que no son las pedidas y alegadas, pues el mantiene que la nulidad debe conllevar la reciproca devolución de las prestaciones reales que generó la compraventa, (devolución de acciones a cambio del precio fijado) mientras que la sentencia recoge que el importe a devolver será el que realmente tenían las acciones al momento de la venta. Decisión que es cuestionada nuevamente en esta alzada reproduciendo en la apelación los mismos términos de su oposición a la demanda.

Esta Sala comparte la fundamentación jurídica contenida en la sentencia, pues la misma es

ajustada a derecho y a la prueba practicada en la instancia. Es un hecho no cuestionado por la demandada y sobre todo teniendo en cuenta en la sentencia el allanamiento que efectúa el Sr. Carlos Miguel a las pretensiones de la demandante para que la Escritura Pública de Compraventa de participaciones sociales de fecha 07-01-2013, sea nula por la existencia de dolo que ocasionó que la Sra. Nieves prestara el consentimiento viciadamente, provocado por el que fuera comprador y su esposo mediante informaciones contables inexactas sobre el verdadero valor del patrimonio neto contable de la mercantil A. SL, que produjo en la actora como socia vendedora, pues desconocía el valor real de venta de sus 1.505 participaciones sociales haciéndolo a razón de 23,26 euros por cada participación social, lo que hace un precio total de 35.006,30 euros, cuando el valor teórico contable de cada participación social era de 51,93 euros por participación social lo que hubiera ascendido como mínimo a 78.154,65 euros , como puso mas tarde de manifiesto la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (documento 11 de la demanda).

Por tanto, en el presente recurso debe analizarse cuál es el alcance real de la declaración de nulidad que recoge la sentencia y que se dicta a tenor del allanamiento a dicho pronunciamiento que efectúa el demandado.

Es cierto que una resolución de contrato ocasiona la lógica y obligada devolución de las prestaciones, a tenor de los artículos 1303 y 1123 del Código Civil, y el horizonte que se ha de contemplar es el de que las partes vuelvan a la situación anterior del contrato, e igual se tiene que predicar de la cosa vendida. Pero a la situación previa verdadera, recogiendo el valor que deberían tener las participaciones cuando fueron vendidas, no al valor que dolorosamente les atribuyó el demandado con el ánimo de enriquecerse injustamente con la venta en contra de los intereses de la actora.

Debemos partir que el uno de abril de 2004, las partes constituyeron la sociedad A. SL y con un capital social de 3.010,00 euros, dividido en 3.010 participaciones sociales de 1,00 euro cada una de ellas, que fueron adquiridas al 50% por cada uno, siendo el objeto social de la misma, la importación, compra y venta de todos los artículos que comprende el ramo de la alimentación, perfumería, droguería, así como el comercio de los mismos, siendo nombrado administrador único de dicha mercantil el demandado Sr. Carlos Miguel. (Documento Nº 3 de la demanda). Con fecha 4 de enero de 2013, después de la separación de hecho, suscribieron el Convenio Regulador de su divorcio, que fue aprobado por Sentencia de 14 de enero de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Vicente del Raspeig. Ese mismo día, suscribieron un documento privado (documento 6 de la demanda), relativo a la liquidación de sus bienes, estipulándose entre otros extremos que se había procedido por parte de la demandante y a favor del demandado a la venta del 50% de sus participaciones sociales en escritura por lo que quedaba como único propietario de esta, transformando a la mercantil, en una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, ya faltando a la verdad pues la escritura pública de compraventa de participaciones sociales, no se firmó hasta el día 7 de enero de 2013.

Tampoco resulta desvirtuado por el demandado que, ya en trámites de divorcio el Sr. Carlos Miguel, constituyó el 23 de abril 2012 la mercantil I. SL, cuyo objeto social era “La venta mayor y menor de productos de alimentación, bebidas alcohólicas, productos cosméticos, de droguería y de papelería y material de oficina. El negocio de hostelería. El negocio inmobiliario. Las actividades de cinco deportivas y estéticas, y los servicios de comisionista intermediación a las actividades y negocios enumerados.” (documentos 10 y 12 de la demanda), apareciendo como administrador único de dicha mercantil un familiar del demandado, D. Jorge, también antiguo trabajador de A. SL, desde el 5 de octubre de 2005 hasta el día 16 de septiembre de 2009 (documentos 15 y 16 de la demandado), con sede social en el mismo local comercial que ocupaba A. SL (documentos 13 y 14 de la demanda), siendo a partir de 2012 cuando baja la actividad de la primera y surge la de la segunda, pues en tan solo un año después se redujo el importe neto de la cifra de negocios de A. SL en un 18%, y simultáneamente se incrementó el mismo importe de la cifra de negocios de I. SA en un 536,40%, y todo ello en el mismo local comercial. A. SL pasó de tener un resultado positivo a importantes pérdidas (de 12.603,49 euros, a fecha 31-12-2012, a 60.820,38 euros de perdida y por su parte I. SA, paso de tener un resultado de 0,00 euros a uno positivo de 20.497,13 euros a fecha 31-12-2013), reduciendo también el valor del Patrimonio Neto Contable de A. SL, a favor de I. SA. Por tanto como bien recoge la sentencia cabe entender que el demandado, facilitó información contable inexacta a la actora para hacerle creer a ésta y a su Letrado que la asesoraba Sr. Ovidio, que el valor de las acciones de la mercantil cuyas participaciones vendía era inferior al que realmente tenía. En consecuencia la Sala comparte las conclusiones jurídicas a que llega la sentencia de la instancia y entiende que las prestaciones que deben devolverse las partes a tenor

de la resolución contractual acordada lo es por el valor que realmente tenían las acciones en el momento de la venta, cuya cuantía no se ha visto desvirtuada por prueba alguna concluyente aportada por el demandado pues de aceptarse las tesis del recurrente la declaración de nulidad acordada nos llevaría a una situación de enriquecimiento injusto del propio demandado, pues en ese caso la actora debería devolverle a él los 35.006,30 euros que le fueron abonados por la venta de sus acciones y por su parte el Sr. Carlos Miguel devolvería las participaciones que le vendieron, las cuales carecen de valor alguno cómo se ha puesto de manifiesto anteriormente, ya que no debe olvidarse que esta situación fue provocada consciente y voluntariamente por el demandado y planeada para descapitalizar la mercantil Afro Line de la que era socia la actora y así de esta manera obtener la venta de las acciones obteniendo por ello no solo un beneficio en aquel momento, sino beneficiando a la propia sociedad que había creado en su propio beneficio. Por tanto el recurso debe ser desestimado pues el alcance de la nulidad que se ha declarado en el punto primero solo puede ser el recogido en la sentencia, cuya fundamentación como ya se ha expuesto, es plenamente compartida por la Sala así como todas las consecuencias que dicha declaración conlleva.

Protección de menores

Falta de legitimación del supuesto padre biológico para impugnar la adopción

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, AUTO DE 8 DE OCTUBRE DE 2020

Como la menor fue inscrita únicamente con la filiación materna, no constando por tanto determinada legalmente la filiación paterna no matrimonial (art. 120 CC), las peticiones al efecto dirigidas por quien dice ser el padre biológico a la Dirección General de Menores y, posteriormente, al Registro Civil, no han modificado dicha situación, dada la falta de competencia para ello tanto del órgano administrativo como el Registro Civil; no se ha acudido a la vía judicial ordinaria instando el correspondiente procedimiento en reclamación de filiación no matrimonial, por lo que no resulta posible, ni entonces ni ahora, considerarle como padre biológico de la menor, lo que a su vez determina la no aplicación respecto del mismo de la exigencia prevista en el artículo 177 del Código Civil.

Contra la resolución dictada en la instancia que acuerda la adopción de la menor Virtudes, nacida el NUM000 de 2016, a favor de las personas propuestas por la entidad pública, interpone recurso de apelación la representación procesal de Soledad, madre biológica de aquélla, alegando infracción de lo dispuesto en el artículo 177 del Código Civil, en cuanto a los asentimientos de los progenitores de la que resultaría la nulidad radical de la resolución recurrida. Se argumenta que el asentimiento negativo vincula la última decisión del Juez por cuanto los padres biológicos no han sido privados de la patria potestad mediante decisión judicial, por lo que aquéllos la siguen ostentando. El asentimiento es una conditio iuris y no tiene carácter potestativo, no pudiéndose prescindir del asentimiento de los progenitores. Se justifica la ausencia de asentimiento del progenitor paterno por no constar la filiación paterna, si bien la recurrente ha podido conocer quien es el padre biológico de la menor aunque no se haya podido determinar aquella filiación. El asentimiento negativo de la madre y la ausencia de averiguación de la filiación paterna determinan la improsperabilidad de la resolución apelada. Ter-

mina solicitando nueva resolución por la que se deje sin efecto la dictada en la primera instancia.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación por no ser necesario el asentimiento de la progenitora en el caso de autos, sin que, por otra parte, conste la determinación de la filiación paterna de la menor.

La Abogada de la Generalitat Valenciana en la representación que tiene acreditada por disposición legal, también se opuso al recurso de apelación alegando, en lo sustancial, haberse declarado a la progenitora incursa en causa de privación de patria potestad por resolución que es firme.

La Sala, examinado el contenido de las actuaciones en uso de la función revisora propia del recurso de apelación, ha de confirmar la resolución dictada en la instancia con arreglo a las consideraciones jurídicas que a continuación se exponen y por las que se da contestación al recurso de apelación (art. 465 LEC).

El artículo 177. 2 del Código Civil establece que deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (2º) los progenitores del adoptado que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa a legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por tanto, con arreglo a dicho tenor literal, no es necesario el asentimiento de los padres biológicos del menor cuando éstos se encuentren incursos en causa para la privación de la patria potestad y así se haya apreciado en procedimiento judicial contradictorio, circunstancia esta que concurre respecto de la madre biológica de la menor.

Así, obra al folio 133 y siguientes de autos la sentencia de fecha 14 de febrero de 2018 recaída en procedimiento instado por la representación de la Sra. Soledad en reclamación de necesidad de su asentimiento para la adopción de la menor, Virtudes, y en la que queda determinado que la demandante, madre biológica de la menor, se hallaba incursa en causa legal para la privación de su patria potestad, por incumplir de forma grave y reiterada sus deberes inherentes a la patria potestad respecto de la menor de conformidad con lo establecido en el artículo 154 del Código Civil, no siendo por tanto necesario su asentimiento para la adopción. Dicha resolución fue confirmada por sentencia dictada por este Tribunal en fecha 18 de julio de 2018 (R.A 542/18), que es firme. De este modo, la resolución objeto del presente recurso de apelación cumple, en cuanto al asentimiento, con lo dispuesto en lo establecido en el artículo 177.2.2º del Código Civil, por lo que no concurre al caso el supuesto de nulidad de la resolución predicado por la recurrente.

Por otra parte, no resulta de las actuaciones que la filiación paterna de la menor haya quedado determinada, y en este sentido en la sentencia dictada también por este Tribunal en fecha 21 de marzo de 2018 (R.A 253/17), -que confirmaba la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de fecha 10 de mayo de 2017, en la que se resolvía la oposición a la resolución administrativa en materia de protección de menores-, se hacía constar que la menor, Virtudes, había sido inscrita en el Registro Civil de Valencia con los solos datos de la madre, Soledad, sin circunstancia alguna referente al padre, no constando por tanto determinada legalmente la filiación paterna no matrimonial (art. 120 CC), sin que las peticiones al efecto dirigidas por el Sr. Juan Alberto a la Dirección General de Menores y, posteriormente, al Registro Civil, hubieran modificado dicha situación, dada la falta de competencia para ello tanto del órgano administrativo como el Registro Civil; tampoco ha acudido el Sr. Juan Alberto a la vía judicial ordinaria instando el correspondiente procedimiento en reclamación de filiación no matrimonial, por lo que no resulta posible, ni entonces ni ahora, considerarle como padre biológico de la menor, lo que a su vez determina la no aplicación respecto del mismo de la exigencia prevista en el artículo 177 del Código Civil.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

Demanda de desahucio por precario entre convivientes de hecho

AP ALICANTE, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2020

Se estima la demanda de desahucio por precario interpuesta por la propietaria contra quien fue su compañero sentimental durante más de 30 años. No puede equipararse, por lo tanto, los derechos del conviviente de hecho con los que la ley otorga a aquellos entre los que existe vínculo matrimonial.

Contra la sentencia recaída en primera instancia, que estimó la acción de desahucio por precario entablada por Asunción, propietaria de los inmuebles, se alza D. Rogelio solicitando su revocación, por entender que disfruta de la vivienda con título suficiente, basado en la convivencia durante más de 30 años con la titular de la misma y que es el interés más necesitado de protección en la disolución de la pareja.

En lo relativo a la inadecuación del procedimiento, por entender que se plantean en el mismo cuestiones complejas de las que no se pueden conocer en el limitado ámbito de conocimiento del procedimiento de desahucio por precario, nos debemos remitir a los acertados razonamientos de la Juzgadora de Instancia, que recoge el criterio seguido por la Jurisprudencia, tras la publicación de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000. Así, dice la Sentencia del Tribunal Supremo nº 585/2010, de 13.10.2010 (RJ 2010, 7454) indica que "el juicio de desahucio por precario es hábil para analizar la existencia o no de precario -lo que corresponde a la decisión de fondo- ya que no se configura ya en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil como un juicio especial y sumario, de "cognitio" limitada y prueba restringida sino "como un procedimiento declarativo que, aunque por razón de la materia ha de tramitarse por la normas del juicio verbal, participa de todas sus garantías de defensa, sin restricción alguna en materia de alegación y prueba, y admite en su seno el debate de toda clase de cuestiones, incluso las que se refieren al título del demandado, que podrán resolverse en él con efectos de cosa juzgada material; es más, la propia Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, corrobora con claridad esta conclusión, pues en su apartado XII, y después de relacionar los procesos de carácter sumario -cuya sentencia no produce los efectos de cosa juzgada-, añade que "La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad". Este es el criterio que se ha venido manteniendo por esta Sección 5ª, en numerosas sentencias, entre otras, de 13.1.07, 7.7.07, 7..15 que vienen a reiterar que el procedimiento de desahucio por precario, en los términos en que se regula en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 250.1.2 º), no puede merecer la consideración de juicio especial y sumario, sino que el desahucio por precario es un proceso con plenos efectos de cosa juzgada, por lo que no puede ser calificado de sumario, ni existe ninguna limitación al derecho de defensa, ni a la discusión sobre todas aquellas circunstancias que influyan en el derecho a poseer por complejo que sea, así como en el análisis del título invocado por el precarista; pues de otra forma se verían las partes imposibilitadas de volver a plantear la cuestión en un procedimiento ulterior, ex art. 222 de la LEC, en relación con el art. 447 de la misma. En consecuencia, la sentencia en él dictada tiene los efectos de la cosa juzgada; resultando ello incluso de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 ".

En cuanto al resto de las cuestiones planteadas, como esencialmente lo que se pretende es denunciar una errónea valoración de la prueba, conviene recordar que, según reiterado criterio jurisprudencial, si bien los litigantes evidentemente pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza, no pueden tratar de imponerla a los juzgadores, pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgador de instancia realiza de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la parte recurrente, función que corresponde única y exclusivamente al Juzgador y no a las partes, habiendo entendido igualmente la jurisprudencia, que el Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión.

Pero teniendo en cuenta, como recuerda la STS de 14 de octubre de 2009 que "el principio de inmediación tiene una presencia más limitada en la segunda instancia -lógicamente referida a la práctica de nuevas pruebas y celebración de vista- y el tribunal de apelación examina las actuaciones probatorias llevadas a cabo ante el Juzgado sin plena inmediación, si bien teniendo a su disposición las mismas mediante la grabación efectuada sobre su desarrollo.".

En definitiva, en la segunda instancia, cuando de valoraciones probatorias se trata, se debe comprobar que ésta aparezca suficientemente expresada en la resolución recurrida y no resulte arbitraria, injustificada o injustificable, circunstancias todas ellas que no concurren en el caso enjuiciado, donde el juzgador razona el resultado de las pruebas y aplica presunciones con argumentación suficiente y compatible con las denominadas "normas de la sana crítica", razonamientos que no pueden sino ser respetados por este Tribunal y a los que nos remitimos. Como recuerda la STS de 30 de julio de 2008 : "La doctrina jurisprudencial admite la fundamentación por remisión; así, si la resolución de primer grado es acertada, la que confirma en apelación no tiene porque repetir o reproducir los argumentos, y sólo, en aras de la economía procesal, debe corregir aquéllos que resulten necesarios (STS de 16 de octubre de 1992); una fundamentación por remisión no deja de ser motivación, ni de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva, lo que sucede cuando el Juez "ad quem" se limita a asumir en su integridad los argumentos utilizados en la sentencia apelada, sin incorporar razones jurídicas nuevas a las ya empleadas por aquélla.".

Es decir, no es que este tribunal en apelación no pueda valorar de modo completo y de forma distinta las pruebas obrantes en la causa, llegando a conclusiones contrarias a las de instancia, que sí puede, mas si el criterio del tribunal a quo es razonable y sus conclusiones vienen suficientemente respaldadas por la prueba practicada y convencen suficientemente al tribunal de alzada, cual aquí sucede, no debe acogerse el punto de vista del apelante, solucionando el conflicto de modo diferente al de instancia con otra valoración de la prueba y consecuente argumentación, aunque pueda ser igualmente razonable.

En este caso, del examen de la resolución de instancia puesta en relación con el recurso interpuesto, no se evidencia la existencia del error en la valoración de la prueba que en definitiva se pretende. Pura y simplemente se intenta sustituir tal valoración del juzgador a quo, fundada esencialmente en la prueba practicada, y consecuente argumentación y conclusiones jurídicas por otras más convenientes a los intereses de la parte recurrente.

Debemos remitirnos, por tanto, a los acertados razonamientos de la sentencia de instancia, que efectivamente recoge la Jurisprudencia dictada en el sentido de que, probado por la actora la titularidad e identidad de la finca, corresponde al demandado acreditar el título en virtud del cual posee la misma, debiendo tenerse en cuenta además, que aunque se hubiera acreditado la convivencia more uxori, ésta, por sí sola, no le confiere el amparo que la ley podría otorgar al cónyuge, como pretende el demandado (en este sentido Sentencia de esta Sección Quinta, de 30 de enero de 2008). En efecto, como recoge la STC 93/2013 de 23 de abril " Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es, por tanto, su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal, y que "se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas" (STC 47/1993, de 8 de febrero, FJ 4). Dado que la posibilidad de elegir una u otra opción -matrimonio o pareja de hecho - se encuentra íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades de elección salvo en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3 ; y 51/2011, de 14 de abril, FJ 8). El libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio, como si trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido

de consuno por éstos, "de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole" (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2). Y esa libertad, así como la paralela prohibición de interferencia en su lícito ejercicio por parte de los poderes públicos, no queda limitada a la dimensión interna, "sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ello y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio" (STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 3; y ATC 204/2003, de 16 de junio, FJ 2).

Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta. Así, el art. 1255 del Código civil plasma el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales privadas, y dispone que los contratantes pueden establecer todos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, "siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público". Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones -antes, durante y al extinguirse esa unión- conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su constricción.

La unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites, ya que supondría una contradictio in terminis, convertir en "unión de derecho" una relación estable puramente fáctica integrada por dos personas que han excluido voluntariamente acogerse a la institución matrimonial, con su correspondiente contenido imperativo de derechos y obligaciones. No es irrelevante, en este sentido, como hemos señalado en anteriores resoluciones "el dato de que la relación more uxorio se basa, precisamente, en la decisión libre y, en principio, no jurídicamente formalizada de los convivientes de mantener una relación en común que, también en principio, no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específicos entre ellos (STC 184/1990, fundamento jurídico 3)" (STC 155/1998, de 13 de julio, FJ 3)".

En este mismo sentido, de no aplicación de la normativa matrimonial, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008, al decidir sobre los bienes adquiridos durante la convivencia de hecho:

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

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

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

3º Sin embargo, no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen (Sentencia de 27 mayo 1998). La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente, la exclusión del régimen. A pesar de ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que se deduce de los hechos que se declaran probados que hubo una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos.

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

Más recientemente, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011: "... Motivo único. Inaplicación del Art. 96.3 CC, en relación con la analogía establecida en el Art. 4.1 y 4.3 CC. Se considera vulnerado el principio general de protección del conviviente de hecho. Alega las SSTS 10 marzo 1998 y 16 diciembre 1996. Opina que la crisis de la convivencia de hecho es equiparable en relación al domicilio con las crisis matrimoniales, por lo que es indiscutible que el miembro de la pareja que no sea titular de la vivienda no puede ser considerado como un simple precarista y se le deben reconocer derechos a la posesión de la vivienda. Se vulnera la línea jurisprudencial en el sentido que propugna.

El motivo se desestima. La principal razón de la desestimación del motivo reside en la STS 611/2005, de 12 septiembre, que proclama: a) "[...] que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio - STC 184/1990 y la 222/92, por todas-, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias"; b) "Por ello debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio ". Esta sentencia ha sido seguida por otras, especialmente las 160/2006, de 22 febrero ; 1048/2006, de 19 octubre y 240/2008, de 27 marzo, sentencia ésta a la que nos referimos a continuación. De acuerdo con ello, esta Sala ha abandonado algunas posturas que la citada STS 611/2005 llama "disímiles", para acogerse a la no aplicación por analogía a las parejas no casadas, de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio y del divorcio.

2º Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, únicamente si la concreta ley aplicable a la relación lo prevé, o bien ha habido un pacto entre los convivientes, se aplicará la correspondiente solución que se haya acordado. En el Código civil no existen normas reguladoras de esta situación por lo que es excluible aplicar por analogía lo establecido en el Art. 96 CC, que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio. En consecuencia, no puede alegar la recurrente que tiene un derecho a ocupar la vivienda, puesto que su situación es diversa, de acuerdo con la jurisprudencia que se ha citado.

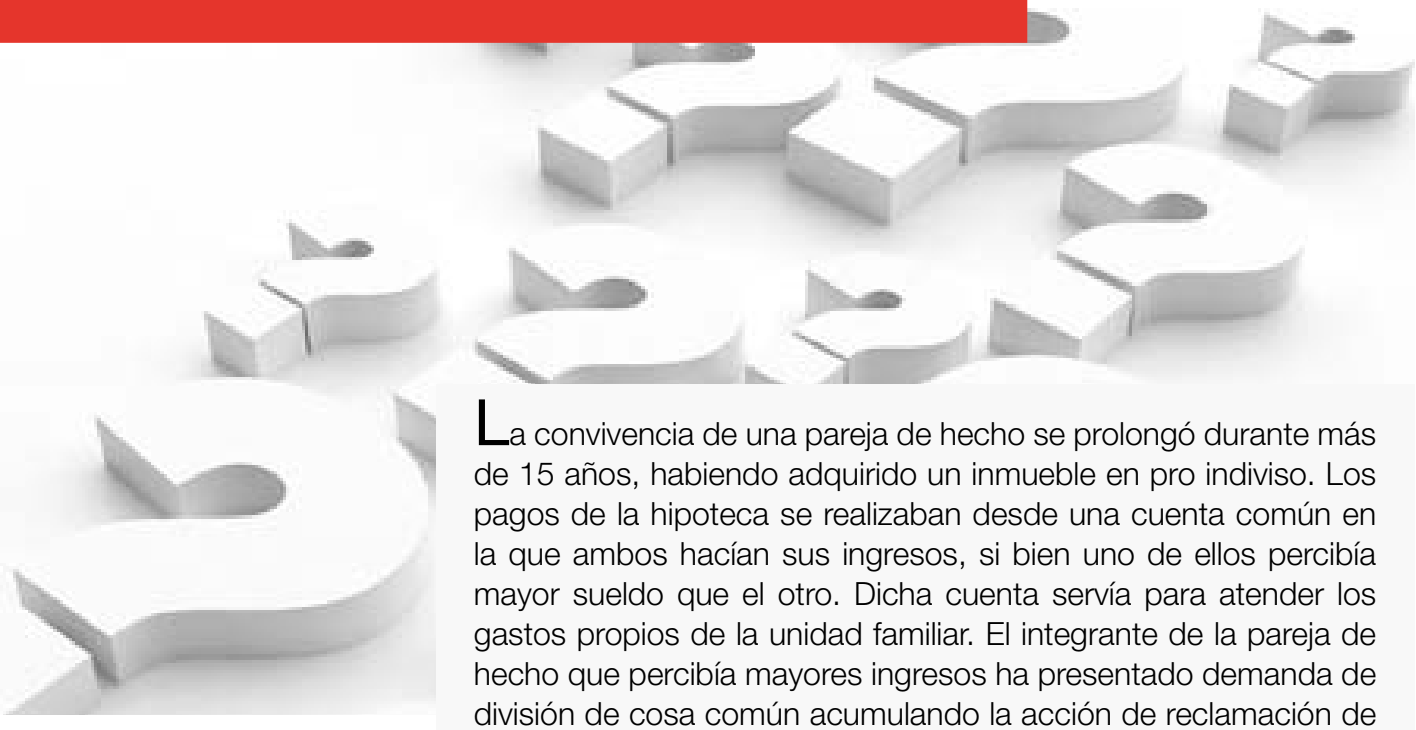
3º Antes se ha hecho referencia a la STS 240/2008, que resuelve un supuesto muy semejante, aunque la discusión se produjo entre el conviviente que ocupó el piso propiedad de su pareja premuerta y quienes pidieron la devolución fueron los herederos de ésta última. En esta sentencia se dice que "[...] no puede considerarse que el recurrente ostente ningún título que le permita mantener la posesión de la vivienda propiedad de la premuerta. No alega ningún título que justifique su posesión y le permita oponerla frente a la acción de desahucio por precario interpuesta por los titulares de la vivienda. Esta falta es determinante para el éxito de la acción ejercitada por los herederos". Esta doctrina debe aplicarse también al presente recurso.".

Tampoco debe olvidarse que la convivencia por razones sentimentales no implica que existiera una comunidad de bienes entre los convivientes (SSTS de 21/10/92, 23/7/98, 22/1/01 y 5/12/05), lo que nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario, porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que le legitimara para poseer el inmueble aquí reivindicado.

No estando, además, demostrada claramente la relación more uxorioni, en todo caso, la existencia de la comunidad de bienes sobre la vivienda en cuestión"

No puede equipararse, por lo tanto, los derechos del conviviente de hecho con los que la ley otorga a aquellos entre los que existe vínculo matrimonial, dejándose las consecuencias de dicha convivencia a la autonomía de la voluntad de aquellos que libremente deciden convivir sin contraer matrimonio. Por ello, no teniendo el demandado título alguno para ocupar la vivienda cuyo uso se le cedió en su día por la demandante, reclamada la devolución del mismo, procede acceder a dicha reclamación.

CASOS PRÁCTICOS



La convivencia de una pareja de hecho se prolongó durante más de 15 años, habiendo adquirido un inmueble en pro indiviso. Los pagos de la hipoteca se realizaban desde una cuenta común en la que ambos hacían sus ingresos, si bien uno de ellos percibía mayor sueldo que el otro. Dicha cuenta servía para atender los gastos propios de la unidad familiar. El integrante de la pareja de hecho que percibía mayores ingresos ha presentado demanda de división de cosa común acumulando la acción de reclamación de cantidad por haber aportado más cantidad para el pago de la hipoteca. ¿Puede estimarse esta última acción?

El hecho de que una pareja estable adquiera por mitades indivisas una vivienda no impide que el partícipe que hubiera realizado aportaciones superiores a las de la otra partícipe reclame el mayor valor que aportó, aunque los pagos procedan de cuentas en cotitularidad, a menos que se pruebe una donación (STS 1ª 40/2011) o salvo que se haya pactado por los convivientes una comunidad de bienes u otro sistema, lo que no se infiere sin más de la apertura de cuentas comunes (STS 1ª 416/2011).

Ahora bien, el demandante que pretende el reembolso tiene la carga de probar la propiedad de los fondos o numerario, en su caso, acreditando el tracto del dinero pues, de otro modo, no podrá demostrar “el pago hecho por uno de los deudores solidarios” a los efectos del derecho de regreso, esto es, de “reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda” (arts. 1145 CC y STS 1ª 307/2015).

En este caso, se han presentado los movimientos de una cuenta en la que hacen cargos para pagar el préstamo y multitud de otros adeudos para distintas atenciones, y donde se ingresan los sueldos mensuales de ambos convivientes. Por tanto, al existir una confusión patrimonial querida y consentida por ambos convivientes durante largo tiempo, falta la prueba de que uno de ellos abonó más cantidad que otro del préstamo hipotecario.

CONFERENCIAS ON LINE

19 DE ENERO DE 2021

LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS DE LOS HIJOS TRAS LA RUPTURA

Ponente: Paloma Abad Tejerina, abogada y vicepresidenta de la Plataforma Familia y Derecho.
Modera: Ramon Quintano Ruiz, vocal de la AEAFA y vicepresidente de la SCAF

https://www.aeafa.es/conferencias-ampliadas.php?id=34

Participación AEAFA en las Jornadas del Colegio de Abogados de Zaragoza

El pasado 22 de enero los vocales de la Junta Directiva de AEAFA, Beatriz de Pablo y Álvaro Iráizoz, fueron invitados por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza para participar en sus Jornadas sobre Derecho de Familia y Derecho de la Persona, donde tuvieron la ocasión de presentar la ponencia "Última jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones de Familia". Además, se planteó la posibilidad de que el REICAZ organice conjuntamente con AEAFA sus Jornadas sobre Derecho de Familia y Derecho de la Persona del próximo año. Os mantendremos informados acerca de esta nueva e ilusionante colaboración.

JORNADAS CENTRALES
DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA
(Presenciales)

16 y 17 de julio de 2021

Hotel Melia Castilla
MADRID

TRABAJA O HAZ LO QUE QUIERAS MIENTRAS ESCUCHAS LAS CONFERENCIAS

ACCESO A TODOS LOS AUDIOS

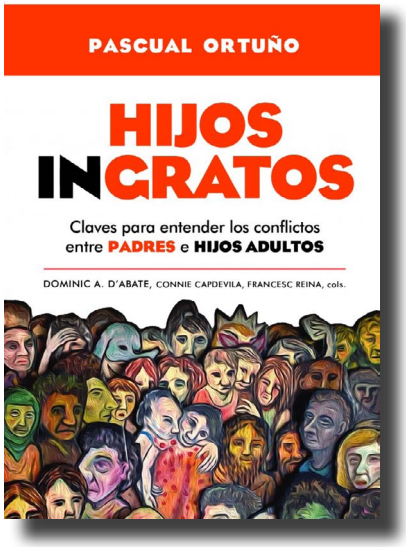
www.aeafa.es

HIJOS INGRATOS

Pascual Ortuño Muñoz

Ediciones del Azar

2020 - 240 pág.



En la sociedad de nuestros días son muchas las personas que sufren graves problemáticas con sus hijos e hijas adultos. Son conflictos silenciosos que solo anecdóticamente llegan a los tribunales. Es muy duro, es una desgracia tremenda tener que buscar un abogado para demandar a los hijos o para defenderte de sus agresiones.

Con este libro el autor ha querido hacer un reconocimiento a los padres y madres que han visto rotas sus relaciones con lo que más querían en el mundo, y una llamada a los hijos e hijas que se ven envueltos en estas tormentas para que reflexionen y comprendan que ellos también son o serán padres o madres.

Nota introductoria: ¿Por qué este libro?

1. La vuelta a casa de los hijos divorciados. 2. Opciones difíciles: la violencia de género. 3. Los hijos del divorcio: ¿víctimas o verdugos? 4. Padres abandonados: los sueños de la edad dorada. 5. La bendición de los hijos adoptivos

6. Cuando las drogas y la enfermedad mental llegan a casa. 7. El divorcio de los padres. 8. La discapacidad de los hijos. La soledad. 9. El menosprecio a los padres: castigar con los nietos. 10. Desaparecerán y nunca les darás lo suficiente. Epílogo: Problemas más allá de la muerte. Para saber más: Bibliografía y webgrafía

GESTIÓN POSITIVA DE LA RUPTURA DE PAREJA CON HIJOS

VV.AA. Coordinadora Francisca Fariña

Editorial Tirant lo Blanch

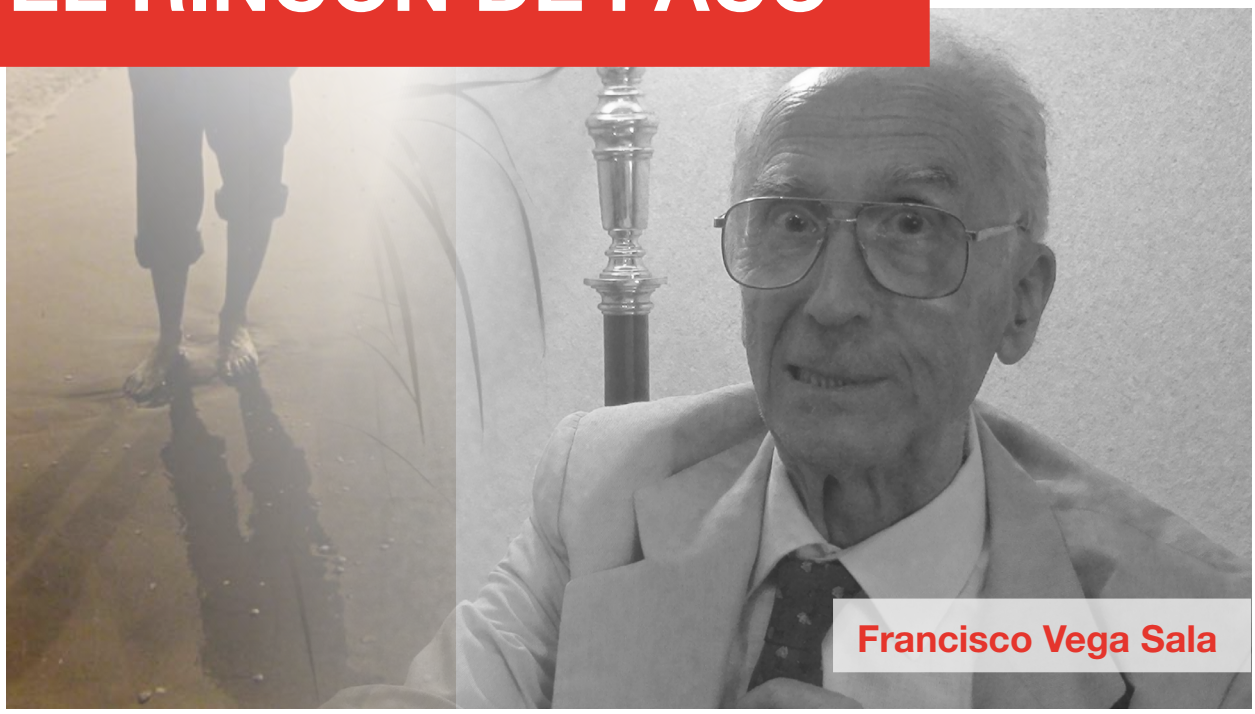
2020 - 408 pág.

En la sociedad actual muchos hijos e hijas viven la separación de sus progenitores como un factor de riesgo. Con independencia de su edad, del progenitor que en su caso haya tomado la iniciativa de la separación, o de cualquier otra circunstancia, tienen derecho a que se les garantice su bienestar y sano desarrollo. Para ello, el conocimiento acumulado desde distintas disciplinas y la investigación disponible nos ofrece respuestas eficaces y novedosas para las necesidades de estas familias.

En este sentido, este libro se dirige a los progenitores que se han separado y tienen hijos e hijas menores de edad, así como a todos los profesionales que desde diversos campos (legal, sanitario, psicológico, educativo y social) intervienen y acompañan a estas familias. De esta forma, se aborda la ruptura de pareja desde una perspectiva global, multidisciplinar y centrada en el bienestar de los hijos e hijas. En los veintiún capítulos que lo componen se analiza cómo se realiza la gestión de estos procesos desde el ámbito legal contando con la perspectiva de la abogacía de familia, decisores judiciales, fiscalía, y la psicología jurídica y forense, y el paradigma de la Justicia Terapéutica. Además, se expone como la separación puede afectar a los hijos e hijas, y los procedimientos que pueden ser utilizadas para proteger y garantizar sus derechos y bienestar, como son la mediación familiar, los puntos de encuentro familiar, la coordinación de parentalidad, la terapia forense o los programas psicoeducativos de apoyo a estas familias; algunos de ellos muy novedosos en España y en toda Iberoamérica.

En esta obra, claramente multidisciplinar, participan profesionales y académicos altamente reconocidos en su especialidad y ámbito de trabajo, lo que garantiza que la lectura de la misma resulte no solo de interés sino también instructiva y con gran capacidad de transferencia a la práctica profesional.

EL RINCÓN DE PACO



Francisco Vega Sala

CARTA ABIERTA A PASCUAL ORTUÑO

(Con motivo de su jubilación como Magistrado)

Estimado Pascual,

Cuando publicaste "Justicia sin jueces", es decir hace unos dos años largos, decidí escribir un comentario sobre el mismo, en forma de "carta abierta" que me pareció el formato más adecuado, pues, queriéndolo o no, habías abierto un espacio de debate y reflexión, lo que pasa es que, como soy más lento que un procedimiento judicial, me tienes aquí, tres años después, intentando comenzar mi "carta abierta".

Entre las notas que tenía preparadas, he encontrado el párrafo con que proyectaba empezar el comentario. Dice así: "A pesar del carácter de modesto manual para no expertos sobre los métodos alternativos de solución de conflictos, que parece quieres darle a tu libro, hay que reconocer que, sin decirlo, pero con una grandeza shakesperiana ("Juzgar o no juzgar, he aquí el problema") planteas el gran reto al que hoy se enfrenta el Derecho de familia, el de cómo se tiene que respon-

der a la problemática familiar, si hay que "juzgar" o hay que "solucionar" porque aunque no lo haces en estos términos, ni utilizas la palabra "solucionar", estás haciendo este planteamiento."

Has publicado después un segundo libro (Hijos ingratos) que es un libro importante y oportuno. Digo que es importante porque en él se acumula la experiencia, el conocimiento y la originalidad de tus treinta años dedicados al Derecho de familia, desde que el 30 de septiembre de 1991 tomaste posesión del Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Barcelona (Juzgado de Familia) (RD 1335/1991 de 5 de septiembre) y es oportuno porque, a mi entender, lo has publicado en un momento difícil del Derecho de familia, un momento, diría yo, de crisis de su identidad y contenido lo que no impide, aunque sea un contrasentido, que se esté pidiendo una jurisdicción de familia, de la que dudo que exista, o, al menos no he sabido verla, la estructura que se quiere o se necesita (es decir un proyecto original de estructura).

A mi modesto entender, no hay que confundir el Derecho de familia con las Ciencias de la familia o ¿es que no cabe preguntarse si el Derecho de familia se refiere a las relaciones jurídicas resultantes del parentesco y la Ciencia de la familia el conjunto de toda la problemática del grupo social llamado familia? El Derecho de familia es, en consecuencia, Ciencia de la familia, pero las otras ciencias de la familia, no son Derecho de familia

.Se está confundiendo Derecho de familia con Ciencias de la familia y, consecuencia de ello, en estos últimos tiempos y de forma acentuada hemos visto en los Juzgados la presencia cada vez más numerosa de profesionales vinculados por su profesión a la familia pero no a las relaciones jurídicas de la misma. El Derecho de familia es solo una de las ciencias de la familia, la de contenido jurídico, pero hay muchas otras en las que los juristas no tenemos nada que decir, como los otros profesionales no juristas no tienen nada que decir en relación al Derecho de familia ("Dad al Cesar lo que es del Cesar…").

Tu libro, "Hijos ingratos", no es un libro de Derecho de familia, pero conocedor como pocos del Derecho de familia, ni te olvidas de él ni dejas de situarlo en el lugar que le corresponde, como la Ciencia de la familia que compete a los juristas. Y así y por ello, tu libro tiene su inspiración en el conocido manual del trabajador social D'Abate "These Freaken Kids" y lo dedicas "A todos los profesionales de trabajo social, psicología de la familia y educación social, que prestan su inestimable apoyo…" pero cada uno de los doce casos que examinas no dejas de analizarlo también desde el punto de vista jurídico en epígrafe aparte que intitulas siempre "Cuestiones legales y judiciales"

Con el libro anterior das una unidad de doctrina y si me permites, y para encontrarte algún defecto, te diría que al primer libro le hubiese ido más bien el título de "Soluciones sin jueces" en lugar de "Justicia sin jueces", no vaya algún librero a colocártelo en el escaparate de Ciencia política,

BOLETÍN DE INSCRIPCIÓN

A LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA

D./D.ª .....

Fecha de nacimiento ..... NIF .....

Colegiado ejerciente n.º ..... Antigüedad del año .....

Del Ilustre Colegio de Abogados de .....

con domicilio en .....

Provincia ..... CP .....

Calle/plaza .....

Teléfono ..... Fax .....

E-mail .....

SOLICITA su admisión como socio en la Asociación Española de Abogados de Familia, declarando no estar incurso/a en ninguna de las prohibiciones o incompatibilidades establecidas en el Estatuto General de la Abogacía o en los Estatutos de la Asociación, comprometiéndose a satisfacer la cuota anual que fije la Asamblea General, así como a respetar en su integridad las normas reguladoras de la Asociación.

DOMICILIACIÓN BANCARIA

Les ruego se sirvan atender los recibos presentados para su cobro por la Asociación Española de Abogados de Familia.

Titular de la cuenta .....

Banco.....

Dirección.....

CP ..... Población.....

Cuenta BIC __ __ __ __ __ __ __ __

IBAN __ __ __ __-__ __ __ __-__ __ __ __- __ __ __ __- __ __ __ __- __ __ __ __

En a ..... de ..... de .....

Fdo: .....

.....