REVISTA
Abogados de Familia
108
ABRIL 2021

TEMA DE DEBATE

¿Hasta dónde llega el deber de información del abogado con el cliente?¿Se ha de recabar su consentimiento para presentar la demanda, contestación y otros escritos del procedimiento?

QUO VADIMUS?

La territorialidad del derecho civil autonómico a propósito de la STS 17/02/2021 y SAP Baleares 30/12/2020

EL RINCÓN DE PACO

Dad al César lo que es del César…. Y a los gitanos, ¿por qué no se les da lo suyo?

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

AEAFA

C/ Alcántara 6, Bajo Interior Centro - 28006 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

Depósito Legal M-10126-1996
ISSN 1136-8942

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

QUO VADIMUS?
Ramon Quintano Ruiz

06 Artículo Doctrinal

La territorialidad del derecho civil autonómico a propósito de la STS 89/2021 de 17 de febrero y de la SAP Baleares 529/2020, de 30 de diciembre.
Joaquín Bayo Delgado

09 Tema de Debate

¿Hasta dónde llega el deber de información del abogado con el cliente?¿Se ha de recabar su consentimiento para presentar la demanda, contestación y otros escritos del procedimiento?

17 El Supremo al día

M.ª Dolores Azaustre Garrido

27 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.

68 Casos Prácticos

69 Noticias

76 Microrrelatos

79 Novedades Bibliográficas

81 El rincón de Paco

Dad al César lo que es del César…. Y a los gitanos, ¿por qué no se les da lo suyo?

QUO VADIMUS?

A veces, tengo la ligera sensación de que estorbamos. Detecto un (sutil) movimiento tectónico que tiende a expulsarnos de la ecuación. Los ejemplos son muchos. El último, tal y como denuncia el CGAE en una recientísima nota, la no inclusión de la intervención preceptiva de abogado en el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; salvo para algunos casos excepcionales como la remoción del tutor o el curador y la extinción de poderes preventivos, y la autorización o aprobación judicial de actos patrimoniales complejos en los que el juez ordene potestativamente su intervención.

A veces, empero, pienso, también, que somos nosotros mismos los que nos limitamos. Tenemos que reivindicar más abogacía de familia (por ejemplo, ¿No defendería mejor, o, por lo menos, igual de bien, el interés del menor en un proceso de divorcio un abogado de familia que un fiscal? o ¿Qué impide que las mediaciones en un proceso de divorcio las hagan siempre abogados de familia?). Sí. Pero también tenemos que reivindicar más derecho de familia, más derecho; y actuar en consecuencia.

En su anterior rincón, nuestro querido Paco apuntó:

"*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…")".*

Estoy totalmente de acuerdo. Más derecho de familia. Más derecho.

Creo que los abogados de familia tenemos que redefinirnos.

Tengo una hermana que es médica de familia. La especialidad de los médicos de familia es saber mucho de lo suyo (medicina de familia) y bastante de lo de las demás especialidades médicas. Son los médicos que están en la primera trinchera. Los de confianza de la familia. Tienen un muy buen ojo clínico, mucha empatía, mano izquierda y habilidades psicológicas. Potencian la prevención; más que la curación (que también). Y derivan a otros médicos especialistas en otras especialidades médicas los casos que escapan a su saber por no ser de su especialidad.

En fin, lo mismo que tendríamos que hacer nosotros. Tenemos que continuar sabiendo mucho derecho de familia (rupturas, menores, discapacidad, filiación, sucesiones, violencia, etcétera) pero creo que tenemos que aprender más derecho mercantil, laboral y de la Seguridad Social, fiscal, de los seguros, internacional, etcétera. Ser más proactivos y potenciar la prevención, la previsión. Convertirnos en los abogados de confianza de la familia; desde antes del nacimiento hasta después de la muerte. Y hacer de todo; porque todo es derecho que afecta a aquella familia que confía en nosotros.

Porque, ¿qué pasará si un día a alguien se le ocurre decidir que las cuestiones relativas a los menores se resolverán sin la intervención de un abogado porque con el Ministerio Fiscal, los equipos psicosociales y las tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias del CGPJ ya hay suficiente? ¿O qué pasará si se decide que lo tiene que resolver una entidad administrativa? ¿A cuántos de nosotros, que básicamente nos dedicamos a estas cuestiones, se nos apagaría la luz?

Perdónenme el atrevimiento a modo de reflexión. Buenas noches y buena suerte.

Ramon Quintano Ruiz
Vocal de la AEAFA

La territorialidad del derecho civil autonómico a propósito de la STS 89/2021 de 17 de febrero y de la SAP Baleares 529/2020, de 30 de diciembre

Joaquín BAYO DELGADO

Abogado. Magistrado jubilado.

Quienes estamos interesados en el Derecho Internacional Privado hemos visto con gran placer la magnífica sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2021. De manera impecable y didáctica, la ponente desgrana las diferentes normas que regulan la competencia internacional y la ley aplicable en cuanto a la declaración del divorcio, la pensión compensatoria, el régimen económico matrimonial y su liquidación (en el caso específico, la compensación económica por razón del trabajo), la responsabilidad parental y los alimentos de los hijos.

Sin embargo, dos incisos donde rechaza la aplicación territorial del derecho civil catalán en este contexto merecen ser destacados. Son estos:

> *[…] a pesar de que la aplicación de la lex fori a las medidas de protección de la hija menor resultó correcta, ello sería por aplicación del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 (art. 15.1) y del art. 9.6 CC (redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).* ***No, como dijo el juzgado, por aplicación territorial del derecho civil autonómico*** *[…]*
>
> *[…] la aplicación de la norma catalana a los alimentos de la hija menor y del hijo mayor dependiente económicamente resultaría correcta,* ***pero no por la eficacia territorial de esa norma sustantiva, como se dice en las sentencias de instancia****, sino por aplicación de lo dispuesto en los arts. 3 y 4 del Protocolo el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros.*

La territorialidad del derecho civil catalán está recogida en el artículo 14.1 del Estatuto de Autonomía, que dice:

> *Las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad.*

Es decir, la territorialidad es la norma y, por razón de normas de conflicto basadas en la ley personal u otros criterios, puede no aplicarse la territorialidad. Si no se da la excepción, el derecho catalán tiene eficacia territorial. El artículo 11-3.1 del Código Civil de Cataluña reproduce el precepto estatutario. No se puede, por tanto, tildar de inconstitucional esta norma por incompetencia legislativa (cf. STC 93/2013), porque el Estatuto es una ley orgánica estatal.

Así lo entienden las sentencias de los tribunales en Cataluña, que aplican la territorialidad, como las de las dos instancias previas a la STS 89/2021, y otras (TSJ Catalunya 14-3-2019; AAP Barcelona 18-01-2021; SAP Barcelona 22-09-2020; 18-6-2020; 16-6-2020; 25-5-2020; 21-5-2020; 10-2-2020; etc.).

También el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, en su artículo 10, consagra la territorialidad, que recoge a su vez la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares en su artículo 2.1.

En cuanto al derecho foral vasco, su Ley 5/2015 dispone la eficacia territorial en el artículo 8; igual que el derecho civil gallego, según el artículo 3 de su Ley 2/2006. En defecto de previsión estatutaria, no puede invocarse la incompetencia legislativa sobre "normas de aplicación" en tanto el TC no se haya pronunciado; las leyes están vigentes.

En Aragón la norma estatutaria es inversa, con primacía de la aplicación personal según la vecindad civil aragonesa, salvo territorialidad expresa (artículo 9.2 de su Estatuto de 2007). La "ley" 16 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra ha dejado de abordar la norma de aplicación, tras la STC 93/2013.

La STS 89/2021 niega la aplicación territorial de la normativa catalana en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de NNA, pues considera que la ley catalana es aplicable en virtud del artículo 15.1 del Convenio de La Haya de 1996, al que remite el artículo 9.6 en su actual versión (que lo deja sin contenido y como mera remisión). El citado artículo 15.1 establece como aplicable la ley de la propia autoridad, que la sentencia califica acertadamente como lex fori. Cierto es que se llega por vía del Convenio (no del artículo 9.6, pues antes de su modificación estaba ya derogado materialmente por el Convenio para los supuestos internacionales), pero ¿hay mayor territorialidad que considerar lex fori a la ley del territorio donde está el tribunal? De hecho, el artículo 47.9 del Convenio (no citado en la sentencia) impone esa interpretación, al regular los supuestos de sistemas plurilegislativos de base territorial.

En cuanto a la ley aplicable a los alimentos, los artículos 3 y 4 del Protocolo de La Haya de 2007 se basan esencialmente en el criterio de residencia (salvo nacionalidad común con carácter subsidiario de último grado). Aquí también el CC en su artículo 9.7 ha dejado de tener contenido salvo meramente remisorio. También aquí la STS confirma la aplicación del derecho catalán a los alimentos (como a la pensión compensatoria) por aplicación del Protocolo de La Haya de 2007 y no por territorialidad. Pero también aquí la residencia implica territorialidad. Es más, la STS explícitamente acude a las normas del Protocolo, en ausencia de norma de conflicto interna, y concretamente acude a las normas para los sistemas jurídicos de carácter territorial; así dice:

> *El art. 16.2.a) del Protocolo, para los sistemas jurídicos no unificados de carácter territorial (como es el derecho español) establece que "para determinar la ley aplicable en virtud del Protocolo, cuando un Estado comprenda dos o más unidades territoriales cada una de las cuales tenga su propio sistema jurídico o conjunto de normas relativas a materias reguladas por el Protocolo, se aplican las siguientes normas: si en dicho Estado existen normas en vigor que determinen como aplicable a la ley de una unidad territorial, se aplicará la ley de dicha unidad".*

Obsérvese que no acude al artículo 16.1.c) ("cualquier referencia a la residencia habitual en ese estado se interpretará, en su caso, como una referencia a la residencia habitual en la unidad territorial pertinente"), que hubiera implicado territorialidad en la medida en que la residencia la implica, sino que se invoca la norma de territorialidad sin más: *si en dicho Estado existen normas en vigor que determinen como aplicable a la ley de una unidad territorial, se aplicará la ley de dicha unidad.*

Es tanto como invocar el artículo 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Debemos admitir que el supuesto del caso no dejaba otra solución (todos son franceses, sin vecindad civil, por tanto) y se debía acudir a los criterios territoriales del Convenio de La Haya de 1996 y del Protocolo de La Haya de 2007, pues el Código Civil no contiene normas específicas de conflicto interno español para la responsabilidad parental ni para los alimentos o pensiones compensatorias. En suma, es cierto que la territorialidad no debía aplicarse inmediatamente, tras designar la norma de conflicto el derecho español como aplicable, pero al final, por la propia ausencia de norma de conflicto interna y a través de las normas subsidiarias incluidas en los instrumentos internacionales, se acaba aplicando la territorialidad.

¿Qué hubiera pasado si todos fueran españoles de igual vecindad civil, residentes en Francia? El tribunal español podría ser competente según los artículos 3.1.b) y 12 del Reglamento 2201/2003, y artículo 3.c) y d) del Reglamento 4/2009 para la responsabilidad parental, alimentos y pensión compensatoria. ¿Aplicaría entonces la ley de la vecindad civil común vía los artículos sobre sistemas personales, artículo 49.a) del Convenio de La Haya de 1996 y artículo 17 del Protocolo de La Haya de 2007? Entonces habría que acudir al artículo 9.1 CC, inespecífico y obsoleto (en contra del criterio prioritario internacional de la residencia), que además debe considerarse inoperante en virtud de los siguientes apartados del mismo artículo, que mayoritariamente lo contradicen. ¿Y si cada progenitor y los hijos tuvieran distinta vecindad civil?

La exclusión de la territorialidad es un eco del criterio mayoritario de los académicos de Derecho Internacional Privado, empeñado en ignorar las previsiones estatutarias (y las de legalidad ordinaria no declaradas inconstitucionales). Hemos visto el supuesto de inexistencia de norma interna, pero ¿qué ocurre cuando la norma que hay no es aplicable al caso? Llegamos así a la SAP Baleares 529/2020, de 30 de diciembre. Se discute la validez del pacto sucesorio "con definición" del derecho balear (artículo 50 de la Compilación), celebrado entre una señora y sus dos hijos, todos ellos de nacionalidad francesa y residentes en Mallorca. Debe aplicarse Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 de julio de 2012, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.* Ese reglamento contiene la norma de conflicto (que deroga el artículo 9.8 CC en los casos internacionales) y hace aplicable el derecho español por residencia; debe, como segundo paso, determinarse cuál de los derechos españoles es aplicable. El propio artículo 50 de la Compilación Balear exige la vecindad civil balear, lo cual introduce otra complicación (¿exigencia sustantiva?). Pero no hay norma de conflicto interna para los extranjeros, que no tienen vecindad civil, de manera que el artículo 9.8 CC no puede aplicarse para el conflicto interno de leyes. La SAP Baleares 529/2020 aplica la conexión de residencia habitual para dar primacía y efecto directo al Reglamento (SSTJU 119/1984, 388/1992 y 185/2007), tras negar la aplicación del artículo 36 del Reglamento Sucesorio (para sistemas jurídicos territoriales, paralelo a los aplicados por la STS 89/2012). Creemos que el tema debe resolverse (con igual resultado) con ese artículo 36, que, en el fondo, se aplica para lograr el efecto directo del Derecho comunitario. Desde luego sí estamos de acuerdo en la revocación de la sentencia de primera instancia, donde la remisión al derecho español se hace al Código Civil estatal, que no permite el "pacto con definición". Imaginamos que esa será la línea del recurso de la Abogacía del Estado, pero eso vulnera la idea de que todas las leyes, estatales y autonómicas, están en el mismo plano, según las SSTC 156/1993 y 226/1993.

Paradójicamente, la razón básica por la que los académicos se oponen al criterio de la territorialidad es que en España hay unidad jurisdiccional, de manera que la lex fori incluye el derecho estatal y los autonómicos. Pero, ¿cómo deciden cuál de ellos aplican? Creemos que la STS 89/2021 ha dado la respuesta.

¿Hasta dónde llega el deber de información del abogado con el cliente?¿Se ha de recabar su consentimiento para presentar la demanda, contestación y otros escritos del procedimiento?

M.ª DOLORES AZAUSTRE

Abogada. Córdoba

Hace unos días leí un tweet del compañero Óscar Fernández en el que hacía referencia a una cita que decía así:

> *"¿Cómo tomas decisiones correctas? Una palabra ¿Cuál? Experiencia ¿Cómo logras experiencia? Dos palabras ¿Cuáles? Decisiones equivocadas".*

Y es que al leer el enunciado de la pregunta me ha venido a la memoria una experiencia que viví hace muchos años y que me hizo modificar mi forma de actuar respecto al deber de información y obtención del consentimiento por los clientes. Interpuse una ejecución de sentencia reclamando una cantidad por impago de pensiones. Es evidente que yo no la interpuse a mi libre albedrío, sino que la cliente requirió mis servicios profesionales para ello, me trajo la documentación, con detalle de las cantidades pagadas y adeudadas y por supuesto me

otorgó un poder. Sin embargo, cuando al exmarido le llegó la demanda entró en cólera y la señora para liberarse de culpa y justificarse ante él y los hijos, no tuvo más que decir que todo era *cosa de la Abogada*. Al enterarme de ello, la que entré en cólera fui yo y de inmediato presenté mi escrito de renuncia.

Aprendí que el mejor cliente, en cuestión de segundos, se puede convertir en tu peor enemigo. Desde entonces, mi forma de actuar es la siguiente: los escritos importantes en los que se exponen los hechos y se plantean los argumentos principales de la defensa, como la Demanda y Contestación a la Demanda, siempre los envío al cliente, habitualmente por correo electrónico, y les requiero su consentimiento expreso por la misma vía.

Si el cliente es lego en cuestiones informáticas, lo cito para leerle personalmente la demanda/contestación, y le recabo la firma en todas sus páginas. Esto también lo hago siempre en los procedimientos de Nulidad Canónica (Demanda o contestación), ya que se relatan hechos muy íntimos y de naturaleza reservada que entiendo que exigen un plus de confirmación y corroboración con el cliente.

Respecto a las resoluciones del Juzgado, en mi práctica habitual, remitimos al cliente por correo electrónico casi todas las que son importantes, como Sentencia, Auto, Diligencias de Ordenación en las que se admite o requiere prueba, etc …, no así las que tienen contenido de mero trámite o son irrelevantes.

Aun cumpliendo con dicha obligación de información, tenemos que tener claro los límites de hasta dónde el cliente tiene derecho a opinar, pues no podemos olvidar que uno de los principios rectores y valores superiores en el ejercicio de la Abogacía es la independencia, libertad, dignidad e integridad.

El próximo 1 de julio de 2.021 entra en vigor el Real Decreto 135/2.021 de 2 de marzo por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (publicado en el B.O.E. nº 71, de 24 de marzo de 2.021, sección I, página 33597), y al hilo de la pregunta que contestamos, tenemos que resaltar varias cuestiones:

- Respecto a nuestra libertad e independencia (artículo 47): son los principios rectores que deben orientar nuestro ejercicio profesional, siendo nuestra obligación realizar la defensa del asunto ateniéndonos a las exigencias técnicas y deontológicas adecuadas a la tutela jurídica del asunto.
- Respecto al deber de información a los clientes, establece el párrafo 5º del artículo 48 del Estatuto la obligación de informar sobre el estado del asunto y sobre las incidencias y resoluciones relevantes, proporcionándoles copias de los escritos que se presenten o reciban, de las resoluciones e incluso de las grabaciones, si el cliente lo requiere:

  > *"5. El profesional de la Abogacía deberá informar a su cliente acerca del estado del asunto en que esté interviniendo y sobre las incidencias y resoluciones relevantes que se produzcan. En los procedimientos administrativos y judiciales, si el cliente lo requiere, le proporcionará copia de los diferentes escritos que se presenten o reciban, de las resoluciones judiciales o administrativas que le sean notificadas y de las grabaciones de actuaciones que se hayan producido".*

- En el párrafo 4º establece también el artículo 48 la obligación de informar mediante hoja de encargo o medio equivalente, sobre los honorarios y posibles costas:

  "4. Asimismo, le informará sobre los honorarios y costes de su actuación, mediante la presentación de la hoja de encargo o medio equivalente. También le hará saber las consecuencias que puede tener una condena en costas y su cuantía aproximada".

- También en el artículo 52 se establece la obligación de poner a disposición de los clientes un número de teléfono, fax o correo, para que el cliente pueda dirigir sus reclamaciones o peticiones de información sobre el servicio prestado, con obligación de darles respuesta lo antes posible, y en todo caso, antes de un mes desde que se reciba:

  "Artículo 52. Obligaciones en materia de reclamaciones.

  1. Los Profesionales de la Abogacía pondrán a disposición de sus clientes un número de teléfono, un número de fax, una dirección de correo electrónico o una dirección postal para que estos puedan dirigir sus reclamaciones o peticiones de información sobre el servicio prestado.

  2. Los profesionales de la Abogacía deberán dar respuesta a las reclamaciones que se presenten en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de un mes contado desde que se hayan recibido".

En definitiva, la claridad y transparencia nos proporcionan una mayor tranquilidad y seguridad en el ejercicio de nuestra profesión, evitando así sorpresas y las manidas "*yo no sabía nada*" o "*es cosa de la Abogada*".

JOSÉ LUIS CEMBRANO
Abogado. Madrid

Para mí es indudable; desde el principio hasta el final.

En cuanto a las actuaciones judiciales debe trasladarse al cliente todo. También lo de mero trámite para que sepa el momento en el que se halla su procedimiento.

En cuanto a las gestiones o intentos extrajudiciales, se le debe dar información; y bajo ningún concepto dar traslado de los ficheros generados por otra parte.

En algunos casos, si hay provocación o propuestas previas, también hay que informar al cliente, contando con su opinión, y trasladarle copia de la documentación generada.

En derecho de familia más aún; porque hay cuestiones muy personales que deben pasar por el tamiz del interesado con el fin de que este no se vea sorprendido sobre interpretaciones, filósofo expresiones que considere fuera de lugar y puedan empeorar la relación familiar.

En definitiva, hay que facilitarle toda esa información con los siguientes fines esenciales:

- Que conozca la marcha y evolución del pleito.
- Que conozca en qué ha consistido y está consistiendo nuestro trabajo.

- Que pueda realizar en cualquier momento una segunda opinión con otro profesional.
- Que, si decide cambiar de abogado, disponga de todo lo necesario sin situaciones incómodas para nuestro cliente.

Y que, por nuestra parte, contemos con su colaboración y beneplácito en cuestiones muy personales que pueden ser objeto de malentendidos o perjuicio para las relaciones familiares.

Al menos eso es lo que yo vengo haciendo desde siempre.

ÁLVARO IRÁIZOZ

Abogado. Madrid

El deber de información del abogado con su cliente aparece en el artículo 42 del Estatuto General de la Abogacía Española (art. 48 del texto que entrará en vigor el próximo 1 de julio), así como en el artículo 12 del Código Deontológico.

De estos textos no se deduce que sea preceptiva la necesidad de recabar el consentimiento del cliente para presentar la demanda, contestación y otros escritos del procedimiento. Por otro lado, creo lógico que la aceptación y firma de una hoja de encargo profesional por parte del cliente faculta al letrado a desempeñar todas aquellas actuaciones necesarias para llevar a buen fin el encargo encomendado, incluida la presentación de escritos de toda índole.

En este sentido, me resultaría redundante y, además, poco práctico, que una vez firmada la hoja de encargo profesional el abogado deba recabar el consentimiento de su cliente para cualquier actuación que tuviera que realizar en el curso del proceso. Como si un cirujano debiera informar al paciente en el transcurso de la operación acerca de cada paso que va dando y además recabar su consentimiento. Sería absurdo. En nuestro caso, potencialmente muy problemático si el cliente, además, decidiera no prestar este consentimiento para la presentación, por ejemplo, de un escrito sujeto a un plazo. Por otro lado, ¿debería ser un consentimiento expreso, como en la ley del "sólo sí es sí" impulsada por la ministra Montero, o bastaría un consentimiento tácito? El problema estaría servido.

No obstante lo anterior, lo que sí me parece prudente es que dado el carácter íntimo y personal de los asuntos propios del derecho de Familia, el abogado, *motu propio*, sí informe al cliente del contenido del escrito de demanda o contestación, o del recurso de apelación, etc., es decir, que con carácter previo a su presentación se le comuniquen los escritos más relevantes y decisivos para que el cliente exprese sus comentarios o sugerencias, si las tiene, o para que, directamente, preste su conformidad.

No hacerlo, a mi juicio, no constituirá una infracción del deber de información ni será causa de responsabilidad pero creo que haciéndolo no sólo se cumple con este deber de información más allá de lo exigido por la norma sino que ello coadyuva a la diligente defensa del asunto que nos han encomendado.

M.ª DOLORES LÓPEZ-MUELAS
Abogada. Murcia

El encargo de servicios al abogado por su cliente es normalmente, tal y como establece el TS, un arrendamiento de servicios, por lo que el abogado asume una obligación de medios y ha de desplegar sus actividades con la debida diligencia, actuando según lo pactado, cumpliendo con el máximo celo la misión que se le ha encomendado y siempre teniendo en cuenta las exigencias deontológicas, técnicas e incluso morales adecuadas a cada caso, actuando conforme a su *lex artis*.

La relación entre el cliente y el abogado se fundamenta en la confianza y por ello se exige una conducta al mismo profesional, íntegra, honrada, leal, veraz y diligente.

La obligación de información se incluye entre las derivadas del deber de fidelidad del abogado con su cliente.

Es por ello, una obligación del abogado el deber de informar adecuadamente al cliente tanto previamente a un litigio como posteriormente durante la vigencia de la relación contractual, así como en el momento de la extinción de la misma.

El abogado debe informar al cliente, de forma absolutamente comprensible para el mismo, de si sus pretensiones son fundadas o no, posibilidades razonables de éxito, medios de defensa, el coste de los mismos etc..

Y asimismo, durante la sustanciación del proceso, el abogado debe mantener suficientemente informado de la marcha del procedimiento a su cliente, dándole traslado de todas las actuaciones más importantes, y de la conveniencia o no de presentar recursos, así como de las decisiones que el propio abogado vaya adoptando que puedan tener una repercusión directa en el cliente.

Todo ello debe de compaginarse con la independencia del abogado en el ejercicio de su profesión constituyendo para este un derecho y un deber. El abogado tiene el derecho y el deber de preservar su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios o ajenos. Por ello, ha de mantener su independencia frente a posibles presiones externas incluso de su propio cliente, por lo que puede rechazar instrucciones que van en contra de sus propios criterios profesionales que pretendan imponerle, pudiendo cesar en la defensa del mismo si considera que no puede actuar con total independencia.

Por tanto, aunque la obligación de información ha ido aumentando progresivamente por el TS ya que se intenta que el abogado haga todo lo posible para conseguir que el cliente resulte efectivamente informado, ello no implica que se requiera el consentimiento expreso para cada una de las actuaciones procesales que ha de realizar el abogado una vez que se ha contratado los servicios del mismo, pero SI para las actuaciones más importantes como puede ser la interposición de recursos, demandas, o contestaciones, consentimiento que se entiende ya se ha obtenido en el contrato de prestación de servicios celebrado entre el abogado y el cliente donde se especifica el objeto del contrato.

Por último, puesto que la información ha de ser completa, comprensible, objetiva, cierta y continuada (Crespo Mora) ello implica que la información ha de ser especialmente intensa y detallada cuando se quiera poner en práctica una estrategia jurídica nueva y el abogado ha de asegurarse de que el cliente entiende los riesgos de la misma, ya que de lo contrario se podría derivar responsabilidad civil del abogado por la omisión o la prestación defectuosa o incorrecta de la información sí de ello se derivan consecuencias dañosas para el cliente.

JORGE MARFIL

Abogado. Madrid

En contestación a la pregunta estimo que el deber de información del abogado con el cliente, antes de la aceptación de un asunto, comprende en poner en su conocimiento el previsible resultado de sus pretensiones, sus consecuencias económicas y el importe de sus honorarios.

El abogado necesita el consentimiento para la presentación de la demanda o de la contestación, aprobación que se entiende otorgada al aceptar el encargo del asunto.

Precisará la conformidad para aquellos actos que supongan una terminación anormal del procedimiento, tales como desistimiento del proceso por cualquier causa, allanamiento, acuerdos entre las partes, etc.

Igualmente se requiere el asentimiento para recurrir de aquellas resoluciones que pongan fin a la diligenciación del asunto y causen perjuicio a la parte.

Los demás actos derivados de la tramitación ordinaria del procedimiento no exigen para su cumplimiento la transigencia del cliente.

Mª MERCÈ MIRA

Abogada. Barcelona

Para mi el deber de información es imprescindible, pues la relación cliente/abogado se basa en la mutua confianza.

El cliente, no sólo debe de estar informado en todo momento del desarrollo del procedimiento, si no conocer los escritos que se presentan.

Por ello, yo antes de presentar al Juzgado una demanda o una contestación, se la envío al cliente, no sólo para su conocimiento y recabar su consentimiento, si no para que haga sus: aportaciones, concreciones, correcciones….

Yo remito al cliente todos los escritos, por tanto también los de trámite, recursos (revisión, reposición, apelación), para su constancia y conocimiento".

Mª JOSÉ SÁNCHEZ

Abogada. Valladolid

El cliente tiene que estar informado por parte de su Abogado-a de los aspectos relevantes y significativos, tanto judiciales como extrajudiciales que afecten al procedimiento que ha sido objeto de encargo.

Ello no significa que, las cuestiones de mero trámite en el normal desarrollo de nuestro trabajo, deban ser, con carácter obligatorio, comunicadas al cliente.

Sin embargo, entiendo que hay otras cuestiones sobre las cuales es obligatorio proporcionar información al cliente, tales como, por ejemplo: la prueba a proponer en un procedimiento; el contenido de una Sentencia; el resultado de una negociación en una reunión con un compañero o compañera….

Los abogados y abogadas debemos explicar con claridad a los

clientes el contenido de nuestro trabajo y la forma en la que lo vamos a desarrollar, debiéndoles hacer saber que una de las consecuencias del encargo realizado se concreta en la libertad de desarrollo del mismo por cada profesional. Pero, asumiendo, por nuestra parte la obligación de informar al cliente sobre los aspectos relevantes que nos sean requeridos, siempre que los mismos afecten a su asunto.

Considero innecesario recabar el consentimiento del cliente para presentar la demanda, contestación y otros escritos habituales que hay que realizar a lo largo de un procedimiento. Pues, entiendo, que dicho consentimiento está ya prestado en el propio encargo que nos ha sido realizado.

Es recomendable dejar concretado dicho consentimiento en la Hoja de Encargo que debemos elaborar inicialmente, antes de iniciar el procedimiento, pues la misma va a tener una doble finalidad. Por un lado, para la percepción de nuestros honorarios profesionales; y por otro, la de acreditar expresamente el consentimiento del cliente para llevar a efecto el procedimiento objeto de encargo y consecuente realizar los escritos pertinentes y necesarios.

Únicamente, considero que habría que recabar el consentimiento del cliente, una vez encargado un procedimiento, para llevar a efecto un escrito dentro del propio procedimiento, que supusiera tanto un coste, como un trabajo adicional al inicialmente encargado y no previsto, como pudiera ser, por ejemplo, la interposición de un recurso de reposición; Y también, en el supuesto de la conveniencia de iniciar otro procedimiento distinto al inicialmente encargado que se derive del mismo o que tenga relación directa con el mismo.

Considero que la mejor forma de recabar dicho consentimiento es, elaborando una nueva Hoja de encargo en la que se concrete esa nueva actuación judicial o extrajudicial, la que lógicamente deberá ser suscrita por el cliente y por el abogado o abogada.

RAMÓN TAMBORERO
Abogado. Barcelona

Uno de los problemas más frecuentes que en el ejercicio de la profesión he venido detectando, y cada vez con mayor frecuencia, es la queja de clientes (en particular cuando en medio de cualquier fase procesal de su proceso ya iniciado pretenden cambiar de dirección Letrada), en cuanto al desconocimiento de lo que su hasta entonces abogado, había hecho, en qué fase del proceso estaba, o no conocer los argumentos en los que se había apoyado una Demanda, Contestación o Reconvención.

Es una práctica forense por parte de algunos abogados (creo que muy pocos), al menos desde mi punto de vista, totalmente equivocada y que provoca no pocos errores, en ocasiones lamentables, por la información erróneamente interpretada que nos pueda dar el cliente, o nosotros no hayamos sabido entender o comprender.

Soy de la opinión que al cliente hay que mantenerle informado de todas las actuaciones que se deriven y produzcan en su proceso judicial. De todas sin excepción.

Tema diferente es el consentimiento del cliente para determinados

trámites judiciales.

Es evidente que para un trámite ordinario del curso del procedimiento no será preciso ese consentimiento, pero sí informar al cliente que se ha producido algún movimiento procesal a fin de que compruebe el devenir de su proceso y conocer sus movimientos en todo caso.

No concibo presentar una demanda sin el consentimiento del cliente así como el conocimiento exhaustivo del contenido de la misma. Es más, de cara a cualquier problema posterior siempre creo que resulta aconsejable el que nos firme un reconocimiento de que es conocedor del contenido del escrito (demanda, contestación, reconvención, posible Recurso de Apelación) y de esta forma nunca podrá el cliente sostener o esgrimir que no se le informó de lo que presentamos en el Juzgado.

Obviamente, los meros escritos de trámite no veo necesidad de comunicárselos, o incluso solicitar su autorización para su presentación.

FRANCISCO VEGA
Abogado. Barcelona

No creo que exista un deber de información “normatilizable”. Dependerá de las entendederas del cliente. Hay algunos clientes con los cuales puedes comentar y discutir todos los detalles del pleito, pero con otros no puedes comentar nada porque no lo entienden o son cerrados. Nuestro deber, entiendo, consiste en defender los intereses de nuestro cliente según nuestro leal saber y entender y este “nuestro leal saber y entender” es el que nos marcará la amplitud y características de la información que debemos proporcionar al cliente.

EL SUPREMO AL DÍA

M.ª Dolores Azaustre Garrido

TS

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2020
STS 3635/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3635
Nº de Recurso: 2209/2018
Ponente: Excma. Sra. D.ª María de los Ángeles Parra Lucán

El mero ingreso en una cuenta de titularidad compartida no convierte en ganancial a la indemnización privativa. El saldo existente en el momento del divorcio tiene carácter privativo, ya que los ingresos de carácter ganancial que se hicieron en la cuenta se utilizaron para atender las cargas del matrimonio.

En el caso, son hechos probados o no discutidos por las partes que entre enero de 1993 y marzo de 1994, el Sr. Román cobró varias sumas de dinero en concepto de indemnización por las lesiones sufridas en un accidente de tráfico en 1991. Tanto las partes como las dos sentencias de instancia reconocen el carácter privativo de la indemnización (equivalentes a 241.860,15 euros).

El mero ingreso en una cuenta de titularidad compartida no convierte en ganancial a la indemnización privativa. Con carácter general, es doctrina de la sala que los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente a la originaria procedencia de los fondos o numerario de que se nutre la cuenta para determinar la titularidad dominical de los fondos, siendo quien lo invoque quien debe probar el ánimo liberal (sentencias 534/2018, de 28 de septiembre, 83/2013, de 15 de febrero, y 1090/1995, de 19 de diciembre, con cita de

otras). Tampoco en las relaciones entre cónyuges, aunque estén sometidos al régimen de gananciales, se presume el ánimo liberal por el hecho de que se confunda el dinero privativo con el dinero poseído conjuntamente ni se presume que el dinero privativo se aporta como ganancial (sentencia 657/2019, de 11 de diciembre, con cita de otras anteriores).

A ello debe añadirse que, en la lógica en la que se basa la regulación de la materia, es razonable imputar a los gananciales los gastos originados durante los años de convivencia matrimonial. En efecto, aunque también los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas (art. 1318 CC), en la relación interna entre los patrimonios conyugales la ley pone a cargo de la sociedad de gananciales los gastos de sostenimiento de la familia (art. 1362 CC). Puesto que, en el caso, la suma empleada para la adquisición de la vivienda y el saldo de la cuenta en el momento de la disolución no alcanza el importe de la indemnización privativa percibida por el Sr. Román, se colige sin dificultad que el saldo es el resto que queda de aquella indemnización y que son los frutos comunes los consumidos en hacer frente a las cargas del matrimonio. A estos efectos es decisivo que el recurrente ha reiterado, y no ha sido negado por la recurrida, que desde la celebración del matrimonio en abril de 1993 los únicos ingresos percibidos por los cónyuges han sido la pensión por la invalidez permanente absoluta que le fue declarada al Sr. Román como consecuencia del accidente sufrido, así como los rendimientos obtenidos por las inversiones realizadas con el dinero percibido por la indemnización. Debemos concluir que, como sostiene el recurrente, el saldo de la cuenta bancaria no se corresponde con los frutos, que habrían sido consumidos y, por tanto, no debe incluirse en el activo del inventario.

Por todo ello, el motivo tercero del recurso de casación se estima, con la consecuencia de declarar que no forma parte del activo de la sociedad de gananciales que rigió el matrimonio de D.ª Carlota y D. Román el saldo de la cuenta ahorro de la entidad BBVA n.º NUM004 a fecha 23 de mayo de 2014.

TS

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2020
STS 3635/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3635
Nº de Recurso: 2209/2018
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Derecho de reembolso del dinero privativo (procedente de una indemnización por accidente de tráfico) invertido en la adquisición de un bien ganancial, aunque no se hiciera reserva del reembolso.

Resulta probado que el Sr. Román cobró una indemnización como consecuencia de las graves lesiones sufridas en un accidente de tráfico en 1991 cuando tenía veinte años, y a la que tanto las partes como las dos sentencias de instancia le reconocen el carácter privativo. Resulta igualmente probado, a la vista de la documental aportada, que la primera cantidad pagada por la aseguradora en concepto de indemnización por el Sr. Román en enero de 1993, antes de contraer matrimonio, se ingresó en una cuenta de la que era titular junto con su madre en la Caja de Ahorros de Sevilla 5.290.000 pesetas) y las dos cantidades percibidas después de un procedimiento judicial, en concepto de indemnización e intereses, se ingresaron, una en una cuenta del Central Hispano igualmente de titularidad del Sr. Román y su madre (15.191.372 pesetas en febrero de 1994) y otra en una cuenta del BBVA en la que, además de los anteriores, era titular la Sra. Carlota (19.760.695 pesetas en marzo de 1994). Cuando el Sr. Román firma el documento privado de compraventa de la vivienda de Matalascañas el 25 de julio de 1998 paga en efec-

tivo 3.000.000 pesetas que se retiraron de una cuenta en Argentaria de la que eran titulares el Sr. Román y su madre y en la que unos meses antes se había hecho un ingreso de 4.000.000 pesetas de la cuenta del Central Hispano. El resto del precio de la vivienda (11.500.000 pesetas) fue abonado también al contado cuando se otorgó la escritura el 17 de noviembre de 1998 mediante cheque expedido por el BBVA contra la mencionada cuenta abierta en esa entidad y con cargo al dinero ingresado por un préstamo garantizado por las participaciones del fondo de inversión suscrito en esa cuenta de modo que, cuando en julio de 1999 se reembolsa el fondo, se cancela el préstamo.

En atención a que no constan otros ingresos de los esposos distintos de los rendimientos financieros obtenidos del dinero percibido como indemnización por el Sr. Román y una pensión por invalidez que empezó a cobrar el Sr. Román en 1997 por un importe de 381,80 euros, esta sala llega a la conclusión de que tanto los 4.000.000 pesetas entregados cuando firmó el documento privado como los 11.500.000 pesetas entregados cuando se otorgó la escritura pública procedían de la indemnización cobrada por el Sr. Román por las lesiones sufridas como consecuencia de un accidente de circulación y que, como se ha dicho, es privativa.

En consecuencia, procede reconocer, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1358 y 1398.3.ª CC y la doctrina de la sala, que debe incluirse en el pasivo del inventario un crédito a favor del Sr. Román por el precio actualizado pagado en la adquisición de la vivienda de Matalascañas.

TS

SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2020

STS 3631/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3631
Nº de Recurso: 1408/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

En el régimen de separación de bienes, el cónyuge no comerciante que avaló una póliza de negociación de efectos mercantiles, y que no dio su consentimiento expreso al ejercicio del comercio del otro cónyuge, aunque conociesen su actividad, tienen la condición de consumidor a afectos de poder determinar si la cláusula de afianzamiento es o no abusiva.

En cuanto a sus cónyuges, hasta ahora no nos habíamos pronunciado sobre supuestos en que el régimen económico matrimonial no fuera el de gananciales, sino el de separación de bienes.

En este caso, los cónyuges estaban casados en régimen de separación legal de bienes conforme a la legislación civil catalana, por lo que resulta de aplicación el art. 232-1 de la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña (CCC), relativo a la persona y la familia, que establece: “En el régimen de separación de bienes, cada cónyuge tiene la propiedad, el goce, la administración y la libre disposición de todos sus bienes, con los límites establecidos por la ley”.

Solo en el caso de que hubieran acordado un pacto de supervivencia, el art. 231-17.1 CCC, prevé que: “El acreedor de uno de los cónyuges puede solicitar el embargo sobre la parte que el deudor tiene en los bienes adquiridos con pacto de supervivencia”.

3.- Los arts. 6 a 12 del Código de Comercio (CCom) regulan el régimen económico del matrimonio en el que al menos uno de los cónyu-

ges sea comerciante (empresario). Son normas pensadas para regímenes de comunidad, pero que no se limitan a ellos, ya que algunas pueden aplicarse a regímenes de separación, acordados conforme al Código Civil o a las legislaciones civiles autonómicas. De este modo, la normativa mercantil se solapa con la normativa civil, con la particularidad en el caso de Comunidades Autónomas con Derecho civil propio de que la legislación mercantil es competencia estatal - art. 149.1.6º CE -.

Según el Tribunal Constitucional, la competencia exclusiva del Estado sobre la "legislación mercantil", entendida como uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado (STC 133/1997, de 16 de julio) y se deriva de la unicidad del orden económico nacional, prevista en la CE.

4.- En lo que se refiere al contenido de esta competencia estatal en materia mercantil, el Tribunal Constitucional afirma que abarca los siguientes aspectos:

(i) la actividad libre del empresario mercantil (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 275/2000, de 16 de noviembre; y 26/2012, de 1 de marzo); (ii) la condición de comerciante, la capacidad para el ejercicio del comercio (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; y 225/1993, de 8 de julio); (iii) las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 14/1986, de 31 de enero; 96/1996, de 30 mayo; 133/1997, de 16 de julio; y 26/2012, de 1 de marzo); (iv) el contenido necesario de los derechos y las obligaciones a que el ejercicio de la actividad de los empresarios puede dar lugar (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 275/2000, de 16 de noviembre; y 26/2012, de 1 de marzo); (v) el contenido contractual de la operación mercantil (STC 157/2004, de 21 de septiembre); (vi) las condiciones generales de contratación (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; 225/1993, de 8 de julio; y 26/2012, de 1 de marzo); (vii) las modalidades de contratos, la delimitación de su contenido típico y las condiciones de validez de los contratos privados (SSTC 62/1991, de 22 de marzo); (viii) el Derecho de sociedades (STC 14/1986, de 31 de enero).

5.- Conforme a esta doctrina constitucional, la competencia estatal exclusiva sobre legislación mercantil ampara la existencia de una normativa estatal sobre régimen económico matrimonial específica cuando uno de los cónyuges es comerciante, pues el concepto constitucional de legislación mercantil incluye la regulación del concepto de comerciante, su capacidad y su régimen de responsabilidad frente a terceros.

De ello, se colige, a los efectos del caso que nos ocupa, que, en primer lugar, se aplican los arts. 6 a 12 CCom, con preferencia a las normas del Código Civil de Cataluña, que serán supletorias del Código de Comercio. No obstante, esta supletoriedad es de gran relevancia para la aplicación de tales arts. 6 y 9 CCom, en caso de régimen de separación de bienes, en cuanto que influyen en la determinación de qué bienes son propios del empresario comerciante y quedan sujetos a las resultas del comercio, y cuáles son bienes propios de su cónyuge, por lo que, para quedar vinculados, se requerirá el consentimiento expreso de este.

En lo que respecta a los bienes comunes, no son aplicables las presunciones de los arts. 7 y 8 CCom, en cuanto que están previstas para regímenes de comunidad, donde existe una comunidad de tipo germánico de los bienes gananciales. Cuando el régimen es el de separación de bienes catalán, los bienes en común lo son en comunidad tipo romana, por lo que, para vincularlos íntegramente a las resultas del comercio (en cuanto a la mitad indivisa del cónyuge no comerciante) es necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Es decir, no bastaría el simple conocimiento al que se refiere la Audiencia Provincial, sino que se requeriría consentimiento expreso inscrito en el Registro Mercantil, a tenor del art. 11 CCom.

6.- Conforme a todo lo expuesto, a falta de prueba sobre el consentimiento expreso de los cónyuges en separación de bienes para el ejercicio del comercio por sus respectivos cónyuges, no cabe negarles la condición legal de consumidores.

TS

SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2020

STS 3805/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3805
Nº de Recurso: 2038/2018
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Se desestima la demanda de desahucio por precario interpuesta por el suegro frente a su nuera, ya que sobre la parcela propiedad de aquél se edificó una construcción con dinero ganancial. El art. 361 CC no atribuye automáticamente la propiedad de lo construido al dueño del suelo, sino que la supedita al ejercicio de la opción y al pago de la indemnización calculada conforme a los criterios de los arts. 453 y 454 CC.

Como bien advirtió la sentencia recurrida, la demandada no ha hecho valer un derecho de crédito de la sociedad de gananciales contra el demandante por la construcción en el suelo de su propiedad, sino solo la existencia de un título para oponerse al desahucio por precario pretendido, y tal título existe y deriva de la contribución a la construcción de la vivienda en el suelo del demandante.

Cuando la posesión es simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario, de modo que el disfrute o simple tenencia de la cosa lo es sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, hay precario, y la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño (sentencias 134/2017, de 28 de febrero, 300/2015, de 28 mayo, y 1022/2005 de 26 diciembre, entre otras).

Pero, en el caso, la situación por la que la demandada ocupaba junto a su marido la vivienda construida sobre la finca del demandante no era la propia de una precarista, ni por tanto puede calificarse como tal el uso que siguió haciendo después de la crisis conyugal. La demandada no disfruta de la posesión por la simple cesión de quien se dice propietario de la vivienda y no se puede negar la inversión en su construcción de la demandada y su marido.

El juzgado consideró probado que la demandante, junto con su esposo, sufragó gastos de construcción de la vivienda y la sentencia recurrida, al negar el derecho de retención en el ámbito del art. 361 CC, lo dio por supuesto. Esta sala, una vez estimado el recurso de casación y asumida la instancia, confirma la valoración del juzgado, pues a la vista de las facturas que constan a nombre de la demandada y su marido y de los albaranes de entrega en el lugar donde se encuentra la finca litigiosa, hay que concluir que contribuyeron a los costes de realización de la vivienda. La buena fe no puede negarse porque supieran que la finca no les pertenecía si las obras se hicieron, como dice el juzgado, con anuencia de la propiedad.

En definitiva, se hace patente en este juicio que la cuestión que debe ventilarse no es meramente posesoria, sino que afecta a la titularidad dominical, lo que descarta la situación de precario.

vi) En aras de dar respuesta a las cuestiones planteadas por el demandante conviene aclarar que la jurisprudencia que invoca, y en la que se apoyó la sentencia recurrida para estimar su recurso de apelación, trata de supuestos en los que no se aplicó el art. 361 CC.

Ahora, en su escrito de oposición al recurso de casación, el demandante-apelante invoca la sentencia 123/2018, de 7 de marzo. La doctrina de esta sentencia (que también es citada por la recurrente) tampoco favorece al demandante. En un caso en el que se realizan obras de conservación y mejora sobre el inmueble cedido, la mencionada sentencia reiteró la jurisprudencia que niega al precarista un derecho de retención en atención a los gastos realizados sobre la cosa poseída a título de precario como título para evitar un desahucio. La sentencia se cuidó

de precisar las razones por las que en el caso que resolvía no se aplicaba el criterio de la jurisprudencia que aplica el art. 361 CC. En definitiva, se ocupa de un supuesto fáctico distinto al que aquí se trata.

Finalmente, con el fin de evitar confusiones, esta sala quiere precisar que el supuesto que da origen a este recurso también es diferente del abordado por una jurisprudencia reiterada sobre la cesión gratuita de vivienda y su calificación como precario, por lo que no la contradice. En efecto, existe una jurisprudencia consolidada de esta sala de la que resulta que, cuando un tercero -frecuentemente en la práctica los padres de uno de los miembros de una pareja, casada o no- cede gratuitamente el uso de una vivienda para que sirva a su uso genérico de vivienda, para cubrir la necesidad de alojamiento de esa unidad familiar, sin fijar un plazo determinado ni un uso específico al que deba destinarse, no hay comodato (cfr. art. 1750 CC) sino precario, lo que permite recuperar la vivienda cuando cesa el único título que justificaba la posesión de sus ocupantes, la voluntad de quien cedió el uso (art. 250.1.2.ª LEC). La situación de precario no puede cambiar por la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja en caso de crisis matrimonial. En consecuencia, debe prosperar la acción de desahucio por precario cuando "la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial" (sentencias 910/2008, de 2 octubre, 1025/2008, de 29 de octubre, 1034/2008 y 1036/2008, de 30 de octubre, 1077/2008, de 13 de noviembre, 1078/2008, de 14 de noviembre, 299/2011, de 30 abril, entre otras).

TS

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2020

STS 4001/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4001
Nº Recurso: 2740/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

El término "cónyuge" que se contiene dentro de los beneficiarios en una póliza de accidentes, se identifica con el de "pareja de hecho", pues el asegurado no estaba casado y llevaba conviviendo como pareja de hecho inscrita catorce años antes de la producción del siniestro.

En este caso, el asegurado y la demandante no contrajeron matrimonio, pero convivían more uxorio, como una esposa y un esposo, desde el año 2001; es decir 14 años antes de la producción del siniestro asegurado.

En el ejercicio de su libertad personal la actora y su desafortunada pareja decidieron constituir una unidad de relación afectivo-sexual, de carácter estable, sin llegar a formalizarla en matrimonio y, al cumplir los requisitos establecidos en la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco, se inscribieron como tales en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma, desde noviembre de 2003.

Con tan concluyente acto jurídico expresaron su intención inequívoca de vivir juntos, constituir una comunidad de vida, con el elenco de derechos que le confería la mentada normativa, fundamentalmente de naturaleza jurídico pública, pero también relativos al acogimiento y adopción de menores, incluso sucesorios y otros, pero lógicamente con sujeción al régimen dispositivo derivado de la doctrina del Tribunal

Constitucional (STC 93/2013, de 23 de abril).

Al adherirse al contrato de seguro, el asegurado aceptó las condiciones de la póliza y, entre ellas, la preferencia del cónyuge como beneficiario de la indemnización objeto de cobertura para el caso de fallecimiento con preferencia sobre los padres.

Es cierto que, literalmente, cónyuge es la persona que se encuentra unida a otra en matrimonio, y, en este caso, la actora y el asegurado no lo habían contraído, pero del acto de adhesión a la póliza por el finado, aceptando el orden de preferencia entre los beneficiarios, al no hallarse casado, pero sí unido more uxorio, con carácter estable, en armoniosa convivencia, durante años e inscrito en el Registro autonómico, permite deducir su intención de atribuir la condición de beneficiaria a la que fue su pareja, sin que ello quepa considerarlo como expresión de una falta de cariño o afecto a sus progenitores igualmente demandantes, sino favorecer la posición jurídica de la que fue su compañera de vida y con la que compartió su existencia como manifestación del libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE). Una cosa es adoptar una decisión de no contraer matrimonio y vivir como un matrimonio bajo una relación more uxorio con publicidad registral, y otra distinta la de ser beneficiario de un seguro.

8.- En definitiva, consideramos que, en la interpretación de la condición particular 12 de la póliza, habrá de tenerse en cuenta, no la voluntad de la Federación, sino la intención del asegurado adherente, el desafortunado D. Millán, que estimamos era atribuir a la demandante D.ª María la condición de beneficiaria preferente de la cobertura del seguro por el riesgo de fallecimiento, la cual además es quien viene percibiendo la pensión de viudedad de su finada pareja en cuantía de 415,90 euros mensuales.

TS

SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2020

STS 4482/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4482
Nº de Recurso: 6401/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Desde el nacimiento de la menor, en el año 2012, hasta la actualidad, la niña viene empleando como primer apellido el de la madre, que es el que utiliza a nivel escolar, administrativo, médico y de relación, sin mantener vínculos con su padre biológico que le identificasen con este, por lo que no existe motivo alguno para que, tras la declaración de filiación paterna, la menor ostente como primer apellido el del padre.

Más recientemente se dictó la sentencia 439/2020, de 17 de julio, en la que, en atención a las circunstancias concurrentes, se valoró el interés de la menor ponderando que sus padres biológicos tenían otros hijos y la finalidad de mantener la coincidencia de apellidos con sus hermanos de un solo vínculo, y así se razonó:

"Por tanto, lo más beneficioso para el interés de la menor Julieta es que mantenga en cada núcleo familiar el orden de apellidos que constan en ellos respecto de sus progenitores biológicos, por ser el que menos problemas le acarrearán en cuanto a identificación con sus hermanos en la vida familiar, social y escolar.

Así, en el núcleo familiar de la madre, Julieta tendrá como segundo apellido Octavio, igual que sus hermanos Nuria y Pascual.

En el núcleo familiar del padre, tendrá como primer apellido Tarsila, igual que su hermana Valle.

De aceptarse la pretensión de la Sra. María Milagros, resultaría que en ambos núcleos familiares surgirían problemas de identificación respecto a todos sus hermanos, como sostiene el Ministerio Fiscal".

De lo expuesto hasta aquí debemos de concluir que controversias como la presente deben dilucidarse en atención al interés superior del menor, al carácter individualizador del apellido en la vida familiar, social y escolar, que se va consolidando con el tiempo como un elemento de identidad de la persona, a los efectos de determinar, en definitiva, si el cambio del orden de apellidos beneficia al niño o la niña, lo que exige un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes, que deberá explicitarse en la motivación de la resolución judicial que se pronuncie al respecto.

4.- Valoración de las circunstancias concurrentes y estimación del recurso

Desde el nacimiento de la menor, en el año 2012, hasta la actualidad, la niña viene empleando como primer apellido el de Andrea, que es el que utiliza a nivel escolar, administrativo, médico y de relación, sin mantener vínculos con su padre biológico que le identificasen con éste; pues bien, en las circunstancias expuestas, no vemos motivo alguno, desde luego ni tan siquiera se ha sugerido, para que la menor ostente como primer apellido el del padre, lo que conduce a la estimación del recurso, y que, como se postula en el mismo, se mantenga como primer apellido de la niña Andrea y como segundo Eusebio, perteneciente al primero de su padre biológico.

TS

SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2020

STS 4033/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4033
Nº de Recurso: 5169/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Aunque la esposa solo contaba con 41 años en el momento de fijarse la pensión compensatoria por la Audiencia Provincial, no procede establecer limitación temporal alguna, al no apreciarse posibilidades ciertas de inserción en la vida laboral, al menos con la entidad que se requeriría.

Se pretende por el recurrente que se fije, al menos, un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria.

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 desestimación de este motivo 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 Sra. Santiaga 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 Sra. Santiaga.

TS

SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2020

STS 4032/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4032
Nº de Recurso: 5518/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Nulidad de la Sentencia que acuerda la custodia compartida por haberse denegado, sin motivación, la exploración de los dos hijos menores (el mayor contaba con 10 años en el momento de dictarse la sentencia por el Juzgado).

El presente recurso trae causa de demanda de modificación de medidas promovida por el esposo respecto de las medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de fecha de 12 de diciembre de 2016, por la que se aprobaba convenio regulador en el que se atribuía la guarda y custodia de los dos hijos menores en común a la madre (nacidos, respectivamente, en los años 2008 y 2012), y en la que se solicita por el padre la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida.

La sentencia de primera instancia consideró que no constaba acreditado un cambio de circunstancias en interés de los menores, pues el nuevo trabajo del padre es de carácter temporal, hasta el fin de obra, con desconocimiento de su plazo de duración, y supone un aumento de la distancia del actual centro de trabajo y, por otro lado, la comunicación entre los cónyuges no es buena, habiéndose aportado en autos denuncia relativa al cumplimiento del régimen de visitas.

Sin embargo, la Audiencia Provincial estimó el recurso, estableciendo un régimen de guarda y custodia compartida, por periodos semanales, abonando cada uno los gastos alimentarios correspondientes en el periodo en que se encuentran con el mismo. Considera la sentencia de apelación que el padre "mantiene" que puede encargarse de las tareas relativas de llevar a los menores al colegio en …, a diario desde el lugar que vive (…), así como hacerse cargo de los alimentos de los hijos en el periodo en que se encuentran con el mismo.

Contra la citada sentencia se interpone por la madre de los menores recurso de casación fundado en tres motivos: el primero, por infracción del art. 90.3 CC, al considerar que no ha-

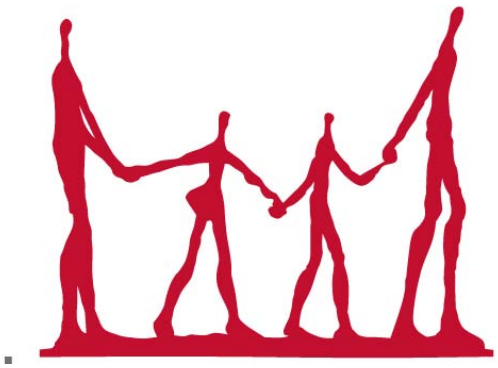
bría sido acreditado, ni siquiera mínimamente, un cambio sustancial de circunstancias en beneficio de los menores, pues el régimen establecido en la sentencia ahora impugnada supondría que los niños, en los periodos de custodia con el padre, tendrían que levantarse a las seis de la mañana y, tras desayunar y lavarse, ir a … donde permanecerían en casa de una persona asalariada hasta la entrada en el colegio; segundo, por infracción del art. 92. 6 y 8 CC, al entender que existiría mala relación entre los progenitores, que no respondería a un mero distanciamiento tras la ruptura, sino que constituiría un obstáculo insalvable para la adopción del régimen de guarda y custodia compartida; y el tercero, por infracción de los arts. 92, 2, 6 y 9 CC, 3.1 y 12.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, 39 CE, y arts. 2 y 11.2 LO 1/1996, al entender que se habría denegado a los menores a ser oídos, habiéndose denegado tanto en primera como segunda instancia, al considerarse que no aportaría nada al procedimiento, pese a la voluntad contraria de los menores al establecimiento del nuevo régimen.

Consta acreditado que la madre solicitó la exploración de los menores (actualmente de 12 y 8 años de edad) en primera y segunda instancia, denegándose la prueba sin motivación.

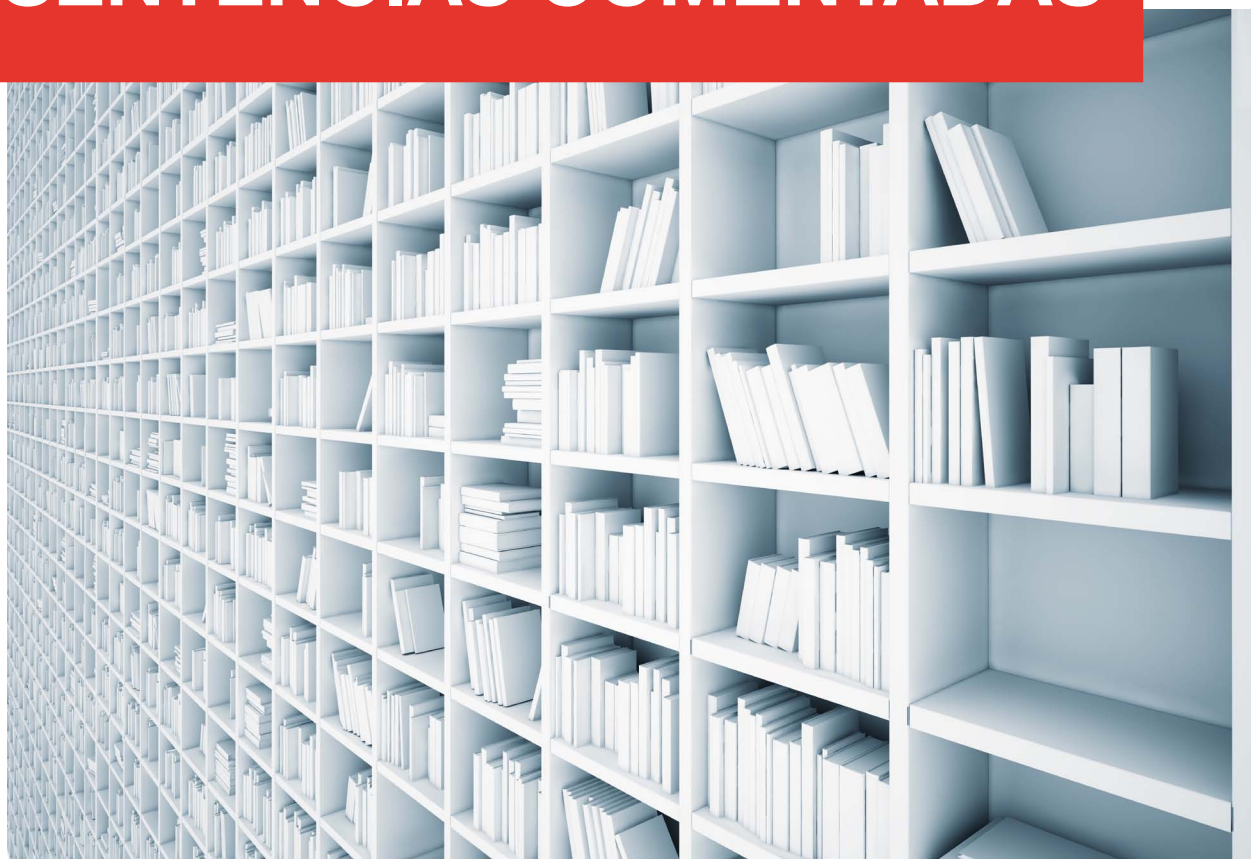
Según declara la sentencia 157/2017, de 7 de marzo, “En relación a la falta de exploración de la hija, esta sala se ha pronunciado con reiteración respecto a la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan”. En igual sentido la sentencia 578/2017, de 25 de octubre.

En la sentencia 413/2014, de 20 de octubre, se declaró: “La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005. Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada”.

A la vista de esta doctrina y de acuerdo con el art. 92, 2, 6 y 9 del C. Civil, debemos declarar que al no haberse oído a los menores, y no haberse rechazado motivadamente la propuesta de exploración, procede estimar el tercer motivo del recurso y, por ende, estimar el recurso de casación y, en consecuencia, procede la anulación de la sentencia recurrida, con devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que, previa exploración de los menores (directamente o a través del equipo psicosocial), dicte sin demora la sentencia que con arreglo a derecho corresponda.



SENTENCIAS COMENTADAS



Traslado de domicilio

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, AUTO DE 30 DE SEPTIEMBRE 2020

Tras ser emplazada en el divorcio, la madre cambió unilateralmente de dominio junto a la menor, y por vía del art. 158 del CC se ordena a la madre a que en el plazo de tres días, reintegre a la menor en el domicilio familiar donde venía residiendo con su padre, con el apercibimiento expreso de incurrir en delito de desobediencia, para el caso de que no reintegre a la menor en dicho plazo. Se acuerda someter a autorización judicial previa todo cambio de domicilio de la menor.

Tras dictarse Decreto de 20 de enero de 200 admitiendo la demanda de divorcio promovida por D. Patricio contra D.ª Purificación y emplazada la demandada, con motivo del traslado de la madre y de la hija menor María Inés, nacida el NUM002 de 2014, del lugar de residencia habitual del matrimonio en DIRECCION000 a Palma de Mallorca con fecha 18 de febrero de 2000, D. Patricio presentó el 28 de febrero siguiente solicitud de medidas urgentes de protección de la menor a los efectos de que se prohíba a la menor María Inés salir de la provincia de Bizkaia y por ende se acuerde el reintegro de la menor a su entorno residencial, social y escolar en DIRECCION000.

Tras dictarse providencia de fecha 2/3/2020 en la que se admite la medida cautelar y se convoca a las partes a la comparecencia al amparo del art. 158 del Código Civil, que se celebró el 10/3/2020, se dictó Auto de 11 de marzo de 2020, objeto de esta alzada, por el que se acuerda ordenar a la Sra. Purificación a reintegrar a la menor María Inés en el domicilio familiar en ..., donde venía residiendo con su padre, acordándose someter a autorización judicial previa todo cambio de domicilio de la menor María Inés, en base a que se ha reconocido que el traslado de la menor a Palma de Mallorca fue una decisión unilateral de la madre, lo que es contrario al art. 156 del CC

D.ª Purificación formula recurso de apelación contra el mencionado Auto de 11 de marzo de 2020, interesando se declare nulo el procedimiento de medidas cautelares coetáneas, ordenando su retroacción al momento inicial en que deba ser instado como tal por la parte demandante, o, subsidiariamente para el caso que se entienda que ha sido correcta la tramitación, se declare no haber lugar a las medidas acordadas al no darse los requisitos que justifican su adopción en base al art. 158 del CC, y se declare no haber lugar a la adopción de las medidas acordadas con fundamento en el art. 156 del CC en cuanto que la intervención judicial en relación a la patria potestad debe de ejercitase dentro del procedimiento de jurisdicción voluntaria.

A lo que se opone el padre D. Patricio, por no concurrir ningún defecto procesal porque las medidas del art. 158.4 del CC pude adoptarse en cualquier procedimiento civil, y por ser pertinente y procedente la adopción de la medida acordada, puesto que se tratar de evitar perjuicios a la menor al haberla sacado de su entorno social y familiar, además del acto ilícito realizado por la madre de trasladar unilateralmente, sin autorización el padre, a la menor de su lugar de residencia habitual, de DIRECCION000 a Palma de Mallorca.

Rechazamos los óbices procesales alegados por la

parte apelante en torno a la medida urgente acordada de reintegro de la menor María Inés a su domicilio familiar en DIRECCION000, de conformidad con el art. 158 el Código Civil, previa la celebración de la vista de conformidad con el art. 18 de la LJ

… Las notas características de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil son la urgencia e inmediatez, en un procedimiento que permite dar una respuesta judicial ágil para evitar cualquier clase de peligro o perjuicio al menor. La autonomía con la que se han regulado -dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria- permite al juzgador adoptar con carácter de urgencia medidas de protección del menor en cualquier situación o estado del procedimiento o sin él, siempre que las circunstancias así lo requieran.

Como recoge el auto de la Audiencia Provincial de La Coruña de 30 de septiembre de 2019, "...Cabe la adopción de las medidas cautelares del artículo 158 del Código Civil, en cualquier fase del procedimiento, y en la fase de la ejecución de la sentencia, sin necesidad del incidente de modificación de medidas, y ello ante el carácter perentorio y de urgente necesidad del establecimiento de las medidas cautelares, en razón de las graves circunstancias que el artículo 158 describe

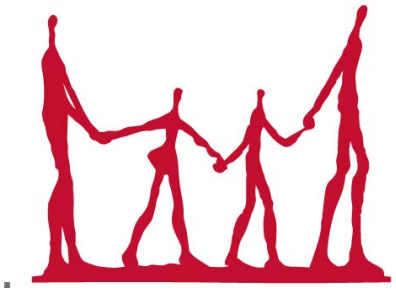
Téngase en cuenta, tras la reforma del art. 158 del Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, (que modifica el número 4º, añade los números 5º y 6º y modifica el último párrafo del artículo 158), y como se recoge en la Exposición de Motivos de ésta, que se parte del principio de agilidad e inmediatez aplicables a los incidentes cautelares que afecten a menores, para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivarse de rigideces o encorsetamientos procesales..."

En su consecuencia, cuando el Ministerio Fiscal o algún progenitor, pariente o tercero detecte una situación que puede comprometer o compromete el bienestar de un menor, puede dirigirse al Juzgado para que con carácter urgente se dictamine sobre esa situación, previa celebración de la vista prevista en el artículo 18 de la LJV.

La utilización de esta vía debe reservarse para casos de necesidad y urgencia, esto es, para asuntos que no puedan ser resueltos por otra vía (como puede ser la solicitud de medidas provisionales coetáneas a la demanda de divorcio). Normalmente estos procedimientos versan sobre alimentos, comunicaciones del progenitor no conviviente con su hijo, prohibición de expedición del pasaporte o prohibición de salida del territorio nacional, cambios sorpresivos del domicilio del menor efectuados unilateralmente por el progenitor custodio - como en el caso de autos- etc... Destacando que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento específico de jurisdicción voluntaria.

Dentro del ámbito del derecho de familia se pueden adoptar medidas urgentes, que debemos distinguir de las medidas provisionales porque las causas que dan lugar a la adopción de las mismas son diferentes, las medidas provisionales tienen un carácter ordinario dentro de los procesos judiciales y las medidas urgentes son excepcionales y están muy tasadas las causas para su adopción y cumplen la finalidad de salvaguardar el bienestar de los menores. En definitiva, las medidas cautelares en evitación de cualquier tipo de peligro de los menores pueden ser adoptadas en el procedimiento de jurisdicción voluntaria instado con esa finalidad, o bien en cualquier procedimiento de familia - como el caso enjuiciado, dentro del procedimiento principal de divorcio -e incluso en el proceso de ejecución que se esté tramitando.

En cuando al fondo, se han observado y por tanto concurren los requisitos del art. 158.6 en relación con el art. 156, ambos del Código Civil, porque precisamente estamos ante un cambio sorpresivo y unilateral, a instancias de la madre, de cambio de domicilio de la menor de DIRECCION000 a Palma de Mallorca, lo que justifica la adopción de las medidas de protección urgentes ante una situación de evidente perjuicio para la menor, por haber sido sustraída de su entorno familiar, social y escolar y, sobre todo, impedida de mantener una relación paterno filial con su padre, que se considera esencial en el desarrollo integral de la menor María Inés. Por lo expuesto, concurren los requisitos necesarios para la adopción de la medida acordada en el auto recurrido, atendiendo al interés superior de la menor y ante una situación de urgencia en el que posponer la adopción de las medidas produciría un perjuicio irreparable para la menor.



La oposición de la madre a la custodia compartida justifica que se acuerde la custodia paterna

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2020

Los obstáculos que la madre ha puesto para el cumplimiento de la sentencia que modificó la custodia materna por la custodia compartida, llevan a acordar la custodia paterna en fase de ejecución de sentencia, para impedir mayores perjuicios a la menor.

El titulo ejecutivo objeto de la presente es la sentencia de fecha 15 de junio de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de DIRECCION000, en el procedimiento de modificación de medidas, que acordó, entre otros pronunciamientos, una custodia compartida de la hija común de las partes litigantes, modificando la custodia materna atribuida en sentencia de fecha 10 de octubre de 2014.

La parte ejecutante presenta demanda ejecutiva solicitando se atribuya a don Dimas la guarda y custodia y, ello por el comportamiento obstruccionista de la madre.

La parte ejecutada se opuso a la ejecución despachada, impugnando el ejecutante la oposición a la ejecución. A la vista de lo relatado en los escritos se acordó por el juzgado la celebración de la vista.

Por auto de fecha 29 de octubre de 2018 se acordó desestimar la oposición formulada por doña Herminia acordando lo que sigue:

* Atribución al ejecutante de la custodia de la hija menor de edad.

* Fijar un régimen de visitas de la madre con la menor en sábados y domingos alternos, durante dos horas cada día, en el Punto de Encuentro Familiar más cercano al domicilio de la menor y en el horario que determine el PEF en función de su disponibilidad, debiendo dichas visitas desarrollarse bajo supervisión de profesionales de dicho servicio, quienes deberán informar al juzgado cada tres meses de la evolución de las mismas.

Por doña Herminia se interpone recurso de apelación contra la mentada resolución, alegando infracción de las normas procesales, artículos 699, 705 en relación con el art. 776, 3º de la LEC., así como error en la valoración de la prueba.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación del auto dictado por el Juzgado.

El Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha 6 de mayo de 2019, se opone al recurso al entender que la resolución recurrida es ajustada a derecho.

…Se trata, en el caso de autos, de la ejecución de una resolución, judicial, en concreto de una sentencia como título que lleva aparejada ejecución en virtud de lo que prevé el artículo 517,2,1º de la LEC, para lo que debe tenerse en cuenta la disposición legal contenida en el artículo 18,2º de la LOPJ conforme a la cual “las sentencias se ejecutarán en sus propios

términos", con lo que se trata de dar cumplimiento a la obligación de "cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales" que prevé el artículo 118 de la CE.

Argumenta la representación procesal de doña Herminia quebrantamiento de las normas del procedimiento, concretamente de los artículos 699 y 705 en relación con el art. 776, 3º de la LEC, que exige la necesidad de que previo al despacho de ejecución, se requiera a la parte ejecutada.

De lo apreciado no se observa que haya infracción de lo dispuesto en los artículos mencionados en el párrafo anterior, en la medida en que en el fallo de la sentencia que sirve de título a la presente ejecución, se prevenía que cualquier incumplimiento por un progenitor de lo establecido respecto a la guarda y custodia, régimen de visitas y comunicaciones, determinara que la guarda y custodia corresponda automáticamente al otro progenitor.

Y es lo que aprecia la juzgadora "a quo".

Dicho motivo, pues, debe desestimarse.

ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

El motivo debe ser rechazado, confirmándose íntegramente los razonamientos fácticos y jurídicos contenidos en la resolución recurrida, al considerar la Magistrada "a quo" el incumplimiento reiterado por doña Herminia en el ejercicio de la custodia y del régimen de visitas establecido en sentencia, y todo ello con el fin de impedir que la menor Amalia se relacionase con su padre, siendo los incumplimientos reiterados, analizando los diversos periodos, de manera exhaustiva y pormenorizada, empezando por el primer incumplimiento del periodo comprendido entre el 19 y el 22 de junio de 2017, tras sucesivos incumplimientos y ello hasta el periodo comprendido del 23 de abril al 2 de mayo de 2018, no habiendo quedado desvirtuado por las argumentaciones de parte vertidas en el escrito del recurso. Se constata un inadecuado ejercicio de la guarda y custodia compartida imputable a la madre, que en lugar de fomentar y alentar el respeto y amor de la menor hacia el otro progenitor, hace lo contrario, con objeto de obstaculizar sus vínculos con don Dimas, padre de la menor, con las consecuencias perniciosas que ello conlleva por la misma

APLICACIÓN INDEBIDA DEL ART. 158 DEL CC.

El artículo 158, 2º del CC señala que: "El juez de oficio a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictara:

2º.- Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosos en los casos de cambio de titular de la potestad de la guarda."

En el acto de la vista, solicitó el Ministerio Fiscal en sus conclusiones que las visitas de la madre con la menor tengan lugar en un Punto de Encuentro Familiar y bajo la supervisión del personal del mismo.

La adopción de las medidas cautelares del artículo 158 del CC, procede en cualquier fase del procedimiento, y en la fase de la ejecución de la sentencia, sin necesidad del incidente de modificación de medidas, y ello ante el carácter perentorio y de urgente necesidad del establecimiento de las medidas cautelares, en razón de las graves circunstancias que el artículo 158 del mencionado texto legal describe, y que con la adopción de aquellas se pretende evitar.

En lo referente a las relaciones entre la hija y los progenitores, la Jueza de instancia puede adoptar, con carácter temporal, en interés superior de la menor Amalia, cualquier medida personal que sirva para alejar cualquier riesgo, de orden físico o psíquico, de la misma y ello derivado de la relación entre ésta y los progenitores, en aplicación del mencionado artículo. Y ello es lo que hizo la juzgadora "a quo" en el caso de autos.

La decisión a adoptar debe procurar, ante todo, el beneficio o interés material y moral de la menor, en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores. En cuanto que debe entenderse por interés del menor, la STS, de 26 noviembre 2015, señala que este concepto "ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas ", se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo", "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara". Igualmente, el art. 2 de la mencionada LO 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia" y que "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".

En cualquier caso, el mantenimiento de la medida acordada por la jueza tiene su justificación en la medida que en que en los razonamientos expuestos

en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia, que sirve de título a la presente ejecución, de proteger a la menor de la actitud persistente de la madre, que dice textualmente...” evitar que Amalia y su padre tenga relación y que ni siquiera el hecho de que su forma de proceder haya motivado ya un cambio en el régimen de guarda y custodia o de que su hija sufra ataques de ansiedad cuando ella acude al colegio los días en que corresponde a su padre recogerla, la hacen desistir de su empeño”.

Por todo ello, la mínima prudencia, en beneficio exclusivo de la menor, aconsejaba dictar la resolución que es objeto hoy de recurso; en efecto, la actitud obstruccionista por parte de doña Herminia a fin de que su hija no tenga relación con su padre, da lugar a que la menor sufra ataques de ansiedad cuando acude al colegio los días que tiene que ir a recogerla su padre, son, de por sí, de entidad bastante para no arriesgar a que la menor pueda sufrir episodios de tal entidad, no pudiendo los Tribunales amparar, ni arriesgarse, a que pueda repetirse, sin perjuicio de lo que en su día, en el correspondiente procedimiento, con mayores pruebas, pueda decidirse, pero en el presente procedimiento, la única medida beneficiosa y segura para la menor, es el mantenimiento de lo acordado en la resolución recurrida, procediendo por ello la confirmación de la misma.

El padre quiere que se deje sin efecto la custodia compartida y que se atribuya a la madre

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 2020

El padre pretende que se deje sin efecto la custodia compartida y que se atribuya en exclusiva a la madre, pero se desestima su petición. El hecho de ser padre supone una serie de sacrificios en beneficio de la prole, sacrificios que deben asumir ambos progenitores y no descansar en el otro progenitor, pues dada la situación actual, generalmente ambos progenitores trabajan, ambos tienen problemas para compaginar su trabajo con el cuidado de los hijos.

Se plantea por el apelante la supresión del sistema de guarda y custodia compartida del menor señalado en la sentencia de instancia, solicitando la atribución en exclusiva de dicha guarda a la madre y manteniendo él, tan solo un régimen de visitas y estancias. Llama la atención dicho recurso, pues en la generalidad de los supuestos lo que se pretende por el progenitor no custodio es que se amplíe el régimen de estancias, y en definitiva, si es posible, la fijación de una guarda compartida, mientras que en el presente caso, es justo al contrario, en que establecida la guarda compartida, es el progenitor no custodio, quien solicita se le atribuya esa guarda en exclusiva a la madre. Como punto de partida es preciso indicar que conforme a la STS de 27 de septiembre de 2011, “La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 CE, cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia se si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores, según los criterios que ha venido manteniendo esta Sala”.

Se opone el padre en esencia, alegando que vive en otra localidad y que su trabajo es incompatible con dicha guarda y custodia compartida. En relación a todo ello es preciso indicar que las partes con anterioridad ya tenían establecido un sistema de guarda y custodia muy amplio que se asemejaba a la guarda compartida, y así como indica el propio apelante en su contestación a la demanda, el mismo “pasa con el menor por periodos de semanas alternos desde el jueves a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del colegio, y esa misma semana pasa desde el jueves a la salida del colegio al sábado por la mañana a las 12.00 horas, que lo reintegra al domicilio de la

madre.". Partiendo de lo anterior, el hecho de ampliar la guarda unos días mas, en principio no debe resultar excesivo, ni imposible, debiendo tener en cuenta que todo ello redunda en beneficio del menor, y si bien el trabajo del padre es en DIRECCION001., mientras que el menor vive en DIRECCION000 donde esta escolarizado, la distancia entre ambas localidades es de unos 30 km, una media hora, lo cual no es excesivo, y en cuanto al hecho de que el padre viva en DIRECCION001., en un piso con otros cuatro compañeros, ello no es sino una mera residencia temporal, pues su madre vive en DIRECCION000, y como indica la apelada, por el precio que abona en DIRECCION001 por un piso compartido, podría alquilar un piso en exclusividad en DIRECCION000. En relación al cuidado del menor, en los momentos en que tenga que estar trabajando el padre, como indica la sentencia de instancia, el niño permanecerá bajo el cuidado de abuela paterna, "que a pesar de tener una discapacidad reconocida, la misma no le impide atender a su nieto el tiempo que es necesario mientras el padre está trabajando", como reconoce el propio padre. Es preciso también indicar que el hecho de ser padre supone una serie de sacrificios en beneficio de la prole, sacrificios que deben asumir ambos progenitores y no descansar en el otro progenitor, pues dada la situación actual, generalmente ambos progenitores trabajan, ambos tienen problemas para compaginar su trabajo con el cuidado de los hijos, y deben acudir en muchos casos al auxilio de terceros, bien familiares bien ajenos, pero siempre en beneficio de los hijos.

Partiendo de lo anterior, en relación a la guarda y custodia compartida es doctrina general y actual, la establecida por el TS, entre otras en la STS de 18 noviembre 2014 con cita de la de 29 de abril de 2013, en la que se indica 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". Debemos partir por tanto de que no es preciso señalar especiales circunstancias para que tal guarda y custodia compartida se pueda realizar, sino que será precisamente lo contrario en el sentido de que deberán ser las causas obstativas las que deberán acreditarse para denegar el sistema, siempre atendiendo a que se produzca el interés del menor, pues como indica 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, definen ni determinan, 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". Como señala la STS de 22 julio 2011 "lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor", de donde todos los requerimientos establecidos en el art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. El mantenimiento de la guarda y custodia compartida, resulta sin duda la mejor solución para los menores por cuanto les permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación". Es de citar la SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2007 que señala literalmente como ventajas o beneficios de la guarda y custodia compartida los siguientes: "a) se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación etc.; c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; d) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; e) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; f) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce

una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y g) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor.".

En consecuencia, no existiendo en el presente supuesto circunstancias especiales que desaconsejen o impidan la aplicación de dicho sistema o que acrediten que no sea adecuado para el mismo, y acreditándose por el contrario, como refiere la sentencia recurrida, que "se evidencia que ambos progenitores cumplen las citada condiciones y presentan habilidades suficiente, estando plenamente capacitados para cuidar del menor, además ambos tienen vínculos afectivos fuertes con el hijo y este con ellos y que se han implicado en su cuidado", son datos suficientes para entender correcta y ajustada a derecho la sentencia de instancia, en cuanto señala una guarda y custodia compartida del hijo menor en favor de ambos padres, por todo lo cual es procedente la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

Cambio de custodia por traslado unilateral a Suiza

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 2020

A pesar de que el menor ha estado conviviendo dos años con la madre en Suiza, a consecuencia del traslado unilateralmente decidido por esta, se otorga la custodia al padre que reside en España, y ello aun cuando el menor, de 12 años, prefiere residir en Suiza. Se considera que la opinión del menor está claramente influenciada por adultos, pues llegó con un discurso aprendido que relató sin ser preguntado y se tiene en cuenta que durante el tiempo de residencia del menor en aquél país se obstaculizó la relación paterno filial. También influye en la decisión la incertidumbre sobre la permanencia de la madre en Suiza.

No podemos sino compartir la resolución recurrida que atribuyó la custodia al padre, porque frente a lo que sostiene la madre, no estimamos que el traslado del menor con la misma constituya lo mejor para el hijo, estimando correctamente valorada la prueba por parte de la juzgadora de instancia, que expone de forma minuciosa y pormenorizada las razones que le llevan a la atribución de la custodia al padre, sin que podamos compartir con la parte recurrente que ello sea meramente como una forma de "castigo" a la misma, por haber trasladado al menor a Suiza, sin perjuicio de que efectivamente fue lo que hizo la madre, con su decisión unilateral de trasladar la residencia del menor sin autorización judicial en agosto de 2016, no habiendo instado la modificación de medidas hasta transcurrido más de un año desde dicha decisión, lo que en la práctica se tradujo en que el padre estuvo sin tener contacto físico con el hijo durante dos años, por mucho que dicha parte insista en que sí hubo contacto telefónico, impidiéndose de esa forma el cumplimiento del régimen de visitas del padre con el menor, lo que sin duda redunda en perjuicio de las relaciones paterno filiales, sin que pueda escudarse la madre en no haber tenido conocimiento de las resoluciones dictadas en los diversos procedimientos iniciados por el padre, porque es lo lógico que el mismo actuara judicialmente ante la decisión unilateral de traslado del menor al extranjero, y sin que tampoco pueda pretender culpabilizar de la falta de contacto físico al padre por no haber visitado al hijo en Suiza. No obstante lo anterior, en modo alguno podemos concebir el régimen de custodia como un premio o castigo a uno de los progenitores, si bien, insistimos en que la decisión adoptada en la instancia nos parece la más correcta en aras a la protección del superior interés del menor.

En la sentencia apelada se parte de la siguiente relación fáctica que se estima probada:

1.- "D. ª María Rosario se marchó a Suiza en enero de 2016, dejando a su hijo Leandro al cuidado de su padre y de la abuela materna, que residen muy cerca, por lo que el menor pasaba semanas alternas con cada uno de ellos conforme a un sistema flexible, así lo explicaron tanto el demandante como D. ª Remedios, madre de la demandada. En el mes de agosto de ese mismo año la señora María Rosario, con el pretexto de llevarse al menor de vacaciones a Suiza, lo instaló allí definitivamente y no regresó a Es-

paña hasta el verano de 2018, no siendo cierto que se lo llevara con el conocimiento y sin la oposición de D. Victoriano. Así, D. ª María Rosario reconoció en el acto del juicio que le comunicó a su hijo en el mismo aeropuerto que, en realidad, si se marchaba a Suiza con ella no regresaría después del verano a España con su padre, dándole al niño, que entonces tenía 9 años, la opción de marcharse a Suiza con ella en ese mismo momento o quedarse en España con su padre. "

2.- Desde el traslado del menor a Suiza, "y puesto que D. ª María Rosario conocía que se había decretado por este mismo Juzgado la ilicitud del traslado del niño y su prohibición de salida del territorio nacional (autos dictados en el procedimiento de jurisdicción voluntaria 2229/2016), y en procedimiento de medidas provisionales se había otorgado su custodia al padre, el menor no volvió a ver a su padre hasta el verano de 2018, fecha en que el menor volvió a España porque tenía que ser examinado por el equipo psicosocial. Así lo explicó D. ª María Rosario en el acto de la vista, reconociendo que durante los casi dos años que el menor ha residido con ella en Suiza no han viajado a España. Aunque afirmó haber dado al padre toda clase de facilidades para que se trasladara a Suiza a ver al menor, no consta prueba alguna de dicho ofrecimiento."

3.- En lo que respecta a la opinión del menor, se deja constancia por la juzgadora a quo que las circunstancias en que se llevó a cabo su exploración el día 11 de diciembre de 2018, desconocidas para la misma hasta que el menor las expuso, no fueron idóneas, por lo que las manifestaciones del menor en dicho acto no pueden ser trascendentales para la decisión del litigio. Y añade: "Así, el menor manifestó en cuanto entró en el despacho que se encontraba en una situación muy tensa porque había visto a su madre justo antes de entrar después de llevar cinco meses sin verla, siendo evidente el estado de nerviosismo en que se encontraba Leandro, al haber coincidido en el mismo espacio físico su padre, su madre y las familias respectivas. No obstante lo anterior, y tras calmar al menor e intentar hablar con él, Leandro fue capaz de expresar que, en realidad, sabía que sus dos progenitores querían tenerle consigo, por lo que él se encontraba inmerso en el conflicto, y que él estaba bien con los dos, tanto en Suiza como en España, aunque "le tiraba mucho" su hermana pequeña. El menor no manifestó en ningún momento, puesto que se evitó durante su exploración efectuar la pregunta de manera directa, preferencia por su padre o por su madre, todo ello en un contexto en el que fue muy difícil mantener una conversación fluida con él, dificultades que derivaban también del desconocimiento por parte de esta juzgadora de hechos trascendentales que nadie puso de relieve antes de la vista y que fueron revelados por primera vez por el menor en ese acto.

El menor explicó que había regresado a España en verano para vivir con su padre porque su madre le había dicho que así estaba decidido desde hacía mucho tiempo y que desde entonces no había vuelto a ver a su madre, si bien de manera un tanto extraña después se contradijo para decir primero que su madre no había venido a España desde verano y después que sí había venido pero que no habían podido verse porque el padre le dijo que llamaría a la Guardia Civil. En cualquier caso, D. Victoriano reconoció en el acto de la vista que, una vez que tuvo al menor bajo su guarda, no había permitido la visita de D. ª María Rosario, alegando que lo hizo por temor a que volviera a llevarse al niño a Suiza.

Una vez que la exploración se dio por finalizada, se amplió cuando el menor manifestó espontáneamente que su padre le había quitado el teléfono móvil y sólo le permitía hablar con su madre con el manos libres de su propio teléfono activado. Tan sorprendentes revelaciones fueron explicadas por D. Victoriano en el acto de la vista, aportando su Letrada pantallazos de "whatsapp" de conversaciones entre Leandro y el esposo de su madre, en las que este incitaba al niño a autolesionarse y decir que su padre le maltrataba. Es cierto que el Letrado de D. ª María Rosario puso en duda las conversaciones, al no haber tenido lugar entre su defendida y el menor, sino entre el menor y un tercero, pero no existe motivo alguno para dudar del contenido de las mismas, máxime cuando los hechos fueron denunciados por D. Victoriano ante la Policía Nacional el día 11 de agosto de 2018, es decir, mucho antes de tener conocimiento del contenido de la exploración en la que su hijo reveló que no le permitían hablar a solas con su madre. En dichas conversaciones el contacto del menor llamado "Santo" le dice "y si te empuja dices que te pegó", a lo que el menor le dice "ok. Lo tengo claro. Sabes que tengo pensada muchas cosas para sacarle de quicio". La otra persona le contesta "pues ya sabes. Fuerza", el menor dice "tengo el cuerpo como para estar fuerte" y su interlocutor responde "y empieza con la guerra". Cuando el niño dice "ya. Que no le haga caso le saca de quicio", "Santo" contesta "y si te haces una señal en la cara como sabes, mejor", después le pregunta si sabe cómo y el menor responde "uñas". Tras despedirse, "Santo" recomienda al niño borrar la conversación. Sin embargo, en días siguientes ambos vuelven a intercambiar mensajes, desprendiéndose de su contenido que D. Victoriano ha visto la conversación anterior y le ha dicho al niño que se lo dirá a su abogada, por lo que el menor le dice a su interlocutor que ahora ya sí que no se puede ir, y aunque el menor

le dice a “Santo” que su padre no le ha hecho nada y que actúa como si no hubiera visto nada, su interlocutor insiste en preguntarle si se siente maltratado o si tiene miedo, incitando al niño claramente a que diga que sí. Lógicamente el menor no manifestó nada acerca de estas conversaciones, que en el momento de la exploración no obraban unidas a los autos.

Esta actitud vigilante solo la adopta D. Victoriano cuando su hijo habla con su madre o su esposo, pues la abuela materna manifestó que ella hablaba con su nieto por teléfono y no tenía la sensación de que la conversación fuera escuchada con manos libres.”

4.- “El informe psicosocial obrante en autos considera que la custodia de Leandro debe ostentarla D. Victoriano porque la progenitora custodia ha impedido durante dos años la relación normalizada entre el menor y su padre. En el acto de la vista la psicóloga D. Marisol explicó que el testimonio del menor está claramente influenciado por adultos, pues llegó con un discurso aprendido que relató sin ser preguntado, estaba al tanto de todos los conflictos judiciales y convencido de que su voluntad prevalecería sobre todas las cosas, convencimiento que la perito también apreció en D. ª María Rosario, quien consideraba que la decisión final dependía por completo del menor, a quien la perito considera inmaduro y no capacitado aún para adoptar una decisión de tal trascendencia; explicó también que el menor manifestaba su preferencia por vivir en Suiza aludiendo a la mayor facilidad para tener trabajo o al carácter de la gente, mostrando fascinación por Suiza como país, pero no valorando el entorno familiar, en unas manifestaciones que la perito considera que no eran libres ni espontáneas, pues la preocupación por el trabajo es impropia de un niño de doce años y parece haber sido inducida por la madre, quien también manifestó a la psicóloga que quería vivir en Suiza porque allí los jóvenes tienen grandes coches y un futuro mejor que en España; explica también el informe que D. ª María Rosario sólo se ve capaz de tener al menor consigo si cuenta con el apoyo de su pareja, manifestando que el menor a ella no la respeta porque miente mucho, siempre quiere quedar por encima y es un niño complicado, manifestaciones que D. ª María Rosario reconoció en el acto de la vista haber realizado, aunque consideraba que estaban tergiversadas y sacadas de contexto. La perito, en relación a tales manifestaciones, afirmó que D. ª María Rosario parece haber sustituido a D. Victoriano por su actual marido, y explicó con rotundidad que al menor no le ha beneficiado para nada el traslado a Suiza, porque se le ha apartado de su entorno habitual, sustituyendo dicho entorno por cosas materiales, y se le ha dificultado el contacto con su padre, ya que D. ª María Rosario ha permitido siempre que sea el niño quien decida si quier hablar o no con él, explicando la perito que es responsabilidad del adulto fomentar y facilitar la relación del niño con el progenitor no custodio, y no doblegarse a la voluntad de un niño inmaduro.”

5.- “Las razones por las que D. ª María Rosario trasladó su residencia a Suiza no han quedado acreditadas, pues aunque parece que fue por motivos laborales de su actual esposo, no consta acreditada la necesidad de dicho traslado. De su testimonio, y de la exploración del menor, se deduce que tampoco es segura su continuidad en Suiza, puesto que su esposo se encuentra en situación de baja laboral, pendiente de una operación, y no sabe si volverá a reincorporarse a su puesto de trabajo, pese a lo cual D. ª María Rosario, su esposo y la hija de ambos permanecen allí. Así consta también en el informe psicosocial, en el que se recoge la entrevista de D. ª María Rosario, quien manifestó que su esposo estaba de baja, percibiendo 5.000 euros mensuales y a la espera de que se le reconociera una pensión de invalidez.”

Con base en el anterior acervo probatorio, los razonamientos de la juzgadora a quo para fundar dicha decisión, que esta Sala asume, son los siguientes:

“Pues bien, ciertamente no puede considerarse idóneo el comportamiento de ninguno de los progenitores de Leandro después del traslado a Suiza, antes al contrario, ambos han hecho sufrir a su hijo, pues si primero fue D. ª María Rosario la que sustrajo al menor de su entorno habitual mediante engaños y colocando a niño de nueve años en la tesitura de decidir en un aeropuerto si se marchaba a Suiza “para siempre” con su madre o se quedaba en DIRECCION000 con su padre, privándole después de la posibilidad de verle durante dos años, después ha sido D. Victoriano quien ha impedido durante cinco o seis meses que D. ª Santo se relacione con normalidad con su hijo. De este modo, ambos han causado en su hijo un daño emocional cuya reparación depende de ellos mismos y de su comportamiento futuro.

Sin embargo, dentro del reproche que merece también la conducta de D. Victoriano, podemos apreciar dos diferencias sustanciales. La primera, que su temor a que D. ª María Rosario volviese a llevarse al menor resulta comprensible teniendo en cuenta el modo en que se llevó al niño inicialmente, el absoluto desprecio que mostró D. ª María Rosario al cumplimiento de las resoluciones judiciales de este mismo Juzgado, pues tardó más de un año en traer de nuevo al niño a España, y a la vista de las conversaciones que el niño mantenía con el esposo de su madre, en las que se le incitaba a declararle la guerra a su padre, autolesionarse y acusarle de maltrato, sin que conste que D. Victoriano haya impedido al menor hablar con su madre, aunque sí le obligaba a utilizar el

modo “manos libres” para estar al tanto de lo que hablaban, comportamiento que D. Victoriano se mostró dispuesto a cambiar tan pronto como se dictara esta resolución. La segunda, que D. Victoriano no ha intentado influir en el menor, ni le ha incitado a ponerse en contra de su madre, ni ha impedido al menor relacionarse con su familia materna, pues pese a las manifestaciones de la hermana de D. ª María Rosario, su madre explicó que ve a su nieto varias veces a la semana, un ratito a la vuelta del colegio, manifestando que ella tampoco le había insistido a D. Victoriano en llevarse al niño porque era consciente del conflicto tan grande en el que se hallaban inmersos su hija y el padre del menor y no quería inmiscuirse.

Al margen de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que Leandro está bien adaptado a su residencia en DIRECCION000, vuelve a estar integrado en su entorno familiar, tiene amigos y se muestra contento, dentro del sofoco que manifestó ante la situación de tensión que vivió antes de la exploración. Ha de tenerse en cuenta que la relación entre Leandro y su padre, según todos los intervinientes en el acto del juicio, es muy buena, mientras que D. ª María Rosario reconoció sentirse poco respetada por su hijo y necesitar del apoyo de su marido para sobrellevar a un niño difícil, lo que conlleva el peligro de que Leandro termine sustituyendo a su padre por el marido de su madre, peligro que se acentúa si tenemos en cuenta que, debido a la distancia entre Suiza y España, es difícil que padre e hijo puedan verse con frecuencia.

Finalmente, deben tenerse en cuenta dos circunstancias en relación a la residencia de D. ª María Rosario en Suiza. La primera de ellas, que la decisión de D. ª María Rosario y su esposo de trasladarse a dicho país fue una decisión absolutamente libre de ambos, no impuesta por circunstancias personales o laborales de ninguno de ellos, o al menos no se ha acreditado así, sin que se haya acreditado tampoco que el traslado de Leandro con ellos sea la decisión más beneficiosa para el niño. Y la segunda, que precisamente en el acto de la vista quedó evidenciado que D. ª María Rosario y su esposo ni siquiera saben si van a permanecer en dicho país, y desde luego teniendo en cuenta lo que ya ha sufrido Leandro no parece conveniente que vuelva a trasladarse a Suiza para cambiar nuevamente de residencia dentro de unos meses.

El hecho de que D. Victoriano trabaje en horario de mañana y tarde no puede considerarse obstáculo para ostentar la custodia de su hijo, pues de hecho ya trabajaba cuando D. ª María Rosario se marchó a Suiza y dejó al niño al cuidado del padre y la abuela materna; lo viene atendiendo desde que el menor regresó a España en verano de 2018; y cuenta con familiares que le auxilian en el cuidado del niño durante su jornada laboral.

Y si bien es cierto que Leandro manifestó su preferencia por estar con su hermana, la relación entre ambos se puede mantener a través del amplio régimen de visitas que, pese a las circunstancias concurrentes, se establecerá entre Leandro y su madre, debiendo tenerse en cuenta que entre los hermanos existe una diferencia de once años de edad, por lo que se encuentran en etapas de la vida completamente diferentes y su separación no ha de ser traumática, todo ello partiendo de que la situación idílica para Leandro, que sería que sus padres siguieran juntos, tal y como manifestó en la exploración, es imposible.”

Partiendo de estimar que la decisión adoptada en la instancia no obedece a un castigo para la madre, estimamos que la atribución de la custodia al padre es acertada, en tanto que se protege en mayor medida el interés del menor, valorando, además de todo lo expuesto, especialmente, que, frente a lo que se sostiene en el recurso, no puede otorgarse el poder de decisión sobre el progenitor con quien convivir al hijo, que a la fecha de la exploración judicial, tenía 12 años, dado que en el informe del equipo psicosocial que entrevistó al mismo, resulta su implicación en el conflicto entre los progenitores y, se estima que el menor, además de ello, carece de la suficiente madurez que resulta imprescindible para poder atender a dicho deseo, a lo que se une, que en el propio informe psicosocial, tras la práctica de las entrevistas y estudios pertinentes, se concluye que lo más beneficioso para el hijo es que continúe bajo la custodia del padre, situación fáctica que se prolonga desde que la madre regresara con el hijo de Suiza para la entrevista en el IML. Por otra parte, también ha de valorarse la incertidumbre sobre la permanencia de la madre en Suiza, ya que un nuevo cambio, habría de perjudicar al hijo en sus estudios, resultando de la entrevista del IML que su actual esposo tras un accidente en el trabajo se encontraba pendiente de una invalidez, no existiendo una certidumbre total sobre la permanencia de la madre y su familia en Suiza o, su traslado a España y, atendiendo a la edad del hijo, habría de resultarle muy perjudicial un nuevo traslado a Suiza, con la necesaria nueva adaptación al colegio, para posteriormente volver a España, y someterlo a otra nueva adaptación escolar. Frente a estos argumentos, en modo alguno puede prevalecer el criterio de no separar a los hermanos, sobre todo, teniendo en cuenta, la escasa edad de la otra hermana y que no ha sido mucho el tiempo que el menor ha convivido con ella en Suiza y, sin perjuicio, de que la madre deba fomentar dicha relación paternofilial mediante las visitas y estancias con el hijo.

La permisibilidad del padre con las conductas inapropiadas del hijo justifican restringir las visitas

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, AUTO DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020

La prueba pericial ha dejado constancia de que el padre es excesivamente permisivo con las conductas inapropiadas del hijo, como jugar con video juegos hasta altas horas, con una postura inhibicionista, que supone dejación de funciones parentales, lo que plantea problemas cuando regresa al entorno materno para volver a la rutina surgiendo manifestaciones explosivas por frustración, al no obtener lo que ansia en el entorno paterno. Tratándose un hijo adolescente se acuerda que las visitas se desarrollen en el Punto de Encuentro Familiar en la modalidad de tuteladas, con posibilidad de progresar en la forma que se estime adecuada por los Técnicos del mismo.

Se recurre en apelación por la solicitante el auto del Juzgado de Primera Instancia Nº 26 de Valencia que dispuso no haber lugar a las medidas que habían sido solicitadas por la demandante D.ª Purificacion contra D. Luis Enrique respecto del hijo menor común, Pedro Jesús, nacido el día NUM000 de 2005 y, de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, remitir los antecedentes obrantes en autos a los Servicios Sociales correspondientes al domicilio del menor para que valorasen a la familia y proporcionasen al progenitor las herramientas necesarias para el adecuado ejercicios de sus funciones parentales. La solicitud formulada fue que se suspendiese el régimen de visitas del padre con el hijo común, por existir malos tratos presuntamente realizados por el padre al menor, y existir un procedimiento penal en curso (D.P. 1045/19) por maltrato al menor por el progenitor.

Las medidas respecto a dicho se habían adoptado en convenio regulador que había aprobado la sentencia de divorcio que se dictó en fecha 17 de noviembre de 2010 por el mismo Juzgado, en el que se dispuso la custodia materna con patria potestad compartida y la atribución del progenitor de un régimen de visitas ordinario de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio al domingo a las 20 horas, mitad de vacaciones escolares y dos intersemanales sin pernocta. Por sentencia dictada en fecha 17 de diciembre de 2015 en procedimiento de modificación de medidas 249/2015 se dispuso, conforme a lo pactado por las partes, dejar sin efecto las visitas de fines de semana establecidas a favor del progenitor, mantener los periodos vacacionales por mitad, salvo el de fallas, considerando como periodo vacacional estival los meses de julio y agosto.

En el auto apelado se consideró, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, que no procedía suspender las visitas atendidos los deseos del menor, de catorce años, y el informe de la Psicóloga que venía atendiendo al menor que no lo había considerado beneficioso para sus intereses.

La apelante alega, en primer lugar, que el demandado había formulado su oposición extemporáneamente, e infracción del ar. 17.3II de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, con relación al art. 136 LEC. Este motivo de recurso no puede prosperar puesto que la tramitación y resolución del procedimiento se ajustó a lo previsto en los arts. 17 y siguientes de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria.

La solicitante apela también por razones de fondo, por estimar que, atendidas las pruebas practicadas, resulta mas conveniente para el menor la suspensión

de las visitas con el progenitor.

El demandado se opone al recurso de apelación e impugna el auto en cuanto dispuso la remisión de los antecedentes a los Servicios Sociales a los efectos de la intervención que se dispone, por considerar que es innecesario y estimar que no se aprecian carencias en su actuación.

Atendidas las pruebas practicadas, de las que tienen singular importancia la exploración del menor así como el informe emitido por la perito que viene tratando al hijo, puede estimarse acreditado que el progenitor no viene cumpliendo adecuadamente las obligaciones que como padre le corresponden respecto a su hijo adolescente en las estancias con el mismo, manifestando desinterés, lo que hace que el hijo se sienta marginado afectivamente por su padre y objeto de un trato distinto respecto de sus hermanos. El progenitor es excesivamente permisivo con las conductas del hijo inapropiadas, como jugar con video juegos hasta altas horas, con una postura inhibicionista, que supone dejación de funciones parentales, mostrando desinteres por las necesidades afectivas y de formación del hijo y sin dedicarle la atención que el hijo necesita cuando esta con él y su nueva familia, lo que esta resultando perjudicial para el hijo, tanto por los problemas que se plantean cuando vuelve al entorno materno para volver a la rutina como por las manifestaciones explosivas por frustración, al no obtener lo que ansia en el entorno paterno, siendo lo que desea lo que debería ser, en opinión de la perito.

Sin embargo, el menor desea continuar viendo a su padre y la propia Psicóloga no consideró conveniente para el menor que las visitas se suprimieran, sino que se recondujeran con el asesoramiento de especialistas, siendo lo procedente que el progenitor tome conciencia de las necesidades del hijo e intente atender las mismas y mejore su actitud, lo que se estima posible puesto manifestó querer a su hijo. Ello debe llevar, por una parte, a mantener las medidas adoptadas en el auto apelado y, por otra, a disponer el mantenimiento de las visitas pero que estas se desarrollen en el Punto de Encuentro Familiar, en la modalidad de tuteladas y con posibilidad de progresión, con la finalidad de que pueda encauzarse adecuadamente, para preservar al menor de las consecuencias negativas referidas, contando el progenitor con el asesoramiento que puedan proporcionarle los técnicos de dicho Punto de Encuentro Familiar.

No pueden suspenderse las visitas de unos hermanos de un sólo vínculo

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2020

No pueden suspenderse las visitas de la menor con sus dos hermanos de padre dado que la voluntad manifestada por la menor sólo se erige en un factor de decisiva importancia para la resolución de la controversia cuando es reflejo de una decisión madura, firme, autónoma y razonada, que responde a hechos, motivaciones o circunstancias objetivas, que no se da en el caso de autos, y no a meros deseos caprichosos o a la influencia negativa de uno de los progenitores.

Por doña Emilia se promovió expediente de jurisdicción voluntaria al amparo del art. 158 del CC, en fecha 14 de diciembre de 2018, solicitando la suspensión del régimen de visitas de la menor Emilia, fijado por el juzgado en sentencia de fecha 6 de junio de 2017, donde se acordaba reconocer el derecho de los hermanos de la menor Emilia (Eulalia y Leandro) a estar en compañía de la misma fines de semana alternos, uno de ellos con pernocta, recogiendo a la menor el sábado a las 10:00 horas y reintegrándola en el domicilio materno a las 21:00 horas del domingo y otro fin de semana, sin pernocta, desde las 10:00 a las 17:00 horas del sábado. En cuanto a las vacaciones se les faculta para estar en compañía de la menor una semana en verano (julio o agosto) debiendo comunicar a la madre la elección del periodo vacacional con un mes de anticipación. Las tías paternas de la menor podrán ejercer su derecho de visita y vacaciones en el domicilio de los otros actores. Asimismo, se reconoce el derecho de los hermanos de Emilia a comunicar telefónicamente con la misma dos tardes en semana, martes y jueves, en horario de 18:00 a 19:00 horas. Dicha sentencia fue recurrida, dictándose sentencia por la sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 18 de

septiembre de 2018, que estimaba parcialmente el recurso de apelación formulado por doña Emilia y acordaba que el reintegro de la menor al entorno materno los fines de semana que ha de pernoctar con sus hermanos será no más tarde de las 20:00 horas; en las vacaciones de verano, la menor Emilia permanecerá con sus hermanos una semana del mes de agosto, en los años impares, y en los pares dicha semana lo será en el mes de julio. La elección de dicha semana se comunicará por los hermanos a la progenitora en los dos primeros meses de cada año. Manteniéndose el resto de los pronunciamientos contenidos en la resolución dictada por el juzgado de 1ª Instancia nº 6 de los de DIRECCION000 en fecha 6 de junio de 2017.

Por auto de fecha 25 de marzo de 2019, se acuerda modificar el régimen de visitas fijado, de forma que los hermanos de la menor Emilia tendrán de derecho de visitas con aquella, fines de semana alternos, sábados y domingos desde las 10:00 de la mañana hasta las 21:00 horas, con recogidas y entregas en el domicilio materno, manteniéndose el régimen vacacional restablecido en la resolución antes citada y las comunicaciones telefónicas.

…Se solicita en esta alzada por la Sra. Emilia la suspensión del régimen de visitas en el periodo vacacional, consistente en una semana en el mes de agosto en los años impares y en los pares dicha semana lo será en el mes de julio, establecido en la sentencia de relaciones paterno filiales, y ello con relación a la hija común de 12 años de edad, como nacida el NUM000 de 2007.

La parte demandada-impugnante, se oponen al recurso formulado y solicita en su impugnación se mantenga la pernocta con ellos los fines de semana que les corresponde.

A tenor de lo prevenido en el art. 158 del CC dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, el Juez, de oficio, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Tales disposiciones normativas constituyen una concreta proyección a situaciones de riesgo para el menor del principio del favor filii que, con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico interno, proclama el art. 39 de la CE y desarrolla la Ley Orgánica 1/1996, conforme a los cuales cualquier decisión, judicial o administrativa, que afecte a un menor habrá de tener en cuenta el interés superior del mismo, que habrá de prevalecer sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir.

Emilia es hija única de doña Zaira y don Florian, quien aporto a dicha relación dos hijos de su anterior matrimonio, don Leandro y doña Eulalia.

Según resulta de la prueba incorporada a las actuaciones, consistente en la pericial psicosocial, de fecha 21 de marzo de 2017, emitida por el equipo psicosocial adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, llevado a cabo en el procedimiento de relaciones paterno-filiales, registrado bajo el nº 34/2016, la relación de la menor Emilia con el entorno familiar paterno, concretamente con sus dos hermanos son estables y afectivas, así como con la madre de estos y otros familiares paternos (tías), contando ambos hermanos con los recursos económicos y materiales suficientes para el cuidado de la menor Emilia, valorándose por el equipo psicosocial como un factor de protección hacia la menor, el que pueda mantener una continuidad y regularidad en las relaciones con el entorno paterno. Sin embargo, de doña Zaira, madre de la menor, se aprecia una restricción en la autonomía de su hija que supone un factor de riesgo importante para el desarrollo de la misma, entre otros, utilizando a la menor para la materialización de los deseos propios, en relación a los resultados académicos ya sean cumplidos o no; así como una exposición de la menor a conductas de instrumentalización de conflictos de las personas mayores que le rodean, que puedan influir en el deterioro de los vínculos familiares, considerándose un factor de riesgo que influiría negativamente en su desarrollo personal, estimando que ambos entornos familiares deben suponer para la menor entornos protectores óptimos.

En las valoraciones psicosociales el equipo psicosocial firmante del informe obrante en autos (págs. 61 y siguientes) pone de relieve que los hermanos de padre de la menor Emilia, don Leandro y doña Eulalia no muestran problemas clínicamente significativos que pudieran cuestionar la posibilidad de atender y desarrollar el rol de cuidador de su hermana.

La madre de la menor, doña Zaira, tiene ciertas limitaciones personales a la hora de afrontar el cuidado de su hija Emilia, pudiendo tener dificultades a la hora de cubrir las necesidades afectivas y de desarrollo que necesite la menor, señalando que el entorno familiar paterno, ofrece una red de apoyo social y familiar adecuado y positivo para la menor Emilia, por lo que se valora un factor de protección hacia la menor el contacto regular con la familia paterna.

Consta igualmente en las actuaciones informe del HOSPITAL000 DIRECCION000 en los que se refiere que doña Zaira está en tratamiento por parte de los Servicios de Salud Mental de DIRECCION000 desde 1993, presentando cuadros de ansiedad, y síntomas depresivos, sin que se haya observado mejoría en el cuadro de la paciente, por lo que el cuadro puede evolucionar hacia la cronicidad.

EXPLORACIÓN DE LA MENOR.-

En cuanto a la exploración practicada a la menor por la juzgadora "a quo", debemos precisar que el deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos, aunque el Juez a la hora de adoptar cualquier decisión o medida que afecte a la esfera personal, familiar o social del menor, ha de tener, como criterio básico, la consecución y protección del interés y beneficio del mismo, y de que éste no ha de coincidir siempre y necesariamente con la voluntad manifestada por este/esta.

Emilia manifestó no querer continuar con el régimen de visitas con sus hermanos, fijado judicialmente, pero sin embargo, como señala la jueza "a quo" no se relató por la menor ningún acontecimiento que justifique dicha negativa, sino tan solo un hecho puntual en una piscina en verano, mientras que las peritos en la interacción fraterno-filial ponen de manifiesto que los hermanos compartieron risas y conversaciones de manera distendida, mostrando una dinámica racional positiva, haciendo memoria de recuerdos agradables que han compartido juntos, siendo la comunicación natural, espontánea y fluida, concluyendo que la relación filial es positiva.

Es obvio que la voluntad manifestada por un/una menor, en este caso por Emilia, sólo se erige en un factor de decisiva importancia para la resolución de la controversia existente entre las partes litigantes, en este caso, madre y hermanos por parte de padre, sobre un asunto concerniente al mismo, cuando es reflejo de una decisión madura, firme, autónoma y razonada, que responde a hechos, motivaciones o circunstancias objetivos, que no se da en el caso de autos, y no a meros deseos caprichosos o a la influencia negativa de uno de los progenitores.

Las expuestas consideraciones no quedan desvirtuadas por las alegaciones vertidas por la recurrente en el recurso de apelación, no habiéndose aportado nuevos informes, que, por una posible evolución negativa, se aprecien situaciones de grave riesgo para la menor Emilia durante su estancia con sus hermanos.

Por todo ello, procede desestimar el recurso formulado por doña Emilia, y estimar la impugnación formulada por don Leandro y doña Eulalia manteniendo el régimen de visitas fijado en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, Sección 22ª, el día 18 de septiembre de 2018 en aras de proteger el interés prioritario de la menor.

Ampliación de las visitas una vez que se han sobreseído las actuaciones penales

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE 2020

Habiéndose sobreseído el proceso penal iniciado frente al padre por abusos frente al hijo, aunque dicha decisión haya sido apelada, es procedente la ampliación del régimen de visitas y la eliminación de garantías en el desarrollo de las visitas (Punto de encuentro o presencia de abuelos paternos).

Hay que afrontar, entonces, el motivo subsidiario planteado por el padre, que reclama la ampliación del régimen de visitas entre semana. La sentencia los ha establecido entre las 18:00 y 20:00 horas de martes y jueves en el Punto de Encuentro Familiar, y el padre solicita que sea desde la salida del colegio hasta la entrada en el centro escolar al día siguiente, con pernocta del menor con su padre.

La petición tiene que enmarcarse dentro de la previsión del art. 11 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, del Parlamento Vasco, de Relaciones Familiares en supuestos de separación o ruptura de los

progenitores (LRFPV), cuyo apartado primero establece con carácter general el derecho del progenitor de los menores " a visitarles, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía ", como por otro lado regula el art. 94 del Código Civil (CCv). Dicho ejercicio debe realizarse con normalidad, de modo que restricciones como que se verifique en un Punto de Encuentro Familiar tiene que tener alguna justificación.

La sentencia apelada, con razón, los cifra en la existencia de un previo proceso penal. Pero ya hemos visto que ésta ha finalizado por no constatarse la existencia de infracción criminal. A ello se une que los informes disponibles no aprecian perjuicio alguno en la relación del menor con su padre. Por tanto no hay motivo para no disponer un amplio régimen de visitas, en el modo que propone el padre, que nada apunta vaya a perjudicar al menor, ya que donde los técnicos aprecian riesgo es en el entorno materno.

En consecuencia se acogerá la pretensión del padre recurrente, permitiendo que se martes y jueves recoja a su hijo del colegio, y lo tenga en su compañía y en su hogar, desde entonces hasta la entrada al colegio al día siguiente, pernoctando con el mismo. También podrá tener en su domicilio el padre al hijo en los periodos que se han dispuesto en vacaciones y fines de semana, ya que no hay razón, una vez archivado el procedimiento penal y sin perjuicio de los recursos, para que las entregas y recogidas se realicen en el Punto de Encuentro Familiar o para establecer la limitación de que sea en el domicilio de los abuelos, aunque no haya inconveniente en que pueda ser así.

Por tanto en este apartado subsidiario el recurso de D. Teodulfo será estimado, ampliándose las visitas en el modo que solicita.

Sobre las garantías de la custodia

La madre apelante reclama que la custodia se someta a ciertas garantías, como la entrega en el Punto de Encuentro Familiar y la pernocta en la casa de los abuelos paternos, que liga con la protección del menor por los supuestos abusos que alega ha padecido. Insiste en que hay un procedimiento penal por esta causa y las agresiones sexuales que afirma haber sufrido del padre, y considera que por ello hay que adoptar tales salvaguardas.

No es ese el parecer de los informes del equipo psicosocial y del Servicio de Protección a la Infancia de la Diputación Foral de Bizkaia, que analizados críticamente como ordena el art. 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), permiten alcanzar la conclusión contraria, en tanto que descarta que pueda haber tales circunstancias que justificaran las medidas reclamadas por la madre. Cierto es que ésta critica tal informe, pero teniendo en cuenta que no hay un solo dato objetivo de las afirmaciones de la recurrente, parece preferible la opinión de los técnicos.

Por otro lado las agresiones sexuales que la madre denunció, tanto frente a ella como respecto de eventuales abusos del hijo, dieron lugar a un procedimiento penal que por auto de 19 de agosto de 2020 finalizó sin apreciar indicios que justificaran unos u otros. El juzgado pondera todos los informes, descarta el consumo de sustancias estupefacientes como hace el informe que al respecto elabora el servicio correspondiente del Ministerio de Justicia (folios 521 y ss de los autos), y termina poniendo fin al procedimiento penal que justificaba las reservas de la sentencia recurrida respecto al modo en que podía ejercitarse la visita paterna al hijo.

Aunque tal resolución se haya recurrido, revela que el parecer judicial entiende que no hay agresión o abusos. Los informes que se han emitido descartan que haya algún peligro para el menor procedente de la figura paterna, por lo que no hay justificación, vista la prueba disponible, para suspender las visitas, restringirlas o impedir la convivencia de padre e hijo, que no necesita por ello supervisión ni del Punto de Encuentro Familiar ni de los abuelos paternos. El motivo, por ello, se desestima.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

Eficacia y validez del pacto del convenio regulador atribuyendo el usufructo de la vivienda a la esposa

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020

Validez y eficacia del pacto del convenio regulador por el que se le concede a la esposa el usufructo de la vivienda hasta la fecha en que la misma decida la liquidación de la copropiedad que tiene con el esposo en relación a dicha vivienda. Por tanto, es intrascendente que los hijos hayan alcanzado la mayoría de edad o que se hayan trasladado a convivir con el padre.

Por la dirección letrada de la parte recurrente que representa los intereses de Leovigildo se impugna la sentencia de instancia que ha desestimado su pretensión de modificar la sentencia de separación de fecha 10 de junio de 2004 respecto a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar que fue atribuido a la esposa y sus hijos, entonces menores de edad, así como con respecto a la concesión del usufructo hasta la fecha en la que la misma decida la liquidación de la copropiedad. Había solicitado su extinción por haber alcanzado los hijos la mayoría de edad, vivir dos de ellos con él, y la tercera en custodia compartida desde la sentencia de divorcio de 24 de septiembre de 2014 además de su relación de more uxorio.

Fundamenta su recurso en una errada valoración de la prueba practicada por parte del Juzgador de instancia.

Son circunstancias relevantes para la resolución del presente recurso el que las partes, casadas en el año 1990, tuvieron tres hijos: Vanesa, nacida el NUM000 de 1997 y Zaira y Sixto, nacidos el NUM001 de 2000. Con ocasión de su ruptura interpusieron de común acuerdo demanda de separación matrimonial que dio lugar a la sentencia de fecha 10 de junio de 2004 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de DIRECCION000, en la que se acordó aprobar en todos sus términos el convenio regulador que se acompañaba a la demanda y que establecía, en relación al uso de la vivienda conyugal, la atribución del uso y disfrute de la misma la progenitora. En concreto se dijo " La vivienda que ha constituido el domicilio conyugal del matrimonio, sita en Virgilio núm.6 puerta 3 de DIRECCION000 se atribuye en uso y disfrute a D.ª Modesta, quien deberá convivir en la misma, junto a los hijos menores de edad, al tener atribuida la guarda y custodia de los mismos, hasta la emancipación de los mismos; asimismo se le concede a D.ª Modesta el usufructo hasta la fecha en que la misma decida la liquidación de la propiedad que con D Leovigildo tiene sobre la vivienda que constituyó la vivienda familiar.

Con posterioridad, por el hoy recurrente se interpuso demanda de divorcio contencioso en el que recayó sentencia en fecha 24 de septiembre de 2014, en la que tras decretar el divorcio se acordaban como medidas las relativas a la guarda y custodia de los hijos comunes, a la fijación de pensión alimenticia y al régimen de contribución a sus gastos por parte de los progenitores. En dicha sentencia no se aludió a la cláusula controvertida relativa al uso de la vivienda. Esta sentencia fue parcialmente revocada por esta Sección en fecha 20 de mayo de 2015, en lo relativo a la contribución

respectiva de los progenitores a los gastos de los hijos comunes.

En la vivienda ha convivido y ha estado empadronado en ella hasta el año 2015 la que fuera pareja de la esposa, que en la actualidad se encuentra empadronado en otro domicilio. Hoy Sixto convive con su padre, Vanesa también, aun cuando pasa periodos en casa de su novio y Zaira vive con la madre y no es independiente.

La Sala, en uso de la función revisora que le es propia (art. 456 LEC), examinado que ha sido el contenido de las actuaciones, hace suyos los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia apelada, motivación que se considera suficiente y que ha de darse por reproducida a los efectos de su confirmación por no quedar aquélla desvirtuada por las alegaciones de la parte apelante.

En tal sentido, puede la Sala remitir a dicha fundamentación a los fines de dar cumplimiento a la obligación que el artículo 120.3 de la Constitución Española impone a los Jueces y Tribunales, cual es la de dar a conocer a las partes las razones para su decisión, obligación que igualmente se contiene en el artículo 218 de la LEC. Al respecto debe recordarse que tanto la doctrina dimanante del Tribunal Constitucional (sentencias 174/1987, 11/1995, 24/1996, 115/1996, 105/97, 231/97, 36/98, 116/98, 181/98, 187/2000), como del Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de octubre de 1998, 19 de octubre de 1999, 3 y 23 de febrero, 28 de marzo, 30 de marzo, 9 de junio, ó 21 de julio de 2000, 2 y 23 de noviembre de 2001), permite y admite la motivación por remisión a una resolución anterior, cuando la misma haya de ser confirmada y precisamente, porque en ella se exponían argumentos correctos y bastantes que fundamentasen en su caso la decisión adoptada, de forma que en tales supuestos, como precisa la Sentencia del Alto Tribunal de fecha 20 de octubre de 1997, subsiste la motivación de la sentencia de instancia puesto que la asume explícitamente el Tribunal de segundo grado.

Sin perjuicio de la remisión efectuada a la resolución apelada, cabe añadir que tal y como se desprende de los hechos que se declaran probados la estipulación controvertida contiene dos pactos, el uno vigente porque la hija Zaira no ha alcanzado la independencia económica y vive con su madre, y el segundo igualmente vigente porque se fijó al amparo de la libertad de pactos del artículo 1.255 del Código Civil.. Por otro lado esa cláusula forma parte de un convenio suscrito de mutuo acuerdo que no se discutió al tiempo de promover el divorcio. La literalidad de la cláusula es clara: aun dándose el supuesto de emancipación de los hijos, (que no es el caso porque está Zaira) el usufructo constituido valida y voluntariamente por las partes continuaría vigente. Finalmente, el hecho de que este se inscribiera de forma tardía no empecé el que se encontrara vigente al tiempo de la inscripción.

No procede atribuir el uso de una plaza aparcamiento situada en otro edificio distinto a la vivienda familiar

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 2020

Dado que la plaza de aparcamiento y el trastero se encuentran en otro inmueble distinto a la vivienda familiar, no procede efectuar, al amparo del art. 96 del CC, pronunciamiento en cuanto a su atribución de uso. Régimen jurídico de la atribución del uso en función de que constituyan o no fincas registrales independientes.

En cuanto a la atribución a la esposa e hijo del uso y disfrute de la finca núm.- NUM002 de la misma calle del domicilio familiar, a los solos fines de aparcamiento de su vehículo: Tras recordar que el domicilio familiar lo constituye la vivienda sita en la CALLE000, núm. NUM000 y NUM001, subraya que en nuestro ordenamiento jurídico civil ningún texto legislativo, y en especial el Código Civil, nos ofrece una definición clara, bien definida y precisa de lo que debe entenderse como vivienda familiar. En lo concerniente al domicilio de las personas casadas, el artículo 69 del Código Civil presume que, salvo prueba en contrario, los cónyuges viven juntos; el artículo 70 del mismo texto legal, considera que ambos cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de producirse algún tipo de discrepancia, corresponderá resolver al juez teniendo siempre en cuenta el interés de la familia.

Destaca, sin embargo, que en cuanto a la espe-

cialidad de trasteros y garajes, estos espacios no pueden ser considerados como vivienda familiar, sin perjuicio de la posibilidad de ser atribuidos junto con el uso de la misma.

Señala que la doctrina jurisprudencial no es pacífica ni unánime. Generalmente, cuando se adquiere una vivienda, bien ya edificada, bien sobre plano, suele adquirirse en el mismo edificio y al mismo constructor en una sola escritura y con un solo coeficiente de participación en la propiedad horizontal, formando lo que se denomina "unidad registral". Así, cuando sucede lo expuesto anteriormente, nos encontramos con Audiencias Provinciales partidarias de que, cuando se produce la ruptura familiar, es necesario determinar a quién se le atribuye el uso de los garajes y trasteros, aunque en puridad no aparezcan reflejados en el artículo 96 del Código Civil, ni encajen exactamente en la definición de vivienda familiar. Otras, en cambio, entienden que el artículo 96 Código Civil contempla exclusivamente la atribución de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario sin hacer mención a otras dependencias o locales que pueden ser objeto de uso y disfrute de la familia, aun cuando formen parte de aquella como elementos anexos.

Añade que la respuesta judicial no suele ofrecer duda en la hipótesis de que estos espacios (garajes, trasteros) estén calificados registralmente en una misma finca registral, como anejos o anexos a la vivienda cuyo uso se ha atribuido: generalmente se entiende que estos espacios forman parte de atribución de la vivienda familiar, de modo que si esta se constituye por un inmueble individual en el que va incluida formando un todo, como anexos, la plaza de aparcamiento y el trastero, estos elementos deben ser incluidos como objeto de la atribución. En cambio, como en el caso que nos ocupa, cuando la vivienda familiar se encuentra en un edificio y la plaza de garaje y el trastero en otro, hay quien afirma que son unidades independientes, registral y catastralmente lo son, y deberían por analogía atribuirse al interés más necesitado de protección al igual que la vivienda; otras opiniones postulan que no debe formar parte de la atribución; otras, que deben seguirlos usando quien lo venía haciendo; también hay quien se decanta por la opción de la necesidad de demostrar la necesariedad del trastero o garaje en la vida diaria familiar de cada uno de los cónyuges para lograr el pronunciamiento judicial deseado.

Encontrándonos en el presente caso con una finca registral y catastralmente independiente de la finca que constituye el domicilio familiar (finca sita en la CALLE000, núm. NUM002), cuya titularidad y uso ha quedado acreditada que ostenta el padre, como progenitor no custodio, no parece correcto -conforme a la doctrina jurisprudencial citada- su atribución a la madre. En primer lugar, porque no es el progenitor con el interés más necesitado de protección, ya que como se vio y manifiesta la Juzgadora a quo, la atribución de la vivienda familiar viene dada exclusivamente por resultar ser la progenitora custodia. En segundo lugar, porque hay opiniones doctrinales que postulan que no debe formar parte de la atribución. En tercer lugar, porque debe seguir usándolo quien lo venía haciendo, y si bien es cierto que venían usándolo ambos progenitores por necesidad de estacionamiento de ambos vehículos, esta circunstancia en la actualidad ya no concurre, por disponer la vivienda familiar de garaje y vivir en otro domicilio diferente el progenitor no custodio. En cuarto y último lugar, a colación de lo anterior, por no existir una necesidad real del uso del solar del núm. NUM002 de la misma calle, por disponer el domicilio familiar de garaje, posibilitándose el estacionamiento del vehículo de la madre como progenitora custodia y, en consecuencia, quedando a salvo los intereses del menor en cuanto a transporte y traslados se refiere.

… Sobre la atribución a la esposa e hijo del uso y disfrute de la finca núm.- NUM002 de la misma calle del domicilio familiar, a los solos fines de aparcamiento de su vehículo.

Hemos de comenzar manifestando nuestro acuerdo con el recurrente cuando señala que en nuestro ordenamiento jurídico civil no se recoge una definición clara y precisa de lo que debe entenderse por vivienda familiar. Ahora bien, la doctrina constitucional (por todas, la sentencia de fecha 20 de julio de 2012) nos enseña que la vivienda familiar es la que constituye la base física donde se desarrolla la vida familiar, es decir, donde conviven los miembros de la familia y donde tienen el centro de su convivencia.

Aclarado lo anterior, y en cuanto a la cuestión discutida y traída a esta alzada, que no es otra que la atribución a la esposa e hijo del uso y disfrute de la finca núm.- NUM002, sita en la misma calle del domicilio familiar, y que cumplía el servicio de "garaje" para el estacionamiento de ambos vehículos de los progenitores, hemos de convenir también con el recurrente que la cuestión no es pacífica ni unánime en la doctrina jurisprudencial.

El problema surge, ciertamente, cuando el domicilio familiar está constituido además de por la vivienda en sí misma, por otros elementos anexos, tales como almacenes o garajes, o cuando la vivienda se encuentra incluida en el interior de

una finca rodeada de huertos, terrenos o zonas de recreo exteriores. En estos supuestos, los tribunales, mayoritariamente, vienen otorgando el uso de estos elementos (huertos, terrenos, almacenes o garajes) al mismo cónyuge al que se le atribuye el uso y disfrute de la vivienda conyugal, cuando tales anexos no sean susceptibles de aprovechamiento independiente o formen parte de la misma vivienda, o bien cuando se hallan integrados en el conjunto de la finca en la que se encuentra sita la vivienda familiar. Así, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en su sentencia de fecha 19 de julio de 2002, considera que debe atribuirse tanto la vivienda como los elementos que la componen (huertos, zonas de recreo, garajes, almacenes) a quien tengan atribuido el uso de la vivienda, puesto que resulta del todo incompatible con los efectos de la separación conyugal el mantenimiento de una convivencia o proximidad de los cónyuges, y más en aquellos supuestos en que queda acreditado que la configuración de la vivienda o de la finca resulta inhábil para el libre desarrollo de vidas independientes, pues favorece y hace posible la fiscalización por uno de los cónyuges de la vida del otro. También la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de fecha 24 de febrero de 2015, estimó que un garaje se trata de un "anexo del domicilio familiar que, por tanto, merece un pronunciamiento paralelo a éste al ser, por aquel motivo susceptible de inclusión en el marco del art. 774 de la LEC en relación con el art. 91 del C. Civil, de modo que cabrá resolver en autos, en sede de atribución vivienda familiar, sobre los anexos de ésta. Bien entendido que debe ser aquí aplicado el principio general contenido en la máxima accesorium sequitur principalem (lo accesorio sigue la suerte de lo principal). Por lo que el tratamiento jurídico de la vivienda familiar resulta extensible a sus anexos y en este caso, al garaje de la vivienda".

El supuesto enjuiciado, sin embargo, no es el mismo. En el caso de autos nos encontramos que vivienda familiar y garaje, ambas de titularidad privativa del esposo, son dos fincas o unidades independientes, registral y catastralmente, aun cuando las partes -constante el matrimonio- vincularan funcionalmente la finca núm.- NUM002 a la vivienda familiar para el estacionamiento de los vehículos del matrimonio, pero sin constituir, repetimos, un anexo de la vivienda. Ante esta realidad, la atribución del uso de la vivienda no puede entenderse extendida al "garaje". Vivienda y solar no son partes de una finca común a los efectos del artículo 96 del Código Civil.

División de cosa común y extinción del uso de la vivienda

AP MÁLAGA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 2020

Es procedente la acción de división de cosa común, si bien debe respetarse el derecho de uso de la vivienda común hasta tanto se resuelva el recurso de apelación contra la sentencia de modificación de medidas que acordó la extinción de dicho uso.

Frente a la sentencia de instancia, que estimó la demanda origen de este procedimiento en lo que se refiere a la declaración de la división y consiguiente extinción del condominio que mantienen los litigantes sobre la vivienda unifamiliar litigiosa, y en en su consecuencia, al ser un bien indivisible, sea sacada a pública subasta en ejecución de sentencia y con su producto hacer reparto entre las partes en proporción a sus respectivas participaciones en la finca, condenando a la demandada al pago de las costas, se alza el presente recurso de apelación interpuesto por la representación de la Sra. Carla que en síntesis se sustenta en que la juzgadora de instancia inaplicó la jurisprudencia establecida en la STS de 27 de febrero de 2012 relativa a que no puede extinguirse sin mas el condominio sobre la vivienda familiar cuando en otro procedimiento judicial se está tramitando un recurso relativo al uso de la vivienda familiar que sigue ostentando su patrocinada.

Centrada la cuestión litigiosa en determinar si es compatible la división de la cosa común con la atribución del uso y disfrute a uno de los propietarios, la STS de 28 de marzo de 2003, con cita de las SS de 22-9-1988, 11-12-1992, 20-5-1993, 16-12-1995 y 16-2-1998 ha establecido con relación al supuesto de que la vivienda litigiosa sea de la propiedad común de los ex-cónyuges, cual sucede en este caso, ha de aplicarse el artículo 400 del Código ci-

vil, pero respetando la ocupación judicial decretada y mantenida.

Es significativa la sentencia de 14 de julio de 1994 que resuelve el caso de vivienda de titularidad común de matrimonio separado legalmente y que fue adjudicada por vía judicial a la esposa para uso de vivienda familiar, declarando la coexistencia del derecho que otorga a todo propietario el artículo 400 del Código Civil con el uso judicial (artículo 96). Se trata de derechos que no son contradictorios y cabe compaginar y de este modo el derecho divisorio que ejercitó el recurrente en su demanda, no elimina por completo la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por una normativa especifica consecuente del proceso de separación, aquí seguido de divorcio, y por ello, subsistiendo la situación establecida en la sentencia de divorcio, ha de mantenerse la indemnidad de la ocupación de la vivienda en tanto dure la temporalidad del disfrute.

Es Jurisprudencia constante de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como recuerda la reciente sentencia de 5-02-2013 (RJ 2013, 1992), con cita de otras anteriores, que la acción de división no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges cuando se trata de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y uno de ellos la ejercita. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTS de 27 diciembre 1999 (RJ 1999, 9493), 4 diciembre 2000 (RJ 2000, 9323), 28 marzo 2003 (RJ 2003, 3040), 8 mayo 2006 (RJ 2006, 2342), 27 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3383), entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges (...)".

Se viene así a refrendar la doctrina recogida en anteriores sentencias como las de 8 de mayo de 2006 ó 7 de junio de 2007, seguida por la jurisprudencia menor, pudiendo citarse las sentencias de esta Audiencia Provincial, Sección 3ª, de 12 de abril de 2013 (JUR 2013, 201031), ó la de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de abril de 2013 (JUR 2013, 193996).

Decía la sentencia citada de la Sección 3ª de la AP de Jaén, de 12 de abril de 2013 (JUR 2013, 201031) que "se mantiene el derecho de uso sobre la vivienda a pesar de la división de la cosa común; la persona a quien dicho uso se atribuyó en la sentencia de separación o divorcio tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes mientras subsista la situación que dio lugar a la atribución de dicho uso (SSTS de 2-12-1992, 14-7 (RJ 1994, 6439) y 18-10-1994 (RJ 1994, 7722), 16-12-1995 (RJ 1995, 9144), 3-5-1999 (RJ 1999, 3428), 26-4-2002 EDJ 2002/13107, 28-3- 2003 (RJ 2003, 3040) y 27-11-2007, entre otras), de manera que como expone la sentencia de 8 mayo 2006 (RJ 2006, 2342) "la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes. Así la sentencia de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9493), citando en igual sentido las anteriores de 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4295), 6 de junio de 1997 (RJ 1997, 4612) y 8 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1404), afirma que "la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo pacto en contrario, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne (..) y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó". En igual sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencia más reciente de 28 de marzo de 2003 ".

Por tanto, tratándose de compaginar los derechos del propietario a la división (art. 400 CC) con los derechos de uso y disfrute de la vivienda atribuidos o que puedan atribuirse a uno de los titulares en la sentencia que se dicte en el proceso matrimonial (art. 96 C.C.), la declaración de extinción de dicho condominio puede hacerse sin perjudicar por ello el derecho de uso que pueda atribuirse, en este caso, a la recurrente y su hijo menor, cuya resolución está pendiente al estar tramitándose el proceso de modificación de medidas, de manera que de otorgársele ese uso en la sentencia de modificación de medidas a la recurrente podrá hacerlo valer y oponerlo frente al tercero que adquiera en pública subasta, hasta el punto que en el momento de sacarse a pública subasta la finca (vivienda) deberá anunciarse en los edictos tal circunstancia puesto que el futuro adquirente tiene que soportar el referido derecho de uso, salvo, claro está que alcancen un acuerdo las partes litigantes sobre la extinción del estado de indivisión existente.

Para el cálculo de la pensión: ingresos netos y signos externos

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 2020

Para determinar los ingresos de los progenitores habrá de partirse de las percepciones o ingresos netos que uno y otro hayan justificado documentalmente y/o declarado en la Vista, pero también, a los signos externos. El padre es empresario y la madre abogada.

En el caso concreto es un hecho no controvertido, pues así ha sido admitido por ambas partes, que durante la convivencia la familia gozaba de un alto nivel de vida. Sin embargo, no se ha podido conocer ni determinar con exactitud los ingresos y capacidad real de ambos progenitores. Téngase en cuenta que él es un empresario y ella una abogada, por lo que traemos aquí a colación lo que ya decíamos en nuestra sentencia de fecha 11 de abril de 2014, cuando señalábamos que "Es conocida la enorme dificultad de concretar los ingresos de los profesionales liberales y autónomos, por la existencia de un régimen tributario en ocasiones opaco que hace dudar de la certeza absoluta de los datos allí recogidos. De esta situación se han hecho eco múltiples sentencias de las Audiencias Provinciales. Así, la SAP de Huelva, Sección 1ª de 16 septiembre de 2008 indicó que "La experiencia de la vida enseña que es muy frecuente (sobre todo en profesionales liberales y trabajadores autónomos)...la extensión de la llamada "economía sumergida", fiscalmente opaca, que es un factor favorecedor de la ocultación de la real situación patrimonial del sujeto pasivo. A ello hay que sumar las dificultades del aparato inspector tributario para investigar aquella realidad y la extendida resistencia al cumplimiento de los deberes fiscales. Todos estos hechos hacen que la fiabilidad de las declaraciones presentadas por los contribuyentes sea escasa", en este ámbito (..) Y es que la dificultad por la opacidad antes expuesta hace que, en estos casos, se pida un especial esfuerzo probatorio a estos profesionales para demostrar sus circunstancias económicas. Es ejemplo de esta tendencia la SAP de Murcia, Sección 4ª, 9 de septiembre de 2012, en la que se indica que "de acuerdo con el criterio de esta Audiencia Provincial, plasmado entre otras en las Sentencias, de su Sección Primera de 28 de julio de 2003 y 16 de junio de 2010 de su Sección Cuarta, en determinados casos, en los que los ingresos económicos de quien viene obligado a la prestación de alimentos, derivan del ejercicio de profesionales liberales, participación en sociedades o percepción de comisiones complementarias del salario fijo, como acontece en este caso, se impone sin duda una mayor exigencia probatoria al respecto conforme a lo dispuesto en el artº. 217 de la LEC, derivada de la mayor facilidad y disponibilidad de quién es perceptor de tales ingresos.

Para conocer el nivel de ingresos real de uno y otro progenitor habrá de partirse de las percepciones o ingresos netos que uno y otro hayan justificado documentalmente y/o declarado en la Vista, pero también, como acertadamente dice la juzgadora de instancia, a los signos externos. De esta manera, y por lo que se refiere al esposo, el mismo señaló percibir un salario de la sociedad ... SLU, de la que es socio único, de 1.500 euros, a lo que habría que sumar 500 euros de los rendimientos de la comunidad de bienes constituida con sus hermanos, y otros 600 euros por el alquiler de un local de su propiedad. Sin embargo, los signos externos revelan, efectivamente, que su ca-

pacidad económica era y es muy superior a la que dice. Lo declarado compadece mal con el hecho de que el mismo aportase al matrimonio, constante este, unos 2.000 euros mensuales a la cuenta común para atender los gastos de la familia, amén del pago de la hipoteca de la vivienda familiar (1.500 euros), línea telefónica, gastos de seguridad de la vivienda, seguros etc. Por otra parte, la confusión de patrimonios de la sociedad DIRECCION000 y el personal de D. Enrique quedó puesto de manifiesto con las transferencias habidas entre las cuentas de la mercantil y de D. Enrique, y viceversa, de la entidad BANKINTER, así como por el hecho -admitido por el demandado- de que era la mercantil quien asumía el pago de la empleada del hogar familiar, así como también de los vehículos de alta gama que disfrutaba el matrimonio y que sigue disfrutando, a día de hoy, el Sr. Enrique. Además de ello, el esposo admitió que parte de su patrimonio inmobiliario lo había aportado a la sociedad ..., sin olvidar, finalmente, que aparece como cotitular de productos bancarios con importantes montantes económicos. Esta capacidad económica se mantiene, como lo demuestra el dato aportado por el propio recurrente de que abona en concepto de alquiler la nada desdeñable cantidad de 750 euros.

Lo mismo con respecto a Dña. Tatiana. Aseguró que sus ingresos se limitaban a unos 2.300 euros mensuales (ingresos fijos como letrada de ...), con los que claramente no podría hacer frente a los gastos fijos que reconoció abonar de hipoteca del despacho, dos préstamos personales, mutualidad, colegiación, leasing del vehículo, y gastos de la vivienda familiar y del despacho, aunque reciba la ayuda de su hermano mayor, que, por cierto, tan solo iba destinada a mantener el mismo nivel de vida de su hijo menor. En todo caso, la capacidad económica de la esposa se reveló inferior o por debajo de la del esposo, atendiendo simplemente a la contribución de cada uno a los gastos familiares constante el matrimonio.

A partir de estos datos, y habiéndose constatado que las necesidades del menor son las propias de su edad (12 años), que acude a un colegio concertado, sin más gastos por este concepto que el de uniforme, libros y material escolar, amén de los de vestido y ocio propio de su edad, salvo un seguro médico que concertaron los progenitores para el menor durante el matrimonio, estimamos adecuada la cantidad de 530 euros mensuales, teniendo en cuenta que el uso de la vivienda familiar se atribuye al menor y progenitora custodia, con lo que el progenitor no custodio contribuye también con ello a los alimentos de Inocencio. Objetivamente, ninguna duda cabe que la cantidad de 530 euros mensuales, junto a la aportación de la madre, no solo es suficiente para cubrir los cuidados de un niño de 12 años, sino para garantizar también el mismo o similar nivel de vida que este tenía constante el matrimonio, lo que hace decaer las alegaciones de la apelada-impugnante, reiteradas en su escrito de fecha 29 de julio de 2020.

Extinción desde la fecha de interposición de la demanda

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020

La retroacción de la extinción de los alimentos a la fecha de la demanda está justificada, pues en ese momento la inserción laboral del hijo mayor ya se había producido, lo que está además amparado por las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo y 10 de abril de 2019, que consideran admisible esa retroacción.

La demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de DIRECCION000 el día 2 de septiembre de 2.019, que estimó parcialmente la demanda formalizada por el actor para que se modificasen las medidas fijadas en la sentencia dictada el día 14 de julio de 2.009, y acordó la extinción de la pensión de alimentos del hijo llamado Emiliano, nacido el día NUM000 de 1.995, desde el mes de abril de 2.018, con la obligación a cargo de la demandada de devolver las cantidades que se hubieran satisfecho desde esa fecha, así como la extinción de la asignación del uso de la vivienda familiar a la demandada en el plazo de seis meses desde la fecha de la sentencia.

Pide la apelante en su recurso de apelación que la extinción de la pensión de alimentos de Emiliano debe extinguirse desde la fecha de la sentencia y no desde la de la demanda, y que la extinción de

la asignación del uso no se produzca hasta la independencia económica de la hija llamada Consuelo, nacida el día NUM001 de 1.999.

Para la resolución del motivo del recurso de apelación concerniente a la retroacción de la extinción de los alimentos de Emiliano de acuerdo con los artículos 93 y 142 y siguientes del Código Civil, se tiene en cuenta que, a tenor de las propias manifestaciones del hijo en la vista, trabajó en el verano de 2.016, y continuó trabajando en 2.017, y que lo estaba haciendo en ese momento, lo que aparece respaldado en el informe de vida laboral del folio 80. La demandada se allanó a la extinción de los alimentos del hijo en el acto de la vista. Teniendo en consideración estos datos, la retroacción de la extinción de los alimentos a la fecha de la demanda está justificada, pues en ese momento la inserción laboral de Emiliano ya se había producido, lo que está además amparado por las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo y 10 de abril de 2.019, que consideran admisible esa retroacción.

Por lo que respecta a la extinción del uso de la vivienda familiar, de acuerdo con el artículo 96 párrafo tercero del Código Civil, se tiene en consideración que no sólo Emiliano, cuya pensión de alimentos ha sido extinguida, sino también la hija Consuelo, es mayor de edad, lo que conlleva la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo expresada entre otras en la sentencia de 5 de septiembre de 2.011, según la cual: "ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir". Ello implica la desestimación de este motivo del recurso de apelación.

No cabe condicionar la formación académica con plazos fatales para su finalización

AP VIZCAYA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE 2020

Cuando no se acredita pasividad en la obtención de empleo o en la terminación de la formación académica, no cabe condicionar a los hijos con plazos fatales para conseguirlo, pues la causa de la tardanza de los hijos en abandonar el hogar, son múltiples y no siempre imputables a su pasividad. El hijo tiene 19 años y se encuentra en periodo de formación, pues tras haber concluido los estudios básicos con demora, está realizando cursillos en distintas materias.

La pretensión de la parte apelante de que su obligación de pago ha de ser con un límite de dos años, o antes, si su hijo alcanzara su independencia económica, ha de ser valorada de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, Sala Primera, quien en sus resoluciones sienta doctrina al respecto:

- En su sentencia de 6 de noviembre de 2019, con cita de anteriores resoluciones declara: "3.- Lo que se plantea es la extinción de la pensión de alimentos a favor del hijo mayor de edad por desidia de este para procurárselos.

No existe ningún precepto que establezca una edad objetivable, sino que se había de estar a las circunstancias del caso, pues todos no son idénticos, sino que tienen sus singularidades.

Por ello la sentencia núm. 558/2016, de 21 de septiembre, afirma que "la ley no establece ningún límite de edad y, de ahí, que el casuismo a la hora de ofrecer respuestas sea amplio en nuestros tribunales, en atención a las circunstancias del caso y a las socio-económicas del momento temporal en que se postulan los alimentos ".

Se ha venido a poner el acento para denegarlos en la pasividad del hijo o de la hija (sentencia 603/2015, de 28 de octubre).

Se ha tenido en cuenta la potencialidad no ejecutada de la hija mayor de edad, pues no puede

existir derecho de alimentos si no se hace nada por conseguir ingresos para cubrirlos (sentencia núm. 732/2015 de 17 de junio).

Esto es, se ha de constatar pasividad, que no puede repercutir negativamente en el padre (sentencia núm. 603/2015 de 28 de octubre) si el hijo mayor de edad no realiza esfuerzos en la búsqueda de una salida profesional.

En el supuesto litigioso no ha quedado acreditada tal pasividad, pues Reyes finalizó sus estudios universitarios en el año 2017 y se encuentra preparando oposiciones al Cuerpo de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de bienes muebles, e Rosario cursa estudios universitarios de odontología.

Se encuentran, pues, en pleno periodo de formación académica y profesional, acorde con sus edades.

En tales situaciones, en la que no se acredita pasividad en la obtención de empleo o en la terminación de la formación académica, no cabe condicionar a los hijos con plazos fatales para conseguirlo, pues la tardanza de los hijos en abandonar el hogar, son múltiples y no siempre imputables a su pasividad.

En la sentencia núm. 95/2019 de 14 de febrero, se le concedió al hijo el plazo de un año para continuar con la percepción de los alimentos, pero fue por entender el tribunal que era un plazo razonable para que el hijo se adaptase a su nueva situación académica, habida cuenta que su nulo rendimiento académico (pasividad) le hacía acreedor a la extinción de la pensión próximamente. "-

- En su sentencia de 21 de diciembre de 2017 declara: " La STS 395/2017, de 22 de junio, declaró:

«Esta sala en interpretación de los preceptos mencionados, ha dictado, entre otras, la sentencia núm. 700/2014, de 21 de noviembre, y la núm. 372/2015, de 17 de junio, en las que se analiza el supuesto de alimentos a hijos mayores de edad, cuando prolongan sus estudios más allá de la mayoría de edad. ».

Igualmente en sentencia núm. 558/2016, de 21 de septiembre, se declaró: "Esta Sala, acudiendo a las circunstancias mencionadas del caso concreto, ha decidido, bien por negar los alimentos para no favorecer una situación de pasividad de dos hermanos de 26 y 29 años, bien por concederlos (STS 700/2014, de 21 noviembre) a una hija de 27 años por entender que no es previsible su próxima entrada en el mercado laboral, cuando la realidad social (artículo 3.1 CC) evidencia la situación de desempleo generalizado de los jóvenes, incluso con mayor formación que la hija de la que se trata..."...»".

Desde esta perspectiva jurídica y teniendo en cuenta la prueba practicada esta Sala con la Juzgadora de instancia estima que no es procedente, en este momento la fijación de límite temporal alguno, sin perjuicio de la incidencia que pudiera tener sobre su cuantía y mantenimiento el cambio de circunstancias en una u otra parte, pues el hijo del apelante, el Sr. Jesús, nació el día NUM000 de 1998, teniendo 19 años a la fecha de presentación de la demanda, el día 27 de noviembre de 2017, conviviendo con su madre tras la ruptura de la relación de sus padres, y si bien admite que no habla con su padre (minuto 6,38 y ss Cd nº 1) y no consta que realice actividad laboral alguna, estando inscrito en Lanbide, sin ser perceptor de subsidio alguno, lo cierto es que se encuentra en periodo de formación, tras haber concluido los estudios básicos con demora, estando realizando cursillos en distintas materias, como se deduce de la prueba practicada aportada con la demanda (doc. nº 3 y ss demanda) y con posterioridad (f. 157 y ss), no pudiendo entenderse que observe una conducta desentendida al respecto en relación con su formación, en función de sus intereses y perspectivas, debiendo tenerse en cuenta la situación actual y en el momento de presentación de la demanda del mercado laboral y en especial el acceso de los jóvenes al mismo.

La decisión de la madre de que el hijo curse sus estudios en un centro privado está justificada

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, AUTO DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020

Tiene la consideración de gasto extraordinario el generado por la asistencia del hijo a un centro privado. La decisión de la madre de matricularlo en un centro privado homologado para bachiller y alumnos con capacidad intelectual pero con dificultades de seguir en un centro público y con educación adaptada, no fue una decisión caprichosa sino acorde con las circunstancias que el hijo precisaba y fue apoyada por los profesionales que en ese momento le trataban de sus problemas médicos y psicológicos.

Revisadas las actuaciones practicadas en la instancia la Sala concluye que la decisión de la madre de matricular a su hijo Eutimio en el Aula NUM000 centro privado homologado para bachiller y alumnos con capacidad intelectual pero con dificultades de seguir un centro público y con educación adaptada, no fue una decisión caprichosa de la madre sino acorde con las circunstancias que su hijo precisaba y apoyada por los profesionales que en ese momento trataban a su hijo de sus problemas médicos y sicológicos. Ciertamente resultó que el padre tenía razón en que su hijo no cursara bachiller sino que fuera derivado a Formación profesional como luego hizo, pero resolver los casos a posteriori es harto fácil, lo difícil, es tomar la decisión en el momento en que se adoptó, y en la medida en que guiaba a la madre el interés de que su hijo pudiera superar bachiller y que se le aconsejó por el psicólogo esa educación, la Sala concluye que no fue una decisión arbitraria o caprichosa de la madre, y que, en consecuencia, se revelaba necesaria para la formación de su hijo en ese momento y que, por lo tanto, ambos progenitores han de atender los gastos de aquella educación.

En cuanto a los gastos relativos al Curso de Socorrismo Acuático realizado en la DIRECCION001. (280,00 euros), Curso de primeros auxilios Acuáticos realizado en la DIRECCION001. (185,00 euros), Licencia de navegación PNB, tasas de examen y tramitación (557,80 euros), Curso de patrón de embarcación de recreo -PER- (547,80 euros) y Curso de Renovación de desfibrilador Semiautomático-DESA-(65,00 euros). La Sala considera que todos esos cursos contribuyen a la formación de su hijo y a las expectativas de que en periodos vacaciones, puede trabajar y lograrse un sustento. Todas las actividades son formativas, y van en la misma dirección que su vocación sanitaria, obtenida a través de la Formación profesional que ha cursado, y que como alega la recurrente contribuyeron a que Eutimio superara el aislamiento y para el acceso a las contrataciones de verano de la DIRECCION001.

Pensión compensatoria solo por un año

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE 2020

Se considera acertada la fijación de una pensión compensatoria durante un año dado que el matrimonio ha durado 7 años, habiéndose dedicado la esposa tanto a la casa y a las atenciones y cuidados de la hija en común como al negocio familiar de titularidad del esposo, sin que haya estado de alta en la Seguridad Social. Es, con posterioridad a la ruptura matrimonial, cuando la esposa ha comenzado a trabajar mediante contratos parciales, temporales y precarios en la limpieza de portales.

En el caso examinado, es más que evidente, atendiendo a las circunstancias concurrentes, y ratificando la valoración de los presupuestos fácticos de índole personal y económico destacados por la Magistrado de instancia a raíz del análisis de los medios probatorios, la procedencia de la pensión compensatoria por desequilibrio a consecuencia de la ruptura matrimonial atendiendo a las circunstancias contempladas en el art. 97 del Código Civil.

Debemos destacar que el matrimonio ha durado 7 años, habiéndose dedicado la Sra. Gracia tanto a la casa y a las atenciones y cuidados de la hija en común como al negocio familiar de titularidad del esposo, sin que haya estado de alta en la Seguridad Social. Es, con posterioridad a la ruptura matrimonial, cuando la Sra. Gracia ha comenzado a trabajar mediante contratos parciales, temporales y precarios en la limpieza de portales para la empresa DIRECCION002 desde el 23 de abril de 2019 con jornada del 14,17% y luego ha ido ampliándose al 22.85% y al 37,02 y siendo su jornada desde el 20/8/19 del 66.53%.

Igualmente confirmamos la cuantía y duración de la pensión compensatoria a favor de la Sra. Gracia y a cargo del Sr. Cayetano, atendiendo a las mismas circunstancias contempladas en el art. 97 del Código Civil, referidas a la duración del matrimonio contraído en 2011, a la edad de 36 años de la Sra. Gracia, a la de su falta de cualificación profesional y a la probabilidad de acceso a mercado laboral, así como a la dedicación pasada a la familia y al negocio del marido y el caudal y medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre del 2012 se dice que:"... por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial..."

En el mismo sentido, entre otras muchas, la Sentencia el Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2011 indica que "Respecto a la cantidad, también se ha dicho reiteradamente que la pensión compensatoria no es un sistema de equilibrio de patrimonios de los cónyuges, ni de los ingresos que cada uno obtenga de sus respectivos sueldos o pensiones, aunque, como afirma la STS 43/2005 de 10 febrero, citada como infringida, "sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios".

Condena en costas en un procedimiento de modificación de medidas

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE 2020

Se condena en costas a la demandada puesto que no teniendo ningún fundamento para seguir en el uso de la vivienda familiar con posterioridad a la mayoría de edad del hijo común, ni en cuanto al mantenimiento de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad que lleva trabajando ininterrumpidamente desde hace unos años, se opuso a la demanda de modificación de medidas y ha generado unos desembolsos económicos al demandante que en modo alguno deben correr a su cargo.

La sentencia dictada en la instancia estima la demanda de modificación de medidas acordadas en sentencia de 9 de febrero de 2009, interpuesta por D. Mateo contra D.ª Estefanía, acordando la extinción de la pensión de alimentos a favor del hijo mayor de edad D. Ramón y a cargo del padre, así como la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico a favor de la Sra. Estefanía, regulando un uso alternativo cada tres meses hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o extinción del condominio sobre la vivienda, con imposición de las costas procesales de la primera instancia a la demandada en virtud del art. 394.1 de la LEC.

La demandada D.ª Estefanía interpone recurso de apelación contra la imposición de las costas procesales causadas en la primera instancia, en base a una infracción del art. 394 de la LEC por presentar el caso enjuiciado dudas de hecho o de derecho, que lo centra en la situación laboral del hijo en común y en que el trabajo en prácticas de duración determinada implica o no una reincorporación del mundo laboral a las efectos de extinción de la pensión alimenticia en procedimiento matrimonial, alegando que cuando contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones deducidas de adverso, lo que ocurrió el 8 de julio de 2019, el hijo común Ramón tenía un contrato de un año de duración que le vencía el 4 de octubre de 2019, siendo que con posterioridad ha sido prorrogado hasta el 2/4/2020, siendo que en la actualidad está en ERTE.

A lo que se opone el demandante D. Mateo negando la existencia de dudas de hecho o de derecho respecto a la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar y a la extinción de la pensión alimenticia del hijo Ramón, toda vez que la recurrente no solo se opuso a esta medida en su escrito de contestación a la demanda sino también en la celebración de la vista celebrada el 11 de febrero de 2020, siendo que el hijo comenzó a trabajar desde el 3/10/2018 con una remuneración salarial de 1.325 euros mensuales, y que cuando se celebró la vista el 11 de febrero de 2020 el hijo Ramón estaba trabajando ininterrumpidamente desde hacía 16 meses, incorporado al mercado laboral mediante contrato en prácticas que le proporciona una elevada remuneración, terminando por exponer que la

posición procesal mantenida de contrario fue la de alargar el mayor tiempo posible el uso de la vivienda familiar y la pensión de alimentos.

De las costas procesales de la primera instancia:

Conforme a la doctrina legal -vid. STS de 14 de septiembre de 2007 - nuestro sistema general de imposición de costas"... se basa fundamentalmente en dos principios: el del vencimiento objetivo y el de la distribución, también llamado compensación -aunque no es estrictamente tal-, que tiene carácter complementario para integrar el sistema. El sistema se completa mediante dos pautas limitativas. La primera afecta al principio del vencimiento, y consiste en la posibilidad de excluir la condena cuando concurran circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición (lo que en régimen del artículo 394 LEC tiene lugar cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho). Su acogimiento (artículo 523, párrafo primero, inciso final) transforma el sistema del vencimiento puro en vencimiento atenuado. La segunda pauta afecta al principio de la distribución, permitiendo que se impongan las costas a una de las partes (se discute si ha de ser total, o cabe hacerlo proporcionalmente, con opinión mayoritaria favorable a la segunda solución) cuando hubiese méritos para imponerlas por haber litigado con temeridad. Por otro lado, la doctrina de los Tribunales, con evidente inspiración en la "ratio" del precepto relativo al vencimiento, en la equidad, como regla de ponderación a observar en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, y en poderosas razones prácticas, complementa el sistema con la denominada doctrina de la "estimación sustancial" de la demanda, que, si en teoría se podría sintetizar en la existencia de un "cuasi- vencimiento", por operar únicamente cuando hay una leve diferencia entre lo pedido y lo obtenido, en la práctica es de especial utilidad en los supuestos que se ejercitan acciones resarcitorias de daños y perjuicios en los que la fijación del "quantum" es de difícil concreción y gran relatividad, de modo que, por razón de la misma, resulta oportuno un cálculo "a priori" ponderado y aproximado, con lo que se evitan oposiciones razonables por ser desproporcionadas las peticiones efectuadas, y además se centra la reclamación en relación al "valor del momento en que se formula, dejando la previsión de la actualización respecto del momento de su efectividad, a la operatividad de la modalidad que se elija de las varias que en la práctica son posible ".

Ahora bien, no cabe duda que en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio seguidos ante los órganos jurisdiccionales, la especial naturaleza de la materia sobre la que versan conlleva a que su regulación sea objeto de especialidad normativa, siendo de destacar que el art. 752 de la LEC obliga a los tribunales a decidir el objeto de debate de conformidad con los hechos probados con independencia del momento en que hubieran sido alegados o introducidos, mientras que art. 775 de la LEC permite presentar cuantas demandas de modificación de medidas convenidas por los cónyuges o adoptadas judicialmente sean pertinentes "siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas".

Ciertamente que, en los procedimientos de familia, en que son frecuentes las variaciones de las circunstancias personales y económicas de los integrantes de la familia, no deban ser aplicados tales criterios por fuerza, sino que será la actuación de las partes la que determinará, esencialmente, lo que deba resolverse respecto de lascostas procesalesen estos casos.

En el supuesto de autos, estamos en presencia de una estimación de demanda de modificación de medidas definitiva, respecto a la extinción de la atribución del uso del domicilio familiar y a la extinción de una pensión alimenticia a favor del hijo mayor de edad por haber incorporado al mercado laboral, al amparo del art. 775 y su remisión del art. 773 de la LEC,

A la que se ha opuesto efectivamente la demandada, tanto en su escrito de contestación a la demanda de 8/7/2019 como en el acto de la vista celebrada el 11/2/2020, no obstante no tener ningún fundamente para seguir en el uso de la vivienda familiar con posterioridad a la mayoría de edad de los hijo común (lo que sucedió el NUM000 /2016), ni en cuanto al mantenimiento de la pensión alimenticia al hijo mayor de edad que lleva trabajando ininterrumpidamente desde el 3/10/2018 con unos ingresos mensuales de 1.325 euros y con ahorros en cuenta bancaria.

En consecuencia, se confirma lo resuelto en la instancia sobre la imposición d las costas procesales causada en este procedimiento de modificación de medidas en virtud del art. 394.1º de la LEC, ya que la conducta de la demandada durante toda la tramitación de este procedimiento de modificación de medidas, iniciado el 29/5/19 con el dictado de sentencia el 12/2/2020, ha conllevado la perduración de dichas medidas hasta su extinción por sentencia firme y ha generado unos desembolsos económicos al demandante que en modo alguno deben correr a su cargo.

Cambio de petición en el curso del procedimiento

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE 2020

No existe ningún obstáculo procesal para que el padre, que en su escrito de contestación a la demanda solicitó la custodia compartida, modifique su petición en el curso del procedimiento y solicite la custodia paterna a raíz de conocer el contenido del informe psicosocial. No se ha causado indefensión a la parte contraria que ha podido practicar prueba y formular las alegaciones que ha tenido por conveniente.

Por razones de simple coherencia hay que resolver, en primer lugar, el recurso del padre en cuanto que pide, con carácter principal, que se disponga un régimen de custodia paterna que la sentencia recurrida no admitió en aplicación de la mutatio libelli, o prohibición de modificación de los términos de lo pretendido, que recoge el art. 412.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). Tal norma dispone que establecido lo que sea objeto del procedimiento en demanda y contestación, " las partes no podrán alterarlo posteriormente ".

El juzgado razona que si el demandado cambia después de contestada la demanda los términos de su pretensión, genera indefensión a la parte actora cuya defensa se basa en su petición de una custodia compartida, y no la luego modificada, que solicitó custodia exclusivamente paterna a la vista del informe del equipo psicosocial de 16 de abril de 2019 (folios 142 a 146 de los autos).

El apelante combate esa interpretación, que considera restrictiva, dado que los graves términos en que se desenvuelve el informe citado, que considera que el entorno materno constituye un riesgo para el menor. Entiende que su contenido, desconocido al contestarse la demanda, justifica el cambio de pretensión, que debiera haberse analizado por el juzgado.

La decisión del legislador de prohibir la modificación de las pretensiones tiene fundamento constitucional, pues afecta al derecho a la tutela judicial efectiva. Las partes pueden combatir con alegaciones lo que se plantea en sus escritos rectores, de demanda, contestación, y en su caso reconvención. Preparan su defensa en base a los mismos, proponen la prueba en atención a aquéllas y no pueden quedar sometidos al albur de cambios, salvo los que la propia norma admite en casos como los que describe el art. 416 LEC. Lo contrario, provoca indefensión (STS 518/2014, de 3 octubre, rec. 2328/2012, 718/2014, de 18 diciembre, rec. 1001/2013, 501/2018, de 19 septiembre, rec. 4526/2017).

En este caso se constata que contestada la demanda se emite el informe de 16 de abril de 2019. Verificado, la madre solicita la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal en escrito firmado el 8 de mayo siguiente. El 15 de mayo se presenta el escrito solicitando custodia exclusiva paterna, en providencia de 16 de mayo se rechaza la suspensión por prejudicialidad, en otra de 27 de mayo se da traslado de la petición paterna a la madre y el fiscal, y en auto de 4 de junio, a la vista de los términos del informe del equipo psicosocial, se decide oír al servicio de protección de la infancia de la Diputación Foral de Bizkaia y a la Fiscalía de Menores. Entretanto procuradora y letrada de Dª Victoria renuncian y se designan otras, que solicitan se aplace la vista señalada para el 5 de julio para instruirse del procedimiento, mientras que la otra parte solicita otra tanto por coincidencia de señalamiento de su letrada. El juzgado resuelve entonces aplazar la vista hasta el 24 de septiembre. La representación de Dª Victoria presenta nuevo escrito de proposición de prueba y una amplia aportación documental.

Vistas las vicisitudes procesales indicadas, parece claro que no hay indefensión para abordar el cambio de custodia que pretende el padre, porque tiene justificación en un informe posterior a la contestación a la demanda, es conocido por la otra parte, se aplaza la vista y puede proponerse prueba sobre el particular. Hay, por tanto, base para el cambio pretendido, y no se causa indefensión a la actora por el cambio de los términos de la contestación, comprensible además en un procedimiento como el de familia en el que pueden adoptarse decisiones de oficio, en aras a proteger el interés del menor.

Retención del sueldo por impago de pensiones

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2020

La retención del sueldo del padre por el impago de atrasos puede superar la limitación de embargo que establece el art. 608 de la Lec.

Constituye el título ejecutivo la sentencia de fecha 11 de julio de 2012, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de DIRECCION000, confirmada por sentencia de la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se fijó, entre otras medidas, una pensión alimenticia a favor de los dos hijos menores de edad en la cuantía de 200,00 euros mensuales por cada uno de los hijos, 400,00 euros en total, y a cargo del padre don Onésimo, actualizándose dicha cantidad conforme a las variaciones que experimente el IPC, así como el 50% de los gastos extraordinarios. Ante el impago de dicha obligación se presentó por doña Carina demanda ejecutiva en octubre de 2013, que está siendo objeto de sucesivas ampliaciones.

El auto recurrido responde a la petición de doña Carina de embargo del salario del Sr. Onésimo, sin el límite legal, conforme establece el art. 608 de la mencionada ley adjetiva, para cubrir las cantidades adeudadas.

Y el Juzgador de instancia haciendo una incorrecta interpretación de los artículos 607 y 608 de la LEC, desestima la solicitud de embargo superior a las escalas previstas en el art. 607 efectuada por la parte ejecutante al amparo de lo dispuesto en el art. 608 de la LEC.

La regla general en materia de embargo es la prevista en el art. 607 LEC, que en su núm. 1 declara inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional. Pero dicha regla general encuentra la excepción en el art. 608, que dice: “Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos o de los decretos o escrituras públicas que formalicen el convenio regulador que los establezcan”.

Esa excepción no solo afecta a las pensiones que se vayan devengando por alimentos y que el deudor no satisfaga voluntariamente, sino que son extensivas a las adeudadas por atrasos, facultando al juzgador a no aplicar la limitación al embargo del sueldo del deudor que no supere el salario mínimo interprofesional. El Sr. Onesimo percibe unos ingresos netos, en concepto de prestación contributiva, ascendentes a la cuantía de 1.148,00 por 14 pagas, lo que supone unos 1.339,00 euros mensuales. No obstante, el referido precepto no dispone que haya de embargarse la totalidad del salario, pues de su redacción podemos observar cómo deja al Juez la determinación de la cantidad a embargar o retener, ponderando prudencialmente los intereses en juego y las respectivas necesidades.

Por ello, se deja a la facultad del Juzgador la cantidad objeto de embargo, para que valore si los 409,999 euros mensuales solicitados por la Sra. Carina, mediante escrito de fecha 31 de julio de 2018, se consideran proporcionados.

Reclamación de la hipoteca por vía de ejecución de Sentencia

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2020

Las partes convinieron en abonar al 50% el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, siendo aprobado el convenio por la Sentencia de divorcio, y no se discute que la ejecutante es la que ha venido abonando en su integridad las cuotas. Por tanto, no cabe sino entender que el título judicial debe ser ejecutado en sus propios términos y en consecuencia debe dejarse sin efecto el Auto ya que no existe inadecuación de procedimiento, acordándose que siga la ejecución por el 50% de las cuotas de la hipoteca no abonadas.

El artículo 103 que regula las medidas provisionales establece que admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 4ª Señalar atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que previo inventario se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo. Por su parte, el artículo 91 establece que en las sentencia de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. A tenor de la redacción de este precepto consideramos que aun cuando no se suele ya adoptar una decisión judicial en el sentido de fijar quien ha de abonar la hipoteca de la vivienda familiar sencillamente porque ello está así contemplado por el título de su constitución y el TS considera que no se trata de una carga del matrimonio sino de la sociedad de gananciales, ni que decir tiene que sí que se puede aprobar un convenio (y de hecho es muy normal) en el que se contemple esa medida de pago al 50 por ciento, que en definitiva no es sino una forma de administrar el bien ganancial dividiendo el pago de la obligación concertada por ambos con el Banco o entidad correspondiente y obligándose uno frente al otro de cara al cumplimiento de dicha obligación, en principio y externamente, solidaria frente al acreedor hipotecario. Esa medida constituye un acto de administración en tanto se liquida la sociedad de gananciales, es más, en la gran mayoría de los supuestos es el único bien ganancial existente, y desde luego no es ajena al contenido de las medidas que en el ámbito económico han de adoptarse de cara a regular la quiebra de la vida familiar. Es más, tiene por finalidad, también, proteger al cónyuge que ocupa la vivienda y, sobre todo, a la prole frente a una eventual ejecución hipotecaria, evitando que el cónyuge no ocupante pueda, mediante el impago de su cuota, forzar un lanzamiento de la contraparte. Por lo expuesto y habiéndose en este caso pactado así por las partes el pago por mitad de la hipoteca, aprobado dicho pacto y el convenio por sentencia judicial, el título judicial debe ser ejecutado en sus propios términos ya que la sentencia que se ejecuta obligó al demandado al pago de la mitad de la misma. (...) La ejecución de las sentencias y demás resoluciones ejecutivas, ha de dirigirse estrictamente al cumplimiento de lo dispuesto en las mismas, es decir, a dar cumplimiento 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 señala 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. El obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho. Si así no fuera, las decisiones judiciales y

los derechos que en ellas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna.

En el supuesto que nos ocupa se comienza recordando que estamos en presencia de una obligación impuesta y declarada en Sentencia, a cuyo cumplimiento viene obligado el ahora ejecutado sin necesidad ni de nuevo mandato judicial ni de una previa petición de parte. Resultando de la nueva valoración de la prueba que resulta acreditado que las partes convinieron abonar al 50% el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, recogiéndose dicho acuerdo en la Sentencia de divorcio de fecha 11 de abril de 2007 (folio 6 y siguientes), no se discute que la ejecutante haya satisfecho íntegramente el importe del préstamo hipotecario desde 2008, por tanto no cabe sino entender que el título judicial debe ser ejecutado en sus propios términos ya que la sentencia que se ejecuta obliga al ejecutado al pago de la mitad de la hipoteca, en consecuencia debe dejarse sin efecto el Auto apelado al entender la Sala que no existe inadecuación de procedimiento cuando, como sucede en el caso sometido a examen, la Sentencia de divorcio efectúa previsión en cuanto al pago por mitad del préstamo hipotecario.

… En relación a la petición subsidiaria relativa a que la ejecución solo podría traducirse en requerir al ejecutado para pagar la cuota al banco, indicar que cuando existe un acuerdo homologado judicialmente en el que se establece de manera expresa que ambos cónyuges han de pagar por mitad las cuotas de amortización de un préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar resulta ajustado a derecho que si alguno no cumple el compromiso adquirido, pueda instarse la ejecución del título judicial en el que el acuerdo se integra para exigir el cumplimiento de lo asumido de manera expresa. En consecuencia, el deudor debe ser compelido a cumplir aquello a lo que se obligó pues la calificación de la amortización de la hipoteca como deuda de la Sociedad ganancial y no como carga familiar no imposibilita que los cónyuges puedan acordar lo que consideren procedente merced al principio de autonomía de la voluntad.

A lo anterior debe añadirse que la demanda articulada por la parte ejecutante, aparece dirigida a dar efectividad a la Sentencia que homologaba el acuerdo de las partes de abonar al 50% el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar por lo que tal demanda no incurre ni en abuso de derecho ni entraña fraude de ley o procesal, en consecuencia, el motivo se desestima.

Problemática de la ejecución de la cuenta común para gastos de los hijos en custodia compartida

AP GUIPÚZCOA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE 2020

La Sentencia puede ejecutarse no solo para el cumplimiento forzoso de la obligación de pago por cada progenitor en la cuenta común, sino también para la restitución de las cantidades indebidamente cargadas en la cuenta conjunta destinada al pago de los gastos de la menor, pues el cargo indebido constituye también un incumplimiento de lo acordado en la sentencia sobre la contribución al pago de dichos gastos. Sin embargo en este último caso la prosperabilidad de la pretensión de ejecución forzosa requiere como presupuesto indispensable que el cargo cuya restitución se pretende sea indebido.

El titulo ejecutivo que se pretende ejecutar en este caso es la Sentencia de 25 de noviembre de 2015 dictada en procedimiento de modificación de medidas definitivas 300/15, en concreto el siguiente pronunciamiento contenido en el Fallo de la misma: “4.- Pensión de alimentos. Mientras la hija permanezca con ellos cada uno de los progenitores habrá de atender con sus propios medios a los gastos de mantenimiento, alimentación, higiene personal, suministros, etc. de su hija. Además, para hacer frente al resto de gastos ordinarios y extraordinarios de Ascensión se abrirá una cuenta corriente de titularidad conjunta.... Se abonarán con el saldo de dicha cuenta todos los gastos de la menor que excedan de habitación, alimentación y suministros, es decir, los gastos de ropa, farmacia, peluquería, uniforme, libros, cuota del colegio, AMPA, transporte, comedor, etc... Respecto de los gastos

extraordinarios a que deben contribuir ambos progenitores en la proporción señalada en la presente resolución o con el saldo excedente de la cuenta corriente es necesario que las partes se pongan de acuerdo y que quede acreditación documental de modo fehaciente. A falta de acuerdo será necesaria autorización judicial, debiendo recabarse uno y otro con carácter previo a la realización del gasto, salvo en casos urgentes. Conforme a lo dispuesto en los fundamentos jurídicos de esta resolución en este concepto se excluyen por ejemplo los gastos de libros escolares (de periodicidad anual cierta) pero se comprenden, sin ánimo de agotar todo el catálogo concebible, los gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios, ortopédicos, dentales, psicológicos, farmacéuticos, de ortodoncia, logopedia y en general los asociados al tratamiento paliativo de cualquier enfermedad física o mental, así como en el ámbito formativo, los destinados a clases particulares sobre materias lectivas obligatorias en caso de retraso escolar".

La Sentencia de 24 de octubre de 2019 dictada en Procedimiento de modificación de medidas definitivas 410/19 no modificó el anterior apartado salvo en cuanto al porcentaje de contribución de cada progenitor al abono de los gastos ordinarios y extraordinarios de la menor.

Expuesto lo anterior, consideramos que en base al titulo ejecutivo cuyo contenido, a los efectos que nos interesan, acabamos de exponer, puede instarse, no solo el cumplimiento forzoso de la obligación de pago de gastos en los términos que la sentencia impone a cada uno de los progenitores, sino también la restitución de las cantidades indebidamente cargadas en la cuenta conjunta destinada al pago de los gastos de la menor, pues el cargo indebido constituye también un incumplimiento de lo acordado en la sentencia sobre la contribución al pago de dichos gastos. Sin embargo en este último caso la prosperabilidad de la pretensión de ejecución forzosa requiere como presupuesto indispensable que el cargo cuya restitución se pretende sea indebido, lo cual entendemos que no ocurre en el presente supuesto. En concreto en la Sentencia que constituye el título ejecutivo esgrimido por la parte hoy recurrente y cuyo punto 4 del Fallo hemos trascrito más arriba se incluye la cuota escolar dentro de los gastos ordinarios de la menor que han de abonarse con cargo al saldo de la cuenta abierta para tal efecto, pero sin distinguir dentro de esta cuota la parte de pago obligatorio y la de pago voluntario, siendo la ejecutante hoy apelante quien en su demanda ejecutiva efectúa una diferenciación entre una y otra que como decimos excede de lo acordado en el titulo ejecutivo. Por otra parte en la Sentencia cuya ejecución se pretende se establece la obligación de obtener el previo consenso de los progenitores unicamente respecto de los gastos extraordinarios, entre los cuales no cabe incluir la cuota escolar dado que el propio titulo ejecutivo incluye este concepto dentro de los gastos ordinarios que no requieren de previo acuerdo para que proceda su abono con cargo a la cuenta conjunta. A lo expuesto debemos añadir que desconocemos los criterios empleados por la ejecutante para calificar unos gastos como ordinarios y otros como voluntarios y para distinguir, dentro del recibo de cuota escolar, entre la parte que según la ejecutante correspondería a gastos obligatorios (ludoteca o aula de acogida, comedor y ajedrez), y la parte de gastos voluntarios, que serían según también la parte ejecutante los de AMPA, cuota cooperativa y uso de patio, pues no se aporta recibo del Colegio correspondiente a la cuota escolar en el que se efectúe desglose alguno ni se distinga entre conceptos de pago obligatorio o voluntario. Además el gasto de AMPA, que es uno de los conceptos que según consta en la correspondencia cruzada con el otro progenitor la hoy apelante considera como de pago voluntario, se encuentra expresamente incluido en el titulo ejecutivo como uno de los gastos ordinarios que han de abonarse con cargo a la cuenta conjunta.

En definitiva debemos concluir que la pretensión de restitución de cargos indebidos ejercitada por la ejecutante hoy apelante carece de amparo en el titulo ejecutivo, procediendo en consecuencia desestimar el recurso formulado, con la consiguiente confirmación de la resolución recurrida.

Regímenes económicos matrimoniales

Las rentas del arrendamiento de una vivienda privativa no se incluyen en el activo, por que se gastaron en atender cargas de la sociedad de gananciales

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE 2020

No puede incluirse en el activo un crédito de la sociedad de gananciales frente al esposo por las rentas percibidas por el arrendamiento de una vivienda privativa, pues a pesar de que no se ingresaron en una cuenta común, las pruebas apuntan a que se gastaron en atender cargas de la sociedad de gananciales.

Rentas procedentes del alquiler de la vivienda privativa de la calle ...

Sobre esta cuestión, la sentencia apelada parte de la circunstancia de que ninguna de las partes ha acreditado el destino de las rentas percibidas mediante prueba documental; ni la parte demandante acreditó que se destinaran a gastos privativos ni la demandada probó que se ingresaran en cuentas comunes. Ante esta ausencia de medios documentales, la magistrada de instancia optó por atender a la declaración testifical del hijo común, quien afirmó que el importe de las rentas quedaba en casa a disposición de los miembros de la familia para atender los gastos corrientes de la misma. Por lo tanto la decisión recurrida se fundamenta tanto en la existencia de una prueba directa sobre el hecho controvertido como en la ausencia de otros medios probatorios que hayan producido resultados contradictorios con el de la testifical.

Frente a dicho criterio decisorio, la apelante trata, en primer lugar, de desvirtuar la credibilidad del testimonio del hijo común, por la circunstancia de que actualmente vive con la parte apelada, el padre, y a la existencia de incoherencias en el relato de su testimonio. A continuación, discute que se le pueda imponer la carga de la prueba de acreditar el destino privativo del importe de las rentas percibido por el apelado y afirma haber acredito que las mismas no se ingresaron en las cuentas comunes.

El motivo debe ser desestimado. Consideramos improcedente asimilar el hecho de que el dinero de las rentas no se ingresara en las cuentas bancarias comunes equivalga a que se usó con finalidad privativa. Con esta equiparación, la parte pretende la acreditación de un hecho por vía de presunción, pero con fundamento en un indicio del que no puede derivarse una única inferencia precisa y directa, como exige el artículo 386 LEC. Ante la falta de constancia del ingreso de las rentas en las cuentas comunes, es tan razonable presumir que dicho importe se destinó a fines privativos como que se empleara en las atenciones cotidianas de la familia, si bien solamente esta segunda tesis es la que cuenta con respaldo probatorio.

Para tratar de solventar esta objeción, la parte apelante trata de imponer a la parte contraria la carga de la prueba del destino del importe de las rentas y pretende desvirtuar la eficacia probatoria

de la declaración testifical del hijo común. Respecto de la primera cuestión, debemos indicar que la parte apelada sí ha probado el destino de las rentas por medio de la prueba testifical. Por lo tanto, debemos analizar si la cuestión relativa a la credibilidad del testigo porque, en caso de que no admitiéramos las objeciones opuestas por la apelante, existiría una prueba directa sobre el hecho y ello provocaría que no pudiera acudirse a la prueba por presunciones ni al análisis de las normas sobre la carga de la prueba (STS 391/2016, de 28 de septiembre), como pretende la recurrente.

Hemos revisado la declaración del testigo y, vistas las manifestaciones de la recurrente, apreciamos que no existe justificación para privar de credibilidad al testimonio de aquel, porque no apreciamos la existencia de las contradicciones a las que se refiere la apelante.

La apelante sitúa la primera contradicción en que el testigo manifestó que la renta se percibía en metálico mientas que la recurrente niega, al folio 9 de su recurso, la veracidad de dicha afirmación (folio 885 de las actuaciones). Este argumento no puede ser acogido por dos razones: porque es la propia parte la que incurre en contradicción y porque con dicho argumento pretende hacer que prevalezca su propia interpretación de los hechos sobre la realidad del resultado de la prueba.

Incurre en contradicción porque al mismo tiempo que al folio 885 de las actuaciones niega que sea cierta la afirmación del testigo de que la renta se percibía en metálico, al folio 5 del recurso (folio 883 de las actuaciones), la apelante reconoce que " esta parte ha acreditado de este modo que el demandado detraía para sí las rentas no ingresadas y que tan solo aportaba a la sociedad conyugal las que sí ingresaba. ESTO ES, COBRABA LAS RENTAS EN METÁLICO PERO SOLO INGRESABA PARTE DE ELLAS EN LAS CUENTAS COMUNES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL [...]". De ello se aprecia con claridad que es la recurrente quien afirma y niega, al mismo tiempo, que la renta se percibía en metálico.

Esta contradicción queda solventada con la prueba documental 12, 13 y 14 de la propia demandante, ahora recurrente, donde se advierte que, hasta el mes de junio de 2012, la renta se aportaba a la cuenta terminada en NUM004 mediante ingreso de efectivo en cuenta lo que permite inferir que previamente se había percibido de los arrendatarios en metálico.

Además de dicha contradicción argumental, la recurrente trata de desvirtuar el testimonio del hijo común mediante una afirmación en la que hace supuesto de la cuestión y con la que pretende desplazar el contenido de dicha declaración testifical. Se reitera en varias ocasiones del recurso que, como en los extractos de cuenta bancaria aportados como prueba documental 12, 13 y 14 de la parte demandante, figuran los ingresos de la renta, la falta de tales ingresos en mensualidades posteriores evidenciaría su apropiación por parte del apelado y su uso para fines privativos. Sentada dicha conclusión por vía de presunción, sin amparo en prueba directa alguna, la utiliza como instrumento de refutación de una prueba que sí es directa, la declaración testifical del hijo común quien, como ya se ha dicho, se pronunció en sentido contrario al afirmar que el importe de las rentas quedaba en metálico en casa para la atención de necesidades ordinarias de la familia. Por lo tanto, este argumento de la recurrente debe ser desestimado por defectos técnicos. La recurrente se basa en una conclusión que ella misma ha alcanzado por vía de presunción, obviando la existencia de prueba directa. Además, la técnica empleada es rechazable porque la presunción de que el dinero de la renta se destinó a fines privativos del apelado no excluye cualquier otra alternativa plausible al hecho de que la renta se dejara de ingresar en la cuenta común. La versión expuesta por el testigo, el uso de ese dinero en efectivo, depositado en la casa familiar, para las necesidades ordinarias de la familia, constituye una hipótesis razonable. Al darse esta contradicción de hipótesis, la apelante trata de hacer valer su presunción, que es un medio de prueba indirecto, frente a lo declarado por el testigo, que es una prueba directa y que, de conformidad con lo previsto en el artículo 386.2 LEC, impediría a la juzgadora de instancia y a la Sala la utilización de la presunción pretendida por la recurrente para formar su convicción.

El otro argumento con el que la apelante pretende negar cualquier eficacia probatoria a la declaración testifical del hijo común consistiría en la contradicción a la que se hace referencia en el folio 9 del recurso (folio 885 de las actuaciones). La recurrente se basa en el escrito de conclusiones de la parte contraria, donde se imputaría al testigo haber declarado que su madre se dedicó a su cuidado mientras era menor y que, ya en 2005, fue dada de alta en la Seguridad Social y comenzó a trabajar junto con el padre; mientras que el padre habría declarado que la demandante habría trabajado junto con él en el negocio de seguros desde el año 1985.

Hay varias razones para no aceptar este argumento. En primer lugar y supuesta la existencia de contradicción, premisa que no aceptamos, porque

la apelante no justifica por qué habría de prevalecer lo declarado por el padre y no lo manifestado por el hijo.

En segundo lugar, porque pretende asentar la contradicción no en lo que el hijo manifestó en el acto del juicio, sino en lo que la parte contraria manifestó, en su escrito de conclusiones, que el testigo había declarado.

Finalmente, porque lo que la supuesta contradicción no se corresponde exactamente con lo que el testigo declaró en el acto del juicio. La revisión del acta videográfica permite descartar los aspectos en los que la recurrente concreta la supuesta contradicción. Lo que el testigo declaró fue que no recordaba si, siendo menor de edad, su madre trabajaba, pero que sí podía afirmar que, al menos desde la adolescencia, tenía constancia de ello. Es decir, el testigo no niega que la madre trabajara desde el año 1985, sino que no lo recordaba y ello resulta plausible, al entender de la Sala, por tratarse de un periodo en el que el testigo tenía una corta edad.

Tampoco es exacto sostener que el testigo manifestara que la recurrente se dedicara a su cuidado y que ello incurriría en contradicción con lo declarado por el padre respecto a que se contrató a una empleada del hogar para las labores de cuidado. Al testigo se le formuló una pregunta cerrada en la que se le planteaba quién de los dos progenitores, padre o madre, se había dedicado a su cuidado. Ante la necesidad de elegir entre uno y otro, el testigo declaró que fue su madre quien asumió dicho rol de cuidado, pero ello no es incompatible con el hecho de que, mientras los dos progenitores trabajaran, el hijo común fuera atendido por una empleada del hogar.

Finalmente, no existe incoherencia en la sentencia entre el hecho de que se reconozca el crédito por el importe de los gastos de la vivienda arrendada, incluido en la partida de inventario de la demandante como elemento 23.1.a, pues en el acta de formación de inventario, la demandada no se mostró disconforme con dicha partida. En aplicación del principio dispositivo, procedía su inclusión.

Por todos los razonamientos que hemos expuesto, consideramos que la declaración del testigo es plenamente eficaz a efectos de formar la convicción judicial, de modo que compartimos las conclusiones de la magistrada de instancia, mientras que los argumentos de impugnación vertidos por la recurrente no son conformes a las reglas de la lógica y la razón, artículo 218.2 LEC, por lo que deben ser rechazados.

Reclamación de los gastos comunes a través de un procedimiento ordinario

AP MADRID, SEC. 11.ª, SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2020

Al no admitirse la inclusión en el pasivo de los gastos generados por los bienes comunes una vez que quedó disuelta la sociedad de gananciales, se estima procedente su reclamación a través de un procedimiento ordinario. Son procedentes la reclamación por el IBI y por las derramas por obras que exceden del mero uso y mantenimiento de zonas comunes y cuya realización en definitiva revaloriza el inmueble del que ambos litigantes son copropietarios.

De lo obrante en autos se derivan los siguientes datos a tener en cuenta para la resolución del presente recurso:

1.- En virtud de sentencia de fecha 28 de julio de 2005 dictada por el JPI número 23 de Madrid, aclarada por auto de 6 de septiembre de 2005, se acuerda la separación matrimonial de los cónyuges aquí litigantes y asigna el uso del domicilio conyugal así como del mobiliario y ajuar doméstico a don Juan Enrique, que residirá en dicha vivienda en compañía de la prole y establece una pensión de alimentos a favor de don Juan Enrique en la cantidad mensual de 400 € por cada uno de dos hijos los menores.

2.- Sentencia y auto aclaratorio confirmados por la Audiencia Provincial de Madrid en la suya de

6 de febrero de 2008.

3.- Sentencia de 20 de julio de 2009 dictada por el JPI número 23 de Madrid sobre formación de inventario de gananciales, que refleja el activo y pasivo de la misma y en cuyo fundamento de derecho tercero se dice literalmente lo siguiente "no procede incluir en el pasivo los pagos realizados por don Juan Enrique en concepto de derramas de la Comunidad de Propietarios de la vivienda del domicilio conyugal ya que hacen referencia a periodos comprendidos entre enero de 2006 a febrero de 2008, momento que la sociedad de gananciales ya estaba disuelta".

4.- La Audiencia Provincial de Madrid, sección 24, en su sentencia de 24 de febrero de 2010 estima recurso de apelación promovido por doña Brigida contra la sentencia antes referida de 20 de julio de 2009 en el sentido de excluir del inventario del activo el vehículo Mitsubishi y excluir del pasivo el préstamo contraído con la entidad financiera Cajamar para la adquisición del anterior vehículo; así mismo declara que la deuda del pasivo en su número 3 es de 4.000 €, confirmándose el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

5.- Por decreto de 29 de junio de 2016 del referido JPI número 23 de Madrid se aprueban las operaciones divisorias para la liquidación del régimen económico del matrimonio formado por los litigantes y realizadas por la contadora Pilar el 23 de mayo de 2016 aportándose el cuaderno particional por el demandante a los folios 14 y siguientes y en el que se excluyen expresamente las partidas no incluidas en el inventario, esto es: las derramas de la C de P, el Impuesto de Bienes Inmuebles de 2005 a 2012, seguro obligatorio de la vivienda de 2005 a 2014 y gastos de mantenimiento de las cuentas corrientes conjuntas.

6.- Según el documento obrante a los folios 141 y siguientes el señor Juan Enrique promueve adición al pasivo de la formación de inventario en el sentido de incluir el Impuesto de Bienes Inmuebles de 2005 a 2012, seguro obligatorio de la vivienda durante de 2005 a 2015, gastos de mantenimiento de cuentas conjuntas y derramas de la C de P.

7.- Con fecha 31 de octubre de 2016 se dicta sentencia por el JPI número 23 de Madrid (a los folios 101 y siguientes) en el juicio verbal sobre acción de complemento de inventario desestimando la demanda por tratarse de gastos que se produjeron con posterioridad a la disolución del régimen económico ganancial, que tuvo lugar en el momento de dictarse la sentencia de separación el 28 de julio de 2005, quedando a salvo la posibilidad de reclamar dichos gastos posteriores a la disolución en la vía judicial oportuna. Considera que no se puede apreciar la excepción de cosa juzgada articulada por la demandada ya que en el proceso de formación de inventario primigenio no fueron deducidas las mismas pretensiones que se quieren hacer valer en este litigio en el que se incluyen deudas generadas ulteriormente y que, consecuentemente, no pudieron discutirse en su momento. Añade que según la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales el usuario de la vivienda conyugal ha de correr con los gastos devengados por su uso, tales como recibos de agua, fluido eléctrico o gastos ordinarios de comunidad, por lo que no es viable reclamar por el actor la adición al inventario de dichos gastos por corresponder su pago exclusivamente a quien ha venido usando del domicilio familiar tras la disolución de la sociedad de gananciales.

Pretendía allí el señor Juan Enrique la adición del importe del IBI de la vivienda de 2005 a 2012; el seguro obligatorio de dicha vivienda de 2005 a 2015; gastos de mantenimiento de las cuentas conjuntas de la Caixa y Cajamar y la deuda contraída por el demandante que hacen referencia a derramas de la C de P, instalación de ascensor, proyecto eléctrico, pintura mesetas, obras restantes, derramas por cubierta, pocería y fachada, y cuotas de los ejercicios 2011 a 2014.

8.- Por el señor Juan Enrique se promueve demanda ejecutiva de título judicial, consistente en el decreto de 29 de junio de 2016 que aprobó el cuaderno particional, contra doña Brigida en reclamación del 50% del préstamo hipotecario, de las cuotas de hipoteca y del anticipo de nómina, dictándose auto y decreto con fecha 5 de febrero de 2018 el que acuerda despachar ejecución por la cantidad de 18.169,24 € de principal. A dicha demanda de ejecución se opone doña Brigida conforme consta en autos (documentos a los folios 149 y siguientes).

Entendemos que nada cabe decir sobre las excepciones alegadas en la contestación a la demanda, y desestimadas en la audiencia previa y en la sentencia apelada, teniendo en cuenta además que la demandada no ha presentado escrito de oposición al recurso de apelación. No obstante discrepa este tribunal de la apreciación de la juzgadora a quo que considera que aunque se trate de gastos posteriores a la disolución de la sociedad de gananciales -que fija en el año 2005 (fecha de la sentencia de separación 28 de julio de dicho año)-, no procede su reclamación ya que las partidas correspondientes a las derramas de la C de P, el IBI de 2005-2012, seguro obligatorio de la vivien-

da 2005-14 y los gastos de mantenimiento de las cuentas corrientes conjuntas fueron excluidos expresamente de las operaciones practicadas en el cuaderno particional. Consideración esta que está en contradicción con la doctrina que asimismo recoge en el fundamento de derecho cuarto según la cual tras la disolución legal de la sociedad de gananciales la naturaleza de las relaciones entre los titulares es la de una comunidad que equivale al régimen de la comunidad hereditaria, semejante a una comunidad ordinaria por lo que los créditos y deudas generadas con posterioridad a dicho momento no constituyen jurídicamente hablando activo ni pasivo de la sociedad de gananciales, sino de la sociedad postganancial sobrevenida. Y precisamente por ello entendió que no existe falta de competencia ni inadecuación de procedimiento ya que el propio juzgado de familia determinó que no era en el seno de su procedimiento donde debía ventilarse el debate sobre la restitución de los pagos reclamados por el señor Juan Enrique.

…En nuestro caso no es discutido que el demandante ocupa la vivienda y por tanto se beneficia de forma personal y directa de su utilización, lo que en justa correspondencia conlleva que asuma los gastos derivados de ese uso, como son las cuotas ordinarias de la conservación y mantenimiento de la misma, que no son las aquí reclamadas.

Teniendo en cuenta lo anterior y sobre las partidas en concreto reclamadas, cabe realizar las siguientes consideraciones.

A) El Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI) grava la propiedad y en consecuencia su abono corresponde a ambos litigantes y copropietarios por iguales partes. El demandante justifica haber abonado los recibos correspondientes a los ejercicios 2004 a 2012, de conformidad con los documentos obrantes a los folios 29 y siguientes, por lo que procede la estimación del importe reclamado por este concepto de 668, 31 €, que es el 50% del total, según se refleja en la demanda.

B) En cuanto al seguro obligatorio de la vivienda durante los años 2005- 2017 se reclama el importe de 1.216,76 € que corresponde al 50% de lo abonado por el demandante. A los folios 34 y siguientes se unen los recibos tratándose de un seguro de hogar cuya póliza no se aporta desconociendo en consecuencia sus datos, y del que dice la demandada que el único tomador y beneficiario es el actor, por lo que entendemos que no está suficientemente acreditado y debe en consecuencia ser asumido por el demandante que es quien ocupa la vivienda.

C) Los gastos de mantenimiento de la cuenta conjunta alcanzan la cantidad de 65 € durante los años 2005, 2013, 2014 y 2015. Se justifican a la vista de los documentos obrantes a los folios 83 a 92 por el importe total reflejado en la demanda de 130 €, por lo que -y no habiendo alegación de oposición expresa a este concepto por la demandada en su escrito de contestación- también procede su estimación.

D) Con respecto a las derramas de la C de P y en cuanto a las relativas a la instalación del ascensor con la administración que llevaba GESPROSA dice que no es posible aportar recibos sin que de las meras actas se pueda derivar el pago efectivo de las cantidades que reclama. Luego no procede la cantidad reclamada por este concepto.

Y en cuanto al resto de derramas se acompaña a los folios 98 y siguientes certificación extendida por el administrador de la C de P de fecha 14 de noviembre de 2014 en la que certifica que el demandante ha satisfecho los importes y conceptos que refleja correspondientes a los ejercicios económicos de 2010 (desde octubre), 2011, 2012, 2013 y 2014 que se refieren a obras de cubierta, pocería y fachada del edificio, reparaciones de calefacción, el estudio de portería, inspección y obras del depósito de gasóleo, reparaciones de la caldera, obras de electricidad y fontanería, reparaciones de la calefacción, obras en el tejado y electricidad, por un total de 5.408,04 €, cuyo 50% de la una cifra de 2.704,02 €. Asimismo al folio 100 se acompaña certificación de fecha 18 de mayo de 2018 que recoge los pagos realizados por el demandante en concepto de derramas por obras de fachada y rampa de eliminación de las barreras arquitectónicas desde diciembre del 2014 hasta agosto del 2015, por un total de 1.248,48 €, siendo el 50% 624,24 €.

No se trata de cuotas ordinarias que tienen por objeto cubrir económicamente una serie de servicios, tales como los de portería, limpieza, luz o, en general, mantenimiento de zonas comunes que tan sólo benefician de modo directo y personal a aquel que ostenta, sino que son derramas por obras que exceden del mero uso y mantenimiento de zonas comunes y cuya realización en definitiva revaloriza el inmueble del que ambos litigantes son copropietarios por lo que procede la estimación de las mismas en las cantidades antes referidas.

En consecuencia a todo ello se estima parcialmente el recurso acogiendo en parte la demanda, procediendo la condena a la señora Brigida al pago de 4.061,57 euros, más sus intereses legales de mora desde la interposición de la demanda.

Visitas con menores en situación de acogimiento

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2020

La relación con el progenitor no puede ser reinstaurada ni siquiera mediante las comunicaciones, sin riesgo de desestabilizar a las menores, que llevan con la misma familia acogedora desde octubre de 2016 y se han ido adaptando progresivamente, constando en los informes de seguimiento emitidos durante su estancia en el Centro de acogida, que las niñas solo contaban cosas negativas del padre, y en los informes posteriores se indicó que se observaba distancia afectiva respecto del progenitor y angustia. Se confirma por tanto la resolución administrativa que denegó las visitas.

Se recurre por la representación de D. Mariano la sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia Nº 26 de Valencia en fecha 2 de diciembre de 2019, en autos de oposición a medidas de protección de menores 1873/2017, que desestimó la demanda que aquel había formulado sobre oposición a dos resoluciones administrativas que se había dictado en fechas 26 de octubre de 2017, la primera de las cuales había desestimado la petición de visitas y comunicaciones, y la segunda había acordado el cese del acogimiento familiar establecido en resolución de 25 de octubre de 2016 por el plazo de un año y había dispuesto el acogimiento familiar permanente con la familia seleccionada por la entidad pública, ambas respecto de las menores Guadalupe y Irene y que se mantuviera el régimen de visitas con la progenitora establecido en la resolución de 25 de octubre de 2016.

Las menores, Guadalupe, nacida el día NUM000 de 2010, y Irene, nacida el día NUM001 de 2012, habían sido declaradas en situación de desamparo y se había dispuesto el acogimiento familiar por plazo de un año con la familia seleccionada por la entidad pública por resolución de 25 de octubre de 2016.

El progenitor D. Mariano solicitó en fecha 28 de marzo de 2017 poder visitar a las menores y, tras requerir informes, por resolución administrativa de 26 de octubre de 2017, se denegaron las visitas y comunicaciones con las menores al considerarse, atendidos los informes, que su interés no aconsejaba establecer tales visitas.

Por resolución administrativa de 26 de octubre de 2017 se dispuso que cesase el acogimiento familiar temporal que se había dispuesto por resolución de 25 de octubre de 2016 y acordar el acogimiento familiar permanente con la familia seleccionada por la entidad pública, decisión que se fundamentó en que había transcurrido el tiempo del acogimiento para el estudio de la situación y haberse constatado que los progenitores no disponían de garantías para el retorno de las menores con ellos, siendo necesario dotar de una estabilidad a las menores que garantizase su protección y desarrollo integral.

El demandante, progenitor de las menores, había solicitado que se le permitiese tener contacto con sus hijas y verlas, con objeto de que se mantuviera el vínculo entre ellos, dado que eran sus hijas, estando él realizando un esfuerzo al objeto de desengancharse de las drogas y en tratamiento con metadona.

La representación de la Generalitat Valenciana se opuso a la demanda alegó que el demandante basaba su pretensión en su deseo de mantener el vinculo y en que había iniciado un tratamiento de deshabituación en prisión, pero existían antecedentes de maltrato pasivo de severa gravedad, viviendo las niñas con ausencia de higiene y cuidados básicos, lo que había sido constatado por los miembro de la GRUME, por negligencia de los progenitores, y maltrato activo emocional por ais-

lamiento, habiéndose emitido informe por la Asociación Nueva Infancia en fecha 7 de noviembre de 2017 que constataba el fuerte vínculo entre las hermanas que no deseaban volver a vivir con su padre, pues no era bueno y decían haber presenciado malos tratos contra la madre, y no habían manifestado deseos de verlo.

La sentencia apelada desestimó la demanda de oposición a las referidas resoluciones, en atención a las circunstancias del caso, pues al declararse el desamparo las menores se encontraban en situación de desprotección y privadas de la asistencia moral y personal por parte de los progenitores, viviendo en condiciones de falta de higiene sin asistir al colegio ni al centro de salud, habiendo vivido en una situación de privación y maltratos continuos, estando marcada la dinámica familiar por las conductas agresivas y de maltrato del padre hacia la madre y las hijas. Además, el padre no había concluido las fases de deshabituación de sustancias tóxicas y no había reflexionado sobre los diferentes tipos de maltratos, minimizándolos o negándolos, existiendo también baja motivación para salir de la situación de marginalidad en los progenitores, considerando totalmente inadecuado en el momento presente retomar la relación con el progenitor.

El recurrente mantiene las pretensiones que formuló en su demanda y alega error en la valoración de la prueba en la sentencia apelada, que conecta con la circunstancia de que no se procedió a la exploración de las menores lo que consideraba importante, en cuanto debía tenerse en cuenta su opinión.

No puede apreciarse el error alegado puesto que se emitió informe por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia en el que se consideró improcedente la comparecencia de las menores, atendida las necesidades y circunstancias que concurren, habiendo obtenido la información sobre su situación personal y evolución familiar y escolar. En tal informe se considera que la relación con el progenitor en la actualidad no puede ser reinstaurada ni siquiera mediante las comunicaciones, sin riesgo de desestabilizar a las menores, que llevan con la misma familia acogedora desde octubre de 2016 y se han ido adaptando progresivamente, constando en los informes de seguimiento emitidos durante su estancia en el Centro de acogida, que las niñas solo contabas cosas negativas del padre (no de la madre, aunque no decían mucho de ésta), y en los informes posteriores se indicó que se observaba distancia afectiva respecto del progenitor y angustia.

Por otra parte, la progenitora, que tiene visitas con las menores ha priorizado su relación afectiva con el progenitor sobre su autocuidado y la protección de las menores y en las visitas que tiene con las hijas se muestra como un elemento perturbador que interfiere en el proceso de adaptación de las menores con la familia acogedora, generando inestabilidad sobre su futuro. Por ello considera el Equipo Psicosocial que no se debe añadir un componente nuevo, como serían las visitas del progenitor, que no favorecería el proceso de adaptación ni facilitaría la estabilidad emocional en las menores, necesaria para su desarrollo, además de que se desconoce cuando podrá el progenitor disponer de permisos penitenciarios, pudiendo realizarse en el futuro una nueva valoración sobre el caso si las menores se encontrasen en un estado emocional adecuado.

Atendido el conjunto de la prueba y asumiendo la Sala las recomendaciones que se hacen en el informe emitido por el Equipo Psicosocial también las muy fundamentadas consideraciones que se hacen en la sentencia apelada, poniendo en relieve la parte final del tercer fundamento jurídico, procede la desestimación del recurso de apelación con confirmación de la resolución recurrida.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

CASOS PRÁCTICOS

¿Podría un cónyuge presentar una demanda de medidas paterno filiales sin necesidad de tener que solicitar el divorcio?

El art. 159 del Código Civil , dentro de Título “de las relaciones paterno-filiales” establece lo siguiente: Si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, el cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. La norma no distingue ni condiciona la medida, sólo se refiere a los progenitores que viven separados. Por tanto el acceso a la jurisdicción, en caso de ausencia de una decisión común, no requiere justificar la situación personal de los progenitores, si se trata o no de una unión de hecho o matrimonio, menos que en éste último caso se requiera presentar al mismo tiempo una demanda de nulidad, separación o divorcio.

En el mismo sentido el art. 748.4º LEC, regula el procedimiento a seguir en las demandas “ .... que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos.... “. Nada se dice sobre la relación personal de los progenitores.

Por tanto, la ley procesal tampoco distingue ni condiciona la admisión de la demanda con la justificación del estado civil de los progenitores, con lo cual la mera concreción de la demanda a la solicitud de medidas en relación con los hijos menores de edad y el principal interés de éstos, es razón suficiente para su admisión a trámite y la resolución de situaciones de hechos que de prolongarse en el tiempo pueden perjudicar dicho interés superior.

CONFERENCIAS ON LINE

25 DE FEBRERO DE 2021

ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES, ESPECIAL REFERENCIA A SU LIQUIDACIÓN EN EL PROCESO CONCURSAL

Ponente: Jaime Sánchez-Vizcaíno Rodríguez. Abogado, es Catedratico-Director de la Cátedra de Derecho Mercantil y Vicedecano del Grado de Derecho de la UCAM

Modera: María Dolores López-Muelas, Vocal de la AEAFA

29 DE MARZO DE 2021

INFRACCIONES PENALES DERIVADAS DE LAS CRISIS FAMILIARES

Ponente: Jesús Urraza Abad. Doctor en Derecho. Abogado especializado en Derecho Penal.

Modera: Kepa Ayerra Michelena, exvocal de la AEAFA

27 DE ABRIL DE 2021

LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA DEL DONANTE: LA PROTECCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS

Ponente: Clara Gago Simarro. Profesora Ayudante Doctor de D. Civil. Universidad de Oviedo.

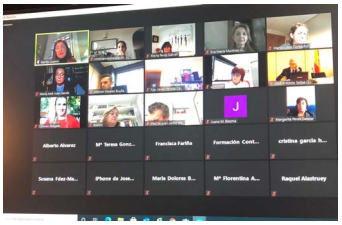
Modera: Carmen López-Rendo. Tesorera de la AEAFA

TRABAJA O HAZ LO QUE QUIERAS MIENTRAS ESCUCHAS LAS CONFERENCIAS

ACCESO A TODOS LOS AUDIOS

www.aeafa.es

AEAFA expone ante el CGPJ los mitos, las resistencias y las recomendaciones en relación a la custodia



La presidenta de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA), María Dolores Lozano, ha participado en el seminario sobre custodia compartida que organiza la Escuela Judicial del Consejo General Poder Judicial (CGPJ) desde el 22 de febrero y hasta el 3 de marzo. Estas jornadas están dirigidas por el magistrado jubilado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, José Antonio Seijas.

La intervención de María Dolores Lozano se distribuyó en tres bloques. En el primero, abordó los "mitos" que rodean a la custodia y que se encuentran muy asentados en el imaginario social. Entre ellos, citó los siguientes:

- "El que tiene la custodia manda y decide sobre los hijos".
- "Si no se otorga la custodia a la madre, o es compartida, no es una buena madre".
- "El padre que pide la custodia compartida lo hace para no pagar pensión y, así, acceder a la vivienda sea copropiedad o privativa".
- "La madre que rechaza la custodia compartida sin causa que lo motive lo hace para asegurarse la pensión de los niños y el uso de la casa".
- "En la custodia compartida los gastos de los hijos se asumen por mitades y no hay que pagarle a otra parte una pensión para los niños, con independencia de la capacidad económica de cada progenitor."
- "En custodia compartida el tiempo se reparte siempre por mitades ".
- "A partir de los 12 años, los hijos deciden y ningún juez les puede obligar a nada que no quieran".

A continuación, María Dolores Lozano desgranó "las resistencias de jueces y fiscales" a las que se enfrenta la abogacía de Familia:

- La consolidación de un estado previo de custodia individual. Si las cosas están bien como están, ¿para qué vamos a cambiarlas?, arguyen jueces y fiscales.
- Quien se marcha de casa y deja el cuidado de los hijos a

cargo del otro progenitor, no merece la custodia compartida de los hijos. Ésta es otra percepción habitual entre la magistratura y la Fiscalía.

Sobre este aspecto el Tribunal Supremo ha advertido reiteradamente que la salida civilizada de uno de los progenitores de la vivienda familiar no puede calificarse jurídicamente como aceptación de la guarda y custodia por el otro progenitor [ts. 14 de octubre de 2015 (roj: sts 4165/2015, recurso 772/2014)].

Pero hay más:

- Se adoptaron medidas provisionales acordando la custodia individual y se da por sentado que el sistema funciona. Al final, supone la petrificación de las relaciones familiares.
- Si se otorga un amplio régimen de visitas para el progenitor no custodio, se entiende muchas veces que no hace falta establecer un sistema de custodia compartida.
- Progenitor-a con problemas físicos, psíquicos o conductuales. El lastre continúa a pesar de la rehabilitación y/o control de la enfermedad.
- Jornada laboral incompatible con la atención al menor. Ejercer la custodia es sinónimo de disponer del tiempo necesario para estar con los hijos cuando no se encuentran en el colegio.

Por último, la presidenta de AEAFA aludió a las recomendaciones de la Abogacía de Familia en materia de custodia que resumió en cinco aspectos:

- “Todos los sistemas de custodia, sea monoparental o compartida, son perfectamente válidos siempre que amparen el interés de los menores y de cada familia concreta”.
- “La actitud de cada uno de los progenitores para garantizar adecuadamente las relaciones de los hijos con ambos es fundamental para acertar en el mejor sistema de custodia de los hijos”.
- “Es importante acreditar con certidumbre y realismo cómo se va a llevar a la práctica el modelo de custodia que se está solicitando. Conviene ofrecer un plan contradictorio, semejante al plan de parentalidad”.
- “Es de extrema importancia detallar en los convenios reguladores y, en las sentencias, las facultades inherentes de la responsabilidad de padres y madres. De este modo resulta más fácil solventar las discrepancias que surjan entre ellos”.
- “Regular pormenorizadamente el contenido de las responsabilidades evita convertir a los jueces en los “terceros padres”.

Don Francesc Vega Sala recibe la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort

El estimado y admirado Don Francesc Vega Sala recibe la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort del Ministerio de Justicia en un acto íntimo celebrado el día 12.04.2021 en el Col·legi de l' Advocacia de Barcelona.

El Sr. Francesc Vega Sala, Presidente de Honor de la Societat Catalana d' Advocats de Familia (SCAF) ha recibido la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort de manos de la Presidenta de la SCAF Sra. Mercè Mira i Cortadellas, de la Decana del I.C. A. de Barcelona y Presidenta del Consell del Il·lustres Col·legis d' Advocats de Catalunya Sra. Ma Eugènia Gay Rosell y del ex Presidente del CICAC y Decano del I.C.A. de Terrassa Sr. Ignasi Puig Ventalló.

Este galardón, concedido por el Ministerio de Justicia, es uno de los mayores reconocimientos que concede el Ministerio y premia "los méritos contraídos en la aplicación y el estudio del Derecho en todas sus ramas". Entre otros méritos, Vega Sala es considerado el impulsor de la indemnización por el trabajo doméstico el art. 23 de la Llei

8/1992, de 30 de setiembre, de modificación de la Compilació de Dret Civil de Catalunya en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges, que establecía por primera vez una compensación económica en el caso de liquidación del régimen económico de Separación de Bienes, equivalente a la compensación del artículo 1.438 del Código Civil.

El Sr. Vega Sala nació en Barcelona en 1929. Cursó las Licenciaturas de Derecho y Filosofía y Letras en la Universidad de Barcelona, la Licenciatura de Derecho Canónico en la Universidad Pontificia de Salamanca y la Diplomatura en Derecho Comparado por la Universidad Internacional de Ciencias Comparadas de Luxemburgo. Es Diplomado del Estudio Rotal del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de España y Licenciado en Filosofía y Letras por la Universidad de Barcelona. Fue Secretario de la Asociación de Canonistas. Se dedicó al estudio del Derecho Comparado y se codeó con personajes como el Ministro de Asuntos Exteriores de Francia. A los 39 años empezó a ejercer como Abogado de Familia en Barcelona.

Participó en Puerto Rico en el Primer Congreso Mundial de Familia. Escribió el segundo libro que se publicó en España sobre el divorcio. Fue fundador y primer Presidente de la Sección de Derecho Matrimonial del Col·legi de l' Advocacia de Barcelona, Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) y fundador de la Sociedad Catalana de Abogados de Familia (SCAF), de la que es Presidente de Honor.

Fue miembro de la Comisión del Ministerio de Justicia para la revisión, en tema matrimonial, del Concordato con la Santa Sede, Ex vocal del Observatorio de Derecho Privado. (Sección Derecho de Familia) de la Generalitat de Catalunya y Coautor, con el Magistrado Sr. Manubens, de las enmiendas de Minoría Catalana en Proyecto de Ley de Divorcio.

Participó, junto con otros Abogados de Barcelona, en la redacción de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que "se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio ".

Ha sido miembro activo de Comisiones de reforma y modernización del Derecho de Familia bajo los auspicios de la Generalitat de Catalunya.

Formó parte del pequeño grupo de Abogados especializados en Derecho de Familia que estuvieron con el abogado de Madrid Sr. Luis Zarraluqui, fundador de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) del año 1992; y que se ha convertido en la Asociación más importante a nivel mundial de especialistas en esta materia, actualmente tiene más de 2.000 socios de toda España.

En el acto de la entrega de la distinción, la Sra. Mercè Mira i Cortadellas, Presidenta de la SCAF, indicó: "Para todos los Abogados que nos dedicamos al Derecho de Familia el Sr. Vega Sala es el referente, tanto como profesional como docente, y además siempre ha tenido las puertas de su despacho abiertas para cualquier consulta, duda, etc., de los compañeros a los que en todo momento ha dado consejo y respuesta con la generosidad y humildad que lo caracterizan. Ha sido muy generoso con el montón de discípulos que hemos aprendido de él. Aunque él es el MAESTRO, nos hacía sentir como iguales a los que empezábamos. Puso en valor el Derecho de Familia. Podríamos decir que "inventó" el Derecho de Familia, pues fue uno de sus creadores e impulsores con la discreción que le caracteriza. Ha sido un visionario".

EL DIVORCIO Y LA THERMOMIX

M.ª Victoria Morenate Sánchez

Andaban, creo, los años sesenta, cuando eminentes ingenieros alemanes pergeñaron un robot que más adelante marcaría el devenir de la gastronomía y la restauración vanguardista de Ferrán Adría y Compañía, y que se ha hecho imprescindible en las cocinas profesionales de todo el mundo. Seguro que adiviná is el nombre de este ingenioso aparato: “la THERMOMIX”.

Pero hete aquí que tras la fiebre gastronómica que se contagió a los hogares de todo el mundo “desarrollado”, éste servicial engendro, dicho sea con el máximo respeto, se coló también en las cocinas domésticas.

Y de lo doméstico pasó a integrar, como bien mueble, el activo del inventario de las “sociedades de gananciales” que tuvimos que liquidar en el momento del divorcio de los integrantes de esa unidad familiar, en otro tiempo tan bien avenida y disfrutona de las viandas resultantes del cocinado a velocidad Cuchara, velocidad Varoma.

Así que, después de sesudas sesiones de negociación entre Letrados y Letradas, entregados a su profesión, para decidir sobre la privacidad o ganancialidad de determinados bienes, derechos de reembolso, artículo 1354 en relación con el 1357 del código civil, créditos a favor de la sociedad de gananciales y demás cuestiones jurídicas complejas, respirando al fin aliviados ante la inminencia de la firma del convenio, surge un pequeño escollo final planteado por él o por ella: “ Y …¿Qué hacemos con la Themomix?...

¡Yo la quiero¡, ¡yo también¡, ¡pero si tú no la has usado nunca¡, ¡pero ahora la voy a usar, que me han hablado de una receta de magdalenas que sale genial con ella¡, ¡pero si a tí nunca te han gustado las magdalenas¡, ¡pero ahora me encantan¡, ¡la quiero¡.

Los ojos de los letrados intervinientes se salen de sus órbitas, se agarra un pellizco en la boca del estómago, comienza a subir la presión intracraneal, ¡No es posible ese olvido tan vil¡, que no estamos en lo que teníamos que estar, cómo es posible que hayamos pasado por alto tan ínclito aparato. Echémonos a temblar.

Puestos los Letrados otra vez a trabajar, con las neuronas funcionando al 150% surge una lluvia de ideas: ¿cómo lo hacemos? ¡por sorteo¡ ¡pero entonces hay que compensar con otro bien y se nos descuadra la liquidación¡ ¡ya está¡ lo descontamos de nuestras minutas por mitad, ¡noooo¡, craso error, eso podría contagiarse a otros casos.

Y entonces, estando sumidos en el colapso más absoluto al no encontrar la solución en el Código Civil, y sintiéndose culpables por no haber estudiado esto en la carrera, sobreviene un golpe de suerte, llama nuestra clienta/e y nos dice con voz queda: “No digas naaada, que se la lleeeve, al ponerle la velocidad 20 cuchara ha empezado a echar humo, y al ponerla debajo del grifo, desenchufada, ha explotado y ¡oh¡, ha dejado de funcionar”.

El letrado transmite con temor el mensaje a su colega y ésta, llevándose las manos a la frente, sudorosa, llama por teléfono a su cliente que responde: ¡lo ha hecho adrede¡ ¡Me tiene que compensar¡.

Definitivamente querido compañero, sin que esto sirva de precedente: ¿y si nos la quedamos tú y yo por su valor venal? ¡hecho¡ procedamos a la firma.

P.D. Queridos colegas propongo una encuesta a nivel nacional para determinar el porcentaje de asuntos en los que el dichoso aparato ha sido objeto de discusión al final en una negociación. Comencemos la estadística.

JORNADAS CENTRALES
DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA

MADRID

2 y 3 de julio de 2021

Serán unas jornadas especiales

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

XXV JORNADAS
DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA EN

SEVILLA

7 y 8 de octubre de 2021

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES TRANSFRONTERIZOS. UN ESTUDIO DEL REGLAMENTO (UE) Nº 2016/1103

Pilar Jiménez Blanco

Editorial Tirant Lo Blanch

2021 - 407 pág.

El Reglamento (UE) nº 2016/1103 constituye la normativa de referencia sobre los regímenes económicos matrimoniales transfronterizos.

Superando la complejidad y dificultades técnicas del Reglamento, el presente estudio realiza un análisis exhaustivo del mismo sistematizado en torno en dos grandes partes: la relativa al marco regulador, incluyendo el régimen matrimonial legal y pactado y el ámbito de la aplicación de la ley rectora; y la relativa a los litigios, determinando el tribunal competente y el sistema de reconocimiento de decisiones. El análisis se realiza integrando la interpretación rigurosa de las normas europeas con la realidad práctica y con la utilización de casos ejemplificativos para cada sector de problemas. El trabajo se completa con abundantes referencias de Derecho comparado, que evidencian las diferencias sustanciales que existen en este ámbito. Resulta, por tanto, una obra de consulta imprescindible para jueces, notarios, abogados o cualquier otro profesional que realice funciones de asesoramiento matrimonial.

LA PERICIAL PSICOLÓGICA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

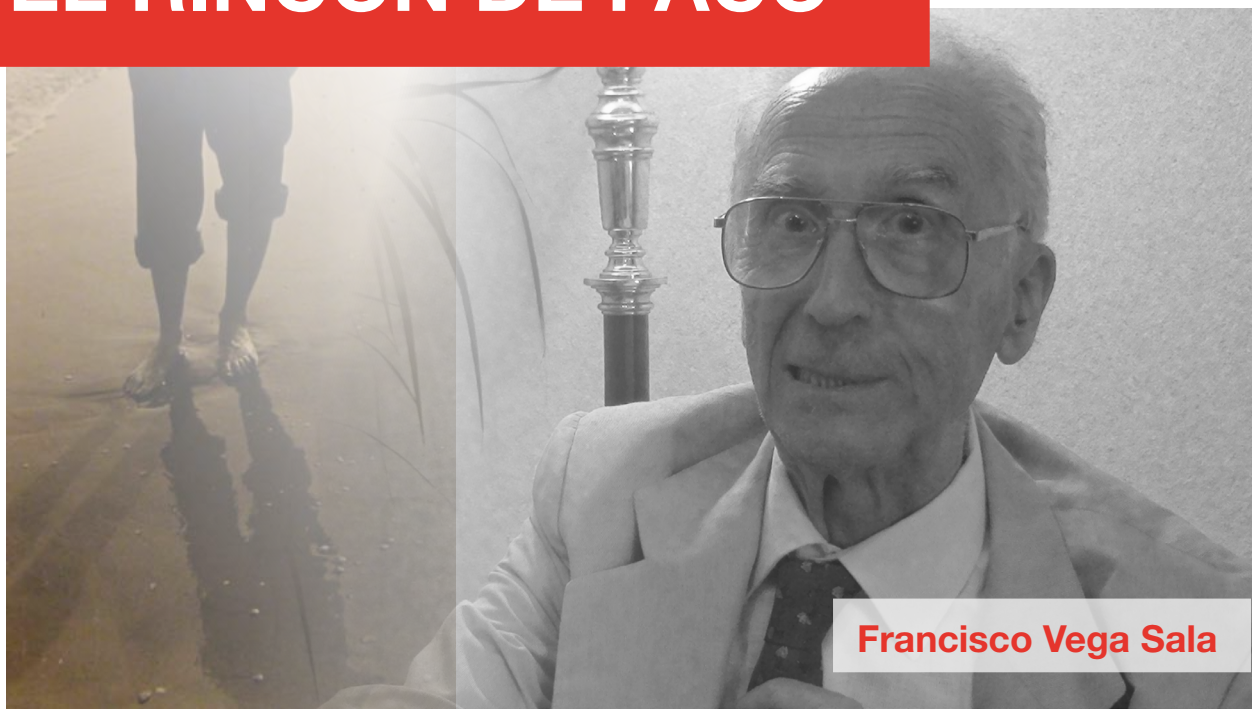
VV.AA. Coordinador Xavier Abel Lluch

Editorial Sepín

2021 - 293 pág.

La presente obra es el resultado de un seminario interdisciplinar en el que han colaborado jueces, fiscales, abogados, académicos, psicólogos, trabajadores sociales. En ella se estudia, de modo práctico, la prueba pericial psicológica en el proceso de familia; se aborda la regulación legal y los principios deontológicos de la actuación del perito psicólogo y cuestiones de práctica forense relativas a la aportación, contradicción y valoración de la prueba pericial psicológica, así como la presentación formal del dictamen y la metodología seguida para su elaboración. También se analiza la aportación de la prueba pericial en supuestos específicos y habituales en los juzgados y tribunales, tales como la guarda compartida, la suspensión o la limitación del régimen de visitas, las visitas entre abuelos y nietos, la filiación, la maternidad subrogada y la determinación de edad de los menores no acompañados (Mena). Completa la obra un estudio de las resoluciones más relevantes de las Audiencias Provinciales en materia de prueba pericial psicológica y una propuesta de regulación legal.

EL RINCÓN DE PACO



Francisco Vega Sala

Dad al César lo que es del César... Y a los gitanos, ¿por qué no se les da lo suyo?

La canonística clásica distinguía, o distingue (¿por qué no poner el verbo en presente?), entre el matrimonio "*in fieri*" y el matrimonio "*in facto esse*", El primero es la formulación del consentimiento a una unión indisoluble y heterosexual; el segundo las consecuencias civiles de esta unión.

Dada la regulación actual del divorcio y la introducción del matrimonio homosexual por la Ley 13/2005 de 1 de julio ¿no es lícito preguntarse si el matrimonio "*in fieri*", hoy día, no es más que un acto de comunicación? La manifestación pública del inicio de un determinado acoplamiento sexual. Si esto es así poco debe importar la forma en que se haga la comunicación, lo que importa es la publicidad, es decir, la constancia del acto.

Estaba en estas reflexiones, cuando me di cuenta que era el 8 de abril, día de la comunidad romaní, es decir el día de los gitanos y entonces me pregunté qué pasaba con las bodas gitanas y comprendí porque el quiosquero que se encuentra en la esquina del despacho me enseñó el otro día estos titulares; "*El Constitucional deniega la pensión de viudedad de un matrimonio gitano*" (La Vanguardia, 12 febrero 2021), "*Una viuda casada por el rito gitano carece de derecho a pensión*" (El economista, 20 febrero 2021). Ambos rotativos se refieren a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 2021 recaída en el recurso de amparo

núm. 1343-2018 (BOE 23 de febrero 2021). Y me pregunta el quiosquero "*¿Y usted, que es abogado, qué me dice ?*"

Y, como no le decía nada, pues los abogados no siempre tenemos cosas a decir, me explicó la historia de la gitana María (los nombres son imaginados, pero los hechos son ciertos y reales), que haría las delicias de Bizet, por su coraje y constancia. María casó el 18 de mayo de 1994 con José, "*conforme a los usos y costumbres gitanas…nacieron cinco hijos*" y a los quince años de matrimonio falleció el marido. María solicitó al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) el reconocimiento de su derecho a la pensión de viudedad que, con fecha 12 de septiembre de 2014 le fue denegada por dicho Instituto "*por no haberse constituido formalmente el vínculo como pareja de hecho con el causante al menos dos años antes del fallecimiento, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 174.3 LGSS*" Con fecha 14 de noviembre de 2014, María interpuso demanda contra el INSS solicitando el reconocimiento de su derecho a la pensión de viudedad. El Juzgado de lo Social al que le correspondió la demanda, dictó sentencia desestimatoria el 13 de octubre de 2015

"*Interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucia (Granada) dictó sentencia con fecha de 20 de abril de 2016, revocando la de instancia y reconociendo el derecho de la demandante de amparo a la pensión de viudedad…..El INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) formalizaron recurso de casación para la unificación de doctrina. El Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con fecha de 25 de enero de 2018, dictó sentencia, anulando la resolución recurrida y, consiguientemente, desestimando la demanda. Subraya el Tribunal Supremo que la norma de cuya interpretación se trata, el art. 174.3 LGSS, no ofrece la claridad que es siempre deseable en cualquier disposición legal. …esta sentencia cuenta con un voto particular discrepante, en el que las magistradas (*magistradas está en plural, no es un error mío de copia*) que lo emiten…*." María interpuso recurso de amparo contra la sentencia del Tribunal Supremo ante la Sala Segunda de lo Social del Tribunal Constitucional que, con el voto particular discrepante de uno de los magistrados, dictó sentencia el 25 de enero de 2021 no dando lugar al recurso. (Pertenecen a dicha sentencia los textos en *cursiva* que se reproducen sin citar su origen).

Si recordamos que la pensión de viudedad le fue denegada el 14 de noviembre de 2014, habrán pasado seis años y el matrimonio duró quince por lo que ninguno de los hijos era mayor de edad al fallecer el padre y el quiosquero de la esquina de mi despacho, tan leído en asuntos judiciales me preguntó "*Usted que es abogado ¿puede decirme porque en via penal hay el principio de "in dubio pro reo" y no hay un principio a favor del peticionario en las prestaciones sociales*?" y me recuerda la exposición de motivos de la ley 13/2005 de 1 de julio que en su párrafo cuarto dice: "*Pero tampoco en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889*." Se refiere a la familia gitana ¿verdad?

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: .....

.....