REVISTA
Abogados de Familia
116
AGOSTO 2022

DILACIONES INDEBIDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

REFLEXIONES SOBRE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

EL RINCÓN DE PACO

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

Presidenta M.ª Dolores Lozano Ortiz **Vicepresidenta** María Pérez Galván
Tesorera Carmen López-Rendo Rodríguez **Secretaria** 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

DILACIONES INDEBIDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

Carmen López-Rendo Rodríguez

08 OPINIÓN

Reflexiones sobre la decisión del Tribunal Constitucional: Suspensión del régimen de visitas

José Luis Cembrano Reder

11 El Supremo al día

M.ª Dolores Azaustre Garrido

24 Sentencias Comentadas

Patria potestad. Guarda y custodia. Régimen de Visitas. Vivienda. Alimentos. Pensión compensatoria. Compensación por el trabajo para la casa. Cuestiones procesales. Regímenes económicos matrimoniales. Uniones de Hecho. Filiación. Protección de menores.

62 Casos Prácticos

63 Noticias

66 Novedades Bibliográficas

68 El rincón de Paco

¿NO ES DEMASIADO TARDE YA?

DILACIONES INDEBIDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

Comenzamos un nuevo año judicial, como cada 1 de septiembre, con las pilas cargadas, la cabeza más o menos despejada y la esperanza de que la ansiada especialización en infancia-familia y capacidad dentro del orden jurisdiccional civil sea una realidad. Llevamos más de 25 años reivindicando dicha especialización por ser absolutamente necesaria para los ciudadanos y para evitar todos los problemas que cada año vamos viendo que se agravan. Los problemas familiares no se han ido de vacaciones, ni han desaparecido. En muchos casos se han triplicado y devienen de imposible solución extrajudicial, precisando de una ágil respuesta.

Unos de los mayores problemas que presenta el Derecho de Familia es la lentitud en la tramitación y resolución de los procedimientos, así como la falta de especialización de los jueces, fiscales, letrados de la administración de Justicia, funcionarios o psicólogos, a lo que se une, la falta de medios personales y materiales, y la inversión necesaria que conlleve la infraestructura adecuada para una rápida resolución de los procesos de familia. Todo ello determina que las dilaciones se prolonguen excesivamente, en ocasiones durante años, sin justificación alguna, y ello motiva, que el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se vea totalmente proscrito y restringido, siendo víctimas del anormal funcionamiento de la administración de justicia en materia de Familia, no solo los miembros de la pareja, también sus hijos menores de edad.

Estos retrasos en la tramitación y resolución de los procesos judiciales generan daños emocionales irreparables, que pueden dar lugar a indemnizaciones a favor de los ciudadanos afectados, y cuyo germen nace de la contumaz negativa del Estado español a crear la especialización en materia de infancia-familia y capacidad, dentro del orden jurisdiccional civil, en condiciones iguales a la mercantil, dotando de medios materiales y personales para acabar con estas dilaciones indebidas que venimos denunciando a diario.

La multiplicidad de conflictos, tanto de índole personal como patrimonial en el ámbito de la Familia exigen procedimientos judiciales ágiles que proporcionen respuestas inmediatas en muchas ocasiones y ámbitos propicios para sus soluciones, debiendo ser examinados y resueltos por jueces y tribunales especializados, a quienes debe exigírseles además de profundos conocimientos de Derecho, y de Familia en particular, unas dosis elevadísimas de empatía, psicología y comprensión y una vocación especial hacia esta rama del Derecho.

Lograr que los procedimientos judiciales se tramiten en un tiempo óptimo, tal cual establece la ley, ha de ser un objetivo común de todos: estado, tribunales, fiscales, personal al servicio de la administración de Justicia, policía, abogados, procuradores, testigos, peritos... La pronta y eficaz solución judicial por la que el abogado debe luchar evitará la nociva multiplicación de expedientes judiciales conexos que se prolongan temporalmente en detrimento de los justiciables.

El art. 24.2 de la Constitución, empleando la expresión utilizada por el art. 14.3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977\893 y ApNDL 3630), reconoce el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, que es similar, según se haya declarado en la STC 5/1985, de 23 de enero, al que consagra bajo la fórmula de «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Políticas aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España en Instrumento publicado en el BOE de 10 de octubre de 1979. El valor interpretativo de estos tratados y acuerdos viene expresamente sancionado en el art. 10.2 de nuestra Constitución, habiendo sido igualmente reconocido por nuestra doctrina constitucional, de manera reiterada y constante, el valor que a estos efectos tiene la jurisprudencia pronunciada por el TEDH.

La frase «sin dilaciones indebidas» empleada por el art. 24.2 de la Constitución expresa en concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos recogidos en la STC 5/1985, de 23 de enero (RTC 1985/5): la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[1] ya ha determinado que el quebrantamiento del derecho a un juicio en un tiempo razonable es un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y como tal, es indemnizable.

El deber de impartir justicia de forma eficaz y dentro de un plazo razonable ha de entenderse como un derecho prestacional cuyo incumplimiento dará lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado quedando obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados cuando no haya posibilidad de reparación in natura o, aun siéndolo, haya existido previamente lesión tal como disponen los arts. 9.3, 121 CE; art. 292 de la LOPJ.

La obligación de garantizar este derecho debe ser efectiva a pesar de que la dilación se deba a carencias estructurales de la organización judicial, pues no es posible restringir el alcance y contenido de este derecho, dado el lugar que la recta y eficaz Administración de Justicia ocupa en una sociedad democrática, con base

1 Entre otras, STEDH 13 de julio de 1983, caso Zimmermann y Steiner v. Suiza, ECLI:CE:ECHR:1983:0713JUD000873779.; STEDH de 23 de abril de 1987, caso Lechner y Hess v. Austria, ECLI:CE:ECHR:1987:0423JUD000931681.

en distinciones sobre el origen de la dilación que el propio precepto constitucional no establece[2].

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 129/2016, de 18 de julio, estimatoria de un recurso de amparo, expresa y resume perfectamente la doctrina constitucional sobre dilaciones indebidas en la justicia, refiriéndose en el FJ4 en los siguientes términos:

> "Como afirmamos en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 54/2014, por referencia a la doctrina contenida en la STC 142/2010, de 21 de diciembre, «por más que los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso. Y es que el elevado número de asuntos de que conozca el órgano jurisdiccional ante el que se tramitaba el pleito no legitima el retraso en resolver, ni todo ello limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a tal retraso, puesto que no es posible restringir el alcance y contenido de ese derecho (dado el lugar que la recta y eficaz Administración de Justicia ocupa en una sociedad democrática) en función de circunstancias ajenas a los afectados por las dilaciones. Por el contrario, es exigible que jueces y tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que lleva implícita la necesidad de que el Estado provea la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales precisos para el correcto desarrollo de las funciones que el ordenamiento les encomienda. Este es también el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando en su sentencia caso Unión Alimentaria Sanders c. España, de 7 de julio de 1989, afirmó el carácter estructural de las dilaciones sufridas por la sociedad demandante, concluyendo que esta situación no puede privar a los ciudadanos de su derecho al respeto del plazo razonable (§§ 38 y 42) o cuando en su sentencia caso Lenaerts c. Bélgica (§ 18), de 11 de marzo de 2004, razonó que el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable» (FJ 6). Atendiendo a esta circunstancia, esto es, las causas estructurales que provocaron las dilaciones indebidas, la sala considera necesario dar traslado de esta sentencia al Consejo General del Poder Judicial y al Ministerio de Justicia, a los efectos que procedan".

Por ello se habla de Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, pues no sólo responderá el Estado por actos u omisiones de Jueces o Magistrados, sino también por los llevados a cabo por el Ministerio Fiscal y los demás funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

En el orden civil, en el caso Ortuño Ortuño resuelto por STEDH 27 de septiembre de 2011[3] en un procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales que supera los once años en una única instancia se declaró el incumplimiento del Estado español de lo regulado en el artículo 6.1 del CEDH en materia de dilaciones indebidas. Existiendo otras vulneraciones reconocidas en STEDH de 15 de marzo de 2016 en el orden penal, así como en el orden contencioso-administrativo en STEDH de 16 de febrero de 2005 Alberto Sánchez contra España. En la Sentencia de 20 de diciembre de 2016 (Caso Ruiz-Villar Ruiz c. España)[4] ha considerado que se ha vulnerado el art. 6.1 del Convenio y España ha sido condenado al pago de una indemnización al demandante por daños morales, así como al pago de las costas

2 TOSCANO TINOCO, Juan José, Las dilaciones indebidas: una cuestión no resuelta. Evolución jurisprudencial, regulación legal y visión crítica. Revista de Derecho Penal Y Criminología, ISSN 1132-9955., p. 250. Vid también STEDH de 6 de mayo de 1981, Caso Bucholz.v. Alemania, ECLI:CE:ECHR:1981:0506JUD000775977.

3 STEDH 27 septiembre 2011 Caso Ortuño v Ortuño. España.

4STEDH de 20 de diciembre de 2016, Caso Ruiz-Villar Ruiz v. España. ECLI:CE:ECHR:2016:1220JUD001647611

¿Qué debe hacer el abogado ante estas dilaciones indebidas? El abogado de Infancia- Familia y capacidad no puede quedarse de brazos cruzados.

Es absolutamente indispensable que la parte afectada invoque en el procedimiento de familia las dilaciones indebidas tanto cuando recibe el señalamiento de la vista de medidas provisionales o definitivas transcurridos más de 6 meses desde su presentación, como cuando los tribunales tardan más de 2 meses en incoar el procedimiento y en citar de forma eficaz al demandado. Para ello es preciso que presente un escrito poniendo de manifiesto la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, consagrados en el artículo 24 de la CE, indicando que dicha vulneración la pone de manifiesto a los efectos del art. 44 de la LOTC, requiriendo de forma expresa al órgano jurisdiccional para que cesen estas dilaciones indebidas. Si al mes de su presentación no se ha dado curso al escrito, ni adoptada medida alguna para que cesen las mismas y continúan las dilaciones indebidas ha de reiterarse el mismo. La exigencia de este requisito queda justificada por el TC, entre otras, en la STS 177/2004 de 18 de octubre.

Posteriormente ha de interponerse recurso de amparo ante el TC, observando los plazos del artículo 44.2 de la LOTC a fin de que se reconozca la lesión del derecho.

Si se han producido daños cuantificables materiales, personales o morales, deberá acudir a la vía administrativa de la reclamación indemnizatoria frente al Estado por causa del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia[5] tal como refiere la STC de 16 de abril de 2007, sin perjuicio de utilizar también el cauce de la queja al CGPJ y al Defensor del Pueblo, que deberá aportar a la reclamación FRENTE AL ESTADO por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia y si sus pretensiones se vieran desestimadas deberán acudir a la vía contencioso-administrativa contra la resolución administrativa desestimatoria.

Ahora bien, no debe olvidarse que no es suficiente con la prolongación en el tiempo de la tramitación del procedimiento, sino que es necesario probar que el retraso es injustificado; que se ha producido un daño cuantificable económicamente, susceptible de indemnización; y que se ha requerido en el procedimiento judicial para que cese la vulneración y la misma ha continuado.

Os deseo a todos buen comienzo del año judicial y espero y confío que el Estado escuche las reivindicaciones de la AEAFA cree la especialización de Infancia-Familia y Capacidad dentro de orden jurisdiccional, igual que la mercantil, y se acabe con las dilaciones indebidas y haga realidad el derecho fundamental de todo ciudadano a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas. La familia, se merece, al menos, el mismo trato que la empresa.

Carmen López-Rendo Rodríguez
Tesorera de la AEAFA

5 Arts. 292 y ss de la LOPJ en relación con la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común.

Este procedimiento se iniciara con una petición de indemnización al Ministerio de Justicia para que su resolución ponga fin a la vía administrativa. El plazo para reclamar es de 1 año a contar desde que haya finalizado el procedimiento en el que las demoras injustificadas tuvieron lugar, tal como dispone el artículo 293.2 de la LOPJ.

REFLEXIONES SOBRE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

JOSÉ LUIS CEMBRANO REDER

Abogado
Vocal de la AEAFA

Los jueces siempre han tenido la tarea de proteger el interés del menor, cada día más exigente, y esta evolución merece una visión retrospectiva. Los conocimientos actuales hace algunos años no existían, pero a medida que han ido surgiendo el Derecho de Familia se ha ido haciendo más preciso, si se quiere, 'se ha ido afinando' de forma que la actividad judicial sobre el ejercicio de la patria potestad ha potenciado reformas que se han convertido en instrumentos legales muy poderosos de protección de los niños y adolescentes. Uno de ellos es la "suspensión" de las comunicaciones.

La suspensión de la patria potestad -accesible al Registro Civil- o en su caso del régimen de visitas, se han convertido en un modo ágil que refuerza la intervención del juzgador en supuestos los que se le cree en situación de riesgo. De hecho, siempre ha existido un debate del límite entre privación y suspensión, habiéndose pronunciado la doctrina en que la privación no se fundamenta en un simple incumplimiento negligente de los deberes parentales, sino que requiere que se trate de una amenaza real y constatada para la integridad física y moral de los hijos menores. (Álava, AP/01, Recurso: 288/2017, ECLI: ES:APVI:2017:527).

No es la suspensión de las comunicaciones una novedad, y si siempre ha de ser motivada. Botón de muestra es el auto de la Audiencia Provincial de Madrid Sec. 22, de fecha 15/02/1996 Rº 735/1996. La Audiencia justifica la suspensión del régimen de visitas en un supuesto en el que no existía una condena al padre (tocamientos al hijo) e incluso fue el progenitor fue absuelto. En cuanto a la iniciativa y libertad de actuación de los jueces, el auto razonaba: […] Cuando se trata de lograr el desarrollo, protección y beneficio

de los niños, el juzgador tiene amplísimas facultades, estando obligado, incluso de oficio, a realizar cuantos actos requiera la protección de los menores, (arts. 91, 92, 158 del Código Civil), pues no se puede olvidar que las situaciones familiares son dinámicas y conllevan frecuentes cambios en las posiciones y posibilidades de los implicados, configurándose, por ello, en nuestro ordenamiento jurídico, los derechos reconocidos a los padres, como derechos siempre claudicantes, revocables por el órgano judicial y continuamente pendientes de favorecer realmente la formación y el desarrollo personal de los hijos[…]. Y, para motivar su decisión se refiere a la conducta de padre y sigue diciendo: "[…] Hay que afirmar desde un primer momento, que mientras el juez penal conoce de la conducta del sujeto acusado y respecto de ella, si se cumplen los elementos del tipo delictivo el primordial ánimo libidinoso que hubiera podido se móvil de los actos integrantes de aquella conducta, en este orden de las relaciones familiares, el acento debe ponerse en el principio de protección del menor, en la repercusión que para éste pudiera haber tenido o pudiera tener para el futuro las referidas acciones, al margen de la intención concreta de su autor […].

O sea, la protección del menor controla varios aspectos, a saber:

- La herramienta de la suspensión se ha demostrado que es esencial.
- El juez es responsable del derecho tuitivo, para el caso concreto. Por tanto, son necesarios instrumentos que facilitan al juez la formación de un criterio sólido.
- Termina el Auto, que confirma la medida de suspensión decretada en la instancia, haciendo referencia a "todos los informes… coincidentes" de valorar el "el riesgo que para el niño"; a la contundencia de la realidad "de manera indudable"; y al aspecto "afectivo y psicológico" por lo que se justifica en la necesidad de que el niño disfrute de "estabilidad emocional sin traumas, ni situaciones violentas o peligrosas". Y, como toda suspensión, se delimita: "Sin perjuicio de que, posteriormente, si el juzgador de instancia lo estima conveniente para el niño, puedan reanudarse las mismas, de forma progresiva y con las cautelas necesarias...".

En suma, en el caso no era la condena penal, ya que el progenitor fue absuelto, lo que causó la medida cautelar de suspensión. Habrá que pensar que existen situaciones penales en las que sin existir un indicio de delito es preciso proteger al menor mediante suspensión de la comunicación, explicando debidamente las razones y el tiempo de la medida.

Actualmente también las normas autonómicas recogen esta necesidad de intervenir: art 134 CCat L 9/1998 de 15/07/1998; y también los pactos y convenios internacionales, siempre apoyándose en el principio de prevalencia del interés del menor, reflejado entre otros en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; Convenio Europeo de Derechos Humanos, en sus artículos 1, 2, 16, 25 y 27; Convención sobre los derecho del Niño, ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (B.O.E. de 31 de diciembre de 1990); Convenio Europeo de 20 de mayo de 1980, sobre custodia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia y Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, que exigen extremar la atención en la adopción de las medidas que afecten al cuidado de los menores con la finalidad de evitarles cualquier situación de riesgo o peligro físico o psíquico, principio además ampliamente consagrado en nuestra legislación.

SOBRE LA NOTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN AL ART. 94.4 C.C.

Lo que exige el nuevo art. 94.4 CC son indicios de criminalidad que requieren una valoración por el juez civil en función de las manifestaciones de las partes y de las pruebas que se practiquen. Precepto que se relaciona con el 49 bis.2 LEC a efectos de una comparecencia urgente (24 horas). Y en el ámbito penal es el punto 7 del art. 544 ter de la LECr que señala quién debe pedirlas, pues en otro caso pueden no acordarse, teniendo en cuenta la posibilidad de suspensión de las medidas en el caso de existir indicios de violencia, en consonancia con que se acuerde la orden de protección, a criterio razonado del juez.

Lo que aporta el TC es exponer lo que el nuevo precepto no constriñe y, por lo tanto, lo que le evita ser inconstitucional y reglas que hay que tener en cuenta, a saber:

- La valoración de la "gravedad, naturaleza y alcance del delito".
- Su incidencia en las relaciones familiares.
- El carácter del delito, doloso o imprudente.
- Que el juez ajuste su criterio y decisión al caso concreto.

- Que se ponderen consecuencias tales como el tiempo de tramitación, que exige una estimación lo más precisa posible, porque es obvio lo irremediable del daño de la separación entre progenitor e hijo, que además puede causar situaciones indeseables.

- Que la motivación sea lo más exhaustiva posible, porque siendo la motivación un elemento esencial para la defensa, o sea para poder recurrir cualquier resolución judicial, en estos casos tiene la función de explicar al afecto lo que se ha tenido en cuenta. Esto exige evitar remisiones e incluso hace suposiciones o adivinaciones. En esta motivación se incluye la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida. Piénsese en visitas tuteladas, en lugares específicos, de duración determinada etc.

En suma, ese precepto no supone la suspensión automatizada del régimen de visitas, que hubiera sido inconstitucional. Obligar al juez a razonar el mantenimiento o suspensión del régimen de visitas no es inconstitucional. Y añado: la evolución social y legislativa en esta materia está desprovista de la voluntad real del legislador, tanto en la provisión de jueces, que en la práctica asumen un trabajo ímprobo y de una responsabilidad máxima; como de equipos, que no tienen la suficiente especialización; y de atención a la especialización del Derecho de Familia en todos sus operadores.

En cuanto al artículo 156.2 del CC va dirigido exclusivamente a la mujer, madre, como destinataria exclusiva de la violencia de género, que puede, previa información al padre, sin más que acreditar que recibe asistencia de un servicio especializado en violencia de género, llevar a los hijos a un psicólogo de su elección. Pero la nota de prensa remitida por el Tribunal Constitucional no es especialmente clarificadora al respecto en cuanto a su sustancia.

ASOCIACIÓN
ESPAÑOLA
DE ABOGADOS
DE FAMILIA

EL SUPREMO AL DÍA

M.ª Dolores Azaustre Garrido

TS

SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 2022
Roj: STS 356/2022 - ECLI:ES:TS:2022:356
Nº de Recurso: 1489/2021
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

La Audiencia denegó llevar a efecto por sí misma la exploración de la menor que solicitó la madre, cuando la menor ya había cumplido los 12 años de edad. Al actuar de esa manera, quebrantó las normas legales, desatendió la jurisprudencia establecida sobre el derecho de los menores a ser oídos y vulneró el derecho de la menor a la tutela judicial efectiva

En el presente caso, lo que está en el centro de los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y del motivo primero del recurso de casación es la cuestión relativa a la "audiencia", "exploración" o "derecho a ser oída" de la menor, por lo que, aplicando dicho criterio, dichos motivos se van a resolver conjuntamente.

Los motivos hay que analizarlos partiendo de los siguientes datos de hecho: (i) la menor, Florencia, nació en 2008; (ii) en la primera instancia se solicitó su exploración en el acto de la vista, celebrada el 11 de diciembre de 2019, y el juez la denegó, rechazando, también, pero sin explicitar las razones, el recurso de reposición que se interpuso contra la decisión desestimatoria; luego dictó sentencia en la que sustituyó la guarda y custodia exclusiva que había sido atribuida a la madre por la guarda y custodia compartida que, subsidiariamente, había interesado su padre; (iii) re-

producida la solicitud de exploración de la menor en la segunda instancia, la Audiencia volvió a denegarla, rechazando, también, el recurso de reposición que se interpuso por ello con el argumento de que tan solo procedía practicar en segunda instancia las pruebas relevantes, existiendo datos suficientes en el procedimiento en relación con la guarda y custodia de la menor.

... En la sentencia 577/2021, de 27 de julio, declaramos: "[D]ice la STC 64/2019, de 9 de mayo: "[el] derecho del menor de edad a ser "oído y escuchado", entre otros ámbitos, en todos los procedimientos judiciales en los que esté afectado y que conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social [fue...] introducido por primera vez en el art. 12.2 de la Convención sobre los derechos del niño, figura asimismo en el art. 3 del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, ratificado por España mediante instrumento de 11 de noviembre de 2014; en el apartado 15 de la Carta Europea de derechos del niño, aprobada por resolución del Parlamento Europeo de 21 de septiembre de 1992 y, con una fórmula más genérica, en el art. 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Goza pues de un amplio reconocimiento en los acuerdos internacionales que velan por la protección de los menores de edad, referencia obligada para los poderes públicos internos de conformidad con lo establecido por los arts. 10.2 y 39.4 CE. Este derecho se desarrolla en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que indica en su exposición de motivos que se han tenido en cuenta los criterios recogidos en la observación núm. 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado. Entre otros aspectos, la citada reforma legal de 2015 refuerza la efectividad del derecho al disponer que, en las resoluciones sobre el fondo de aquellos procedimientos en los que esté afectado el interés de un menor, debe hacerse constar el resultado de la audiencia a este y su valoración (art. 9.3 in fine de la Ley Orgánica 1/1996).

"El derecho del menor a ser oído y escuchado forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5). Su relevancia constitucional está recogida en diversas resoluciones de este Tribunal, que han estimado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los menores en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal (SSTC 221/2022, de 25 de noviembre, FJ 5; en el mismo sentido, SSTC 71/2004, de 19 de abril, FJ 7; 152/2005, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5)".

"Nosotros nos hemos ocupado de la "audiencia", "exploración" o "derecho a ser oído" del menor, entre otras, en las sentencias 413/2014, de 20 de octubre, 157/2017, de 7 de marzo, 578/2017, de 25 de octubre, 18/2018, de 15 de enero, 648/2020, de 30 de noviembre y 548/2021, de 19 de julio). De ellas cabe extraer a modo de líneas directrices, y por lo que ahora interesa, las dos siguientes premisas: (i) la audiencia o exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de este, para su debida y mejor protección y, en su caso, debe ser acordada de oficio por el tribunal; (ii) aunque no se puede decir que los tribunales están obligados a oír siempre al menor, pues eso dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel, por lo que es posible, precisamente en atención a la falta de madurez o de ponerse en riesgo dicho interés, y siempre que el menor tenga menos de 12 años, que se prescinda de su audición o que se considere más adecuado que se lleve a cabo su exploración a través de un experto o estar a la ya llevada a cabo por este medio, para que el tribunal pueda decidir no practicarla o llevarla a cabo del modo indicado, será necesario que lo resuelva de forma motivada".

En el presente caso, la menor no fue oída por el juez de primera instancia. Es cierto, que, cuando se le pidió que la explorara, la menor no tenía todavía, pese a estar próxima a cumplirlos, los 12 años de edad. Pero también lo es, que la exploración tan solo cabía denegarla de forma motivada bien por no resultar necesaria al carecer de la suficiente madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente, en su propio interés.

La Audiencia no solo obvió tal consideración, sino que, además, denegó llevar a efecto por sí misma la exploración que también se lo solicitó y cuando la menor, además, ya había cumplido los 12 años de edad. Al actuar de esa manera, la Audiencia quebrantó las normas legales contenidas en los preceptos que el recurso cita como infringidos; desatendió la jurisprudencia establecida sobre el derecho de los menores a ser oídos; y vulneró el derecho de Florencia a la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, procede estimar los motivos analizados y, con ellos, el recurso extraordinario por infracción procesal, y, también, sin necesidad de examinar

los motivos según y tercero, el recurso de casación. Y todo ello con el efecto de anular la sentencia y retrotraer las actuaciones al momento anterior al de su dictado para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia de la menor, se haga efectivo el derecho de esta a ser oída y escuchada sobre su guarda y custodia.

TS

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 2022
Roj: STS 442/2022 - ECLI:ES:TS:2022:442
Nº de Recurso: 1/2021
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Que la ex esposa conociera el correo electrónico y el teléfono del demandado y no lo proporcionara al juzgado no conduce a apreciar maquinación fraudulenta. El domicilio en el que se intentaron las notificaciones se corresponde con el domicilio real y habitual del ex esposo, de acuerdo con los datos obrantes en el punto neutro, con el nombre que figuraba en el buzón y en el timbre, con lo manifestado por los vecinos y, sobre todo, de acuerdo con lo reconocido por el propio demandado, que en su misma solicitud de revisión identifica como personal ese domicilio desde que en junio de 2018 se separaron, sin que haya hecho referencia a ningún tipo de ausencia de ese domicilio, ya no definitiva, sino siquiera temporal, que pudiera justificar las razones por las que hizo caso omiso de los avisos que se le dejaron.

Partiendo de lo anterior, la demanda de revisión debe ser desestimada porque no concurren los requisitos legales y ello por las siguientes razones:

1.ª) El Tribunal Constitucional ha apreciado reiteradamente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando el emplazamiento se lleva a cabo por edictos sin apurar las posibilidades de averiguación del domicilio efectivo, y en este contexto debe valorarse si antes de dirigirse a la comunicación edictal se han realizado los esfuerzos razonables para determinar el domicilio del demandado (recientemente, entre otras, SSTC 167/2020, de 16 de noviembre, 125/2020, de 21 de septiembre de 2020, 82/2021, de 19 de abril de 2021, 87/2021, de 19 de abril de 2021, 60/2021, de 15 de marzo de 2021).

2.ª) En este caso, el que la demandante conociera el correo electrónico y el teléfono del demandado y no lo proporcionara al juzgado no conduce a apreciar maquinación fraudulenta, a diferencia de lo que sucedió en el supuesto a que se refiere la sentencia de esta sala 610/2017, de 15 de noviembre, pues entonces lo relevante para apreciar la maquinación fraudulenta fue que el demandante de desahucio había acordado con la demandada comunicarse por email, era el modo habitual de comunicación entre las partes y el demandante era consciente de que la arrendataria, por razones de edad, personalidad, desconfianza, no atendía otros medios de comunicación. A diferencia también de lo que sucedió en el supuesto a que se refiere la sentencia 207/2019, de 4 de abril, pues en esa ocasión, el demandante tenía conocimiento de que el demandado había abandonado la vivienda arrendada en la que se realizaron las notificaciones porque por correo electrónico le había comunicado que la tenía a su disposición por si quería volver a arrendarla.

3.ª) En el presente caso, el domicilio en el que se intentaron las notificaciones se corresponde con el domicilio real y habitual del Sr. Gregorio, de acuerdo con los datos obrantes en el punto neutro, con el nombre que figuraba en el buzón y en el timbre, con lo manifestado por los vecinos y, sobre todo, de acuerdo con lo reconocido por el propio demandado, que en su misma solicitud de revisión identifica como personal ese domicilio desde que en junio de 2018 se separara de la demandante, sin que haya hecho

referencia a ningún tipo de ausencia de ese domicilio, ya no definitiva, sino siquiera temporal, que pudiera justificar las razones por las que hizo caso omiso de los avisos que se le dejaron.

4.ª) No puede apreciarse ocultación maliciosa en el hecho de proporcionar el domicilio real y habitual del demandado en un proceso civil seguido contra él y en otro procedimiento de reclamación de salarios seguido en la vía social, y dirigido contra la sociedad de la que el Sr. Gregorio es gerente, el domicilio de esa sociedad, por cuanto era esa la demandada.

5.ª) La carga procesal que incumbe al demandante de identificar al demandado no excluye la diligencia mínima del destinatario para atender los avisos que recibe ni permiten por tanto, como dice el Ministerio Fiscal con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional, excusar la negligencia del propio destinatario (SSTC 80/96, 81/96, 82/96) o un comportamiento del mismo contrario a la buena fe (SSTC 78/93, 100/94, 227/94 y 160/95).

Como resume el Ministerio Fiscal, según se desprende de la propia solicitud de revisión, el Sr. Gregorio en todo momento ha tenido su domicilio real y efectivo en la dirección indicada en la demanda rectora del pleito de origen, esta circunstancia se comprobó por el funcionario actuante con los vecinos, se efectuaron sucesivos intentos de emplazamiento con resultado infructuoso, por lo que se dejaron varios avisos en el buzón, a solicitud de la demandante se habilitó el emplazamiento en horario nocturno, que se llevó a cabo, igualmente con resultado infructuoso, y previamente se había acordado la averiguación domiciliaria a través del punto neutro judicial confirmando que tal dirección era la correcta.

6.ª) En el caso, los intentos reiterados de notificación y emplazamiento se han realizado en el domicilio real y habitual del demandado, que no ha invocado ausencia del domicilio, ni definitiva, ni transitoria o provisional, y ha reflejado ese mismo domicilio en toda la documentación que aporta a este procedimiento de revisión. La notificación en ese domicilio, en el que se le dejaron reiterados avisos en el buzón no le generaba indefensión al demandado, como muestra que según la documentación que acompaña él mismo a su solicitud de revisión fue en ese domicilio donde recogió la notificación del auto por el que se despachaba la ejecución de la sentencia cuya revisión se pretende tras un aviso en el buzón que en esta ocasión sí recogió, sin que, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, haya especificado la causa por la que no atendió a los requerimientos anteriores.

TS

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 2022
Roj: STS 576/2022 - ECLI:ES:TS:2022:576
Nº de Recurso: 2963/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

La circunstancia de que en el procedimiento matrimonial se reputase la compraventa del inmueble litigioso como donación, no vinculaba en el juicio declarativo posterior sobre la validez del título atributivo de propiedad a la esposa. Admitiendo que el negocio disimulado de donación, bajo la cobertura aparente de un contrato de compraventa, fuera querido por las partes litigantes, sería igualmente nulo por defecto de forma por falta total de los requisitos establecidos por el art. 633 del CC.

Con sujeción a las premisas expuestas, la función positiva de la cosa juzgada material no puede ser apreciada, al no concurrir el grado preciso de conexión material para su estimación. Ello es así, dado que, en el procedimiento de divorcio, no se resolvió sobre la validez y eficacia del título acreditativo de la titularidad dominical de la vivienda familiar a favor de la demandante, por defecto de forma (art. 633 CC) y su interpretación jurisprudencial, sino que se partió de la apariencia creada por los litigantes, mediante la realización de un ficticio contrato de compraventa del que se derivaba aparentemente al menos la titularidad del inmueble a favor de la actora, aun cuando lo fuera en concepto de donación.

Por otra parte, tal cuestión controvertida no podía ser discutida en un procedimiento especial de divorcio del libro IV de la LEC, que versa sobre la disolución del vínculo matrimonial de los litigantes y sobre la adopción de las medidas que derivan de un pronunciamiento de tal clase (arts. 91 del CC y 774 de la LEC). Estas fueron las cuestiones resueltas por la sentencia de divorcio, que decretó la disolución del vínculo matrimonial, y atribuyó a la actora el uso de la vivienda familiar, así como denegó una pensión compensatoria planteada bajo la fórmula de prestación alimenticia.

Tampoco podría ser objeto de reconvención una pretensión de nulidad planteada por parte del demandado, dada la limitación que, para su formulación, impone la regulación normativa del procedimiento matrimonial (art. 770.2ª LEC), ni tan siquiera cabría una acumulación de pretensiones entre el juicio de divorcio y otro declarativo, en el que se ejercitase la acción de nulidad por simulación e ineficacia de la donación disimulada, pues solo cabe con respecto a juicios declarativos que se sustancien por los mismos cauces o cuya tramitación pueda unificarse sin merma de derechos procesales (art. 77.1 LEC), y el procedimiento de divorcio es especial del Libro IV LEC.

Por otra parte, es perfectamente posible la diferente apreciación de unos mismos hechos cuando los órganos jurisdiccionales los valoren desde distintas perspectivas jurídicas, y así se motive (SSTC 151/2001, de 2 de julio, FJ 4 °; 34/2003, de 25 de febrero, FJ 5; 109/2008, de 22 de septiembre, FJ. 3 y 192/2009, de 28 de septiembre).

Se considera, por la parte recurrente, que la donación de la vivienda conformaba una condición para contraer matrimonio y si se entendiera que se trata de un negocio jurídico de derecho de familia éstos requieren la observancia de los requisitos de todo contrato: consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC), que no se infrinja lo dispuesto en el art. 1255 CC (ley, moral y orden público), así como que se respeten las exigencias de forma ad solemnitatem para su validez y eficacia.

Pues bien, en este caso, admitiendo que el negocio disimulado, bajo la cobertura aparente de un contrato de compraventa, fuera querido por las partes litigantes, sería igualmente nulo por defecto de forma, según reiteradísima jurisprudencia fijada a partir de la sentencia del pleno de esta Sala de 11 de enero de 2007, en recurso 5281/1999, ratificada por otras ulteriores, por ejemplo, 828/2012, de 16 de enero de 2013, 683/2014, de 18 de noviembre; 187/2015, de 7 de abril y 578/2019, de 5 de noviembre, entre otras muchas, como recuerda la Audiencia Provincial.

En cualquier caso, la nulidad declarada, desde el punto de vista de la infracción de derecho material o sustantivo, no se cuestiona mediante el oportuno recurso de casación, al haberse interpuesto exclusivamente el extraordinario por infracción procesal.

TS

SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 2022

Roj: STS 456/2022 - ECLI:ES:TS:2022:456
Nº de Recurso: 4625/2018
Ponente: Ilma. Sra. D.ª Maria de los Ángeles Parra Lucán

La acción de resolución contractual por incumplimiento ante la falta de pago del precio ejercida el ex esposo, después del divorcio, contra el comprador (el hijo), exige que la ex esposa (que no quiere demandar) intervenga en el procedimiento y por ello se aprecia la falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Con cita de jurisprudencia de esta sala, la sentencia recurrida ha revocado la sentencia del juzgado y ha desestimado la demanda al apreciar falta de legitimación del demandante para solicitar él solo la resolución del contrato de compraventa.

Ciertamente, esta sala ha mantenido que la resolución del contrato de compraventa es un acto de disposición dirigido a recuperar la cosa vendida, por lo que es preciso que todos los vendedores manifiesten su voluntad de resolver el contrato o interpongan la demanda de resolución. La extinción del derecho que está en comunidad (el precio de la cosa vendida) y su sustitución por otro (la devolución de la cosa)

es una alteración que ha de ser consentida por todos los comuneros, sin que sea posible la actuación de uno solo sin el consentimiento de los demás (art. 397 CC), y sin que resulte aplicable por tanto la doctrina de la legitimación de uno solo en interés de los demás (sentencias de 28 de febrero de 1980, 6 de febrero de 1984, 371/1999, de 7 de mayo, 26/200, de 20 de enero, 967/2006, de 10 de octubre, y 1366/2007, de 28 de diciembre).

La jurisprudencia ha venido entendiendo también que, "como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda no puede ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa, que como tal carecería de un presupuesto preliminar a la consideración de fondo, pero basado en razones jurídico- materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria" (sentencia 623/2017, de 21 de noviembre, con cita de las sentencias 989/2007, de 3 octubre, 460/2012, de 13 julio, y 511/2015, de 22 septiembre).

2. Esta sala considera ajustada la apreciación de la insuficiente actuación de uno solo de los vendedores cuando se trata de pedir la resolución por incumplimiento, pero no comparte la solución de la Audiencia por cuanto, en atención a la situación de enfrentamiento existente entre los vendedores, la desestimación de la demanda crea una situación de vía muerta o bloqueo al vendedor demandante, ahora recurrente, que tendría que haberse salvado mediante la apreciación de litisconsorcio pasivo.

En efecto, la negativa a interponer la demanda de la persona que debiera hacerlo juntamente con otra, justificada porque nadie puede ser obligado a litigar, no puede sin embargo privar de tutela judicial a quien pretenda solicitar de los tribunales el reconocimiento de sus intereses legítimos (art. 24 CE).

Por esta razón, es preciso conciliar ambos intereses, los de quien quiere acudir a los tribunales para hacer valer sus intereses con los de quien se niega a hacerlo, pero cuya presencia en el proceso es imprescindible para alcanzar un pronunciamiento de fondo. Con este fin hay que admitir que, quien se oponga a interponer conjuntamente la demanda cuando su presencia en el proceso sea necesaria en atención a la relación jurídica debatida, debe ser traído al proceso como demandado a efectos de tener bien constituida la relación procesal. Solo de este modo podrá darse respuesta a quien ejerce sus derechos mediante el dictado de una sentencia en un procedimiento en el que todos los interesados directamente hayan tenido oportunidad de hacer valer sus derechos según les convenga.

En particular, tratándose de una resolución de la compraventa por falta de pago del precio por el comprador, es llano que solo este podrá ser condenado a restituir si se declara procedente la resolución. Obviamente, el vendedor que no quiere resolver no puede ser condenado a restituir, pero en la medida en que también es titular de la relación jurídica objeto del litigio no puede quedar al margen del procedimiento, pues con independencia de su signo la sentencia que se dicte le afectará de modo directo.

3. En el presente caso, el esposo realiza un requerimiento resolutorio extrajudicial en 2015, vigente la sociedad de gananciales, e igualmente interpone él solo la demanda resolutoria en 2016 después del divorcio y extinción de la sociedad de gananciales. El carácter dispositivo de la resolución contractual hubiera requerido el ejercicio conjunto por los cónyuges de la declaración (art. 1377 CC), o el ejercicio judicial de la acción por ambos (al menos si no hubo una previa declaración extrajudicial de los dos); exigencia semejante de actuación conjunta concurre tras la disolución del régimen de gananciales, de modo que tampoco uno de ellos podría resolver el contrato durante la vigencia de la comunidad postconsorcial (art. 397 CC).

Admitiendo lo anterior, es evidente que el demandante, como vendedor, tiene interés legítimo en hacer valer la resolución del contrato de compraventa si no se ha pagado el precio; en atención a las circunstancias del caso, la consiguiente restitución de la nave industrial comportaría su inclusión en el activo de la sociedad de gananciales. La situación de la exesposa, también vendedora, necesariamente se vería afectada de modo directo por la sentencia que se dicte, máxime en un caso en el que la defensa del hijo en su contestación a la demanda se basó en la presentación de unos recibos que acreditarían el pago y que, según dijo, habrían sido firmados por la madre.

En consecuencia, en atención a las circunstancias concurrentes, dado el objeto de la demanda y la relación jurídica sobre la que se debate, con el fin de garantizar la tutela de todos los intereses en juego, la sala considera que a efecto de tener bien constituida la relación procesal, la otra vendedora debe estar necesariamente en el proceso como parte pasiva con el fin de obtener un pronunciamiento judicial que resulta inescindible.

TS

SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2022

Roj: STS 608/2022 - ECLI:ES:TS:2022:608
Nº de Recurso: 6001/2018
Ponente: Ilma. Sra. D.ª María de los Ángeles Parra Lucán

No existió un contrato de alimentos sino que la verdadera intención de los otorgantes del contrato litigioso fue que un hijo, con quien sin duda el padre tenía una especial relación personal y de afecto, recibiera sus bienes sin estar sometido a los límites propios del derecho de sucesiones y, en consecuencia, sin respetar el derecho de los demás legitimarios. No se aprecia la situación de necesidad y cuidado que, aun en sentido amplio, requiere el contrato de alimentos, ni se ve la razón por la que, de haber sido precisa, no hubiera sido prestada por todos los hijos, con los que dice la propia Audiencia que el padre se llevaba bien.

1. Conforme al art. 1791 CC, "por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos". Se configura así legalmente un contrato consensual, sinalagmático, oneroso y aleatorio.

De la regulación legal del contrato de alimentos resulta el carácter recíproco de las obligaciones de las partes. En el caso, la transmisión de bienes por el cedente se hizo en el mismo momento del otorgamiento y el cesionario quedaba obligado también a partir de ese momento a "cuidar y asistir hasta su fallecimiento al cedente; sufragar los importes de alimentación, vestido y calzado, y servicio médico-farmacéutico de la cedente, conforme a su posición social", con la precisión de que esas prestaciones se debían realizar en el domicilio del cedente. Igualmente se recogía en el contrato la facultad de resolver por incumplimiento.

El carácter oneroso del contrato de alimentos, que lo distingue de la donación, requiere que la contraprestación a la que se obliga el cesionario se conciba por las partes como contraprestación o correspectivo de la cesión de bienes, e impide a los herederos forzosos del cedente invocar la vulneración o el fraude de sus derechos.

El contenido de la prestación del cesionario, de acuerdo con lo pactado en cada caso, enlaza con el fundamento del contrato de alimentos, que no es otro que cubrir las necesidades, no necesariamente económicas, del cedente de los bienes (de "vivienda, manutención y asistencia de todo tipo" habla el art. 1791 CC).

En este sentido, en la exposición de motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que consagró legalmente el contrato de vitalicio o cesión de bienes a cambio de alimentos en los arts. 1791 a 1797 CC, se puede leer: "... se introduce dentro del título XII del libro IV del Código Civil, dedicado a los contratos aleatorios, una regulación sucinta pero suficiente de los alimentos convencionales, es decir, de la obligación alimenticia surgida del pacto y no de la ley, a diferencia de los alimentos entre parientes regulados por los artículos 142 y siguientes de dicho cuerpo legal. La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista".

De allí que, dada la función típica asistencial del contrato, deba atenderse no solo a la situación de necesidad económica o la insuficiencia de recursos para subsistir, características de las obligaciones legales de alimentos, sino de una manera más amplia a la necesidad de recibir cuidados y atenciones personales (materiales, afectivas y morales). Este posible contenido personal y asistencial del contrato de alimentos debe ser tenido en cuenta a la hora de ponderar en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes, la existencia de una razonable proporción entre las prestaciones asistenciales asumidas por el alimentante y el valor de los bienes cedidos por el alimentista.

La situación de necesidad en el sentido amplio a la

que se acaba de hacer referencia, más allá de la estricta necesidad económica (aunque también pueda concurrir) es un presupuesto de la existencia del contrato de alimentos tal como está configurado legalmente.

Junto a ello, la requerida onerosidad del contrato no puede prescindir de la característica de la aleatoriedad con la que el legislador ha configurado típicamente este contrato, regulado dentro del título XII del libro IV del Código Civil, dedicado a los contratos aleatorios. El alcance de la prestación del cesionario alimentante está en función del incierto momento del fallecimiento del cedente alimentista y de sus necesidades, pero sin aleatoriedad (lo que estará en función, en cada caso, de datos como la edad o estado de salud del cedente) falta un de los elementos esenciales del contrato de alimentos.

2. Aplicando las consideraciones anteriores al caso que juzgamos, debemos concluir que la Audiencia no ha valorado correctamente las circunstancias concurrentes en el caso y que, puestas en relación de manera conjunta, conducen a entender que no existió un contrato de alimentos sino que la verdadera intención de los otorgantes del contrato litigioso fue que el demandado, con quien sin duda el padre tenía una especial relación personal y de afecto, recibiera sus bienes sin estar sometido a los límites propios del derecho de sucesiones y, en consecuencia, sin respetar el derecho de los demás legitimarios.

En su recurso de apelación el demandado no cuestionó los datos económicos en que se apoyó la sentencia del juzgado para apreciar la desproporción entre las prestaciones de las partes; se limitó a señalar que el carácter sinalagmático no puede calcularse por magnitudes meramente económicas y contables, dado el carácter afectivo que caracteriza a este contrato. La sentencia recurrida, por su parte, al argumento de que el padre confiaba en que el hijo respetase su voluntad de no llevarle a una residencia y le dejara seguir yendo a la empresa, añade que pudo no haber desproporción entre las prestaciones de las partes en atención al carácter aleatorio del contrato, dado que si el cedente hubiera visto agravado su estado de salud lo más probable es que el demandado hubiera tenido que destinar parte de los bienes recibidos del cedente para poder atenderle en su residencia.

Estos factores, sin embargo, a juicio de esta sala, no permiten apreciar, en una ponderada valoración de los compromisos asumidos, una contraprestación por parte del cesionario que justifique la cesión de todos los bienes por parte del padre. En atención a las circunstancias, no se exigía al hijo nada que no forme parte del contenido natural de la relación paterno filial y del respeto debido a los deseos de los padres acerca de cómo quieren desarrollar la etapa final de su vida. Ello por cuanto el padre tenía medios económicos para organizarla conforme a su voluntad sin necesidad de ceder todos sus bienes al hijo.

Consta que el contrato se otorgó el 12 de diciembre de 2013, cuando el padre contaba con ochenta y seis años y, con las lógicas limitaciones propias de su edad, vivió solo hasta que falleció el 10 de marzo de 2015, e incluso fue al lugar de trabajo hasta una semana antes de su fallecimiento. No se aprecia la situación de necesidad y cuidado que, aun en sentido amplio, requiere el contrato de alimentos, ni se ve la razón por la que, de haber sido precisa, no hubiera sido prestada por todos los hijos, con los que dice la propia Audiencia que el padre se llevaba bien.

Consta que el demandado estaba pendiente del padre, tanto en la empresa en la que trabajaban como en el aspecto personal (le acompañaba al médico, etc.). Ello explica muy razonablemente la inclinación del padre a favorecerle, pero no permite amparar jurídicamente que lo hiciera mediante un desplazamiento en bloque de todos sus bienes. Desplazamiento patrimonial que, como acertadamente razonó el juzgado, suponía transferir al hijo todos los bienes que pertenecían al padre. Por lo demás, en este caso, por todas las circunstancias concurrentes, el dato de que ya antes de la firma del contrato el demandado se ocupaba del padre (lo que por sí no excluiría en abstracto que el contrato pudiera ser de alimentos), sugiere una voluntad de gratificarle; al mismo tiempo, la voluntad de que recibiera los bienes para que siguiera cuidando al padre si surgían necesidades especiales, más que a una contraprestación apunta a la idea de carga; en todo caso, por tanto, dentro del ámbito de las atribuciones gratuitas, especiales si se quiere, pero sujetas a sus propias exigencias y limitaciones y no al régimen del contrato de alimentos.

En el caso son indicios que permiten concluir que no concurre la onerosidad requerida en el contrato de alimentos la desproporción absoluta entre las prestaciones de las partes atendiendo al valor de los bienes transmitidos y a las previsibles posibilidades de vida del cedente dada su edad frente a las escasas exigencias y compromisos asumidos por el cesionario. El hijo demandado ni asumió una obligación de contenido económico ni eran precisas atenciones de cuidado específicas del padre, y la eventual necesidad de que hubiera tenido que vender los mismos bienes recibidos del cedente para el caso de que hubiera sido preciso atender al padre no conforma la aleatoriedad característica del contrato de alimentos.

El hecho de que el padre, viudo desde 2008, no celebrara un contrato de alimentos con la hija que estuvo pendiente de él hasta que en 2012 falleció, y que en cambio sí lo hiciera en 2013 con el demandado,

mueve a pensar que lo que pretendía era favorecer y beneficiar a este hijo y no cubrir una necesidad asistencial. De la misma manera, en función de la situación del padre, el hijo tampoco asumía en virtud del contrato suscrito unas exigencias de cuidado y atención especiales más allá de las que ya venía desplegando como propias de la relación paterno filial.

En definitiva, en atención a la edad del cedente (que otorgó el contrato en la etapa final de su vida, superada la estadística de esperanza de vida), a la ausencia de necesidades asistenciales (pues contaba con una pensión, vivía solo en su propia casa y no precisaba especiales cuidados), a la importancia económica de los bienes cedidos y a la escasa exigencia de las obligaciones asumidas por el cesionario, debemos concluir que no se dan los presupuestos para entender que el contrato celebrado fuera de alimentos sino que, como entendió el juzgado, la voluntad de los otorgantes era que el hijo recibiera los bienes del padre sin estar sometido a los límites propios del derecho de sucesiones y, en consecuencia, sin respetar el derecho de los demás legitimarios.

Debemos reconocer en consecuencia la legitimación de la parte demandante para impugnar la validez del denominado contrato de alimentos celebrado entre este y su hijo Leonardo, dado el evidente interés legítimo que resulta de la ineficacia de la transmisión patrimonial basada en el contrato cuya nulidad se declara.

Cumple añadir que el debate litigioso se ha centrado en la existencia o inexistencia del contrato oneroso de alimentos y la parte demandada no ha interesado la declaración de validez de la cesión gratuita de los inmuebles, algo que por lo demás se enfrentaría a la doctrina consolidada de la sala que, desde la sentencia del pleno de 11 de enero de 2007 (rc. 5281/1999), exige para la validez de la donación que en la escritura conste de manera específica el animus donandi y la aceptación de la donación con el fin de dotar de la necesaria publicidad a los actos gratuitos y evitar el riesgo de fraude.

TS

SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2022

Roj: STS 696/2022 - ECLI:ES:TS:2022:696
Nº de Recurso: 1993/2021
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Las partes se encuentran vinculadas por el pacto alcanzado con respecto a la pensión compensatoria, en el que se acordó expresamente que fuera causa de extinción que la acreedora a la pensión contrajera nuevo matrimonio, situación que no concurre, siendo indiferente que tenga una relación con un tercero. En vez de quedar sometida la pensión a las causas legales de extinción de los arts. 100 y 101 del CC, las partes, en el ejercicio de la libre voluntad, decidieron qué causas concretas darían lugar a la extinción.

Pues bien, en el contexto expuesto, la recurrente sostiene que las partes se encuentran vinculadas por el concreto pacto alcanzado con respecto a la pensión compensatoria litigiosa, en el que se pactó, expresamente, que fuera causa de extinción que la acreedora a la pensión contrajera nuevo matrimonio; situación que no concurre, lo que conduce a que el recurso deba ser estimado.

En efecto, las partes son muy libres de convenir las reglas que rijan la prestación de la pensión compensatoria pactada. En el ejercicio de tales facultades, determinaron el concreto régimen de extinción de dicha pensión, en vez de quedar sometidas a las causas legales de los arts. 100 y 101 del CC, lo que, desde luego, no podían ignorar cuando, al suscribir el convenio, se hallaban debidamente asesoradas por sus respectivas abogadas, las cuales además lo suscribieron, conjuntamente, con los litigantes.

A más abundamiento, en la condición duodécima del convenio regulador, bajo el epígrafe "conformidad", acordaron que: "Y en prueba de conformidad lo pactan y convienen, por medio del presente documento, en el que después de leído se afirman y ratifican, queriendo dar a estos pactos toda la fuerza de obligar que en derecho sea necesaria, y efecto entre partes desde la firma del presente, firmándolo asistidos y en compañía de sus letrados", que se indican a continuación.

En definitiva, las partes decidieron determinar convencionalmente cuando la prestación del actor quedaba extinguida; es decir, cuando sobreviniera carencia de medios (trabajo o bienes) para hacer frente a la pensión, e igualmente en el caso de que D.ª Ángeles contrajera un nuevo matrimonio. Este acuerdo, al que le dieron carácter vinculante, es perfectamente válido, al entrar en el marco de las facultades dispositivas de las partes, y sin que plantearan cuestión alguna relativa a que su suscripción se llevara efecto bajo la concurrencia de un vicio en el consentimiento (arts. 1265 y siguientes del CC), de difícil apreciación, además, cuando los litigantes estaban debidamente asesorados por sus respectivas letradas.

Es obvio, que la relación entre D.ª Ángeles y D. Alfredo, sin convivencia en el mismo domicilio, sin proyección pública frente a tercero e incluso hijos de la demandada, con intención firme, desde el inicio de la relación, de trasladarse a Portugal, no encaja en la causa pactada de extinción de la pensión, con lo que el recurso debe ser estimado. Tampoco con el hecho alegado de posibilidades de la demandada de acceso al trabajo, cuando la demandada además cuenta con 52 años de edad y padece una lesión crónica en la espalda.

Por lo tanto, al no concurrir el supuesto que pactaron las partes para la extinción de la pensión, el recurso debe ser estimado, con lo que carece de interés legítimo entrar en el análisis del segundo de los motivos interpuestos, relativo a la interpretación indebida del art. 101 del CC, que contempla como supuesto normativo de extinción de la pensión compensatoria vivir maritalmente con otra persona.

TS

SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2022

Roj: STS 694/2022 - ECLI:ES:TS:2022:694
Nº de Recurso: 4057/2021
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

No concurre causa alguna para descartar la custodia compartida cuando se ha desarrollado con normalidad durante año y medio sin que conste divergencia en su desarrollo.

A la vista de esta doctrina debemos entender que se yerra en la sentencia recurrida -cuando se niega sobre la base de un razonamiento equivocado, cual es que los menores se encontraban bajo la custodia de la madre y que no convenía alterar esa situación estable, lo que constituía la ratio decidendi (razón de decidir) de la sentencia de apelación- al negar el sistema de custodia compartida, concurriendo un manifiesto interés casacional en el recurso interpuesto, en cuanto la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial.

De lo actuado se deduce que:

1.- Los menores nacieron el NUM002 -2009 y NUM003 -2015.

2.- Por auto de 31 de julio de 2019 se acordó el reparto igualitario por semanas alternas.

3.- La sentencia de primera instancia acordó el sistema de custodia compartida.

4.- Desde el auto de 31 de julio de 2019, al menos, hasta la sentencia de apelación de 9 de diciembre de 2020, los menores han gozado de un sistema de custodia compartida, sin que conste conflicto alguno.

5.- La madre reside en una vivienda arrendada y el padre es titular en propiedad de una vivienda, ambas próximas entre sí y con el colegio. Ambos progenitores tienen trabajo.

6.- El menor con discapacidad, que se graduó en un 34%, mantiene un alto rendimiento físico e in-

telectual.

De estos datos se infiere que no concurre causa alguna para eludir la custodia compartida, al haberse desarrollado con normalidad durante año y medio, sin que conste divergencia en su desarrollo.

Por otro lado, no consta causa alguna que acredite la falta de capacidad de alguno de los progenitores (sentencia 458/2019, de 18 de julio) razones por las cuales, de acuerdo con los art. 92 del C. Civil y art. 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, procede casar la sentencia recurrida y asumiendo la instancia se confirma íntegramente la sentencia de 8 de noviembre de 2019 (procedimiento 475/2018) del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de ....

TS

SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2022

Roj: STS 627/2022 - ECLI:ES:TS:2022:627
Nº de Recurso: 277/2019
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª de los Ángeles Parra Lucán

Que la esposa ingresase el talón recibido por vía de donación de su madre en una cuenta común, e incluso que se haya comprometido a entregar al esposo la mitad del valor de tasación de la vivienda para hacerla suya, no impide la aplicación de la doctrina jurisprudencial en relación al derecho de reembolso aunque no se hiciese reserva en su momento.

De acuerdo con esta jurisprudencia reiterada de la sala:

i) El derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y la financiación de un bien ganancial procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición.

ii) La atribución del carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y debe reembolsarse el valor satisfecho a costa del caudal propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación, si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3.ª CC).

iii) En el caso de que se emplee dinero privativo para pagar la deuda contraída para la adquisición del bien ganancial, nace un derecho crédito del cónyuge titular del dinero, que se integra en el pasivo de la sociedad ganancial, por el importe actualizado de las cantidades satisfechas con tal fin (art. 1398.3.ª CC y sentencia 498/2017, de 13 de septiembre).

iv) El mero hecho de ingreso de dinero privativo en una cuenta común no lo convierte en ganancial. En consecuencia, si se emplea para hacer frente a necesidades y cargas de la familia o para la adquisición de bienes a los que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyen carácter ganancial, surge un derecho de reembolso a favor de su titular, aunque no hiciera reserva de ese derecho en el momento del ingreso del dinero en la cuenta (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre; 78/2020, de 4 de febrero; 216/2020, de 1 de junio y 637/2021, de 27 de septiembre).

v) Con carácter general, es doctrina de la sala que los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, por lo que habrá de estarse a las relaciones internas entre los titulares y, más concretamente, a la originaria procedencia del dinero que nutre la cuenta, todo ello con la finalidad de catalogar el carácter dominical de los fondos. El cotitular, que sostenga el ánimo liberalidad, deberá probarlo cumplidamente. De esta manera, nos hemos pronunciado en las sentencias 454/2021, de 28 de junio; 534/2018, de 28 de septiembre, 83/2013, de 15 de febrero, y 1090/1995, de 19 de diciembre, con cita de otras.

vi) En conclusión, en las relaciones entre cónyuges, aunque estén sometidos al régimen de gananciales, no se presume que el dinero privativo se aporta como ganancial (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre, y 591/2020, de 11 de noviembre, con cita de otras anteriores).

Decisión de la sala. Estimación del recurso

En el caso, debemos partir, porque es aceptado por las dos partes, del carácter ganancial de la vivienda (lo que además explica que para atribuírsela en exclusiva la esposa se haya comprometido a pagar una cantidad al esposo). La sentencia recurrida, sin negar lo establecido por el juzgado acerca de que se empleó el dinero que la madre donó a la esposa en pagar la vivienda, niega el reembolso por dos razones que son contrarias a la doctrina de la sala: que no hizo reserva o advertencia sobre el carácter privativo del dinero y que lo ingresó en una cuenta a nombre de los dos.

Al ser contrario el criterio de la sentencia recurrida a la doctrina de la sala debemos estimar el recurso de casación y al asumir la instancia declarar que procede reconocer un crédito en el pasivo de la sociedad a favor de la recurrente por el importe actualizado de 18.000 euros.

TS

SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 2022

Roj: STS 675/2022 - ECLI:ES:TS:2022:675
Nº de Recurso: 3250/2021
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

No habiéndose fijado pensión alimenticia en la Sentencia de divorcio dictada por el Juzgado, la pensión que se estableció en la Sentencia de la Audiencia Provincial, al fijarse por primera vez, tendrá efectos retroactivos desde la fecha de interposición de la demanda.

La sentencia de esta sala 371/2018, de 19 de junio, declaró:

"En primer lugar, la sentencia que cita de esta sala no decide la cuestión procesal sobre si esta retroactividad se debe solicitar expresamente en la demanda o si se puede conceder de oficio, sin vulnerar el principio de congruencia, porque da por supuesto que existe una previsión legal al respecto, como la del artículo 148 del CC, que no admite excepciones, como señalaba la sentencia 487/2016, de 14 de julio, y que además debe ser aplicada con indudable rigor a favor de los hijos menores de edad.

"En segundo lugar, estamos ante unos alimentos que se fijan en beneficio e interés de los menores afectados por el divorcio de sus padres, sin estar sometidas a la justicia rogada, hasta el punto de que el párrafo primero del art. 93 CC contempla un derecho incondicional, que debe ser sancionado incluso de oficio ("El Juez en todo caso...")".

La misma sentencia de esta sala 371/2018, declaró en torno a la eficacia retroactiva del pronunciamiento de alimentos: "Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía (...).

"-En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual "(d)debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda". Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.

"-En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, Rec. n.° 1088/2013, que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anterior-

mente". Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente".

A la vista de la referida doctrina debemos declarar que no es necesario que la parte fije el dies a quo de la pensión alimenticia, pues de acuerdo con el art. 148 del C. Civil, se habrá de fijar desde la interposición de la demanda, cuando, como en este caso, es la primera vez que se determina, unido ello a que de acuerdo con el art. 93 del C. Civil, el juez determinará la pensión alimenticia a los menores "en todo caso", lo cual significa, que no está condicionado a la petición de las partes.

En conclusión, debe estimarse el recurso de casación y asumiendo la instancia, casamos parcialmente la sentencia recurrida, en el sentido de establecer que la pensión alimenticia se abonará desde la fecha de interposición de la demanda.

SENTENCIAS COMENTADAS

Ejercicio conjunto de la patria potestad

AP MADRID, SEC. 31.ª, SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2022

El hecho de que el padre resida en Reino Unido y la madre en España, en atención a las redes sociales y medios telemáticos de que disponen ambos, no supone de por sí, un obstáculo o disfunción para el ejercicio compartido de la patria potestad, por lo que se desestima la demanda en la que la madre solicitaba que se le atribuya a ella el ejercicio exclusivo.

Tras la sentencia de 24 de enero de 2018, donde se fija la medida que ahora se pretende modificar por la madre, en concreto el ejercicio compartido de la responsabilidad parental por ambos progenitores, se produce un cambio provisional consistente en que el padre por razones de estudio se traslada a Reino Unido, en concreto ese cambio se produce a principio de 2019. Pero ese cambio de residencia, y pese a las alegaciones de la parte apelante/la madre, no se ha acreditado que haya conllevado una disfunción en ese ejercicio compartido de la responsabilidad parental, pues ha quedado probado que:

a) Desde enero de 2019, el padre ha venido en 4 o 5 veces a España para estar con su hija

b) Nunca se ha negado a prestar el consentimiento que le ha pedido al padre, para cualquier actuación relacionada con la hija común. En la mayoría de los casos, como reconoce Rocío en la vista, lo presta el mismo día, y en ocasiones puntuales tarda algo; lo que entra en contradicción con la alegación recogida al final del segundo párrafo de su página 3 del recurso, donde dice "...y desde siempre ha topado con la absoluta negativa del otro progenitor,... a prestar su consentimiento para la realización de dichas clases y por supuesto su abono "

c) Ha prestado el consentimiento para el tratamiento psicológico que recibe la menor, y para que acuda a clases de apoyo. Y de hecho, está al corriente de la evolución de ese tratamiento psicológico.

d) Existe comunicación telemática fluida entre el padre y la hija, y entre ambos progenitores para obtener esos consentimientos.

e) Si bien puede haber algún impago de prestaciones económicas que ha generado un proceso de ejecución que está en trámite; la madre admite en la vista celebrada el 18/10/21 que desde hace año y pico, el padre paga puntualmente los alimentos y demás gastos.

f) El hecho de que el padre resida en Reino Unido y la madre en España, en atención a las redes sociales y medios telemáticos de que disponen ambos, no supone de por sí, un obstáculo o disfunción para ese ejercicio compartido de la patria potestad

Por todo ello, debe coincidir este tribunal con la decisión de la juzgadora de Instancia, de que no existe causa objetiva que justifique que se prive al padre de ese ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, respecto de su hija Adelina de 9 años, al haber nacido el NUM000 /2021; lo que nos lleva a desestimar el recurso.

Ejercicio conjunto de la patria potestad

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, AUTO DE 4 DE FEBRERO DE 2022

La publicación de imágenes de la menor, en cualquier red o sistema de comunicación, debe contar con el previo consentimiento del otro progenitor. Solo así se garantiza el ejercicio conjunto de la función de garantía del menor que constituye la patria potestad. Además, tal consentimiento expreso puede revocarse en cualquier momento, circunstancia que obligará a retirar las imágenes.

D.ª Violeta interpuso solicitud para la intervención judicial por discrepancia en el ejercicio de la patria potestad respecto de su hija Carlota, nacido el NUM000 de 2015, pues entendía que el padre no debiera publicar en redes sociales fotos con la misma, solicitando: "se exija la retirada de todas las publicaciones realizadas por el demandado, D. Camilo en las redes sociales, bien por sí mismo, bien por terceras personas, en las que aparezca la hija menor común Carlota que han sido realizadas sin el permiso expreso de la madre de ésta y que se abstenga de subir fotografías en las que aparezca su hija menor, bien por sí mismo, bien a través de terceras personas, así como al pago de los honorarios de letrado y procurador de la Sra. Violeta".

Admitida a trámite la solicitud, compareció D. Camilo y se opuso, alegando que el escaso número de fotografías y que la propia demandante había publicado en su perfil de mensajería instantánea una fotografía de la menor, interviniendo también el Ministerio Fiscal.

Finalizados los oportunos trámites, el auto recurrido resuelve la controversia disponiendo la obligación del padre de retirar las fotografías que ha publicado en redes sociales.

Frente a tal decisión se alza la madre, por los motivos que se han resumido en §2. Al recurso se opuesto el padre, que no se persona en esta instancia, y el Ministerio Fiscal.

...Constatándose una evidente diferencia, puesto que cada progenitor ha publicado fotos en redes o en su perfil de mensajería instantánea de la menor, hay que resolver cómo debe procederse en situaciones como la de autos. Tales situaciones son cada vez más frecuentes, puesto que los usos sociales propician la publicación de imágenes que, cuando afectan a menores, exigen el consentimiento e intervención paterno-filial. Ante la discrepancia al respecto, sí es útil el procedimiento del art. 156 CCv.

De la publicación de imágenes de un menor de edad

La publicación de imágenes de un menor no es inocua. Tiene relevancia, en cuanto afecta a derechos de relevancia constitucional, como la integridad moral a la que alude el art. 15 de la Constitución (CE), y el de la intimidad personal o familiar y la propia imagen (art. 18 CE). Normalmente serán los progenitores de un menor de edad quienes, ejercitando conjuntamente la patria potestad, garantizan tales derechos. En situaciones de crisis familiar tal acuerdo también es exigible, pues salvo privación de la patria potestad de alguno de los progenitores, lo habitual es el ejercicio consensuado de esta potestad.

La patria potestad, según el Código Civil, constituye una función que integra un conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, que pretenden garantizar el cumplimiento de los deberes que incumben a los progenitores respecto de sus hijos menores o incapaces. Es decir, en interés de los mismos, como insiste la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es interés de los menores que su imagen pública, su integridad moral y su imagen, queden preservados y se empleen con responsabilidad.

Dijo la STS 720/2002, de 9 julio, rec. 482/1997, que la patria potestad se configura como " derecho inherente de la paternidad y maternidad ", pero como función en la que prepondera el interés de los menores (STS 510/1987, de 23 julio, 30 abril 1991). Añade también la STS 24 abril 2000 que "La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Cons-

titución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (art. 2)". Por tanto, la decisión que se adopte respecto del uso de la imagen del menor debe estar a su servicio, y no al interés de los progenitores.

La publicación de imágenes puede tener utilidad social, porque no puede desconocerse que un uso ponderado de las redes sociales, o de los sistemas de mensajería instantánea, facilita las relaciones familiares con los parientes, o la integración en grupos de amistad, deportivos, educativos o de cualquier otra índole. Como indican las STS 91/2017, de 15 febrero y 697/2019, de 19 de diciembre, quien usa cuenta abierta en una red social en Internet tiene por finalidad la comunicación con terceros, y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular. Usar correcta y prudentemente este tipo de comunicación social puede resultar positivo para los menores.

Pero también puede causar perjuicios, en tanto afecta los derechos fundamentales de personas especialmente vulnerables, como los menores de edad. Además, no se desconoce, como argumenta el recurso, que no es semejante la situación en el caso de redes de uso público, como Facebook, Instagram, Twitter o cualquiera de las que cumplen funciones similares, que las de carácter privado, como los sistemas de mensajería instantánea tipo WhatsApp, Telegram y parecidos. Además, el uso de redes públicas puede restringirse, limitando la accesibilidad a personas allegadas o grupos de personas específicos.

Pero que el grado de exposición sea mayor o menor no impide constatar que la imagen pública de un menor es responsabilidad de ambos progenitores, cuando tienen atribuido el uso conjunto de la patria potestad. Esa exhibición, que afecta a los derechos fundamentales citados, no puede realizarse de manera unilateral sólo por la madre o padre, sino que debe regularse conjuntamente, de mutuo acuerdo, disponiendo prevenciones a las que ambos se comprometen.

La discrepancia surge, en este caso, por la falta de consentimiento muto en la publicación de imágenes. Por ello hay que decir que basta una solicitud para que pueda realizarse, si se consiente de modo expreso. E igualmente, basta con que se retire tal autorización para que deba evitarse, inmediatamente, que continúen publicadas imágenes que uno de los progenitores entiende pueden afectar a la integridad moral, intimidad personal del menor, su intimidad familiar o su propia imagen. En esta materia, por tanto, es preciso acuerdo y consentimiento mutuo para que pueda disponerse de la imagen del menor, sin perjuicio de su autonomía una vez alcanzado cierto nivel de madurez, que los progenitores reconocen cuando facilitan voluntariamente el acceso a redes o mensajería a través de toda clase de dispositivos electrónicos.

Es evidente que en este caso no hay tal consenso. Ni la madre ha permitido al padre que se publique su imagen con la hija menor en Facebook, de forma pública, ni el padre consintió otro tanto en el perfil de WhatsApp de la madre. No son exposiciones comparables, como señala el recurso, y aunque en ambos casos suponen una utilización de la imagen de la menor, el carácter público del acceso de la red social obligaba a obtener previo consentimiento del otro progenitor.

La resolución que cabe adoptar es que la publicación de imágenes de la menor, en cualquier red o sistema de comunicación, debe contar con el previo consentimiento del otro progenitor. Sólo así se garantiza el ejercicio conjunto de la función de garantía del menor que constituye la patria potestad. Además, tal consentimiento expreso puede revocarse en cualquier momento, circunstancia que obligará a retirar las imágenes, pues de lo contrario surgiría título ejecutivo para exigirlo en ejecución de sentencia.

Se concluye, por tanto, que el uso de la imagen de la menor habrá de estar sometido a tales limitaciones. En este caso la madre, con absoluta claridad, ha rechazado otorgar autorización para que el padre publique en Facebook fotografías en que aparezca la hija común, lo que supone estimar el recurso, y ordenar, además de lo que recogía la parte dispositiva del auto apelado, el requerimiento al padre para las retire, sin que haya motivo para revocar el pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia.

Cambio de custodia materna por paterna

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 2022

Se respeta el deseo del hijo de 13 años y se acuerda modificar la custodia materna por la paterna, aunque ello implique separar a los hermanos, si bien hay que tener en cuenta que la hermana en unos meses cumplirá los 18 años, e irá a la universidad, momento en el que los hermanos también dejarían de convivir juntos, pese a lo cual la relación y afecto entre los mismos podrá seguir manteniéndose haciendo coincidir las visitas y estancias de una con las del otro.

En el presente caso, Jesús Luis ha manifestado -en diligencia de exploración judicial- su deseo de vivir con su padre de forma clara y terminante, voluntad o anhelo que ya puso de manifiesto en el anterior procedimiento de modificación de medidas n.º… y que, de facto, ya se ha llevado a cabo al convivir con su padre desde agosto de 2021, sin que ello suponga o implique que la progenitora no haya ejercido adecuadamente la guarda y custodia, o no haya reportado la suficiente estabilidad, cuidados y buena formación al menor. No es esta la causa o razón. El deseo del menor obedece a la firme decisión de pasar más tiempo con su padre, con el que mantiene muy buenas relaciones; no se trata pues, de un mero capricho, sino de una voluntad firme que se ha manifestado y mantenido a lo largo del tiempo, como así vino a reconocer la propia progenitora.

No se trata, ciertamente, de que la voluntad expresada por el menor deba decidir en todo caso el régimen de guarda y custodia, pues es obvio -como refiere la demandada apelante- que en ocasiones el deseo y opinión del menor puede no coincidir con la prioritaria y adecuada protección de su interés, existiendo situaciones en las que se percibe que la voluntad del menor está claramente condicionada por presiones psicológicas que ejerce uno de los progenitores, o por una interesada inclinación a preferir ambientes relajados, situaciones estas en las que se debe relegar el deseo y voluntad del menor en atención al principio básico de su especial protección y superior interés. No es este el caso. Jesús Luis, con 13 años de edad, ha venido manteniendo en el tiempo un firme deseo de vivir con su padre, explicando, desde la perspectiva de un adolescente, que la convivencia con su padre es más sencilla al ser este más flexible aunque “con horarios”, por lo que la actitud y el comportamiento hacia la madre no es fruto de espurias influencias por parte del padre, sino de una voluntad propia y decidida, como así vino a admitir indirectamente la demandada apelante al reconocer que las discusiones con su hijo se habían incrementado en los últimos meses como consecuencia del deseo de este de irse con su padre.

Comprender lo que verdaderamente desean los menores cuando son adolescentes, y determinar lo más conveniente para ellos y para su desarrollo personal, emocional y evolutivo, puede conseguirse, ciertamente, con el apoyo y auxilio de técnicos y peritos en la materia, pero esto no significa que un Tribunal, sus miembros (que además de jueces muchas veces también son padres), no sepan interpretar lo manifestado y expresado por un adolescente, y lo que es más importante, valorar si lo que dicen y como lo dicen responde a su propia voluntad o a posibles manipulaciones, reiterando de nuevo que en el supuesto que nos ocupa lo manifestado por Jesús Luis responde a un deseo propio que es expresado a su manera de forma espontánea.

En esta tesitura, este tribunal entiende que el deseo de Jesús Luis debe ser acogido, pues acomodar su situación personal a lo que razonablemente quiere y manifiesta incide en su propia estabilidad y desarrollo adecuado, tanto emocional como psicológico.

Finalmente, de todas las circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer un régimen de guarda y custodia de los menores, una de ellas es, ciertamente, la existencia de hermanos, supeditando el problema el propio Código Civil al respeto al interés superior de los menores.

La regla general es no separar a los hermanos (artículo 92.10 Código Civil) para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos, si bien pueden separarse en caso imprescindible, cuando sea lo más beneficioso para los mismos como marco de convivencia adecuado para su desarrollo integral (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2015). Esto es lo que aquí sucede por las razones expuestas. Además, Susana tiene ya 17 años y en julio cumplirá los 18, yéndose a la universidad, momento en el que los hermanos también dejarían de convivir juntos, pese a lo cual la relación y afecto entre los mismos podrá seguir manteniéndose haciendo coincidir las visitas y estancias de una con las del otro.

Cambio de custodia compartida por custodia paterna

AP MADRID, SEC. 31.ª, SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2022

El rechazo del hijo de 15 años a la nueva pareja de su madre, y la convivencia ininterrumpida del hijo con el padre llevan a dejar sin efecto la custodia compartida acordándose la custodia paterna.

Por la representación procesal de D. Argimiro, se formula recurso de apelación frente a la sentencia de 22 de diciembre de 2021, dictada en procedimiento de modificación de medidas nº 403/2019, tramitado en el juzgado de 1ª Instancia nº 2 de..., que desestimó su demanda, en la que solicitaba pasar a una custodia monoparental paterna respecto del hijo común Emiliano, de 15 años al haber nacido el NUM000 /2006, con las demás medidas inherentes a dicho cambio; y todo ello al entender la juzgadora de Instancia que la voluntad del menor, no fue manifestada de forma clara y contundente, en tal sentido y el resto de pruebas no corroboran la necesidad y conveniencia de dicho cambio. En su recurso, D Argimiro, vuelve a insistir en que el menor, Emiliano, sigue viviendo de forma ininterrumpida con él, que su voluntad sigue siendo que sea el padre quien ostente su guarda y custodia y por ello pide que se revoque la sentencia apelada y se estime su demanda. Por la representación procesal de Dª Julia, se opone al recurso y pide que se confirme la sentencia recurrida en sus propios términos.

… Si bien es cierto, tal y como alega la juzgadora de instancia, que la voluntad del menor expresada en la exploración realizada al efecto, no es prueba y no puede ser el único elemento a valorar para ver si procede o no la modificación solicitada; también es cierto que dicha opinión, en base a la edad y madurez del hijo/a si es un dato fundamental a la hora de adoptar la decisión oportuna. STS 12/5/17, que deniega la custodia compartida, en atención a la edad de los hijos, próximo a ser mayores de edad y al contenido del informe psicosocial. Pero no es vinculante, pues predomina sobre su opinión su interés/beneficio a determinar mediante una valoración conjunta de todas las pruebas. Sentencia de fecha 9 de enero de 2014 del TSJ de Catalunya

En este caso, es relevante que:

a) Cuando se hace la exploración de Emiliano, en 1ª Instancia, tenía 14 años y ya manifestó su decisión de que quería vivir con su padre, y mantener comunicaciones periódicas con su madre; dejando entrever por tanto que es su voluntad que el padre sea quien ostente su custodia.

b) Consta acreditado, que pese a estar en vigor un régimen de custodia compartida, por semanas alternas, desde la sentencia de 29/1/2016; lo cierto es que Emiliano lleva viviendo de forma ininterrumpida con el padre desde principios de 2019. Existiendo ya en ese año un claro rechazo hacia la madre y su novio, por parte de Emiliano, según se ve en el informe de la psicóloga Dª Gregoria (folios 138/139), que según declaró en la vista no vio en el padre, en las sesiones que llevo a cabo con el menor y ambos progenitores, rasgos negativos que haya podido generar ese alejamiento de Emiliano respecto de su madre. Por lo tanto, este tribunal entiende que tácitamente la madre esta consintiendo esa convivencia exclusiva del hijo con el padre, dado el tiempo transcurrido con

esa situación fáctica, más de dos años.

c) Según reconoce la propia Julia, se interpuso por ella era principios de 2021, una demanda ejecutiva a fin de que se cumpliese dicho régimen de custodia; demanda a la que se opuso el padre, siendo estimada la misma, al ser evidente la decisión y voluntad del menor de no llevar a cabo la custodia compartida; dejando sin efecto la ejecución despachada en su día por auto de 11/11/21, cuando Emiliano ya tenía 15 años. Resolución, que la madre decidió no apelar.

d) No consta que durante estos años, en que Emiliano convive con su padre, se haya visto alterada o menoscabada su relación con su hermano menor (Juan Luis de 9 años al haber nacido el NUM001 /2012) y su madre, que todo lo contrario parece más bien que ha mejorado, según dice la propia apelante. Es decir, sí se produce una separación de los hermanos, si bien en función de la diferencia de edad, y la forma en que vienen relacionándose, entendemos que este nuevo régimen de custodia no ha afectado negativamente ni perjudica los lazos y unión entre ambos.

Por lo tanto, y a la vista de estos antecedentes, entendemos que si ha habido un cambio cierto en la vida del menor, a la que no puede ser ajeno este tribunal, que debe en interés del menor estimar el recurso y establecer, desde esta sentencia, un régimen de custodia paterna exclusiva; pudiéndose comunicar libremente el menor, dada su edad y madurez, con su madre en la forma que ambos acuerden, respetando en todo momento sus horarios de estudio y descanso; y a falta de acuerdo el hijo estará con su madre fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el lunes por la mañana en que ira a dicho centro, así como el mismo régimen de vacaciones, de Navidad - Semana Santa y verano- que venía rigiendo entre ellos hasta ahora.

Es inviable la custodia compartida

AP BADAJOZ, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 2022

El padre estuvo casi dos años sin ver a sus hijas al ser retenidas por la madre, y a su vez, esta progenitora ha pasado otros dos años sin relacionarse con ellas a raíz del delito consumado de sustracción de menores. El conflicto interparental continúa polarizado, sin evidenciarse posibilidades a corto plazo de recuperar un diálogo suficiente que permita una atención compartida de la crianza, pues siendo verdad que, últimamente, ha existido un cambio cierto como consecuencia de la reanudación de las visitas, no hay base para modificar la custodia.

Segundo y tercer motivo: impugnación de la atribución de la guarda y custodia de las menores a favor del señor Roque y, subsidiariamente, fijación de un régimen de visitas amplio.

Con carácter principal, María Inés propugna la implantación de una custodia compartida. Si no fuera así, interesa la ampliación de las visitas.

Empieza combatiendo los tres informes sobre los que la sentencia de instancia apoya el mantenimiento de la guarda que ejerce el padre sobre las hijas. Se trata de los informes de 11 de julio de 2018 y 19 de diciembre de 2019 de la trabajadora social doña Melisa y el de la psicóloga del Instituto de Medicina Legal, doña Natividad, emitido el 18 de julio de 2019.

Denuncia que las niñas llevan más de dos años sin saber nada de su madre y de los abuelos con los que se criaron. Dice que el padre impide incluso las conversaciones telefónicas. Recuerda que las niñas fueron bruscamente arrancadas de los brazos de su madre y que el señor Roque se las llevó a DIRECCION000. Hace ver que la única conclusión de los informes es que las menores están bien adaptadas.

Doña María Inés reprocha haber sido explorada solo una vez, en un informe de julio de 2018. Reseña que en el dictamen de 2019 no fue examinada. Llama la atención, además, sobre el carácter contradictorio de las conclusiones de unos y otros informes. En síntesis, formula las siguientes objecciones: i) el informe de la trabajadora social de diciembre de 2019

carece de rigor técnico; ii) ese informe, sin ningún tipo de contraste, asume como ciertas las manifestaciones del progenitor custodio; iii) la trabajadora social no recabó ningún tipo de informe profesional, ni testimonios de terceras personas; iv) los distintos dictámenes emitidos son contradictorios; v) los propios informes dejan entrever que el señor Roque transmite a sus hijas la mala conducta de su madre, generando así un conflicto de lealtades; vi) es evidente la manipulación que el señor Roque ejerce sobre las niñas; vii) en el segundo informe se da por sentada la ruptura del vínculo con la madre, sin entrar a valorar las nefastas consecuencias de dicha ruptura; viii) que la exploración de las hijas se hizo en 2018, cuando solo tenían 3 y 5 años, de modo que el informe está desfasado; ix) que el régimen de custodia debe basarse en informes actualizados; x) se critica también el dictamen de la psicóloga por una supuesta carencia de rigor metodológico; xi) se insiste en que el progenitor custodio no puede ser un buen padre cuando resulta que impide la comunicación de las niñas con la familia materna; xii) se echan en falta pruebas psicométricas; xiii) no basta, se dice, con realizar una simple entrevista de corta duración; xiv) dicha pericial no resiste la contra pericial aportada por la recurrente, practicada por la psicóloga Tamara; y xv) se insiste en que doña María Inés tiene capacidades suficientes para el ejercicio de la custodia.

En fin, con carácter principal, la recurrente propugna una custodia compartida por semanas alternas.

…El delito de sustracción de menores y su repercusión en las futuras estancias.

El art. 225 bis del Código Penal castiga al progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor.

Este delito afecta de forma directa y grave a bienes jurídicos de máxima raigambre constitucional, como son los derechos del menor a su estabilidad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a su vida privada y familiar. Derechos que, sobre todo en las primeras etapas de la vida, están especialmente protegidos por la gran importancia que tiene el mantenimiento de su relación con ambos progenitores. En circunstancias normales, los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres o tutores. El desarrollo de su personalidad depende mucho de ello. Estas relaciones ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención constantes. Mediante estas relaciones los niños construyen su identidad personal y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. De esta forma los padres son normalmente el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos.

El artículo 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si es contrario a sus intereses.

Asimismo, el artículo 9 de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el de 20 de noviembre de 1989 establece que los Estados respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Demás está decir que el delito de sustracción parental es un delito grave. Como ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los comportamientos de los progenitores que de manera arbitraria sustraen a sus hijos, privándoles de la relación parental con el otro progenitor, no solo comportan una lesión del derecho de este al contacto con el o la menor, sino también una lesión del derecho del o la menor a su vida privada y familiar (entre otras muchas sentencias, caso Luzi c. Italia de 5 de diciembre de 2019).

Ahora bien, ni el delito de sustracción de menores, ni la pena aparejada de privación de la patria potestad, comportan necesariamente que el progenitor condenado se vea privado del contacto con sus hijos. El art. 160.1 CC establece que los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa.

En este supuesto, no podemos perder de vista los acontecimientos ocurridos, incluida una sentencia firme condenatoria, pero esos acontecimientos no pueden condicionar para siempre las relaciones familiares futuras.

El interés superior del menor prevalece por encima de todo. Las medidas judiciales que se acuerden deben adoptarse teniendo en cuenta dicho interés. Así lo dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño. El art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, fija los criterios generales a los solos efectos de interpretar y aplicar en cada caso dicho interés.

En principio, ese interés exige que el menor siga conviviendo con sus progenitores. Salvo causas muy justificadas, no se puede privar al hijo de ese derecho.

La citada Convención reconoce como uno de sus principales derechos principales que el menor se re-

lacione con sus progenitores. Salvo circunstancias excepcionales, deben mantenerse periódicamente relaciones personales y contactos directos con los menores. Los hijos deben ser cuidados por ambos progenitores. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor (art. 2.2º de la Ley Orgánica 1/1996).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos proclama que el derecho a estar con los hijos y el derecho de visitas se integran en el derecho a la vida familiar del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dicho tribunal ha declarado que para un progenitor y un hijo estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, con independencia de la ruptura de las relaciones entre los progenitores.

Tanto es así que, como ya hemos dicho, aun cuando se produzca una privación de la patria potestad, ello no comporta necesariamente la ruptura de las relaciones con los menores.

La reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia hace hincapié en los derechos de los menores. En su preámbulo se expone que España debe fomentar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias para garantizar el derecho del niño, niña o adolescente a desarrollarse libre de cualquier forma de violencia, perjuicio, abuso físico o mental, descuido o negligencia, malos tratos o explotación.

El art. 1.2 de dicha ley entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

Esto es, una forma de violencia es impedir a los hijos relacionarse de forma directa y permanente con sus progenitores.

Decisión del tribunal en relación con la custodia: mantenemos la custodia monoparental a favor del padre.

Como es sabido, en el caso de los menores, es imprescindible que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

El art. 92.7 CC dispone que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

En el presente caso, como ya hemos visto, María Inés ha sido condenada penalmente por un delito de sustracción de menores. Este delito, más que sobre la libertad, incide en el derecho del niño a desarrollarse en un ambiente estable y a relacionarse con ambos progenitores. En consecuencia, puede entenderse que este delito quedaría extramuros de la previsión del citado art. 92.7 CC. Y al estarse ante una norma excepcional y limitativa de derechos, su interpretación debe ser necesariamente restrictiva.

Ahora bien, aunque en abstracto la custodia compartida es el mejor régimen de guarda, la medida que finalmente se adopte sobre la guarda y custodia debe estar fundada en el interés del concreto menor.

La sentencia del Tribunal Supremo 215/2019, de 5 abril, explica que la custodia compartida se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Una de las premisas de la custodia compartida es que sea materialmente realizable. Es necesario que entre los progenitores exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura efectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Ciertamente y aunque es recomendable, no hace falta que los padres se lleven bien. La existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia no excluye el sistema de custodia compartida. Este requisito se ha mitigado mucho, pero no hasta el extremo de eliminarlo.

En el presente caso, nos encontramos en un contexto donde, por los episodios vividos, los progenitores conviven de forma hostil. A esa conclusión, con

claro sentido común, llega el juez de instancia. En cierto modo, la secuencia de los acontecimientos habidos explica la actual conflictividad. El padre estuvo casi dos años sin ver a sus hijas al ser retenidas por la madre. Y a su vez, esta progenitora ha pasado otros dos años sin relacionarse con ellas a raíz del delito consumado de sustracción de menores. Más allá del evidente y lamentable perjuicio que han sufrido estas niñas, estos episodios han sido terreno abonado para que la crispación haya ido en aumento. Esa larga suspensión de los contactos con las menores que, de forma legítima o ilegítima, han sufrido ambos progenitores ha supuesto para ambos un daño grave. Evidentemente, no podemos poner en el mismo plano las privaciones habidas. No cabe duda de que el señor Roque ha sufrido un notable daño moral en su derecho a la vida privada y familiar. Como es natural, los comportamientos ilícitos tienen unas repercusiones muy diferentes en todos los aspectos, tanto jurídicos como personales. Pero la realidad es que, con independencia de su razón de ser, ambos progenitores se han visto privados durante muchos meses del contacto con sus hijas.

Tampoco ha ayudado nada la denuncia formulada contra el padre por unos supuestos abusos sexuales sobre la hija mayor; denuncia que fue sobreseída. Del mismo modo, si examinamos el expediente judicial, podemos comprobar la multiplicidad de procedimientos e incidentes que se han seguido entre ambas partes. Es una manifestación más de lo mal que se llevan. Situación que corrobora la trabajadora social en su informe de fecha 11 de diciembre de 2.019, al indicar que el conflicto interparental continúa polarizado, sin evidenciarse posibilidades a corto plazo de recuperar un diálogo suficiente que permita una atención compartida de la crianza. Del mismo modo el informe de 11 de julio de 2018 de la Unidad de Valoración Integral de Violencia de Género, para poder implementar una eventual custodia compartida, exigía practicar una terapia familiar para superar la hostilidad existente y restaurar la comunicación. La propia sentencia hoy recurrida es muy elocuente al respecto. Entre otras consideraciones, el juez decía lo siguiente: << Conflicto, que está polarizando las diferencias entre D. Roque y Dña. María Inés, y que lejos de alcanzar una fase de estancamiento o descenso, se encuentra en fase de escalada >>.

Con todos estos antecedentes, casi de forma inevitable, la relación entre los progenitores no es que se haya deteriorado, es que se ha roto. Estamos en un estado de alta conflictividad. Conflictividad que, en los últimos meses se ha podido rebajar, pero que sigue subsistiendo.

En estas circunstancias, la custodia compartida no es el sistema óptimo para los menores, a cuyo interés y necesidades debemos atender de manera primordial al adoptar el régimen de guarda. La custodia compartida no es un mero reparto del tiempo de convivencia de los niños o adolescentes con cada uno de los progenitores, sino un sistema de guarda que requiere una cooperación entre ambos, una implicación mutua en el compromiso de la crianza y el desarrollo de los hijos comunes tras la ruptura como pareja de los padres (sentencia del Tribunal Supremo 729/2021, de 27 de octubre).

Además, siendo verdad que, últimamente, ha existido un cambio cierto como consecuencia de la reanudación de las visitas, no hay base para modificar la custodia. Pasar de unas visitas en el PEF a una custodia compartida es un salto cualitativo. Las hijas no vienen conviviendo y pernoctando con su madre desde hace mucho tiempo. No hay ni siquiera una adaptación previa a través de unas visitas normalizadas.

Y lo más importante, la custodia actual está desarrollándose de forma eficiente y no hay indicio alguno que revele rastro de contrariedad en el ejercicio de la guarda por parte del padre. La sentencia de instancia es clara al respecto: <<Desde el 10 de abril de 2.019, D. Roque junto a las menores, forma un núcleo de convivencia familiar estable en esta ciudad, integrado en el ámbito familiar paterno y en el entorno escolar de las menores, obteniendo las niñas excelentes resultados académicos. Constituye una situación iniciada desde que las menores tenían 4 y 2 años de edad respectivamente y consolidada desde hace dos años que permite generar arraigo en las niñas y cuya continuidad resulta aconsejable en interés y desarrollo de éstas, evitando así posibles perjuicios y problemas de adaptación que para las menores podría representar la constitución de un nuevo entorno familiar y escolar, habida cuenta que llevan ese mismo período de tiempo sin tener contacto alguno con la progenitora>>.

Es más, el informe psicológico del Instituto de Medicina Legal, emitido el 18 de julio de 2019, deja claro que, para el bien de las niñas, debía ser el padre el custodio de estas. Primero, en atención a los acontecimientos protagonizados por la madre, que, de forma deliberada, consciente y por intereses propios, privó a las menores de su relación con la figura paterna, perjudicando el desarrollo psicoevolutivo de las niñas. Y segundo porque se verificó que el padre es una persona responsable, capaz de aceptar los sentimientos ajenos y es sensible a las necesidades de las menores.

Asimismo, no podemos desautorizar este último informe por el hecho de que no fueran exploradas las hijas. La psicóloga, con buen criterio técnico, pres-

cindió de su examen al ser niñas de corta edad (en 2019, tenían 5 y 3 años). Además, ya habían sido exploradas previamente. El interés superior exige que, en los procedimientos judiciales, se evite victimizar a los menores. Cosa distinta es respetar siempre el derecho a ser escuchados. En este concreto caso, en esta alzada, hemos prescindido de la exploración dada la falta de madurez de las niñas. La mayor, hoy día, solo tiene siete años. Puede ser hasta perjudicial exponerla a una entrevista, cuya justificación principal es su derecho a ser escuchada. Con esa edad es difícil que la menor pueda comprender siquiera el sentido y alcance de ese derecho.

Por otro lado, a los presentes efectos y por sí solo, el informe psicológico aportado por la apelante poco recorrido probatorio tiene; máxime cuando, como apunta la resolución impugnada, no aporta ningún dato sobre la idoneidad concreta de Roque o María Inés, para el ejercicio de la guarda y custodia de las menores.

Y para terminar, conviene traer a colación la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia. Para ponderar los distintos criterios que componen el interés superior del menor, atiende entre otras cosas a la estabilidad y a la necesidad de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro (art. 2.3).

Por todo lo expuesto, confirmamos la custodia aprobada en primera instancia.

Régimen de visitas

El régimen de visitas en presencia de terceras personas

AP NAVARRA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 2022

La medida adoptada en la sentencia de instancia que hace depender las estancias del padre con el menor a la presencia de uno de los dos abuelos paternos debe considerarse adecuada. Es cierto que ello supone involucrar a terceros en una situación en la que nada se les puede imponer, pero es también cierto que las circunstancias concurrentes en el presente caso y principalmente la disponibilidad que en todo momento han demostrado a apoyar y controlar la relación entre su hijo y el seguimiento del progenitor hacen aconsejable el mantenimiento de la medida.

El Juzgado de instancia dictó sentencia en el presente procedimiento de divorcio interpuesto por la representación de D.ª Amparo frente a D. Nicanor acordando la disolución por divorcio del matrimonio entre las partes con la adopción de las siguientes medidas:

-Atribución de la responsabilidad parental respecto del hijo común Teodoro de forma compartida, debiendo el padre, en los periodos en los que esté con su hijo, estar en presencia de al menos uno de los abuelos paternos. Todos los días de la semana de lunes a viernes el menor estará con los abuelos y con el padre hasta las 18,00h en que la madre lo recogerá del domicilio de los abuelos. Durante el curso escolar este horario se adaptará al horario del colegio.

Fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes, hasta las 20,00 h del domingo. Mitad de periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y dos periodos de 15 días en verano con cada progenitor de forma que si hubiera discordia elegirá la madre los años pares y el padre los impares.

-D. Nicanor abonara a D.ª Amparo 150 euros mensuales como contribución al levantamiento de las cargas familiares y sostenimiento del hijo común.

-Los gastos extraordinarios se abonarán al 50% debiendo previamente comunicarse los mismos en el modo y la forma establecidos para el ejercicio compartido de la responsabilidad parental.

- Se atribuye a la madre el uso de la vivienda junto con el menor, debiendo ser D.ª Amparo quien se haga cargo del pago del abono de los gastos de la vivienda salvo el préstamo hipotecario que será abonado por D. Nicanor.

Dicha resolución es objeto de recurso por la representación del Sr. Bienvenido siendo objeto de impugnación el pronunciamiento que fija las medidas en relación con el hijo común Teodoro y más concretamente las referidas al régimen de estancias establecido.

Se alega por el recurrente el error en la valoración de la prueba practicada y entiende que los hechos descritos en la sentencia que sirven de fundamento para la resolución, se formulan a partir de una apreciación parcial de las circunstancias, lo que da lugar a su juicio a un déficit de motivación. Efectúa por ello una nueva valoración de la prueba practicada, principalmente del informe pericial elaborado por el psicólogo Sr. Cecilio y concluye que no hay motivo alguno para entender que exista cualquier circunstancia que permita presumir una limitación en su capacidad parental.

Solicitaba por ello la fijación de un régimen de guarda y custodia adoptado al interés del menor, teniendo en cuenta la capacidad parental de ambos padres, y consistente, con carácter principal en un régimen por semanas alternas conforme a lo solicitado en la contestación a la demanda y con carácter subsidiario la ampliación de las pernoctas a dos días por semana esto martes y jueves en defecto de pacto.

La representación de la Sra. Amparo se opuso a dicho recurso al entender acreditado que el Sr. Nicanor ha tenido un problema con el alcohol sin que conste un restablecimiento normal de su conducta por lo que la situación de riesgo en relación con el menor sigue vigente. Entiende que aun cuando D. Nicanor pudiera estar trabajando para superar los problemas, en estos momentos no existe un informe que acredite que los ha superado siendo necesario para que el menor pueda estar con él de forma continuada sin la supervisión de los abuelos.

Siendo el motivo esencial del recurso el error en la valoración de la prueba por parte de la juez de instancia procede efectuar una nueva valoración de la misma.

En primer lugar, nos vamos a remitir al contenido de los informes médicos obrantes en las actuaciones.

Consta en las actuaciones un informe de fecha 22 de abril de 2019 en el que se dice que en esa fecha el Sr. Nicanor acudió a urgencias por crisis de ansiedad; se dejaba constancia de que en ese momento refería abstinencia de alcohol desde hace algunos meses. Tras la valoración correspondiente el diagnóstico fue de Trastorno de Pánico " ansiedad paroxística episódica ".

Con fecha 30 de agosto de 2019 acude de nuevo al servicio de urgencias del CHN por ansiedad, agobio y nerviosismo y es diagnosticado de cuadro de ansiedad con remisión a Psiquiatría en caso de que tales episodios sean más frecuentes o no ceden con la medicación pautada.

El 27 de octubre de 2019, de nuevo acude al servicio de urgencias por haber sido encontrado en la calle, con disminución del nivel de consciencia reconociendo ingesta de alcohol, según refiere un Gin-Tonic. Es diagnosticado de intoxicación etílica aguda y por cocaína y se le pauta tratamiento de régimen de vida normal, control por el médico de atención primaria y continuación en su medicación habitual.

Obran también en las actuaciones los informes médicos emitidos por el Centro de Salud de DIRECCION001. Concretamente en el de fecha 22 de enero de 2021 se deja constancia de que según los datos de dicha historia existe un consumo inadecuado de alcohol de larga evolución, con muy mala tolerancia el mismo que alterna algún episodio auto limitados de abstinencia con posteriores recaídas. Estuvo en seguimiento por trastorno ansioso en el centro de Salud Mental de DIRECCION002.

El Centro de Salud de DIRECCION002 emitió también un informe el 21 de enero de 2021 en el que el diagnóstico del Sr. Nicanor es de un trastorno de pánico (ansiedad paroxística episódica) a raíz de mayor estrés laboral. Se pauta tratamiento con antidepresivos y ansiolítico con disminución en los meses siguientes y seguimiento psicológico nivel privada.

Por último, durante la tramitación del procedimiento se incorporó también el historial médico del Sr. Nicanor tras acudir al Centro Hospitalario DIRECCION003 en el que también existen varias referencias a problemas con el alcohol derivados de la situación de angustia. En dicho historial se incorpora un informe psicológico de la doctora Isabel en el que también consta la existencia de " un refugio en el alcohol, aunque no se da situación de dependencia ". También se aportan los informes médicos de la Dra. Psiquiatra Sra. Leonor de fecha 12 y 17 de abril de 2021 en los que describe también la sintomatología del Sr. Nicanor de ansiedad y mal descanso nocturno. Se le pauta tratamiento farmacológico y posteriormente seguimiento psicológico desde julio de 2020; a partir de agosto se desciende la medicación por mejoría sintomatológica y se comienza plan de disminución

progresiva hasta retirada completa. En la última revisión en febrero de 2021 persiste psicopatológica no presentando ansiedad desde hace más de un año, por lo que con fecha el 12 de abril de 2021 es dado de alta terapéutica.

Junto con toda esta prueba documental médica, se han aportado a las actuaciones otros informes psicológicos. En primer lugar, el informe pericial elaborado por el psicólogo adscrito al juzgado Sr. Cecilio deja constancia de las manifestaciones del Sr Nicanor reconociendo que ha sufrido seis ataques de pánico derivados de la presión familia que sufría cuando estaban con la Sra. Amparo. En relación con el hábito en el consumo de alcohol, manifestaba consumir dos cervezas al día, no todos los días y que dejó dicho consumo cuando empezó el tratamiento de fármacos ansiolíticos a finales del año 2018 y principios del 2019. Refería igualmente no recibir ya ningún tratamiento médico. Según el perito y de acuerdo con dichos informes D. Nicanor padece un trastorno de pánico y de ansiedad fóbica, pero, añade, no constan informes psicológicos y/o médicos sobre supuestas adiciones al alcohol.

Sin embargo, en el acto de la vista quedó acreditado que el perito no había tenido en cuenta los informes médicos remitidos por el Centro de Salud de DIRECCION001.

Por otra parte, en dicho informe se daba especial relevancia al importante papel que desempeñan los abuelos paternos cumpliendo siempre una función esencial en los cuidados del menor y que se siguen manteniendo a día de hoy ya que Nicanor convive con ellos.

Por último, en el informe elaborado por la psicóloga doña Rosana se pone de manifiesto la ansiedad reactiva que padece a situaciones conflictivas con su mujer, derivados todo ello del miedo fóbico que tiene a perder tanto la pareja como a su vez. Se le describe como persona altamente sensible, tolerando poco el conflicto y que tiene reacciones impulsivas hasta el punto de que a veces la ansiedad le ha llevado a beber ocasionalmente, aunque considera que esto no es un problema en la vida de Nicanor. Insiste en que no es adictivo, sino que presenta una gran intolerancia a la ingesta.

A la vista de toda la prueba practicada consideramos acreditado que, tal y como se recoge en la sentencia de instancia, el Sr. Antón fue diagnosticado de trastorno de ansiedad, trastorno de pánico (ansiedad paroxística episódica) y de ansiedad fóbica que se relacionaban directamente con la angustia que le ocasionaban los problemas familiares padecidos en su relación con su esposa. Por dicho motivo recibió tratamiento médico, psicológico y farmacológico.

Del contenido de dichos informes se desprende también, que directamente relacionado con tales trastornos, D. Nicanor presentaba problemas derivados del consumo de alcohol que, si bien es cierto, no suponían una dependencia, sí que le ocasionaba graves problemas y ello porque cuando atravesaba por tales crisis de angustia y ansiedad el consumo de alcohol, aunque fuera en cantidades mínimas le producía una fuerte reacción produciendo situaciones de agresividad, descontrol etc.

La información médica suministrada por parte del Centro Hospitalario DIRECCION003 acredita que fue dado de alta terapéutica en abril de 2021.

También en declaración testifical, el padre del Sr. Nicanor insiste en que desde 2019 no ha vuelto a tener un brote como los que tenía anteriormente.

Entendemos por ello acreditado que al menos hasta 2019 la crisis de angustia, ansiedad y trastorno de pánico del Sr. Nicanor en aquellos casos que iba acompañada de una ingesta de alcohol le producían una fuerte reacción que limitaba ampliamente su capacidad de control.

Aun dando por acreditado que la situación médica del ahora recurrente ha sufrido una importante mejora en los últimos tiempos, llegando incluso a recibir la alta terapéutica en 2021, no existe sin embargo prueba clara de un alta definitiva que permita considerar que tanto el trastorno de ansiedad y de pánico como la intolerancia al alcohol haya quedado superada y controlada.

Esta importante mejoría en la salud mental del Sr. Nicanor es lo que lleva al perito psicólogo Sr. Cecilio a concluir que la sintomatología que presenta en ningún caso supone una incapacidad para el ejercicio de sus responsabilidades parentales, reconociéndola en igual medida a ambos progenitores.

Sin embargo y aun admitiendo a día de hoy la capacidad del Sr. Nicanor para asumir sus responsabilidades parentales, no podemos dejar de poner de manifiesto, que de acuerdo con el contenido del Auto de medidas provisionales la relación de Nicanor con su hijo Teodoro se ha llevado a cabo siempre con la protección y ayuda de sus padres y abuelos paternos del menor.

Así queda acreditada a través del informe psicológico y a través de las declaraciones en el acto de la vista destacando en este sentido que, en la misma, a instancia judicial el padre del Sr. Nicanor no solo manifestó que desde el primer momento han estado presentes en la atención tanto a su hijo como a su nieto, aunque sea Nicanor quien le cuida atiende y ayuda, sino añadiendo también su voluntad de seguir haciéndolo en este sentido.

A la vista de ello entendemos que la medida adoptada en la sentencia de instancia que hacen depen-

der las estancias del ahora recurrente con el menor a la presencia de uno de los dos abuelos paternos debe considerarse adecuada. Es cierto que ello supone involucrar a terceros en una situación en la que nada se les puede imponer, pero es también cierto que las circunstancias concurrentes en el presente caso y principalmente la disponibilidad que en todo momento han demostrado a apoyar y controlar la relación entre su hijo Nicanor y el seguimiento Teodoro hace aconsejable el mantenimiento de la medida. Ello en todo caso sin perjuicio de que, como también se dice en la sentencia, puedan ser objeto de modificación en caso de que las circunstancias del padre mejoraran y permitirán un ejercicio en solitario de dichas estancias, o incluso cuando así se solicitara a petición de los abuelos.

Régimen de visitas tras cometer un delito de sustracción

AP BADAJOZ, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 2022

El hecho de ser condenada la madre por un delito de sustracción de menores no impide que, según los casos y con el tiempo, pueda establecerse un régimen de visitas ordinario. En el momento actual y por las circunstancias concurrentes, las visitas a través del PEF no atienden ya al interés superior de las hijas, y por ello procede adoptar un amplio régimen de visitas.

Decisión del tribunal sobre las visitas: fijamos un régimen normalizado.

La apelante pide la ampliación de las visitas con fundamento en los informes del PEF. Según los mismos, las menores están felices y contentas cuando están en compañía de su madre, por lo que no hay razón alguna para limitar las estancias con la progenitora. Considera palmario que el régimen fijado en sentencia resulta inadecuado para proteger el derecho de las menores a relacionarse con su madre.

Este motivo se estima y, además, se amplía la petición. Demás está decir que, al estarse en materia de orden público, el tribunal no está sometido al principio dispositivo (arts. 751 y 752 LEC).

Como expusimos en el fundamento jurídico séptimo, el hecho de ser condenada por un delito de sustracción de menores no impide que, según los casos, pueda establecerse un régimen de visitas ordinario.

En el momento actual y por las circunstancias concurrentes, las visitas a través del PEF no respetan el interés superior de las hijas.

Como es sabido, en los procesos de familia, realmente la litispendencia es limitada. En las materias no disponibles, el objeto del proceso es dinámico, puede incluso ampliarse.

Reconocemos que los acontecimientos determinantes de la responsabilidad penal de doña María Inés supusieron un acto de violencia para las hijas y el padre. Admitimos también que perjudicaron gravemente el interés superior de las niñas. Eso es una realidad inequívoca.

Ahora bien, entre esos hechos y el día de hoy, han pasado muchas cosas y parte de ellas han sido positivas. Las secuelas del hecho delictivo fueron indudablemente profundas y, en la práctica, perjudicaron a toda la familia, incluida la propia María Inés, que estuvo casi dos años sin ver a sus hijas.

Pero a partir de la sentencia que es objeto aquí de recurso, poco a poco, se ha reconducido la situación. Se ha producido una restauración paulatina de la convivencia familiar. Ha sido irremediablemente lenta, pero la evolución ha sido buena. Y ello gracias a la instauración del régimen progresivo de visitas a través del PEF, que certeramente aprobó el juez de instancia.

Pero llegados a este punto y como se ha puesto de manifiesto por el informe emitido a instancia de este tribunal por la Junta de Extremadura, ese régimen de visitas está ya agotado.

En el contexto actual, como han reflejado los técnicos en su informe, el modelo de visitas del PEF ya no es operativo, ha quedado desfasado, no permite progresar en el fortalecimiento del vínculo entre las menores y su madre.

La sombra del delito podrá ser alargada, pero aquí

solo decidimos en función del interés superior del menor. El interés de los padres queda relegado a un segundo plano. Y los informes recientes y el propio desarrollo de los acontecimientos están aconsejando ya que se normalice la situación de estas niñas. La sentencia apelada, con buen criterio, también se detenía en la oportunidad y perentoriedad de las visitas: << Es necesario su establecimiento y fijación, pues el vínculo maternofilial se encuentra interrumpido desde hace dos años y existe el serio peligro de perderse de no reanudarse su continuación de forma inmediata... pues ningún apego quedaría en las menores hacia su madre más allá de un vago recuerdo>>.

Los jueces resolvemos pensando en los hijos, no en los progenitores. Las relaciones familiares, como la experiencia enseña, no siempre son fáciles. De por sí es complicado para los progenitores solventar los problemas consecutivos a una situación de ruptura, como es el hecho, entre otros casos, de tener que compartir las estancias con los menores. El tránsito de la convivencia en común a la convivencia separada no siempre se lleva bien y, a veces, como aquí ha ocurrido, es un desastre.

Todos, incluidos los jueces, nos debemos al interés superior del menor. Sí, las medidas relativas a la protección, guarda y custodia se hacen depender de ese interés (por citar las más recientes, sentencias del Tribunal Supremo 405/2022, de 18 de mayo; 338/2022, de 28 de abril; 238/2022, de 28 de marzo y 131/2022, de 21 de febrero). Por ello, la decisión a tomar no es un premio o un castigo a los progenitores (así lo ha recordado numerosas veces el Tribunal Supremo, entre otras véanse las sentencias, 561/2018, de 10 de octubre y 665/2017, de 13 de diciembre). No lo es, ni puede serlo. No hay ganadores, ni vencidos. El régimen de custodia es consecuencia de un pronóstico fundado y motivado en interés del menor. Lo que hicieron o dejaron de hacer los progenitores en un momento dado es importante de cara a ese pronóstico, pero no es siempre determinante. La parentalidad es dinámica y, por eso, las medidas pueden modificarse en función de las circunstancias. Y lo más importante: la cordialidad y la colaboración son la base para poder compartir la parentalidad. Los menores, en los procesos de divorcio, pueden verse perjudicados si no se relacionan con sus progenitores, no atienden a sus necesidades o no les dedican tiempo. Para favorecer el desarrollo psicomotor, cognitivo, afectivo y relacional de los hijos, es fundamental que los padres y las madres se conduzcan con responsabilidad y eviten el conflicto. Está en juego el bienestar del menor. Tenemos que mirar por el bien de Debora y Elisenda. Debemos adoptar aquella medida que más les convenga: como apunta la sentencia del Tribunal Supremo 319/2022, de 20 de abril, el interés superior requiere una valoración particularizada de cada caso en atención a las circunstancias concurrentes.

Es verdad que, con delitos por medio, alcanzar esa ansiada normalización no es fácil. Pero la realidad es que, desde un punto de vista jurídico, doña María Inés ya ha sido condenada por lo que hizo. No podemos perder de vista lo que pasó, pero tampoco debemos dejar de ver la realidad presente. Para decidir aquí sobre el mejor régimen de guarda y visitas, tenemos que partir del estado de hecho existente en la actualidad. Y en situaciones difíciles, a veces hay que tomar decisiones difíciles si queremos progresar y alcanzar el fin último, el bienestar del menor. Aquí tan solo pretendemos que dos hermanas, además de un padre, tengan también una madre a tiempo completo.

Y dicho objetivo es plausible gracias a la nueva realidad que, en los informes de 6 y 9 de febrero de 2022, plasma el equipo técnico del PEF.

Los especialistas nos han hecho llegar los siguientes datos: <<(i) El actual régimen de visitas ha llegado a un punto en que lleva a la monotonía y al consiguiente desinterés de las menores. No se ajusta a parámetros relacionales normalizadores en tiempos, espacios o actividades. Al ser visitas acotadas y supervisadas no contribuyen a construir la necesaria relación espontánea entre las niñas y su madre e impiden estimular vínculos afectivos sanos, fuertes y facilitadores de un adecuado desarrollo cognitivo y emocional. (ii) A lo largo de los meses en que se han desarrollado las visitas a través del PEF, se ha observado un adecuado desarrollo en el cumplimiento de dicho régimen, en el que ambos progenitores han mostrado colaboración e implicación para que se desarrolle en condiciones óptimas en favor de las menores. (iii) Las visitas que se vienen realizando demuestran un vínculo afectivo sano y fuerte y una comunicación proactiva entre María Inés y sus hijas. Y ello influye de forma positiva en el desarrollo psicoemocional de las niñas. Se ha visto reforzado también el apego entre las menores y la progenitora. Doña María Inés es una figura significativa en la vida de las menores y les aporta sentimientos de pertenencia y seguridad. iv) En el momento actual, la conducta de María Inés es la que cabe esperar de una progenitora capaz y competente>>.

A la vista de estas consideraciones, por el bien de las hijas, urge ya establecer un régimen de visitas ordinario, debiendo ambos progenitores no solo respetarse mutuamente, sino infundir sobre las hijas el cariño y el respeto debidos hacia la figura tanto del padre como de la madre.

En consecuencia, establecemos como régimen de estancias, relación y comunicación a favor de doña María Inés, en defecto de acuerdo, que la madre permanezca en compañía de sus hijas menores

de la siguiente manera:

I) Periodos escolares.

a) Fines de semana. La madre permanecerá con sus hijas los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana (o primer día lectivo en caso de haber puente escolar), en que las llevará al centro escolar donde cursen sus estudios.

b) Visitas intersemanales. Tarde-noche de los miércoles. La madre permanecerá con sus hijas la tarde-noche de los miércoles desde la salida del colegio hasta el jueves por la mañana que las llevará al centro escolar donde cursen sus estudios.

c) Puentes escolares. Estos se unirán al fin de semana más cercano y, por tanto, se disfrutará por el progenitor a quien pudiera corresponder dicho fin de semana.

II) Vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

a) Vacaciones de verano. Comprenderá desde el último día lectivo a la salida del colegio hasta el día inmediatamente anterior al inicio del colegio a las 20.00 horas. Se repartirán en periodos quincenales, que se disfrutarán alternativamente por los progenitores, comenzando a elegir periodo (1ª o 2ª quincena inicial) los años pares la madre y los impares el padre. Los periodos que no sean susceptibles de división quincenal se repartirán por periodos exactamente iguales entre los progenitores, y la elección de estos corresponderá según lo indicado.

b) Vacaciones de Navidad. Corresponde a cada progenitor disfrutar de la mitad de este periodo vacacional, que comenzará el último día lectivo a la salida del colegio hasta el día inmediatamente anterior al inicio del colegio a las 20.00 horas, dividiéndose por tanto en dos periodos iguales de tiempo, correspondiéndole elegir a la madre los años pares y al padre los impares.

c) Vacaciones de Semana Santa. Cada progenitor podrá disfrutar de la compañía de sus hijos la mitad de este periodo vacacional, que comenzará el último día lectivo a la salida del colegio hasta, el día inmediatamente anterior al inicio del colegio a las 20.00 horas, dividiéndose por tanto en dos periodos iguales de tiempo, correspondiéndole elegir a la madre los años pares y al padre los impares.

d) A falta de acuerdo, cada progenitor recogerá a las menores en el domicilio del progenitor en ese momento custodio.

e) Una vez finalizados los periodos de vacaciones comenzará a regir de nuevo la alternancia de fines de semana y visitas intersemanales, correspondiendo el primer fin de semana después de las mencionadas vacaciones al progenitor que no hubiera disfrutado de las menores el último periodo de vacaciones.

Mantenimiento del uso a pesar de convivir con un tercero

AP MADRID, SEC. 31.ª, SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2022

A pesar de que la madre convive con un tercero en la vivienda familiar, no se acuerda dejar sin efecto la atribución del uso dado que cuando se firmó el Convenio Regulador en el que se acordaron las medidas la madre ya convivía en la vivienda familiar con esa tercera persona y era conocido por el padre, por lo que no se habrían alterado las circunstancias existentes en el momento de la firma del Convenio.

A fin de resolver la controversia objeto del presente procedimiento ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que ha declarado entre otras en la Sentencia núm. 147/2019, de 12 de marzo (que cita la núm. 217/2011, la núm. 758/11, la de 20 de abril de 2012, la de 24 de marzo de 2014, y la núm. 678/15) " procede mantener la validez del Convenio Regulador, puesto que los esposos litigantes regularon privada y libremente las consecuencias patrimoniales de su separación, por lo que no pueden desligarse de él, pues ese acuerdo les obliga como ocurre con cualquier contrato".

De este modo, lo que reconoce la Jurisprudencia, es que las partes tienen amplio poder de disposición en cuanto a las consecuencias de la ruptura de su relación de pareja, y para regular como estimen por conveniente dichas consecuencias, estableciendo los pactos que estimen convenientes.

En el presente caso las partes hicieron uso de ese poder de disposición en los términos establecidos en el Convenio, por lo que todas las circunstancias concurrentes en aquel momento, han de valorarse a fin de determinar la voluntad de las partes, al no constar reflejado en el convenio que el uso de la vivienda al hijo menor, y a su madre, progenitora custodia, lo fuera conociendo que ya entonces en la vivienda convivía ya entonces la nueva pareja de la madre.

Es por ello que cobra sentido el esfuerzo alegatorio y probatorio desplegado por la parte demandada, en orden a revelar el amplio cúmulo de circunstancias concurrentes que ponían de manifiesto la verdadera intención de las partes.

Como recoge la Audiencia Provincial de Oviedo en la Sentencia núm. 615/19, " Habremos de partir de la regla general por la cual el convenio regulador firmado por los cónyuges al amparo del art. 90 C. Civil se configura como un acuerdo de voluntades de naturaleza patrimonial y por tanto como un negocio jurídico de derecho de familia que se otorga en el ámbito de la crisis matrimonial por lo que su aprobación judicial no le despoja de su carácter de tal negocio jurídico, en cuanto que manifestación del modo querido por las partes para autorregular sus intereses según el principio de la autonomía de la voluntad proclamado por el art. 1255 C. Civil, que por tanto deberá ser cumplido en tales términos.

En este sentido tiene declarado nuestro Alto Tribunal que el convenio regulador es "un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos" (SSTS 4 noviembre 2011 y 11 diciembre 2015)..."

En el presente caso, el apelante, admitió en el interrogatorio practicado en el acto de la vista, que conocía que la nueva pareja de Dª. Otilia, residía en la vivienda copropiedad de ambos y que había constituido el domicilio familiar, hasta 2014, cuando el ahora apelante se marchó del mismo. Por tanto, cuando se acordó atribuir el uso de la vivienda al menor y a su madre, hasta que el hijo finalizara los estudios superiores si los cursara, y en tanto no se disuelva el proindiviso, que se comprometían a disolver cuando el hijo

finalizara sus estudios y en todo caso cuando alcanzase los 22 años de edad, la vivienda había perdido ya su carácter de vivienda familiar, en tanto en cuanto en la misma residía ya na unidad familiar distinta, constituida por Dª Otilia y su hijo menor, y la nueva pareja de esta. Y, lo que es más importante, esto era conocido por el ahora apelante, que, no obstante, lo anterior, acordó que la madre y el menor quedaran en el uso de la vivienda, por el plazo acordado, por lo que no puede alegar ahora esa nueva convivencia para dejar sin efecto el pacto. No solo no han variado las circunstancias concurrentes al tiempo de la firma del acuerdo, sino que tales circunstancias eran conocidas por ambas partes. Por tanto, y con independencia de la que la residencia en la vivienda de la nueva pareja de Dª. Otilia, influyera o no en el importe de la pensión de alimentos fijada para el entonces menor, lo cierto es que el pacto alcanzado no ha perdido su validez, y procede en consecuencia la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución de instancia.

Pensión alimenticia

Pago de la pensión con cargo al patrimonio futuro

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 2022

La privación de libertad de un progenitor, derivada de hallarse incurso en una determinada tipología delictual, no constituye causa que determine de por sí la suspensión de la prestación alimenticia en favor de los hijos del matrimonio, dado el carácter ineludible de esta obligación primaria, sin perjuicio de que durante el tiempo de privación de libertad, pueda la deuda alimenticia devengada durante tal lapso temporal reclamarse sobre el patrimonio futuro del obligado, en virtud del principio de la responsabilidad patrimonial universal establecido por el art. 1.911 del CC, no solo extensible sobre los bienes presentes, sino también sobre los futuros.

Sobre la suspensión de la pensión de alimentos a favor de los hijos comunes Erica y Elvira.

Se ha pronunciado de forma repetida esta Sección 12ª de la A.P. de Barcelona (Sentencias de 29 de octubre de 2.009, 7 de diciembre de 2.018 y 3 de mayo de 2.021 entre otras), en el sentido de que la privación de libertad de un progenitor, derivada de hallarse incurso en una determinada tipología delictual, no constituye causa que determine de por sí la suspensión de la prestación alimenticia en favor de los hijos del matrimonio, dado el carácter ineludible de esta obligación primaria, sin perjuicio de que durante el tiempo de privación de libertad -de haberse incumplido con estas prestaciones como consecuencia de la falta de ingresos del alimentante-, pueda la deuda alimenticia devengada durante tal lapso temporal reclamarse sobre el patrimonio futuro del obligado, en virtud del principio de la responsabilidad patrimonial universal establecido por articulo 1.911 CC, no solo extensible sobre los bienes presentes, sino también sobre los futuros, y en mayor medida en aquellos supuestos en los que el ingresado en prisión ha podido obtener ingresos como consecuencia de los trabajos realizados en el centro penitenciario.

Lo expuesto, unido al hecho de que el recurrente puede realizar trabajos en el centro penitenciario o

disponer de una renta de inserción mínima, unido al hecho de que durante el tiempo que permanezca en prisión no tiene gastos de tipo alguno, no haber acreditado ni en la instancia ni en esta fase que no trabaja en prisión y que no se puede trabajar por la pandemia, lleva al juzgador de instancia a establecer una pensión de 100,00 Euros mensuales como mínimo vital, proporcional a la situación precaria del recurrente, para atender a las necesidades de cada uno de los hijos comunes menores de edad, lo que procede mantener en esta alzada, por lo que desestimamos de igual forma este motivo articulado en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en la primera instancia.

La falta de relación no es imputable exclusivamente a la hija

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, AUTO DE 23 DE MARZO DE 2022

El padre no ha acreditado la realización de actividad alguna tendente a lograr, en la medida de lo posible, una situación de normalidad parental con su hija, y si la situación era de acusada dificultad, haber propiciado, al menos, la realización de un programa de mediación familiar. Esta situación de acreditada pasividad y despreocupación en el padre impide considerar (en términos absolutamente objetivos) que la inexistencia de relaciones entre padre e hija sea imputable a la hija de manera principal, relevante e intensa. Se ha llegado a una situación indeseable en la que han confluido un cúmulo de causas, todas ellas de notable calado e intensidad, donde la "culpa" se difumina entre el padre, la hija, e incluso la propia madre.

Resulta incuestionable, a nuestro juicio, la existencia de un acusado paralelismo entre el supuesto contemplado por el Tribunal Supremo en la Sentencia referida en el Fundamento Jurídico anterior, y el que, ahora, se somete a la consideración de este Tribunal por mor del Recurso de Apelación interpuesto, por lo que se hace necesario indagar en el elenco probatorio que se ha practicado en este Juicio a los efectos de discernir si la ausencia absoluta de relaciones de todo tipo (excepto la económica de pago de la pensión de alimentos) es o no imputable o atribuible a la hija habida en el matrimonio, hoy mayor de edad, Dª. Teodora, con las características insoslayables de principal, relevante e intensa; dado que, solo en tales condiciones, se justificaría la extinción de la expresada prestación económica, circunstancias que no ha considerado probadas el Juzgado de instancia en la Sentencia impugnada y que, en definitiva, ha determinado que la referida pretensión haya sido desestimada.

El criterio del Tribunal Supremo, a estos efectos, es, pues, flexible (en cuanto admite que, por esta causa, pudiera declararse la extinción de la obligación alimenticia), pero de interpretación restrictiva (la causa tiene que ser imputable al hijo/a mayor de edad -alimentista- con las características de principal, relevante e intensa). Ello significa que el mero hecho de que no exista relación afectiva (incluso podría calificarse de paterno-filial) entre el progenitor alimentante y el hijo/a alimentista no determina, sin más, la posibilidad de extinción de la pensión de alimentos, dado que esta obligación, respecto a los hijos mayores de edad, encuentra su fundamento en el "principio de solidaridad familiar", conforme a los artículos 3.1, 93.2 y 152 del Código Civil, y en el artículo 39 de la Constitución Española; es decir, puede no existir ningún tipo de relación entre padre/madre e hijo/a y, con esta sola connotación, no puede pretenderse la exoneración de esta obligación, que viene impuesta solo por el vinculo familiar del que, en ningún caso, puede físicamente desprenderse el progenitor (principio de solidaridad familiar). Y -entendemos- que es en este extremo donde quiebra el planteamiento de la parte actora apelante, cuando vincula la prestación alimenticia al derecho del padre de relacionarse con su hija, de tal modo que, si no existe esa relación convivencial por voluntad de la hija, el padre no vendría obligado a prestarle el auxilio alimenticio, que, además, necesita. Así se aprecia en manifestaciones expresadas en el Escrito de Interposición del Recurso de Apelación tales como " (...) a efectos prácticos mi mandante se ha convertido en un "progenitor monedero" que no tiene hija más que para que se refleje en

su cuenta bancaria un cargo mensual en concepto de " pensión de alimentos " "

En el relato fáctico de la parte actora apelante se advierte (y así lo entendemos acreditado) que el cese de la convivencia conyugal entre D. Nicanor y Dª. Paloma, quienes con su hija, Dª. Teodora, formaban la unidad familiar, materializada en el Divorcio declarado por Sentencia de fecha 18 de Febrero de 2.010, fue traumático y degeneró en una situación absolutamente indeseable que tuvo su reflejo en las relaciones entre padre e hija, dables de calificarse de nefastas, por inexistentes. Esa desunión o desapego entre padre e hija que determinó el que no existiera entre ambos ningún tipo de relación se ha venido manteniendo a lo largo de los años y, especialmente, en los último tres años, tal y como ha manifestado la parte apelante, siendo el punto de inflexión la decisión de la hija, cuando aún no había alcanzado la mayoría de edad, de emanciparse de sus padres; de tal modo que han sido las vicisitudes de ese proceso, las declaraciones de la menor hacia su padre en su ámbito y su actitud de rechazo ante el mismo, lo que habría determinado la decisión del padre a su vez de zanjar cualquier tipo de contacto con su hija a través de las modificaciones que ha pretendido con la Demanda iniciadora de este Juicio. Debemos reconocer, no obstante, que la actitud de la hija no ha sido en modo alguno plausible ni edificante, sino de auténtica ruptura con su padre, dado que, con el máximo rigor, la declaración de emancipación -en este concreto supuesto- no es sino retórica, en la medida en que carece de sentido que la hija, con dieciséis años de edad en el momento de la solicitud de emancipación, con proyecto de estudios académicos, sin independencia económica y conviviendo con su madre, no tiene justificación en tales condiciones -decimos- esa declaración de emancipación que únicamente tiene sentido de cara a su padre (contra su padre) y, además, innecesaria, cuando se encontraba próxima a alcanzar la mayoría de edad cuando se dictó el Auto 70/2.020, de 5 de Marzo, por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de los de Cáceres. Pero, de la misma manera, tampoco se puede responsabilizar a la hija de la situación que ha sobrevenido después de la ruptura de la convivencia conyugal. Este Tribunal se encuentra en la firme convicción de que la crisis matrimonial derivó en una situación de profunda desavenencia entre los progenitores que incidió -sin duda alguna y negativamente- sobre el bienestar de la hija, en una situación -absolutamente indeseable- que, ciertamente, se proyecta sobre el cumplimiento del régimen de visitas, estancias y comunicaciones, cuando lo aconsejable -en interés de la hija- era que las diferencias personales que pudieran existir entre los progenitores no afectaran a la misma, para lo cual debió procurarse -y no se hizo- que las relaciones paterno-filiales se desarrollaran, en la medida de lo posible, con la más absoluta normalidad, lo que hubiera redundado no sólo en el bienestar de la hija, sino también en el logro de un estado racional de normalidad donde se encajara el nuevo estatus familiar generado por el divorcio del matrimonio, y donde la hija se alineó con su madre, denostando las relaciones con su padre. Por otro lado y, además, D. Nicanor no ha acreditado la realización de actividad alguna tendente a logar, en la medida de lo posible, una situación de normalidad parental con su hija, y si la situación era de acusada dificultad, haber propiciado, al menos, la realización de un programa de mediación familiar. Esta situación de acreditada pasividad y despreocupación en el demandante impide considerar (en términos absolutamente objetivos) que la inexistencia de relaciones entre padre e hija sea imputable a la hija de manera principal, relevante e intensa. Se ha llegado a una situación (repetimos, indeseable) en el que han confluido un cúmulo de causas, todas ellas de notable calado e intensidad, donde la "culpa" se difumina entre el padre, la hija, e incluso la propia madre, que tendría que haber velado por normalizar la relación paterno filial, lo que entendemos no hizo, desde el momento en que apoyó la emancipación de la hija que -por las razones expuestas- carecía de sentido. Es reprobable la actitud de la hija en el Expediente de Emancipación, pero no es la causa de la inexistencia de relaciones entre el padre y la hija, que se venía manteniendo, al menos, desde hacía tres años. E igual de reprobable es la Demanda origen de este Proceso, donde el padre ha solicitado la extinción de la patria potestad y la extinción (más bien renuncia) del régimen de visitas, estancias y comunicaciones (junto con la extinción de la obligación alimenticia), cuando la hija se encontraba próxima a alcanzar la mayoría de edad, a modo de respuesta al Expediente de Emancipación. No existe, en definitiva, una atribución de responsabilidad a la hija, con las notas de principal, relevante e intensa, en el cese de la relación con su padre, que justificara la extinción de la prestación alimenticia, que tiene que seguir asumiendo D. Nicanor por dos motivos: de un lado, por el Principio de "solidaridad familiar", y, de otro, porque su hija se encuentra en situación de necesidad, que exige que dicha obligación se mantenga.

No puede tener carácter temporal

AP MADRID, SEC. 31.ª, SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2022

La esposa tiene 59 años y su escasa dedicación al mercado laboral (solo ha cotizado en la Seguridad Social un total de 8 años) le va a impedir acceder a una pensión de jubilación que le permita vivir dignamente y con independencia, por lo que fijar una pensión compensatoria por el plazo de tres años difícilmente paliará el desequilibrio económico sufrido por aquella como consecuencia del divorcio, por lo que se fija sin limitación temporal.

Respecto a la duración de la obligación de abonar dicha pensión, la sentencia del TS 153/2018, de 15 de marzo, resume la doctrina de la Sala Primera 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. 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".

En el presente caso, y considerando que la recurrente contaba ya con 59 años en la fecha de la sentencia de instancia, por cuanto consta que nació el día NUM001 de 1961, e igualmente consta que desde que contrajo matrimonio solo ha cotizado en la Seguridad Social un total de 8 años, constando acreditado que desde la celebración del matrimonio hasta el año 2008, la apelante no realizó ninguna actividad laboral, constando que después trabajó para paliar la difícil situación económica que atravesó la

familia, cuando el esposo quedó en situación de desempleo. Esto pone de manifiesto, que la dedicación de la esposa al cuidado y atención de la familia, y su escasa dedicación al mercado laboral, le va a impedir acceder a una pensión de jubilación que le permita vivir dignamente y con independencia, y además, la prueba practicada también ha acreditado, que difícilmente el desequilibrio económico sufrido por la esposa, como consecuencia del divorcio, y por su dedicación a la familia, difícilmente se va a ver superado en el plazo de 3 años, estipulado para la extinción de la pensión, por lo que procede estimar el recurso y establecer la pensión con carácter indefinido, sin perjudico de que si este desequilibrio se viera superado, se procediera a la extinción en el correspondiente procedimiento de Modificación de Medidas.

Compensación por el trabajo para la casa

Defectuosa petición

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 2022

La parte demandante no solamente no acompaña un inventario de los bienes de los litigantes con sus correspondientes valoraciones, cargas etc. con la finalidad de poder comprobar si efectivamente existe una diferencia en el incremento patrimonial del demandado, sino que además, no precisa los bienes que son propiedad de cada uno de ellos, limitándose a solicitar una cantidad de 530.000 euros (equivalente a tres veces el salario mínimo interprofesional durante ese periodo de veinte años). Por tanto no procede fijar la compensación por el trabajo para la casa.

Ante la desestimación de esta pretensión en la sentencia recaída en la primera instancia, la demandante Sra. Virtudes reitera el establecimiento de esta compensación económica que cifra en la cantidad de 530.000 Euros (que equivaldría a unos 26.500 Euros anuales durante veinte que dura la convivencia matrimonial).

Lo primero que debemos poner de manifiesto es que mediante esta compensación económica no se trata de compensar la actividad realizada durante el matrimonio y ni siquiera la de igualar los patrimonios de las partes.

La compensación económica anteriormente prevista en el art. 41 del Código de Familia y en la actualidad regulada en el art. 232-5 del CCC se ha concebido jurisprudencialmente como un correctivo al régimen de separación (STSJCat 14 de abril de 2003).

Esta compensación, tiene como finalidad permitir participar al cónyuge en los incrementos patrimoniales obtenidos por el otro durante el matrimonio y requiere como presupuesto para su aplicación de una parte la realización por uno de los cónyuges de trabajo doméstico “sustancialmente más que el otro” o trabajo para el otro no retribuido o retribuido insuficientemente y de otra que el otro cónyuge haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con

lo establecido en la ley. Exige pues comparar los patrimonios finales porque su función es reequilibrar si entre los cónyuges se ha producido una desigualdad, llegando a decir el TSJCat que esta compensación, con la que se persigue restaurar el equilibrio, es procedente si el aumento del patrimonio de uno de los cónyuges no hubiera sido posible sin la dedicación del otro cónyuge a la casa (STSJCat 10 de marzo de 2003). En definitiva, la compensación económica no tiene como finalidad igualar los patrimonios (STJC de 31 de octubre de 2011), sino, como ya se ha indicado, mitigar los efectos propios del régimen de separación de bienes y buscar una participación equitativa en la titularidad del patrimonio generado constante matrimonio.

El Código civil de Catalunya, para superar la discrecionalidad en su fijación establece unas reglas de cálculo para determinar el "quantum" (art. 232-6 CCC) y un límite máximo: la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges (232-5.4 CCC), con la regla del art. 232-5.3 CCC, según la cual "para determinar la cuantía de la compensación económica por razón del trabajo, se debe tener en cuenta la duración, la intensidad de la dedicación, los años de convivencia, concretamente en caso de trabajo doméstico el hecho de que haya incluido la crianza de los hijos o la atención personal de otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges".

Concretando, pues, los razonamientos jurídicos expuestos al supuesto de hecho planteado en este procedimiento, procede examinar, -con carácter previo a valorar si se ha producido un incremento en el patrimonio del demandante-, si concurre el requisito legalmente exigido y consistente en una sustancial mayor dedicación de la reclamante a la casa y cuidado de la familia, lo que en el presente caso no ofrece ninguna duda, ya que mientras el marido se ha dedicado a su actividad profesional de transportista, lo que le ha permitido obtener unos ingresos, tener un camión de su propiedad para el ejercicio de su actividad y en la actualidad disponer de ahorros suficientes que le permiten comprar la parte de la esposa de la vivienda que ha constituido el domicilio familiar, la esposa se ha dedicado al trabajo en el hogar al cuidado y atención de la familia, sin haber trabajado por cuenta ajena durante los veinte años que ha durado la convivencia matrimonial.

Ahora bien, como se ha indicado con anterioridad, el art. 232-5 CCCat exige para el nacimiento del derecho a una compensación económica por razón del trabajo, además de la dedicación sustancial al trabajo de la casa, que en el momento de la extinción del régimen por separación o divorcio o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, que el otro cónyuge haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo establecido legalmente.

La parte demandante no solamente no acompaña un INVENTARIO de los bienes de los litigantes con sus correspondientes valoraciones, cargas etc. con la finalidad de poder comprobar si efectivamente existe una diferencia en el incremento patrimonial del demandado, sino que además, no precisa los bienes que son propiedad de cada uno de ellos, limitándose a solicitar una cantidad de 530.000,00 Euros por la dedicación de la Sra. Virtudes durante veinte años a la casa, al marido y a las hijas del matrimonio, lo que como ha quedado expuesto, no puede ser estimado por cuanto no es la finalidad de dicha compensación económica, limitándose a solicitar una cantidad equivalente a tres veces el salario mínimo interprofesional durante ese periodo de veinte años, por lo que procede desestimar este motivo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en la primera instancia.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

Legitimación activa

AP BADAJOZ, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 2022

Habiendo reconocido la madre la paternidad del actor en anteriores procedimientos no puede alegar ahora la falta de legitimación activa para solicitar la custodia de los hijos. Que no esté reconocida dicha filiación conforme a lo previsto en el art. 120 del CC no es un obstáculo en este momento para adoptar medidas paterno filiales.

Primer motivo del recurso: falta de legitimación activa del demandante para solicitar la custodia de Elisenda.

La progenitora recurrente insiste en esta alzada que el señor Roque no puede reclamar la custodia de Elisenda. Entiende vulnerados los arts. 24 CE y 217 LEC. Hace ver que no estamos ante una filiación matrimonial. Afirma que el actor, pese a ello, no ha probado su supuesta filiación biológica. Alega que no se puede trasladar a la madre la carga de probar que Elisenda no es hija del demandante. Argumenta que no se puede probar un hecho negativo y que, en todo caso, para reconocer la filiación, quien debe acudir al procedimiento declarativo correspondiente es el propio señor Roque.

A esta excepción se oponen tanto el Ministerio Fiscal como el señor Roque. El argumento es el mismo: la señora María Inés, en procedimientos judiciales, ha reconocido la paternidad del señor Roque.

Este motivo debe rechazarse.

Ciertamente, al menos en la filiación tradicional, no existe duda sobre la maternidad y, en cambio, no hay certidumbre sobre la paternidad.

Es verdad también que la presunción de paternidad se admite en las parejas casadas, por razones lógicas y de seguridad jurídica (arts. 116 y siguientes CC). Es una presunción fundada en la convivencia.

No obstante, cuando se trata de hijos o hijas no matrimoniales, según el art. 120 CC, la filiación paterna se puede reconocer por el padre de distintas formas: i) mostrando su conformidad en el momento de la inscripción de nacimiento; ii) mediante manifestación o reconocimiento ante el encargado del registro civil; iii) en documento público; y iv) en testamento.

En el presente caso, el señor Roque ha reconocido su paternidad sobre Elisenda desde el principio. Basta remitirse a todos sus escritos que ha presentado en vía judicial.

Y es verdad que el reconocimiento del hijo menor de edad precisa también del consentimiento del representante legal (art. 124 CC). Consentimiento que, en este supuesto, ha sido prestado por la señora María Inés. Cuando ella abandonó el domicilio familiar en febrero de 2016, estaba embarazada de Elisenda y, por medio de su abogada, comunicó a su pareja que quería poner fin a la relación y que pretendía pactar de forma amistosa un convenio regulador en todo lo que afectaba a la hija mayor y a la que venía de camino. Es más, en el procedimiento de medidas provisionales previas que fue promovido por el señor Roque, asumió la paternidad de este. Tanto es así que suscribió un convenio donde ambos progenitores ostentaban la patria potestad conjunta sobre las hijas y donde se fijaba un amplio régimen de visitas a favor del padre.

En estas circunstancias, la filiación del señor Roque sobre Elisenda está determinada. No hace falta nada más. Por ello, como bien se recoge en la sentencia y se replica de contrario, quien en su caso debe impugnar la filiación paterna será la señora María Inés.

Por lo demás, la excepción de falta de legitimación activa se compadece mal con la doctrina de los actos propios. Reconocida la legitimación en proce-

dimiento anterior, no puede negarse en procedimiento posterior.

Asimismo, como ha alertado la doctrina y la jurisprudencia, aunque la búsqueda de la verdad biológica es importante -en la medida en que afecta a la identidad de la persona-, hay que evitar que cualquier interesado pueda llevar sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Es evidente que el interés del hijo prevalece sobre el interés del progenitor. Y para preservar ese interés superior hay que dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio de ese menor, sobre todo cuando de inicio se ha admitido una determinada relación de parentesco. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia cambió las reglas sobre las acciones de filiación para solucionar problemas de constitucionalidad. Pero con todo, como recoge la sentencia de pleno del Tribunal Supremo 441/2016, de 30 de junio, no se han resuelto bien los posibles conflictos de intereses entre los progenitores y los hijos en el ejercicio de las acciones de filiación. Para preservar el privilegiado estado civil de hijo puede ser necesario que el menor cuente con un defensor judicial. Sea como fuere, no es objeto de este procedimiento acción de filiación alguna. Solo queremos llamar la atención acerca de que la filiación es una cosa muy seria. Al mismo tiempo, uno no puede ser padre y dejar de ser padre según las estrategias procesales. No vale todo en los pleitos (art. 247 LEC).

En fin, Elisenda, como toda persona, tiene un interés jurídicamente protegido a la afirmación social de su propia verdad, a ser para los demás ciudadanos igual a sí misma y a que no sean alterados o tergiversados los elementos de su identidad. La fijación de la paternidad y de la maternidad contribuye en gran medida a la afirmación de su identidad personal.

Improcedencia del pronunciamiento de pago de préstamos

AP LA RIOJA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 2022

Aunque se atribuya el uso del vehículo a la esposa, única que cuenta con carnet de conducir, no puede la Sentencia condenarla a abonar el préstamo que suscribieron ambos cónyuges para su compra.

El segundo motivo se refiere a la cuestión que indudablemente fue discutida en juicio y que se refiere a la contribución al pago del préstamo personal contraído por los dos cónyuges en su momento para adquirir un vehículo. No es discutida la atribución del uso del vehículo a D.ª Evangelina, puesto que de hecho D. Darío no tienen permiso de conducir.

La sentencia de instancia, sin embargo, aunque nada dice en el fallo, parece que impone a D.ª Evangelina la carga de pagar el contrato de préstamo porque - dice la sentencia- "... siendo D.ª Evangelina la que va a ser la única usuaria del mismo, y no habiéndose sacado el permiso de conducir D. Darío en ningún momento, no considero proporcional que el mismo haga frente a dicho préstamo, sin perjuicio, claro está, de las operaciones que se efectúen al liquidarse el régimen económico matrimonial..."

Contra esta decisión se alza D.ª Evangelina

El motivo se estima en sustancia, pues como decimos, parece que la sentencia, aunque nada indica en su parte dispositiva, en virtud de la remisión que hace a su fundamentación jurídica parece que acuerda que sea la esposa la que pague en su integridad el préstamo personal contraído por los dos litigantes para adquirir el vehículo, y ello como carga aparejada a la atribución a ella del uso de dicho automóvil.

Sin embargo, en un procedimiento de esta clase no es dable hacer pronunciamiento alguno sobre esta cuestión, pues quien se obligó contractualmente a su pago es quien debe abonarlo. Los préstamos personales solicitados constante matrimonio deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución, pues en defecto de pacto expreso no pueden novarse las obligaciones contraídas en méritos de una sentencia matrimonial, al no haber quedado acreditado el consentimiento de la otra parte, la entidad bancaria, conforme establece el art. 1205 del Código Civil por lo que no es procedente hacer pronunciamientos respecto del pago del

préstamo personal, al ser cuestiones a dilucidar en el seno del procedimiento de liquidación de la sociedad ganancial.

Un pacto que atribuya a uno solo de los litigantes el pago de un préstamo a cuyo pago se obligaron los dos frente a la entidad bancaria, en la medida en que afecta a un tercer como es la entidad bancaria con la que se contrató ese préstamo, exigiría para su eficacia plena el consentimiento del referido tercero, el cual no puede darse en este procedimiento de familia por la poderosa razón de que ese tercero ni es parte en el procedimiento ni puede serlo.

El que se atribuya el uso del vehículo a D.ª Evangelina, la obligará -obvio es decirlo-, a los gastos de mantenimiento ordinario del vehículo (combustible, reparaciones ordinarias, seguro, itv) por ser consustanciales al uso del vehículo. No así, sin embargo, el pago en exclusiva del préstamo contraído para su adquisición, a cuyo pago habrán de seguir obligados quienes lo concertaron y en los términos en que lo hicieron.

Este criterio es seguido, entre otras muchas sentencias, por la de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Civil sección 4 del 12 de marzo de 2021 (ROJ: SAP BI 1198/2021 - ECLI:ES:APBI:2021:1198), la de la Audiencia Provincial de Lugosección 1ª del 06 de marzo de 2020 (ROJ: SAP LU 263/2020 - ECLI:ES:APLU:2020:263), de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22 del 22 de enero de 2021 (ROJ: SAP M 546/2021 - ECLI:ES:APM:2021:546) y por la Audiencia Provincial de Barcelona sección 12ª en numerosas resoluciones, de entre las que podemos citar la Sentencia de 07 de mayo de 2013 (ROJ: SAP B 5263/2013 - ECLI:ES:APB:2013:5263) que razona así: “ el préstamo personal asumido con la entidad BANCO..., ha de quedar al margen del presente proceso de divorcio, debiendo ser atendido, frente a la entidad crediticia, por quien o quienes sean los prestatarios en el contrato o título de prestación. En suma ha de estarse al propio título con el que se formalizó el contrato mercantil de préstamo.”

Cabe añadir ex abundantia que en el Tribunal Supremo, en relación a los préstamos hipotecarios, en la la Sentencia del Tribunal Supremo 188/2011 de 28 de marzo de 2011 ha establecido su no consideración como carga del matrimonio, por constituir una deuda de la sociedad de gananciales incluida en el art.1362-2ª Código Civil, con base en el argumento de que “...el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el art. 1347.3 CC, que declara la ganancialidad de los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos, por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone elart. 1362.2 CC, la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes. Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad “, y de que “ En todo caso, se tratará de un problema de liquidación de la sociedad de gananciales, que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de la disolución y consiguiente liquidación del régimen. En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen económico matrimonial correspondiente “.

Falta de jurisdicción de los Tribunales españoles

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, AUTO DE 4 DE FEBRERO DE 2022

Falta de jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer del proceso de modificación de medidas interpuesto por el padre (ingresado en una prisión en España) al residir la madre y los hijos en el Reino Unido, siendo por tanto los Tribunales de ese país los competentes. No es obstáculo que el divorcio de mutuo acuerdo se tramitase en nuestro país.

D. Conrado formuló demanda frente a D.ª Zaira solicitando la modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de 17 de enero de 2014, dictada en procedimiento 65/2013, confirmada por SAP Bizkaia, Sec. 4ª, 40/2016, de 1 febrero, rec. 537/2015, reclamando que en tanto sigue ingresado en prisión, se disponga un régimen de visitas con sus dos hijos menores de edad de una vez al mes, con dos estancias consecutivas sábado y domingo en la zona habilitada con tal fin del centro penitenciario..., con la supervisión que se considere necesario para ello. Además, solicita comunicación postal y telefónica con los hijos.

Admitida la demanda, la Procuradora de los Tribunales D.ª… compareció en nombre y representación de D.ª Zaira, e interpuso declinatoria por falta de jurisdicción, afirmando que desde hace varios años madre e hijos menores de edad residen en Gran Bretaña y, por esa razón, los tribunales del Reino de España carecen de jurisdicción.

Admitida la declinatoria se opuso la parte actora, dictándose por el juzgado auto estimando su falta de jurisdicción en los términos que se han recogido en §1. Considera tal resolución aplicable los arts. 8.1 y 9.1 del Reglamento nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. Indicaba tal auto la competencia de la jurisdicción británica para conocer de la pretensión.

Frente a tal resolución se ha formulado recurso de apelación, alegando que no está justificada la residencia de los menores en Gran Bretaña, la especialidad del procedimiento en España, la aplicación del art. 769 de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), y el hecho de que el poder notarial recoja un domicilio en..., por todo lo cual, y lo demás que alega, entiende que debe revocarse la resolución y continuar el procedimiento.

Sobre la jurisdicción para conocer de la pretensión de la actora

Considera el auto recurrido que resulta aplicable el art. 8.1 del Reglamento nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, debido a su régimen transitorio tras el Brexit. Dicha previsión determina la falta de jurisdicción de los tribunales españoles. En el precepto se establece que “Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional”. Además, se menciona el art. 9.1 del Reglamento, que permite mantener la jurisdicción del Estado donde residía el menor “... durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia “.

La apelante entiende mal valorada la prueba que lleva a estimar la declinatoria. Asegura que no se ha acreditado la residencia de los hijos en Gran Bretaña y destaca que la madre presenta un poder que se otorga en.... Por tanto, entiende que el presupuesto que dispone el reglamento no concurre.

Respecto al poder que se presenta por representación procesal de la demandada, efectivamente recoge un domicilio en... (Bizkaia), pero está otorgado el 27 de febrero de 2015 (folio 199 y ss) de los autos, antes de que se presentara la demanda. En cambio, consta certificado del gobierno británico que concede a la demandada licencia indefinida de residencia como inmigrante en el Reino Unido, fechada el 28 de noviembre de 2019 (folio 202 de los autos). Alega el recurrente que no consta sello oficial ni figuran datos de la residencia, pero ni hay prueba que los desmienta ni caben las exigencias pretendidas cuan-

do se ha obtenido en una página web oficial. En consecuencia, si se atiende al art. 9.1 del Reglamento nº 2201/2003, los tribunales españoles conservaron su competencia tres meses más, hasta febrero de 2020.

La demanda, sin duda, se presenta con anterioridad, en 2018. Pero el demandante no facilitó ningún domicilio, y fue el juzgado quien tuvo que indagar para averiguarlo. Fruto de tal búsqueda fue la respuesta de la Embajada española en el Reino Unido de la Gran Bretaña, que indica que el domicilio de la demandada está en Londres. Tal comunicación tiene lugar el 22 de enero de 2021 (folio 132 de los autos), y el emplazamiento tiene lugar el 31 de mayo siguiente (folio 146). Se concluye, por tanto, que para cuando se realiza el emplazamiento ha transcurrido más de un año y medio desde que la Sra. Zaira tiene residencia legal en Gran Bretaña. No cabe considerar, por tanto, que la jurisdicción española se mantiene, porque antes de haber sido emplazada, madre y menores modificaron, legalmente, su residencia legal, lo que determina que, como señala el auto recurrido, la competencia para resolver corresponda a los tribunales de residencia de los menores.

De las demás normas alegadas

Sostiene la apelante otros motivos añadidos para defender la competencia de la jurisdicción española. En primer lugar, el informe del ministerio fiscal, que sin embargo no es vinculante, por lo que no es razón para no atender a la previsión del Reglamento 2201/2003. En cualquier caso, el fiscal sostiene que el tribunal debe ser el que corresponda al domicilio de los menores, por lo que, con los datos disponibles, habrían de ser los del Reino Unido.

Esgrime la demandante el art. 769.1 LEC, que dispone la competencia territorial para los procedimientos matrimoniales y de menores el del domicilio conyugal, y " En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado ". Cita, en el mismo sentido, el art. 107.2 del Código Civil (CCv). Tales normas son aplicables porque existe un punto de conexión para determinar la jurisdicción española, lo que no concurre en el caso de autos, donde falta el presupuesto. Por tanto, si ambos litigantes residen en España, podrá operar, pero si no es así, hay que estar a las normas internacionales que vinculan al Reino de España y, por tanto, al Reglamento nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Finalmente se entiende aplicable el art. 10 del Reglamento Bruselas II bis, norma prevista para casos de sustracción de menores, que no consta sea el caso. En la demanda no se alega que concurriera tal sustracción, pues se reconocía que la atribución exclusiva de la patria potestad a la madre tuvo lugar por resolución judicial que alcanzó firmeza. Todo ello conduce a que las alegaciones y el recurso sean desestimados.

Regímenes económicos matrimoniales

Necesidad de acreditar la preexistencia de los bienes

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2022

La preexistencia del objeto ha de referirse tanto a su existencia material en sí, como a su permanencia en la masa ganancial en el momento de efectuar el inventario, pues aún demostrada la existencia de tales objetos constante matrimonio han podido salir de la masa ganancial por pérdida, extravío o disposición fraudulenta. En el caso de autos, existe prueba razonable de que el collar y los pendientes existieron, pero no hay prueba de dónde se encuentran en la actualidad, no siendo ilógico que, en un contexto de liquidación contencioso de los bienes gananciales y compartiéndose el domicilio familiar por periodos alternos, en el que además existía una caja fuerte, hayan podido desaparecer las referidas joyas, sin que exista prueba alguna ni de que las dispuso fraudulentamente el esposo ni que las sigue poseyendo la esposa.

La Sentencia se pronuncia respecto a esta partida, excluyéndola, en los siguientes términos (Fundamento de Derecho Cuarto): " Por lo que se refiere al collar y los pendientes....debe desestimarse la petición, ya que, respecto al collar, no resulta acreditada su preexistencia dado que de las fotografías aportadas no se constata la existencia de una joya.... (y en todo caso))...daría lugar a su exclusión por ser un bien adquirido por la esposa a título gratuito, y por tanto privativo, conforme al número 2 del artículo 1.347 del Código Civil, pero, en cualquier caso, los pendientes se corresponden con el nivel económico de la familia, sin que conste acreditado que tienen un valor extraordinario, ni que los pendientes tuvieran un uso distinto del personal, esto es, como adorno de su persona de modo que, tratándose de artículos de uso personal de no tienen tal valor extraordinario han de ser considerados privativos conforme al art 1346. 7 CC...".

En relación a dicha partida, dos son las cuestiones que se plantean: su preexistencia en la masa ganancial y su posible inclusión en la tipología de bienes que define el artículo 1346.7º C. Civil como "ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor".

Respecto a la primera de las cuestiones, ha de precisarse que la preexistencia del objeto ha de referirse tanto a su existencia material en sí, como a su permanencia en la masa ganancial en el momento de efectuar el inventario, pues aún demostrada la existencia de tales objetos constante matrimonio han podido salir de la masa ganancial por perdida, extravío o disposición fraudulenta. En el caso de autos, existe prueba razonable de que el collar y los pendientes existieron (interrogatorio de la esposa), pero lo que se niega es que se sigan poseyendo por la demandante, pues se alega que han desaparecido. Y sobre esa segunda posibilidad no existe una prueba mínimamente creíble, pues la fotografía aportada, al no explicitarse su contexto y deducirse que corresponde a épocas anteriores a la ruptura, nada prueban sobre lo ocurrido con las referidas joyas cuando se produce la ruptura, no siendo ilógico que, en un contexto de liquidación contencioso de los bienes gananciales

y compartiéndose el domicilio familiar por periodos alternos, en el que además existía una caja fuerte, hayan podido desaparecer las referidas joyas, sin que exista prueba alguna ni de que las dispuso fraudulentamente el esposo ni que las sigue poseyendo la esposa.

En todo caso, la sala comparte el segundo argumento plasmado en la sentencia de que las referidas joyas son subsumibles en el apartado 7º del artículo 1346 C. Civil, pues por su valor, y dando por buenas las valoraciones aportadas por el recurrente de 10.000 y 6.000 euros, no pueden conceptuarse como objetos "de extraordinario valor" dado el nivel socioeconómico y el patrimonio acumulado por los litigantes, ni puede deducirse de tales circunstancias que el destino de las mismas fuese el de "inversión" y no el mero lucimiento por la esposa.

Disposiciones de dinero por uno de los cónyuges

AP MADRID, SEC. 31.ª, SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 2022

Debe figurar en el activo un crédito de la sociedad de gananciales frente al esposo por el importe del dinero que ingresó en la cuenta de su nieto menor de edad, disposición que el mismo manifestó que realizó sin conocimiento ni consentimiento de la esposa, por lo que sin duda se trata de una disposición que ocasiona un daño a la sociedad de gananciales, siendo por tanto de aplicación lo dispuesto en el art. 1390 del CC.

Respecto a la cantidad que se dice detraída por el demandado, en los cuatro años anteriores a la disolución de la sociedad de gananciales. La sentencia apelada justifica la exclusión argumentando: Se trata de disposiciones en efectivo realizadas en distintas fechas entre el 9 de febrero de 20018 y el 17 de junio de 2019, consiguientemente realizadas constante matrimonio, y gran parte durante la tramitación del procedimiento de divorcio. La cuantía total de tales reintegros se cifra en la cantidad señalada por la recurrente de 103. 825,24 euros.

Tal como se ha evidenciado en el interrogatorio efectuado, durante toda la convivencia D. Luis Francisco, manejaba sus cuentas bancarias, realizando los correspondientes ingresos y gastos, manifestando que su esposa y él siempre tuvieron cuentas separadas. En cuanto a la cantidad reclamada, es cierto que Don Luis Francisco no ha justificado su destino, salvo la cuantía de 45.000 euros, que reconoce ingresó en la cuenta de su nieto menor de edad, Íñigo, disposición que el mismo manifestó que realizó sin conocimiento ni consentimiento de la esposa, por lo que sin duda se trata de una disposición que ocasiona un daño a la sociedad de gananciales, por lo que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1.390 del Código Civil.

Por tanto, si bien es cierto, tal como señala la resolución apelada que no pueden incluirse en el haber ganancial las sumas que hubieran podido ser dispuestas en momento en que no estaba disuelta la sociedad, al considerarse que su importe se aplicó a gastos comunes. También lo es que existen supuesto en los que no cabe obviar la posible aplicación del citado art. 1390 CC que preceptúa: "Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto."

Resta por justificar el destino de los restantes 58. 825,24 euros, que consta acreditado con los extractos bancarios, y examinada la documental obrante en autos, y dado que las cantidades fueron detraídas en los meses previos a la interposición de la demanda de divorcio y durante la tramitación del procedimiento, constando acreditadas las disposiciones realizadas, desde el 9 de febrero de 2018 al 16 de diciembre de 2019, desde la cuenta abierta a su nombre en la entidad BANKIA, NUM009; a otra abierta a su nombre también, o a nombre de su nieto, Íñigo así como las

realizadas desde la cuenta abierta a su nombre en la misma entidad, NUM010, por importe de 17.000 euros, a la cuenta de su nieto, los días 31 de agosto de 2018 y 17 de junio de 2019. L

Estimamos que se trata de disposiciones que razonablemente no puede considerarse que debieron ser destinadas al pago de gastos y/o deudas de la sociedad de gananciales (art. 1362.1º CC), por lo que resulta procedente la inclusión de un crédito por su importe en el activo de la sociedad de gananciales, ya que el apelado en ningún momento ha justificado en que se invirtió ese dinero, y expresamente reconoce no haber dado cuenta a la que fuera su esposa de las disposiciones realizadas.

No puede admitirse la explicación, según la cual reunificó todo el dinero que tenían en las distintas cuentas para la compra de la vivienda que pertenece en un 25% a la sociedad de gananciales, puesto que consta acreditado que la vivienda se compró en 2012, es decir, varios años antes de que se realizaran las disposiciones cuestionadas. Por otra parte, tampoco el demandado apelado ha justificado que tales disposiciones fueran destinadas al pago de la hipoteca que pesaba sobre la vivienda, y que ha quedado acreditado fue concertada por su hija, figurando las partes solo como hipotecantes no deudores y fiadores solidarios. Por lo que no estando justificadas las referidas disposiciones, y dado su importe extraordinario, en relación con los usos y disponibilidad económica de las partes debe considerarse que el apelado es deudor a la sociedad por el importe señalado, que supone el total de 103. 825,24 euros, que deben computarse en el activo del inventario, como deuda de D. Luis Francisco. Importe que deberá ser actualizado en el momento de la efectiva liquidación de la sociedad, de conformidad con lo que establece el art. 1.397 CC.

Ejecución de Sentencias

Reclamación del pago de préstamos en ejecución de Sentencia

AP A CORUÑA, SEC. 4.ª, AUTO DE 9 DE FEBRERO DE 2022

El Convenio Regulador del divorcio no se limita a establecer las medidas atinentes a la guarda y custodia del hijo común, alimentos, régimen de visitas y vivienda familiar, sino que contiene un acuerdo sobre la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por el divorcio, conforme al cual se atribuye a cada uno de los cónyuges la mitad de los pasivos que hasta entonces habían sido comunes. Por tanto, es procedente la ejecución instada por la exesposa reclamando al ejecutado el pago del 50% de los vencimientos del préstamo que ella abonó en su integridad.

El Juzgado de Primera Instancia Nº. Tres de... despachó contra los bienes y derechos de don Blas la ejecución dineraria promovida por la representación procesal de doña Filomena sobre la base de un título judicial, la sentencia de divorcio de 17 de diciembre de 2014 que aprobó el convenio regulador que habían suscrito los cónyuges. La demanda ejecutiva se refería concretamente a la parte que el ejecutado debe asumir en los gastos extraordinarios y en el abono de uno de los préstamos contraídos durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Se da la circunstancia de que, en este caso, el convenio regulador del divorcio no se limita a establecer las medidas atinentes a la guarda y custodia del hijo común, alimentos, régimen de visitas y vivienda familiar, sino que contiene un acuerdo sobre la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por el divorcio, conforme al cual se atribuye a cada uno de los cónyuges la mitad de los pasivos que hasta entonces habían sido comunes.

Según la demanda, desde la fecha del divorcio la Sra. Filomena ha afrontado exclusivamente el pago de las cuotas correspondientes a uno de los préstamos bancarios contraídos durante el matrimonio (19.884,42 euros en total del préstamo... NUM000, de ABANCA), con lo que el ejecutado debe reintegrarle la mitad de esa suma puesto que en la liquidación de la sociedad de gananciales se convino asignar a ambos por mitad este y los demás préstamos integrantes del pasivo común.

El ejecutado se opuso a la demanda argumentando, por lo que aquí interesa, que aun cuando es cierto que no ha pagado la parte que le correspondía en el préstamo bancario a que se refiere la demanda y que ha sido la ejecutante la que ha atendido en exclusiva al pago de las cuotas, no puede acudirse a la ejecución en procesos de familia para obligar al codeudor solidario a pagar su parte, porque el reparto por mitad del préstamo -de la obligación de amortizarlo- no es directamente ejecutable. Alegó así la inadecuación del procedimiento con cita en apoyo de su tesis de varias resoluciones de audiencias provinciales.

El auto de 11 de febrero de 2021 del Juzgado de... desestimó la oposición argumentando que el motivo esgrimido no se encuentra entre los admisibles frente a una ejecución basada en títulos judiciales (artículo 556 de la LEC). Considera además que el titulo judicial comprende en este caso la obligación cuyo incumplimiento motiva la demanda ejecutiva, y no tiene sentido por ello pretender que la acreedora deba acudir a otro proceso declarativo para obtener un nuevo e innecesario título.

El recurso de apelación interpuesto por el ejecutado insiste, en líneas generales, en los términos de la oposición, esto es, en que el título no habilita una acción ejecutiva directa contra el ex cónyuge para el recobro de la parte del préstamo que éste no afrontó. Cuestiona igualmente el pronunciamiento del auto apelado en materia de costas procesales, por entender que el juzgado no ha valorado las dudas de derecho concurrentes.

Valoración por el tribunal.

El verdadero sentido de la oposición del ejecutado, ahora reproducida en líneas generales al recurrir en apelación el auto del juzgado, no es el de una inadecuación de procedimiento en sentido técnico sino el de la nulidad misma (parcial) del despacho de la ejecución en cuanto está sostenida en un título ineficaz porque no contiene pronunciamiento de condena que sea posible llevar a efecto. La alegación entronca así con la exigencia del apartado 1º del artículo 517 2 (que se refiere a sentencias de condena firmes) y a la prohibición general del apartado 1 del artículo 521 de la LEC (no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas). Está generalmente admitido, por otra parte, que alegaciones de esta naturaleza como base de una oposición, aun cuando no estén comprendidas en el artículo 556 de la LEC, no pueden ser eludidas por el tribunal porque cuestionan los presupuestos mismos del proceso de ejecución y habrán de conducir, en el caso de ser estimadas, a su sobreseimiento.

Nuestra valoración debe partir de recordar que las sentencias y demás resoluciones judiciales se han de ejecutar en sus propios términos, so pena de vulnerar el artículo 18 de la LOPJ. El Tribunal Constitucional, en numerosas resoluciones, ha reconocido tal derecho como formando parte del contenido del artículo 24. 1 de la CE (STC 92/88 de 23 mayo, 86/2006, de 27 de marzo, FJ 2, 22/2009, de 26 de enero, FJ 2, y 10/2013, de 28 de enero, FJ 2 entre otras).

A la hora de analizar la naturaleza de una resolución en orden a decidir si cumple las exigencias del nº. 1º del artículo 517 2 de la LEC no es relevante el empleo de la palabra condena u otra similar, sino verificar si efectivamente se impone a una de las partes una determinada obligación -de dar, hacer o no hacer- con respecto a la otra. De hecho, una sentencia matrimonial que apruebe un convenio regulador no contendrá de ordinario pronunciamiento alguno de expresa condena, sino la sanción judicial de medidas definitivas, no obstante lo cual se trata, indudablemente, de una sentencia ejecutable (con las especialidades del artículo 776 LEC).

En este caso, además, la sentencia de divorcio no se limita a sancionar las medidas adoptadas por las partes con relación al hijo común y a la vivienda familiar, sino que incorpora la liquidación de la sociedad de gananciales y con ella la distribución paritaria interna de los préstamos contraídos constante la sociedad de gananciales, abstracción hecha de si lo fueron por uno de los cónyuges o por los dos. Es así que, en este caso, disponemos precisamente del elemento diferencial que echan en falta las resoluciones de la AP de Jaén, sección 1ª, de 8 de enero de 2015, y de Pontevedra, sección 1ª, de 3 de abril de 2017, ambas extractadas en el escrito de recurso: la sociedad de gananciales ha sido liquidada en el mismo convenio regulador judicialmente aprobado y, como consecuencia de las atribuciones hechas, el codeudor que ha pagado una parte de la deuda superior a la que corresponde a su participación en ella queda habilitado para repetir frente al otro. Aquí no se trata de imponer al codeudor una conducta frente al acreedor común, sino de reclamar un codeudor frente al otro la parte que éste se obligó a satisfacer en el marco de una liquidación a su vez incorporada a un

convenio regulador judicialmente aprobado.

No dejamos de reconocer, pese a ello, que la cuestión es dudosa y que acaso una perspectiva más formalista -menos respetuosa con la efectividad de la tutela judicial que los tribunales deben procurar- podría remitir a la ejecutante a un nuevo proceso declarativo para obtener el reconocimiento de lo que, en realidad, el propio deudor ya ha reconocido en este caso, es decir, que adeuda efectivamente a la codeudora ejecutante la parte que asumió en la división interna de la deuda. En nuestro criterio, sin embargo, la línea de solución del auto apelado, atendidas las circunstancias del caso concreto y el marco de los procesos de familia en que nos encontramos, es la correcta.

Soluciones como la que aquí amparamos vienen siendo admitidas sin ambages por otros tribunales, por ejemplo en el auto de la Sección Tercera de la AP de Pontevedra de 9 de mayo de 2021 (nº. 51/2021), sobre la ejecución de una sentencia de divorcio que impuso el abono por mitad de las cuotas de dos préstamos, o en el de la Sección 1ª de la AP de Ávila, de 10 de enero de 2020 (nº. 2/2020), que contiene un amplio resumen de resoluciones en el mismo sentido.

Filiación

Reclamación de filiación materna y paterna

AP NAVARRA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 2022

Se estima la acción de reclamación de filiación paterna y materna de una menor que nació por gestación subrogada. Se da la circunstancia de que los padres llevan divorciados once años y la constitución de una adopción por ambos se considera un malabarismo jurídico.

Antonia y Valentín presentaron demanda de juicio verbal especial ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Tudela, frente al Ministerio Fiscal, en reclamación de determinación de la filiación por posesión de estado de la menor Carla, nacida el día 16 de febrero de 2010 en la ciudad de San Diego en Estados Unidos, declarándola hija de Antonia, como madre, y de Valentín, como padre, y procediendo a la inscripción de la filiación de la hija, Carla, con los apellidos de Antonio y Argimiro, en el Registro Civil de DIRECCION000 (Navarra), con la transcripción de la inscripción de nacimiento, comunicando la resolución judicial firme a otros Registros públicos que correspondan.

Comparecido el Ministerio Fiscal, solicitó la práctica anticipada de la prueba pericial biológica por el Instituto Nacional de Toxicología, y acordada mediante providencia de fecha 26 de mayo de 2021, las partes no comparecieron a la misma, y en la vista se opuso a la demanda, practicándose prueba documental y tres testificales.

El Juzgado dictó sentencia de 23 de julio de 2021, por la que, desestimando íntegramente la demanda, denegando el reconocimiento de la filiación por posesión de estado de la menor Marta, instada por Antonia y Valentín.

La representación de la/os Sra/es Antonio y Argimiro recurrieron en apelación, pidiendo la revocación, sosteniendo las mismas bases de su demanda.

El Ministerio Fiscal dedujo su escrito de oposición.

Solicitada por la parte recurrente la práctica en segunda instancia de la exploración de la menor Carla, que había denegada en la vista del Juzgado, mediante auto de 25 de octubre de 2021 fue denegada.

Al objeto de decidir sobre la pretensión desestimada a los demandantes, los hechos fundamentales de la sentencia recurrida pueden resumirse en:

1.- Carla nació el día NUM000 de 2010, en la ciudad de San Diego, California, Estados Unidos de América, y fue inscrito el nacimiento en el Registro Ci-

vil de San Diego, certificándose como padre y madre de la hija, los demandantes Antonia y Valentín, con los apellidos de Antonio y Argimiro, los mismos del pasaporte y tarjeta de la Seguridad Social, que le fueron expedidos a la recién nacida por las autoridades administrativas estadounidenses.

2.- Carla fue trasladada a España por los demandantes, los cuales para inscribir a la menor en el Registro Civil Central de Madrid iniciaron el correspondiente expediente de inscripción de nacimiento a través del Registro Civil de DIRECCION000, dictándose acuerdo con fecha 16 de septiembre de 2011, por el que denegaba la inscripción de nacimiento de Carla, al no haberse acreditado la relación de filiación entre el nacido y un ciudadano español.

3.- La situación de Carla se halla regularizada mediante Tarjeta de Residencia, de Familiar de Ciudadano de la Comunidad Europea, cuyo número es NUM001, concedida por la Delegación del Gobierno en Navarra resolvió con fecha 22 de mayo de 2013. Sobre esta base, todos los documentos, NIE, NIF, tarjeta sanitaria, empadronamiento, etcétera, identifican a Carla como hija de los demandantes.

4.- Los demandantes siempre han tratado a Carla como su hija natural, y ésta siempre ha tenido a los demandantes como sus progenitores únicos y legítimos. Desde que nació, los demandantes han cuidado del sustento y educación de Carla, pendientes de cualquier necesidad que precisara la menor, y en la actualidad siguen y continúan prestando los mismos cuidados y atenciones a su hija, lo mismo que en cuanto a su salud y bienestar físico.

5.- Las partes habían contraído matrimonio el 14 de agosto de 1999, y se divorciaron por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tudela de 12 de enero de 2011, constando la menor en el convenio regulador homologado judicialmente como su hija única común, y conviniéndose un régimen de guarda y custodia compartida, conviviendo Carla con su padre en DIRECCION000, y la familia extensa paterna, con primos de su misma edad, con los que se relaciona habitualmente, y con su madre en DIRECCION001, y la familia extensa materna, con primos de su misma edad, con los que relaciona habitualmente.

6.- De manera reiterada, sin solución de continuidad, y expresada notoria y públicamente, durante doce años, los demandantes han ejercido las potestades de la responsabilidad parental para con Carla, como su hija única común.

7.- No hay prueba de base biológica para fijar la filiación de los actores respecto de Carla.

La sentencia apelada no establece una versión judicial de hechos, ni el recurso de apelación denuncia error en la valoración de la prueba, lo que, a la luz de lo documentado con profusión y el resultado de las declaraciones testificales, indica que los elementos fácticos del debate son, en realidad, si no totalmente incontrovertidos, probados de sobra.

Lo único que queda ocluido es lo que pertenece al grueso de la resistencia del Ministerio Fiscal, pero que en absoluto es base de la pretensión, ni postula serlo en esta segunda instancia, a saber, el origen del mensaje genético de Carla, que en esta alzada ha cumplido doce años de edad, y la participación en el mismo de sus demandantes, como progenitores.

Acción de filiación por la posesión de estado de una menor, sin base biológica probada en la generación.

La apelación tiene por objeto defender la filiación, paterna y materna, postuladas por la posesión de estado de Carla, y es quejosa de que la sentencia de primera instancia no resuelve a propósito en absoluto.

Y es lo cierto que, tan sobradamente probada se encuentra la posesión de estado entre Carla, y su madre Antonia y su padre Valentín, en el plano histórico, como que el asunto que se resuelve, excitada la juzgadora a quo por la contestación del legitimado extraordinario en defensa de intereses públicos, el Ministerio Fiscal, es de su valoración jurídica.

La STS 267/2018, de 19 de mayo (RJ 2018, 1854), proclama que la posesión de estado tiene un componente fáctico, los hechos probados a partir de los cuales el tribunal valora jurídicamente si existe o no la posesión de estado, pero que una cosa son los hechos que integran los diversos elementos de la posesión de estado (nomen, tractatus, fama), y otra, la valoración jurídica de esos hechos, es decir, si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado.

La indicada sentencia indica que lo absolutamente imprescindible es el tractatus, es decir, actos de atención y asistencia al hijo que comporten el cumplimiento de la función propia de madre o padre, e igualmente es necesario que concurra la fama, una exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades (derechos/deberes). El nomen, mediante el uso de apellidos puede apreciarse de modo flexible, y lo preciso para el reconocimiento de la fama es la perseverancia estable, esto es, que consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y enca-

denados de los que resulte el goce público de una relación de filiación.

El Tribunal, a quien así lo pide el recurso de apelación, considera que los hechos probados del caso afirman, además de que Carla lleva los apellidos Antonio y Argimiro, y así aparece en el convenio regulador del divorcio, y por consiguiente, en la sentencia, firme desde hace once años, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Tudela; que existe una relación de filiación "vivida", en que los demandantes se tienen como padre y madre de Carla, y ésta como su hija única común, desde su nacimiento, tratándose en la indicada condición, y observando un comportamiento congruente con los deberes de progenitores y los derechos de hija menor; y que la fama de ello, para la Administración, el sistema educativo, de Salud, familia extensa, amistades, etcétera, como exige el art. 131 CCiv, resulta "constante", con el máximo grado de persistencia y continuidad.

Sin embargo, la resistencia del Ministerio Fiscal se encuentra en que no hay relación de filiación que deba establecerse legalmente, puesto que niega que sin participación biológica pueda darse, salvo la adopción, y la sentencia apelada así parece aceptarlo, acudiendo a la doctrina proclamada en la STS -Pleno- 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 833), la que se transcribe ampliamente en la sentencia apelada, aunque sin mención al dictado de la STEDH de 26 de junio de 2014 (PROV 2014, 176908), la cual contenía potencialidad para mover a modificar aquella doctrina, aunque resultó que no lo hizo, ya que el Alto Tribunal se mantuvo en su posición en base a los fundamentos contenidos en su ATS de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015, 141).

Nuestro sistema de Derecho interno no es de vinculación al precedente judicial, y no se prevarica por contrariar una doctrina jurisprudencial, pero la lógica del sistema supone el alineamiento con la solución conseguida en las sentencias de Pleno de la Sala I TS, cuando no haya diferencias sustanciales en los presupuestos de hecho de la casación, y por las limitaciones del recurso, desde las posturas de las partes, no haya tenido que ocluir alguno de los extremos que se elucidan en una nueva instancia.

Lo que ocurre es, de una parte, que el precedente jurisprudencial, que el Tribunal asume, además de por su autoridad, por compartir el criterio, no se refiere exactamente al objeto del presente proceso; y de otra parte, la aplicación de su motivación de fondo a este objeto requeriría, por principio dispositivo, de un planteamiento del Ministerio Fiscal que no se ha producido, no ha sido estudiado en la sentencia del Juzgado, y que el Tribunal de la alzada únicamente podría introducir ex novo en tutela del interés superior de Carla, lo cual no hay manera de comprender tuitivo, como se expondrá.

La STS de 6 de febrero de 2014 resolvió en último grado jurisdiccional la impugnación por parte del Ministerio Fiscal de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (del tiempo en que las partes, después de diez años de matrimonio, buscaban un hijo), por la que se acordaba la inscripción, a favor de los progenitores intencionales (una pareja valenciana del mismo sexo), de dos niños nacidos en California mediante la gestación por sustitución, en el Registro Civil consular de Los Ángeles. La impugnación se estimó, tanto en la instancia como en la apelación, ordenándose dejar sin efecto la inscripción realizada, lo cual se sanciona en casación, confirmando las resoluciones judiciales anteriores. La doctrina forjada se vierte acerca del reconocimiento de una decisión extranjera, aplicando la excepción de contrariedad al orden público internacional español, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizadas en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el reino de España, y los valores y principios que estos encarnan. La inscripción de la filiación procedía -aunque no estaba documentado- de un contrato de gestación por sustitución -los progenitores eran dos varones casados-, el cual resulta una infracción de normas destinadas a evitar que se vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, y posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población (tanto por poder sufragar el precio, como por poder hacerlo en dólares, a 10.000 km, en una sociedad de alto nivel de vida, añadimos).

En el presente proceso no se pretende la inscripción de la filiación resultante del certificado de nacimiento extranjero de Carla (hace una década denegada en la vía registral), sino la determinación de la misma por la posesión de estado, y no hay prueba alguna acerca del contrato de gestación subrogada. El certificado de nacimiento californiano no se tiene en cuenta más que para explicar la circunstancia, y para fijar la fecha y el lugar de nacimiento, puesto que la pretensión no es adjetiva y registral, sino material y a través de un expediente legal de fijación de la filiación, que no se basa en elementos biológicos, sino en los indicados hechos, sobre nombre, trato y fama, y su valoración jurídica. Por otro lado, quienes se pre-

tenden madre y padre fueron matrimonio tradicional, pero desde un año después de tener a Carla, están divorciados, siendo la guarda y custodia compartida.

Lo único semejante al objeto del proceso presente y el que tiene fijada jurisprudencia radica en que no existe prueba de la contribución biológica de los progenitores a la generación de la menor. Y la cuestión es que el Ministerio Fiscal constituye esto en lo que fundamenta su contestación opositora de la demanda, manteniendo como único vehículo legal válido para la determinación de la filiación ajeno a la transmisión de material genético la adopción. Y esto no es así, porque la posesión de estado determina la filiación con arreglo al art. 131 CCiv, si no contradice otra determinada válidamente, como es el caso. Esto es evidente, si se contempla el ejemplo clásico moderno de paternidad por posesión de estado, cuando existe afirmación del elemento biológico, aunque sin posibilidad técnica de demostrarlo (desaparición física de muestras hábiles).

Recibiendo la doctrina jurisprudencial, efectivamente la Sala I TS, al decidir la ineficacia de la inscripción de una decisión extranjera, que admite la filiación surgida de un contrato de gestación concertado en el extranjero, pero que está prohibido en España, apunta a la ilicitud de determinar la filiación sospechosa de dicho origen. En el fondo, colocar el orden público como enervante del asiento en el Registro Civil, representa un veto, en sede de reconocimiento de resolución norteamericana, a que se sortee la legislación española, cuando no existe ningún vínculo jurídico de los implicados con EE.UU. Así examinado, podría considerarse que, como el reconocimiento de validez de la inscripción de las decisión de la California estadounidense, en los términos en los que la normativa registral civil española lo permitía, pudiera reputarse la utilización de dicha normativa como cobertura para amparar la infracción de una norma imperativa (art. 10 Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida), cometiendo fraude de ley; también podría considerarse que admitir la validez de la posesión de estado sospechosa de arraigarse en una gestación subrogada, sería mecanismo de fraude de la predicha nulidad radical de Ley especial mediante la cobertura de art. 131 CCiv.

Sin embargo, esta cuestión del fraude de ley no ha sido planteada, ni bien ni mal, por el Ministerio Fiscal en la primera instancia, y tampoco al oponerse al recurso de apelación, cuando hubiera sido inaceptable cuestión nueva. El art. 456.1 LEC delimita el ámbito del recurso de apelación en nuestro ordenamiento al constreñirlo a “los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia”. Es la versión para la segunda instancia de la prohibición de la mutatio libelli, esto es, que aun permitiendo al Tribunal de apelación examinar en su integridad el objeto litigioso, no autoriza a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la primera instancia, dado que ello se opone al principio general de derecho pendente apellatione nihil innovetur que aparece recogido en una jurisprudencia abundante (específicamente dignas de consulta SSTS 156/2012, 9 de marzo, y 23/2016, de 3 de febrero).

Ese hipotético fraude de ley, como se ha descrito, no se limita a dar otro nombre jurídico al objeto procesal, ni a invocar una norma distinta de las invocadas en primera instancia, sino a aplicar una fundamentación jurídica nueva y no concatenada con la situación litigiosa, que simplemente era la ausencia de base biológica de la filiación pretendida. El argumentar ex officio, y sin posible contradicción de la defensa de las partes actoras, sobre el fraude de ley, extraordinariamente pudiera concebirse desde art. 752.1 y 3 LEC para conjurar un perjuicio grave inmediato de Carla, en la línea de su interés superior. Y en absoluto perjudica a Carla que sus progenitores de hecho desde que nació pasen a serlo de derecho, por la posesión de estado. Por el contrario, la benefician, como de forma cristalina deriva de la mencionada STEDH de 26 de junio de 2014, al concluir que los menores verían conjurada la lesión de su derecho al respeto de la vida privada y familiar, permitiendo establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales, lo que incluye la relación legal padre-hijo.

Aquí, a fin de introducir la cuestión nueva del fraude de la Ley 14/2006, y más allá, del fraude de los valores asumidos por la sociedad como propios, desde derechos fundamentales, constitucionalizados, inspiradores del ordenamiento nacional y las convenciones internacionales, no podemos contemplar los bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación, como hizo la Sala I TS en la sentencia, que es la base exclusiva de la sentencia apelada. Lo podríamos contemplar, si se hubiera planteado el fraude de ley, como es debido.

Precisamente, la misma Sala I TS, al concluir en su ATS de 2 de febrero de 2015 que su sentencia de pleno de 6 de febrero de 2014 no aquejaba la vulneración de los derechos del menor al respeto de su vida privada y familiar, ponderaba que la legislación nacional francesa censurada en la indicada STEDH (los gemelos franceses Mennesson, en aquel tiempo,

quedaban en una posición de inseguridad jurídica por carecer de identidad parento-filial en Francia, teniéndola solo en EE.UU.), no era comparable a las vías para determinar la filiación entre los padres y los hijos en el Derecho español. Se decía que podía determinarse la filiación biológica de uno de los miembros de la pareja, y la filiación por adopción del otro miembro o bien, expresamente: "por ejemplo, determinando la filiación acorde con la situación familiar de facto (como en el caso del acogimiento por abandono de la madre gestante o la posesión de estado)".

Cabalmente lo último anterior, que se pretende en este proceso respecto de Carla, viniéndole con la filiación, por la vecindad de ambos progenitores, la condición foral de navarra y los derechos hereditarios del Fuero Nuevo, tutelando su derecho a la vida familiar, y perfectamente integrada en los dos grupos familiares de convivencia, de DIRECCION001 y DIRECCION000.

En fin, debemos añadir, de una parte, que, prohibida la maternidad subrogada en España, no es convincente que sea visto como una manera de retorcer una realidad consecuencia de otra que no lo es, el empleo del instituto de la posesión de estado, tras de doce años de los comportamientos iniciales. Y de otra parte, que en el caso concreto, de quienes llevan divorciados once años, la constitución de una adopción de los dos demandantes de su hija única común, con dos "nidos" parentales, sería mayor malabarismo jurídico.

Lo razonado impone la estimación del recurso de apelación y revocación de la sentencia apelada, declarando la determinación de filiación materna y paterna de Carla, por posesión de estado.

Uniones de Hecho

No exite derecho a alimentos

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 2022

La actora tiene capacidad económica más que suficiente para hacer frente a su propio sustento y ello porque tiene unos ingresos de 1100-1200 euros al mes netos y no tiene gastos de vivienda al residir con sus padres, por lo que no procede fijar a su favor una prestación alimenticia tras la ruptura de la pareja de hecho.

La sentencia apelada desestima la petición de pensión de alimentos efectuada por la Sra. Eufrasia.

La parte apelante, la Sra. Eufrasia, vuelve a solicitar que se establezca una pensión de alimentos de 600 euros al mes por cinco años ya que durante la relación de pareja la Sra. Eufrasia se dedicó principalmente al cuidado de la casa y del menor cuando nació, que no trabajó lo que le supuso que su capacidad para percibir ingresos se ha visto disminuida y que tiene un trabajo actualmente precario y temporal

La parte apelada, Sr. Maximiliano, solicita la confirmación de la desestimación ya que la solicitante no ha probado estar en situación de necesidad siendo la misma solvente e independiente económicamente.

La sentencia que se recurre establece sobre esta cuestión que la parte solicitante, sobre la que recae la carga de la prueba no acreditado los requisitos exigidos en el art. 234.10 del CCCat.

Para que proceda la fijación de una prestación alimentaria a favor de cualquiera de los convivientes es preciso que quien la solicita se encuentre en alguno de los supuestos contemplados en el art. 234-10 del CCCat, esto es, o que la convivencia haya reducido la capacidad del solicitante de obtener ingresos, o que tenga atribuida la guarda de

los hijos comunes en circunstancias que su capacidad de obtener ingresos quede reducida, pero en ambos casos debe partirse de la necesidad de la prestación por el reclamante para hacer frente a su propio sustento. El solicitante de la prestación debe carecer de medios propios para alimentarse. Así lo dispone el art. 234-10 del CCCat al señalar en su apartado primero que "Si la pareja estable se extingue en vida de los convivientes, cualquiera de los convivientes puede reclamar al otro un prestación alimentaria, si la necesita para atender adecuadamente a su sustentación (...)".

Y que es requisito indispensable para fijar la prestación alimentaria que el solicitante carezca de capacidad económica para atender a su propia sustentación se ha recogido entre otras en la Sentencia del TSJC del 19 de noviembre de 2018 en la que se dispone: "En la STSJC 55/2018, de 7 de junio, declaramos que la naturaleza de esta prestación alimentaria regulada en el art. 234-10. 1 CCCat se establece en función de si quien la necesita puede atender, en primer lugar, adecuadamente a su sustento y, seguidamente, añade, se concede cuando concurren alguno de los dos casos que se contemplan en la norma: (a) Si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos, y (b) Si por razón de la guarda de los hijos comunes ha disminuido la capacidad de obtener ingresos. Para el primer supuesto tiene una limitación temporal de tres anualidades, y en el segundo se puede atribuir mientras dura la guarda - art. 234-11. 3 CCCat.

Es una prestación que tiene una naturaleza mixta: alimentaria y con un componente compensatorio. Para su adopción, como sucede en la litis, debe examinarse si concurren una necesidad alimenticia -art. 237- 5 del CCCat y se concede aplicando el criterio de proporcionalidad del art. 237- 9 del CCCat; acordándose siempre que se reúnan junto a ello los dos supuestos anteriormente reseñados en el art. 234-10. 1 del CCCat, es decir, si la convivencia disminuyó su capacidad de ingresos -en dicho supuesto se impone una limitación temporal de tres años- o bien si la razón de dicha disminución de la capacidad de ingresos ha sido la guarda de los hijos, en cuyo caso la limitación no opera hasta que se proceda a la extinción de la guarda de los hijos comunes".

En este caso, de la prueba obrante en las actuaciones, resulta que la Sra. Eufrasia, como acertadamente establece la sentencia apelada, tiene capacidad económica más que suficiente para hacer frente a su propio sustento y ello porque tiene unos ingresos de 1100-1200 euros al mes netos y no tiene gastos de vivienda al vivir con sus padres.

CASOS PRÁCTICOS

La publicación de imágenes de un menor en cualquier red o sistema de comunicación, debe contar con el previo consentimiento del otro progenitor. Pero ¿dicho consentimiento puede revocarse?

La publicación de imágenes de un menor no es inocua. Tiene relevancia, en cuanto afecta a derechos de relevancia constitucional, como la integridad moral a la que alude el art. 15 de la Constitución (CE), y el de la intimidad personal o familiar y la propia imagen (art. 18 CE). Normalmente serán los progenitores de un menor de edad quienes, ejercitando conjuntamente la patria potestad, garantizan tales derechos. En situaciones de crisis familiar tal acuerdo también es exigible, pues salvo privación de la patria potestad de alguno de los progenitores, lo habitual es el ejercicio consensuado de esta potestad.

Teniendo en cuenta que, con la publicación de su imagen en las redes sociales, el interés del menor es el que está en juego, consideramos que la conformidad que en su día pudiese haber dado uno de los progenitores para la publicación de imágenes, no es una autorización perpetua para que las imágenes continúen *sine die* en las redes sociales y en cualquier momento puede ser revocada, debiendo retirarse en ese mismo instante las fotografías que se hayan subido a las distintas plataformas de redes sociales. La AP de Vizcaya, Sec. 4.ª, en su Auto de 4 de febrero de 2022 resolvió la cuestión en este sentido: “La resolución que cabe adoptar es que la publicación de imágenes de la menor, en cualquier red o sistema de comunicación, debe contar con el previo consentimiento del otro progenitor. Sólo así se garantiza el ejercicio conjunto de la función de garantía del menor que constituye la patria potestad. Además, tal consentimiento expreso puede revocarse en cualquier momento, circunstancia que obligará a retirar las imágenes, pues de lo contrario surgiría título ejecutivo para exigirlo en ejecución de sentencia”.

Curso de Alta Especialización en Derecho de Familia

La Alta Especialización en Familia se consigue con la AEAFA y la EPJ de la Complutense

- **Ya está abierto el plazo de inscripción para la tercera edición de este curso de Derecho de Familia**

- **"Superpráctico", "un profesorado excelente", "una opción muy acertada", confirman los abogados que ya se han titulado, muchos de ellos con años de experiencia profesional**

- **Esta formación se ha convertido en un referente a nivel nacional para los letrados que quieren profundizar en el Derecho de Familia**

Los adjetivos y las respuestas de satisfacción se suceden y son coincidentes: superpráctico, un profesorado excelente, una opción muy acertada… Las manifestaciones de los alumnos, la mayoría con amplia experiencia profesional en Familia, no dejan margen de duda. El Curso de Alta Especialización en Derecho de Familia se ha convertido en un referente a nivel nacional en un corto espacio de tiempo.

La tercera edición de esta propuesta formativa organizada por la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense y la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) arranca en febrero de 2023 y el plazo de inscripción ya está abierto en la página web: https://www.epj.es/oferta-formativa/cursos_de_alta_especializacion/curso_de_alta_especializacion_en_derecho_de_familia/

El interés que ha despertado este curso viene avalado por los propios abogados que se han titulado: cerca de un centenar de profesionales han pasado

con éxito por las aulas presenciales y virtuales de la Complutense a lo largo de las dos últimas ediciones. El seguimiento de las clases vía online es la opción más atractiva para los alumnos procedentes de toda España, puesto que permite conciliar la vida laboral y familiar.

"Aunque el curso es el viernes por la tarde y el sábado por la mañana, os aseguro que estaba esperando que llegaran esos días para asistir a las clases", sostiene la letrada Juana Amengual (Mallorca). "No es un curso teórico al uso, nos han transmitido experiencias, y que un abogado regale eso es muy difícil, porque nos aportan armas 'secretas' muy poderosas", afirma María Piquer (Almería).

LA OPINIÓN DE LOS PROTAGONISTAS

Ana Méndez (Madrid). Abogada con más de 25 años de experiencia, de ellos 15 en el ámbito del Derecho de Familia. "Puedes pensar que, si llevas tanto tiempo ejerciendo, este curso no te hará falta: todo lo contrario. Es enriquecedor cien por cien. Todos los profesores son buenísimos. Entre las materias importantes, destacaría la liquidación de la sociedad de gananciales. A los abogados nos cuesta un poco hacer números y esta cuestión está muy bien impartida. Es un curso totalmente recomendable, incluso aunque lleves muchos años de experiencia te vas a dar cuenta de que hay muchas cosas que se te habían olvidado y de repente dices '¡cómo no me acordaba de esto para utilizarlo!'".

Sergio Geijo (Gijón). "Llevo 16 años en ejercicio y ya tengo muchos procesos de Derecho de Familia a mi espalda. El curso hace honor a su nombre. Me apunté para profundizar en materias y me he dado cuenta de que nunca se sabe todo sobre Derecho de Familia. A la calidad humana y técnica del profesorado se une la de los alumnos del curso, entre los que ha surgido una conexión especial".

Jorge Pazos (Las Palmas de Gran Canaria). 20 años de ejercicio. "Me decidí hacer este curso porque quería profundizar en Derecho de Familia. Ha sido una opción muy acertada gracias a los profesores, con su enfoque práctico de las materias. Ahora puedo decir que me considero un especialista en Derecho de Familia. He dado un salto cualitativo tras hacer el curso".

Isabel Carvajal (Madrid). "Me dedico al Derecho de Familia desde hace 25 años. Me ha sorprendido el nivel del profesorado y la practicidad con la que se enfoca el temario. Recomiendo mucho este curso".

Juana Amengual (Palma de Mallorca). “Este curso me ha encantado, superpráctico con profesores excelentes. Aunque el curso era el viernes por la tarde y el sábado por la mañana, os aseguro que estaba esperando que llegaran esos días para asistir a las clases. . Entre las asignaturas, destacaría el Derecho Concursal, que desconocía y me ha gustado mucho”

María Piquer (Almería). “Me ha parecido magnífico, con magistrados y abogados en ejercicio con mucha experiencia. No es un curso teórico al uso, nos han transmitido experiencias, y que un abogado regale eso es muy difícil, porque nos aportan armas ‘secretas’ muy poderosas (sonríe). A raíz de la ponencia de Derecho Canónico, que en principio no me llamaba la atención, me he planteado especializarme en esta rama”.

TODO LO QUE NECESITAS SABER

Online o presencial. Tú eliges.

Esta titulación podrá cursarse tanto en modalidad presencial como vía online. En esta segunda modalidad, los alumnos pueden conectarse a las clases presenciales impartidas en la EPJ desde cualquier dispositivo electrónico (PC, tableta, teléfono móvil), planteando al profesorado las dudas y cuestiones que estimen pertinentes e interactuando con el resto de los alumnos, tanto presenciales como online, en tiempo real. Asimismo, podrán visionar las sesiones en diferido. La EPJ cuenta, a estos efectos, con un moderno campus virtual, desarrollándose la docencia online a través de la aplicación “Zoom”.

¿Cuándo comienza y qué horarios tiene?

De febrero a junio de 2023. Viernes de 16.00 a 20.30 horas y sábados de 10.00 a 14.00 horas. La asistencia mínima requerida al curso será del 70%, en cualquiera de las modalidades (online o presencial).

¿Cuánto cuesta?

2550 euros. Descuento del 10% para asociados de la AEAFA, alumnos y antiguos alumnos de la UCM y de la EPJ de la Complutense.

Este Curso puede ser bonificado a través de FUNDAE (Fundación Tripartita).

Financiación: 1400 euros de inscripción y tres mensualidades de 400 euros de marzo a junio.

Dirección

- Matilde Cuena Casas. Catedrática de Derecho Civil. Universidad Complutense. Vicepresidenta de la Fundación Hay Derecho. Abogada.

- Carmen López Rendo. Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad de Oviedo. Abogada de Derecho familia. Miembro de la Junta directiva de la Asociación Española de Abogadas de familia (AEAFA).

Coordinadora. María Márquez González. Abogada de Derecho Familia. Lextone Abogado.

Más información: https://www.epj.es/oferta-formativa/cursos_de_alta_especializacion/curso_de_alta_especializacion_en_derecho_de_familia/

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

ACTUALIDAD
DERECHO DE FAMILIA 2022

Directores: Enrique Ortega Burgos y Teresa Echevarría de Rada

Editorial Tirant lo Blanch
1.ª Edición
2022 - 476 pág.

Esta obra reúne las cuestiones más novedosas y prácticas de la disciplina, comentadas por una cuidadosa selección de juristas, abogados, jueces, académicos, presentados al lector de forma rigurosa y clara para estar permanentemente actualizado con las cuestiones más relevantes.

La colección acerca al lector en artículos cortos y rigurosos, todas las novedades, sentencias, operaciones y cuestiones más candentes para que puedan ser utilizados como fuente de actualización, consulta y referencia en la práctica profesional diaria.

VADEMECUM FAMILIA

Editorial Colex
1.ª Edición
2022 - 595 pág.

Les presentamos el Vademecum de Familia, una obra indispensable para todo especialista en esta rama del derecho civil, en la que se recopila información práctica sobre las siguientes materias:

El matrimonio: sus regímenes económicos y los procesos matrimoniales (nulidad, separación y divorcio).

La paternidad, filiación y la patria potestad: destacando aspectos tan controvertidos como la filiación de los nacidos mediante la gestación subrogada.

La nueva regulación sobre el apoyo a las personas de edad o con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La custodia de menores: análisis pormenorizado de los diferentes sistemas de custodia en nuestro ordenamiento jurídico.

El derecho de alimentos de los hijos: especial mención a la pensión alimenticia.

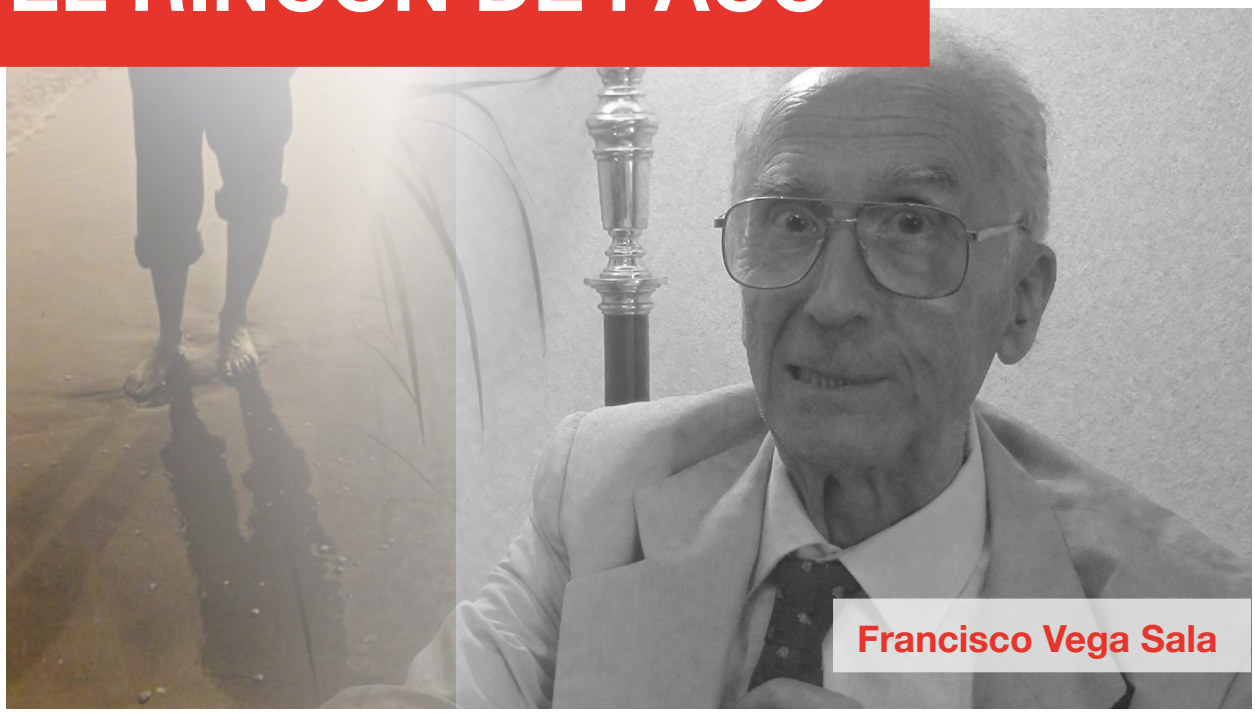
La atribución de la vivienda familiar tras las crisis matrimoniales.

La pensión compensatoria: análisis jurisprudencial sobre su fijación y modificación.

Toda la obra se encuentra actualizada a las últimas novedades legislativas y jurisprudenciales, con un enfoque eminentemente práctico, acompañando la explicación de cada uno de los temas con cuestiones prácticas del día a día de los profesionales especialistas en derecho de familia.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

EL RINCÓN DE PACO



Francisco Vega Sala

¿NO ES DEMASIADO TARDE YA?

Esto se lo oí decir a un compañero, refiriéndose a la tan cacareada reforma (o construcción) de la jurisdicción de familia, el día que se publicó en el BOE (16 de diciembre de 2021) la "Ley 17/2021 de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales",

Evidentemente que hay cosas que cambian y, por eso, no debe ser infrecuente encontrar leyes de modificación de las existentes o un nuevo planteamiento para resolver las situaciones que las leyes que se modifican no supieron o no pudieron resolver o no había elementos para hacerlo, pero para estos casos ¿no sería suficiente, argumentaba el compañero, aplicar el art. 3ª.1 del CC, que parece olvidado, "Título Preliminar" de dicho Código ("¡Las normas se interpretaran según….. la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas") ? pero, ¿verdad que se tiene la sensación de que el legislador mas que "interpretar" prefiere "crear" al amparo del art 1º.1 CC ? ¿No les parece que en los últimos 500 años de historia ha habido más "creaciones" que "interpretaciones"?

Fijémonos, por ejemplo, en este instituto que parece ser la razón de ser de los que leemos esta revista: la familia.

1º) Por Real Cédula de 12 de julio de 1564 se declaran y se convierten en leyes del Reino, es decir del Estado, los cánones aprobados en la sesión 24 del Concilio de Trento, de la Iglesia Católica. ¿Es "creación" o "interpretación" ?

2º) 324 años después., el 11 de mayo de 1888 se publica la Ley de Bases del Código Civil y en ella se lee: "Base 3ª.- Se establecerán en el Código dos formas de matrimonio: el canónico….y el civil…") ¿Es "creación" o "interpretación"?

3º) Esta misma Ley de Bases, al referirse a las relaciones económicas vinculadas al matrimonio las establece como "contratos" (voluntad concorde de las partes), con referencia concreta al "contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio" y dice en su Base 22:: "-El contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges, sin otras limitaciones que las señaladas en el Código…"

93 años después, casi un siglo, el contrato (voluntad de las partes) sobre bienes con ocasión del matrimonio no está en el CC, pero la Ley 11/81 de 13 de mayo 1981 introduce una normativa, de tipo reglamentaria, no contractual que intitula "Régimen económico matrimonial". ¿Es "creación" o "interpretación" ?

4º) 136 años después de haberse publicado el CC, el 15 de diciembre de 2021 se publica la Ley 17/2021 de modificación del Código Civil, la Ley hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, cuyo Preámbulo se inicia con este reconocimiento: "La actual regulación de los bienes del Código Civil dota a los animales del estatuto jurídico de cosas. En concreto con la condición de bienes muebles. ……el Código Civil sigue sin reconocer que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad."

¿No se ha consumido demasiado tiempo queriendo construir una jurisdicción de familia útil, preguntaba mi compañero? Y quizá tenga razón ¿No creen? Máxime cuando hemos entrado en el mundo digital, en la era de internet, porque hoy la familia, ¿no puede definirse como una red de relaciones de parentalidad? y la sociedad en que vivimos ¿cómo una red de redes de relaciones de penalidad? La "familia" tiene una nueva dimensión y si no recuerden ustedes como venían redactados los recordatorios de entierros y funerales y las necrológicas. A primeros de año falleció el genial arquitecto Ricardo Bofill Levi y "La Vanguardia" del día 15 de enero del presente año publica un recordatorio que ocupa toda la página y esta así redactado:

"Ricardo Bofill ´Levi (1939 – 2022)."Nómada, sigo siendo un nómada". Despedimos con amor y profunda admiración a nuestro Maestro en la arquitectura y en la vida. Sus hijos… y…, su pareja…, las madres de sus hijos… y…, su hermana…, sus nietos…, sus sobrinas… y sus colaboradores…"

Y entonces me preguntó mi compañero ¿Y si la familia es una red de redes de parentalidad no hay que desconstruir lo que llamamos jurisdicción de familia y construir una red de redes de posibles soluciones de los problemas parentales entre las cuales: 1") Encauzar los problemas de los menores y de los animales de compañía fuera de los Juzgados. 2º) Que los Jueces juzguen, es decir que digan lo que dice la ley, pero que no ejecuten lo juzgado (¿Qué pasa, se pregunta el compañero, si un Juez al ejecutar lo juzgado se da cuenta de que se equivocó? 3ª) ¿Es lícito pensar que los que están en mejores condiciones para ejecutar lo juzgado son los Letrados de la Administración de Justicia? 4ª) La ley 17/2011 modifica muy pocos artículos de la LEC, por tanto los otros serán de aplicación. 5ª) Recordemos que existe la mediación y los equipos técnicos que todos ellos pueden ser de gran utilidad, etc. Afortunadamente mi compañero se fue porque en el umbral de la puerta me preguntó si había un derecho penal de los animales porque estaba invitado a tomar a última hora una copa de oporto con tostadas y foie-gras.

PRÓXIMAS JORNADAS

XXVI JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA SEVILLA 2022

AEAFA · ICAS

6 y 7 de octubre

LUGAR DE CELEBRACIÓN

Salón de Actos de la Facultad de Derecho
C/ Enramadilla, nº 18-20
(frente Edf. Viapol) 41018 SEVILLA

DIRECTORA DE LAS JORNADAS

D.ª María Pérez Galván
Abogada. Vicepresidente de la AEAFA

JUEVES 6 DE OCTUBRE

16:00 h.
Acreditación y entrega de documentación

16:30 h.
Presentación y apertura

D. Rafael Márquez Romero
Presidente de la Secc. 2ª de Familia de la AP de Sevilla

D. Fernando Rodríguez Villalobos
Presidente de la Diputación Provincial de Sevilla

D. Óscar Cisneros Marco
Abogado. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla

D.ª María Dolores Lozano Ortiz
Abogada de Familia. Presidente de la AEAFA

17:00 h.
Acuerdos prematrimoniales: Una forma inteligente para regular el matrimonio y el divorcio en la sociedad global del siglo XXI

D.ª María José Valverde Martínez
Abogada especialista en Derecho de Familia e Internacional

18:30 h.
Extinción de la pensión alimenticia, efectos retroactivos y cobro de lo indebido

D. Antonio Javier Pérez Martín
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba

21:30 h.
CENA (opcional). Hotel Alfonso XIII

ORGANIZAN

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia · Abogacía Sevilla · libertas ediciones

VIERNES 7 DE OCTUBRE

10:00 h.
Última Jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en materia de Familia
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

11:30 h.
PAUSA

12:00 h.
La experiencia de un Notario en Derecho de Familia
D. Fernando Gomá Lanzón
Notario de Madrid

13:30 h.
PRIMERA COMUNICACIÓN
Deontología del Abogado y conflicto de intereses
D. Óscar Cisneros Marco
Abogado. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla

14:00 h.
PAUSA

17:00 h.
SEGUNDA COMUNICACIÓN
Cambios tecnológicos y Derecho de Familia. Perspectivas
D. Miguel Salas
Abogado

17:30 h.
TERCERA COMUNICACIÓN
Problemática de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero
D. Alejandro Fuentes-Lojo Rius
Abogado

18:00 h.
FORO ABIERTO
D. Antonio Javier Pérez Martín
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba
D.ª M.ª Dolores Azaustre Garrido
Abogada de Familia
D.ª María Pérez Galván
Abogada de Familia. Vicepresidente de la AEAFA

20:00 h.
CLAUSURA

COLABORAN