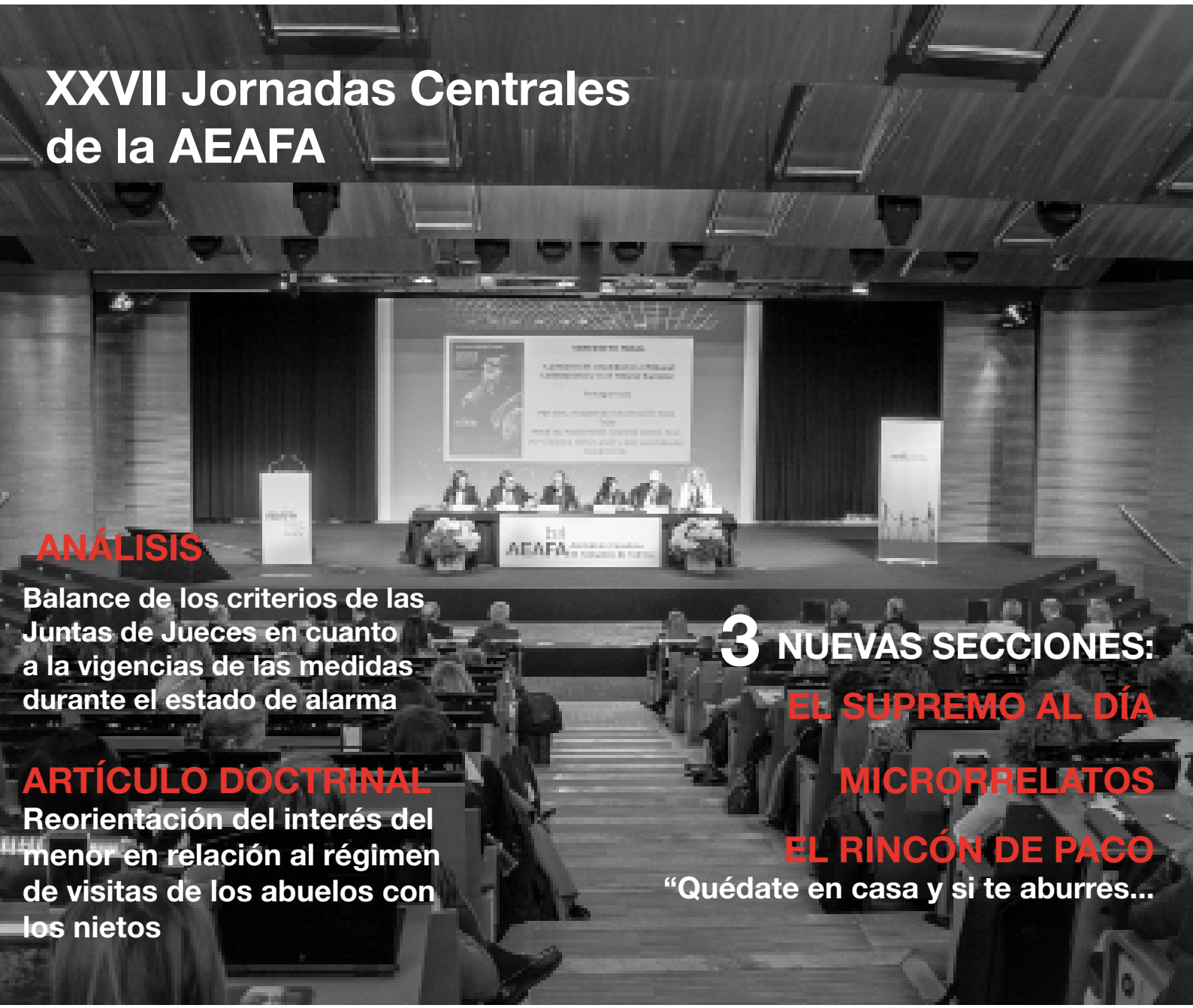
REVISTA
Abogados de Familia
102
MARZO 2020



XXVII Jornadas Centrales de la AEAFA

ANÁLISIS

Balance de los criterios de las Juntas de Jueces en cuanto a la vigencias de las medidas durante el estado de alarma

ARTÍCULO DOCTRINAL

Reorientación del interés del menor en relación al régimen de visitas de los abuelos con los nietos

3 NUEVAS SECCIONES:

EL SUPREMO AL DÍA

MICRORRELATOS

EL RINCÓN DE PACO

"Quédate en casa y si te aburres...

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

JUNTA DIRECTIVA

Presidente
M.ª Dolores Lozano Ortiz

Vicepresidente
María Pérez Galván

Tesorero
Carmen López-Rendo Rodríguez

Secretario
Inmaculada Marín Carmona

Vocales
José Luis Cembrano Reder
Beatriz de Pablo Murillo
Mª Dolores López-Muelas Vicente
Mª. José Sánchez González
Óscar Martínez Miguel
Álvaro Iraizoz Reclusa
Ramon Quintano Ruiz

COMITÉ DE REDACCIÓN

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

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

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

Coronavirus Infeccioso
José Luis Cembrano Reder

08 Artículo Doctrinal Premio artículo jurídico "José Corrales" 2020

Reorientación del interés del menor en relación al régimen de visitas de los abuelos con los nietos.
Manuel Gómez Valenzuela

26 Análisis

Balance de los criterios de las Juntas de Jueces en cuanto a la vigencia de las medidas durante el estado de alarma

29 El Supremo al día

M.ª Dolores Azaustre Garrido

43 Sentencias Comentadas

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

99 Casos Prácticos

¿Medidas previas al procedimiento de modificación de medidas?

100 Noticias

Crónica del XXVII Encuentro Central AEAFA

109 Novedades Bibliográficas

111 Microrrelatos

118 El rincón de Paco

Quédate en casa

CORONAVIRUS INFECCIOSO

Vaya por delante un grito de dolor por los ausentes y un abrazo infinito para sus seres próximos

PARA CENTRAR EL TEMA:

Por cronología. Soy el asociado número 21 de la AEAFA. Cuando era pequeño me compraban mis padres cuentos de los Hermanos Grimm o de Hans Christian Andersen. El primero, con su mundo de hadas, brumas y fantasías de la mitología de los países nórdicos. El segundo, con una filosofía que me pasaba completamente desapercibida. ¿Como iba yo a saber que detrás de “el traje nuevo del emperador” o “el rey desnudo” se escondía la enseñanza de que «no tiene por qué ser verdad lo que todo el mundo piensa que es verdad»?. Dos visiones; el mundo de la imaginación, el ensueño y la creatividad; y el mundo en el que algunos intentan hacernos creer que la verdad solo está en lo que ellos militan y difunden.

Mis comics fueron, “el Capitán Trueno”, con Crispín y Goliath; “Roberto Alcázar y Pedrín” y “Hazañas Bélicas.

Eso me centra cronológicamente.

Por antecedentes. Vengo de la universidad de Salamanca; soy abogado en tercera generación de cuatro consecutivas y conexas (de momento). Y por intención del catedrático Don Lamberto de Echeverría me integré en el despacho de Carlos Magaz Sangro, jurista, periodista y teólogo, con quien por más de 25 mantuve una relación de amistad sin mella.

Con ello hago las siguientes reflexiones de vivencias en derecho de familia.

CUESTION PREVIA. Rindo homenaje a los juristas que, pese su escaso tiempo de vigencia (se deroga el 23 de septiembre de 1939), dieron luz la Ley de Divorcio de 25 de febrero de 1932 partiendo de un Estado, como el actual, que asumió la protección de la familia en el art. 43 de la Constitución de 1931. De ahí pasamos, y siempre hablo desde la perspectiva de abogado, a que la Iglesia toma las riendas para dar respuesta a las familias en crisis basándose en conductas y comportamientos acordes con sus enseñanzas. Nostalgia de cuando leía sus 69 artículos en el "Medina y Marañón", de tapas y canto negro, en páginas de papel biblia a modo de -paradoja- misal; herencia de mi padre.

ENTORNO EN QUE COMIENZO MI EJERCICIO.

Aún no rige la constitución. Está en plena vigencia el Concordato de 27 de agosto de 1953, por lo que las reformas eran muy tímidas. Cito: LEY 7/1970, DE 4 DE JULIO, de modificación del Capítulo V del Título VII del Libro I del Código civil, sobre adopción; LEY 31/1972, DE 22 DE JULIO, sobre modificación de los artículos 320 y 321 del Código civil y derogación del número 8 del artículo 1880 y de los artículos 1901 a 1909, ambos inclusive, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y LEY 4/1975, DE 2 DE MAYO, de reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges.

Con la CONSTITUCIÓN de 1978 surgen leyes progresivas, gracias a que cambian las relaciones Estado/Iglesia en el ACUERDO de 3 de enero de 1.979, que da entrada a que sean los jueces civiles quienes empiecen a ocuparse de resolver los conflictos familiares.

Dos modos distintos de actuar y de resolver en derecho de familia que cualquier abogado puede valorar. No era solo recuperar libertades y emular otros países europeos con leyes potentes, sino que además los abogados de familia, por fin, empezábamos a poder argumentar con fundamentos civiles y necesidades familiares por encima de la exigencia forense de comportamientos ajustados a postulados religiosos.

Empezaba a nacer el derecho civil de familia. Cito como destacadas: LEY 22/1978, DE 26 DE MAYO, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento; REAL DECRETO-LEY 33/1978, DE 16 DE NOVIEMBRE, sobre mayoría de edad. (pasa de 21 a 18 años); LEY 11/1981, DE 13 DE MAYO, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO,

por la que es modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; LEY 51/1982, DE 13 DE JULIO, de modificación de los artículos 17 al 26 del Código civil sobre derechos de la persona; LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE, de reforma del Código civil en materia de tutela; LEY 21/1987, DE 11 DE noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; LEY 11/1990, DE 15 DE OCTUBRE, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

TRANSITO. Una visión retrospectiva nos ayuda a entender las cartas que teníamos entonces, que han dejado una marcada huella en nuestra práctica profesional; cito:

De la LEC de 1881.- Lo que eran medidas provisionales se conocían como “depósito de personas” y solo para mujeres.-

Artículo 1.880. Podrá decretarse el depósito: 1.º De mujer casada que se proponga intentar demanda, … 2.º De mujer casada contra la cual haya intentado su marido demanda de divorcio…. 3.º De mujer soltera que, habiendo cumplido 20 años, trate de contraer matrimonio contra el consejo de sus padres o abuelos….

Que con relación a los hijos preceptuaba: Artículo 1.887: Si hubiere hijos del matrimonio, mandará el Juez que queden en poder de la madre los que no tuvieren tres años cumplidos, y los que pasen de esta edad en poder del padre, hasta que en el juicio correspondiente se decida lo que proceda.

Luego, los tribunales eclesiásticos eran los que cuando daban el resultado, generalmente por sevicias, infidelidades etc. resolvían a través de la culpabilidad el futuro de los hijos.

De la reforma de 1984 pasamos con la Ley 34/1984, de 6 de agosto, a recomponer el art, 1881 LEC. bajo la siguiente redacción: “La mujer casada que se proponga interponer demanda de divorcio, nulidad o separación matrimonial podrá solicitar del Juez de Primera Instancia de su domicilio que se le faculte para separarse provisionalmente de su cónyuge. Ratificada la mujer en su instancia, el Juez concederá la separación provisional y colocará en poder de aquélla los hijos del matrimonio menores de siete años. En la misma resolución decidirá las ropas, enseres y muebles que, bajo inventario, deberá recibir para ella y los hijos que se le confíen.»

Y hasta la reforma del Código Civil no era mejor la consideración de los hijos, que eran clasificados en legítimos, que son los nacidos después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos siguientes a su disolución; los legitimados por subsiguiente matrimonio, cuando, siendo hijos naturales, se habían casado sus padres o existía concesión real; los ilegítimos, que podían ser naturales si habían nacido fuera del matrimonio, concebidos por padres solteros; los ilegítimos propiamente dichos, en los demás casos; los adulterinos, cuando algún progenitor estuviese casado con otra persona; los incestuosos, si nacieran de padres que

fueran parientes entre sí, en grado no dispensable; los sacrílegos, cuando algún progenitor estuviere ligado por voto solemne.

Como anécdota recuerdo los expedientes de adopción de madres casadas a sus propios hijos, impedidas de poder reconocerlos por la inexistencia del divorcio; por lo que sus hijos eran reconocidos por los padres biológicos para luego consentir la adopción de la propia madre.

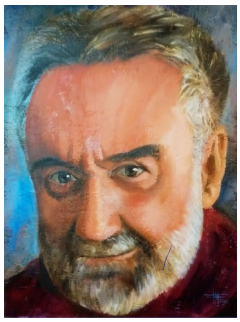
Con el paso del tiempo la separación matrimonial queda como algo residual frente al divorcio; se imponen cambios semánticos de todo tipo, algunos parecen pequeños pero no lo son, como cambiar “estancia” y “viva con ellos”, por “convivencia” y “los tenga en su compañía”; el progenitor no custodio -casi siempre el padre- consigue el día intersemanal para evitar que los hijos dejen de reconocerle; y las medidas económicas, alimentos, pasan de ser estrepitosas por la actitud paternalista de los jueces hacia la mujer, a modularse con la inclusión de la pensión compensatoria y sus exigencias hacia ella.

La sociedad y las personas van cambiado.-los hombres valoran cada vez más las ventajas de dedicar su tiempo a la familia; -y las mujeres se van incorporando masivamente al trabajo fuera de casa. Las Audiencias Provinciales de las principales capitales son pioneras.

AHORA. Pasamos en la actualidad a un tiempo de soluciones casuísticas, pero con frecuencia pendulares, y los justiciables son conscientes de la distinta suerte de sus problemas familiares en función de criterios y del reparto. Y también hoy, más que nunca, somos conscientes de la falta de medios necesarios para dar una respuesta adecuada a las familias. Es la batalla de la especialización y de los medios, y la petición al legislador a que actúe.

En este punto reconozco el mérito, gran esfuerzo y dedicación al derecho de familia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que abriendo camino a este reconoce su importancia social y facilita criterios modernos para unificar doctrina. Entre ellas destaco, por su mayor frecuencia, su preocupación por la custodia compartida y por sentar criterios que nos ayuden a abordar la pensión compensatoria. Así ha sentado bases que bien podría el legislador aprovechar.

José Luis Cembrano Reder
Vocal de la AEAFA



REORIENTACIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR EN RELACIÓN AL RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS: A PROPÓSITO DE LA NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Premio de artículos jurídicos “José Corrales” año 2020

Manuel Gómez Valenzuela

SUMARIO

I. Introducción. II. Marco legal de las relaciones de convivencia de los abuelos con los nietos. III. Análisis crítico de la presunción iuris tantum de que la relaciones entre el menor y los abuelos redunda en su propio interés: ¿interés del menor o interés de los abuelos? IV. Examen de la justa causa que permite denegar el régimen de visitas: especial referencia a las SSTS núm. 581/2019, de 5 de noviembre y núm. 638/2019, de 25 de noviembre. V.- Circunstancias que pueden ser catalogadas como justa causa: 1. Mobbing familiar: deslegitimación por los abuelos de la figura de los padres; 2. Relevancia del estado psicológico de los abuelos; 3. Inexistencia de previa relación entre los abuelos y los nietos: relación biológica vs. relación afectiva. VI. Recapitulación reflexiva: reforma fallida del artículo 160 CC.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto abordar los conflictos que se plantean entre el derecho de los abuelos a disfrutar un régimen de visitas con los nietos y el interés del menor. Constituyendo la familia uno de los principales exponentes para el desarrollo de la personalidad del menor, su concepto ha evolucionado, pues si en tiempos otrora se circunscribía a la familia nuclear, formada por padres e hijos, ahora contemplamos como limitar el concepto de familia a tales miembros sería una suerte de reduccionismo, a la vista del rol cada vez más importante que desempeñan los abuelos, los cuales han pasado de ver eventualmente a su nietos, obsequiándole con un modesto regalo, a hacerse cargo de los mismos, cuidándoles, vistiéndoles y realizando múltiples tareas que se asemejan a las propias de la patria potestad, hecho que no ha pasado desapercibido en la sociedad, acuñándose expresiones como "segundos padres" o "abuelos canguros"[1].

No obstante, en ocasiones la relación de los abuelos con los progenitores e, incluso, con el propio menor, lejos de configurarse como idílica, se antoja como una fuente de conflictos, no siendo extraño ver posiciones de enfrentamiento donde el principal perjudicado es el menor.

Los motivos que coadyuvan a estas ruptura son heterogéneos atendiendo a la casuística, desde razones económicas o sucesorias, hasta supuestos en los que el progenitor custodio, tras la crisis matrimonial o familiar, niega a los abuelos de la otra línea ver a su nieto, incluyéndose escenarios en los que los padres no toleran las relaciones intergeneracionales porque los abuelos, cuando fueron padres, no rindieron tributo a los deberes inherentes a la patria potestad, temiendo que se repitan con sus hijos las conductas que protagonizaron cuando fueron padres.

Atendiendo a la justificación del tema objeto de estudio, el mismo cobra su interés ante la necesidad de conjugar dos principios, no siempre coincidentes: por un lado, la protección del interés del menor, y por otro, el pretendido derecho de los abuelos a mantener relaciones con sus nietos, las cuales solo podrá impedirse, en virtud del artículo 160 del Código Civil (CC), si concurre justa causa, que a la sazón constituye un concepto jurídico indeterminado cuyo verdadero alcance se analizará al amparo de la doctrina y la jurisprudencia. Además, nos adentraremos en incógnitas que siguen latente hoy día, como el alcance de la presunción de que las relaciones entre los abuelos y los nietos son beneficiosas para el *favor filii* o las causas que permitirán denegar un régimen de visitas entre los abuelos y los nietos. Analizaremos también dos sentencias del Tribunal Supremo dictadas a finales de 2019 que, dotando a la investigación de una notable actualidad, vienen a ratificar la nueva orientación jurisprudencial tendente a reformular el reconocimiento de las relaciones entre los abuelos y los nietos, estando inspirada la nueva doctrina, que ya se adelanta, en la protección del *favor filii*.

1 GARCÍA IBÁÑEZ, J. "Un derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproximación socio-jurídica, en Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, diciembre 2012, 10, pág. 107.

Finalmente, y en sede de conclusiones, haremos una valoración crítica del marco legal que ofrece el legislador con la actual redacción del texto codificado, hilvanando con la nueva jurisprudencia y una propuesta de *lege ferenda*.

II. MARCO LEGAL DE LAS RELACIONES DE CONVIVENCIA DE LOS ABUELOS CON LOS NIETOS

Antes de analizar la actual dicción del artículo 160 CC, resultará interesante sumergirnos en la ratio que llevó al legislador a reconocer, ex profeso, el régimen de visitas de los abuelos y los nietos, no sin reseñar, previa y someramente, los antecedentes jurisprudenciales existentes hasta la novedosa reforma.

A pesar de que el Código Civil, conforme a la redacción dada por el Real Decreto de 24 de julio de 1889, carecía de cobertura legal respecto a las relaciones de los abuelos con sus nietos, la jurisprudencia comenzó su andadura hacía el reconocimiento de este derecho, siendo uno de los primeros pronunciamientos la STS de 14 de octubre de 1935, la cual postuló que ni los padres del menor ni los abuelos de la línea opuesta de aquellos que piden ver a su nieto pueden oponerse, a no ser que medie "justo motivo", a que los menores tengan relaciones con los abuelos, pues de lo contrario se podría estar incurriendo en un abuso en el ejercicio de la patria potestad, partiendo la sentencia del cariño y amor que los abuelos suelen profesar a sus nietos[2].

La primera tímida reforma hacía el reconocimiento de las relaciones de los menores con las personas que no necesariamente desempeñaban la patria potestad, vino con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que dispuso en el artículo 161 CC, sin mencionar expresamente a los abuelos, que los menores tenían derecho a relacionarse personalmente "con otros parientes o allegados". El único motivo que impedía mantener estos contactos era el concepto jurídico indeterminado de "justa causa", resolviendo el Juez, en caso de oposición, "atendidas las circunstancias". A pesar de que el artículo 161 CC no hablaba de los abuelos, tanto la doctrina[3] como la jurisprudencia[4] no vacilaron en admitir que entre los "parientes" que mencionaba el precepto se encontraban aquellos.

Entrando en el siglo XXI, el legislador, no sin antes cambiar la numeración del artículo 161 CC pasando a ser el 160 CC[5], y en cumplimiento del mandato previsto en el artículo 39 CE de dotar al menor de una protección integral, favoreciendo su estabilidad afectiva y personal, publicó la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (Ley 42/2003). Dicha reforma fue acreedora de alabanzas[6] y críticas, siendo exponente de estas últimas las expresadas por la Aso-

2 Véase también la Resolución del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia de 15 de diciembre de 1939

3 En la misma línea, MONTES RODRÍGUEZ, M.P. "El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003", en Revista Bolivariana del Derecho, núm. 18, 2014, pág. 583.

4 Nos remitimos a la STS de 17 de septiembre de 1996 y 11 de junio de 1996.

5 El cambió de numeración del artículo se materializó a través de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

6 Elogió la reforma YAÑEZ VIVERO, M.F. "El derecho del menor a relacionarse con sus abuelos en situaciones de ruptura familiar y desamparo", en RATVELLAT BALLESTÉ, I. y VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coords.). Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Ed. Ariel, Barcelona, 2006 pág. 80.

ciación Española de Abogados de Familia que, en resumen, calificó la reforma como oportunista, quedando a años luz de las numerosas reformas que demandaba el modelo familiar instaurado en 1981[7].

Desligándonos de exponer todas las críticas que recibió la reforma, las cuales quedan extramuros de este trabajo[8], el legislador justificó este cambio legal en el concepto amplio de familia, no circunscrito a las relaciones paternofiliales, y en el papel de los abuelos, los cuales pueden potenciar la estabilidad del menor, siendo necesario, según el legislador, diferenciar a los abuelos de "otros parientes y allegados"[9]. Bajo estas premisas, el legislador explica, en la Exposición de Motivos, que la reforma persigue un doble objetivo: por un lado, reforzar las relaciones de los abuelos y los nietos en casos de crisis matrimonial, y, por otro, atribuir a los abuelos una función relevante en caso de dejación por los padres de las funciones tuitivas que representa la patria potestad. Para cumplir dicho fin, se modificó tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aras de articular sustantiva y procesalmente el reconocimiento de estas relaciones.

Al hilo del contexto procesal, y esto es interesante mencionarlo, aun existiendo sentencias que reconocen un régimen de comunicación y estancia a los abuelos a pesar de no existir oposición por los padres, partiendo de que el artículo 160 CC no condiciona el derecho de visitas a ningún requisito especial[10], no nos parece oportuno, técnicamente, solicitar la incoación de un proceso judicial cuando los abuelos participan en la vida de sus nietos en un clima de armonía familiar, donde no existe conflicto por parte de los progenitores que toleran y respetan la relación intergeneracional, a pesar de mediar una crisis matrimonial. Así, creemos que la intención del legislador fue establecer los cauces para que los abuelos puedan vindicar un régimen de comunicación y estancia con los nietos en aquellos casos en que exista obstaculización o impedimentos por los progenitores, pues en caso contrario, los abuelos, así como otros parientes o allegados, podrían tener un régimen de

7 En este sentido, podemos ver opiniones como la de CARRASCO PEREA, A. "Benditos abuelos", en Actualidad Jurídica Aranzadi, 2003, pág. 1, que tacho la reforma como corta, a la vista de que solo procedía al reconocimiento legal de derecho de visitas de los abuelos, perdiendo una "oportunidad de oro de reconstruir el esquizofrénico modelo de familiar creado en 1981".

8 Para un análisis más detallado puede verse MORETÓN SANZ, M. F. "Crónica de las Jornadas sobre la Ley 42/2003, sobre relaciones abuelos y nietos", en Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, núm. 24, 2004, pág. 261-266, publicado con ocasión de la celebración, los días 17 y 18 de febrero de 2004, en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, de las "Jornadas de Especialización en Derecho de Familia sobre las Relaciones Familiares entre abuelos y nietos: Análisis de la Ley 42/2003".

9 Dice así la Exposición de Motivos: "En efecto, cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis. Esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que también pueden coadyuvar al mismo fin".

10 Así se pronuncia la SAP de León núm. 221/2011, de 1 de junio, diciendo lo siguiente: "En este caso, no concurren causas graves y justificadas que impidan el derecho de visitas a favor de la abuela (art. 160 del CC) y en beneficio de la menor (STS de 20.9.02 y 11.11.05) pero la parte recurrente considera que no concurren los supuestos previstos en la regulación legal según interpretación jurisprudencial para acceder a lo solicitado en la demanda pues la abuela tiene contacto con su nieta a través de las visitas que se encuentran establecidas a favor del padre en fines de semana alternos y vacaciones (…) La jurisprudencia existente sobre la materia no condiciona el derecho de visitas de los abuelo a ningún requisito especial".

visitas paralelo al del propio progenitor que, tras una crisis matrimonial o cualquier episodio de ruptura, disfrute de un régimen de visitas[11].

III- ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PRESUNCIÓN IURIS TANTUM DE QUE LA RELACIONES ENTRE EL MENOR Y LOS ABUELOS REDUNDA EN SU PROPIO INTERÉS: ¿INTERÉS DEL MENOR O INTERÉS DE LOS ABUELOS?

Una vez expuestos, aun de forma somera, los antecedentes legales de la actual redacción del artículo 160 CC, resulta obligado analizar los designios sobre los cuales pivotan las relaciones entre los abuelos y los nietos, y que marcaron el devenir de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en 2019 y que se analizarán posteriormente.

La redacción del artículo 160.2 CC dice que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados", debiendo el Juez, en caso de existir oposición, y siempre que medie petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolver "atendidas las circunstancias".

Del artículo se colige que existe una presunción *iuris tantum* de que la relación entre los abuelos y los nietos es beneficiosa para el interés del menor[12], teniendo como correlativo efecto que la privación del régimen de visitas tiene que ser objeto de una interpretación restrictiva, pudiendo solo denegarse al socaire de dos conceptos jurídicos indeterminado, a saber: "justa causa" y "atendidas las circunstancias". Tales términos están estrechamente conectados, pues el presupuesto que avala la denegación de las citadas relaciones con el menor es la "justa causa", la cual para desentrañar su significado se tendrá que acudir, al menos en teoría, a las circunstancias concretas del supuesto objeto de enjuiciamiento.

A pesar de que el artículo 160 CC no lo mencione expresamente, el fundamento del establecimiento de un régimen de visitas de los abuelos con los nietos es el interés del menor, es decir, que este tipo de comunicaciones redunde en su propio beneficio, siendo este el canon hermenéutico a seguir tanto para aprobar el régimen de visitas como para regular su extensión, lugar y modo, de ahí a que se califique este derecho de visita, en palabras de la SAP de Huelva núm. 138/2012, de 4 de julio, de "geometría variable"[13].

---

11 En esta senda, el fundamento de derecho primero in fine de la SAP de Cádiz núm. 155/2011, de 23 de marzo, el fundamento de derecho segundo de la SAP de Málaga 65/2011, de 3 de febrero, y la SAP de Islas Baleares núm. 304/2011, de 20 de septiembre. Y la SAP de Islas Baleares núm. 304/2011, de 20 de septiembre, la cual dice lo siguiente: "En el sentido ahora analizado hay que considerar que el derecho de comunicación y visitas que la ley concede a los abuelos, aún cuando falte alguno de los progenitores, ni jurídica ni sociológicamente puede tener un ámbito temporal idéntico al que se concedería a los padres, pues ello representaría una sustitución de "roles" familiares que puede resultar inconveniente a los fines del desarrollo de los menores de escasa edad".

12 MONTES RODRÍGUEZ, M.P. "El derecho de visitas de los abuelos a los nietos en Derecho español, diez años después de la Ley 42/2003", en Revista Boliviana del Derecho, núm. 18, 2014, pág. 583.

13 Efectivamente, el fundamento de derecho segundo de la SAP de Huelva núm. 138/2012, de 4 de julio, dibuja el siguiente razonamiento: "La prevalencia del interés del menor lleva consigo que el derecho de visita sea (en gráfica expresión) «de geometría variable», «... en el que -se explica- tanto su efectividad actual (si ha lugar en una situación y momento dado) como su contenido y alcance (tipo de relaciones personales, frecuencia, etc.) dependen del interés del menor, de que haya una "causa justa" para vedarlo o modularlo, y aun para modificar o suspender las relaciones concretas dictadas según convenga al menor (índice jurídico de valoración). Esta es una importante particularidad de este derecho de visita: ese desdoblamiento en derecho genérico o en abstracto, que es lo único que sugiere y define la ley, y derecho actual o concreto en cada caso (que disfruta o no su titular), dependiente del interés del menor. Resulta de ello que el supuesto de hecho

Lo dicho sobre el interés del menor, tiene plena acogida viendo opiniones doctrinales y, sobre todo, la propia Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, la cual dice, en resumen, que los abuelos desempeñan un papel crucial para el menor y que pueden coadyuvar a "contrarrestar las situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores", amén de dotar al mismo de "referentes necesarios y seguros en su entorno".

Sin embargo, ocurre muchas veces, y así lo podemos ver del estudio de las resoluciones que se han dictado sobre el particular, que el interés del menor se camufla con el interés de los abuelos, pues difícilmente puede defenderse el establecimiento de un régimen de visitas, en interés del menor, cuando la relación anterior con los abuelos ha sido inexistente, careciendo del necesario afecto, y desestabilizando una familia estricta en la que el menor se está desarrollando sin echar en falta a los abuelos.

Existen abundantes ejemplos de resoluciones que han concedido un régimen de visitas a favor de los abuelos sin que haya existido una relación afectiva previa, presumiendo, al compás de la relación biológica, que el régimen de visitas es beneficioso y favorable para el interés del menor, por mor de una presunción *iuris tantum* que, según parece, no precisa del necesario afecto entre las partes, primando el acervo biológico[14] a costa, muchas veces, de lo que se ha calificado como "falsos ropajes"[15], que más que amparar el interés de la prole benefician el interés de los abuelos.

Hilvanando lo dicho con la casuística, tenemos, lamentablemente, sentencias paradigmáticas, como la SAP de Lleida núm. 29/2000, de 28 de febrero, que estimó la pretensión de la abuela, concediéndole un régimen de visitas con su nieto, a pesar de que la sentencia reconoce que la relación de la abuela con su nieta era nefasta, profiriendo aquélla comentarios negativos sobre la figura materna. Además, y a pesar de que el informe psicológico que se evacuó en el caso, afirmó que dicha relación podría acarrear una situación desfavorable para la menor, repercutiendo en su propia estabilidad, la Audiencia Provincial afirmó que no constituía un motivo suficientemente grave para privar a la abuela del derecho reconocido en el artículo 160 CC y en el artículo 135 del Código Civil de Cataluña[16]. Según parece, del contenido de la sentencia se colige que, en caso de duda, deberá

---

de la norma no es ya la existencia de una relación básica de parentesco (padre-hijo, abuelo-nieto), sino ese dato inicial (presupuesto del tipo legal) más el concurso efectivo del interés del menor (en y a esas relaciones) in concreto, en tal situación específica. Y ello también en cuanto a su contenido y ejercicio, punto en que el enunciado legal es totalmente inconcreto ("relaciones personales"; incluso en su traducción habitual en visitas, comunicación, estancias), y sólo con su concreción o determinación (convencional o judicial) deviene un derecho efectivo (lo que su titular puede exigir, y debe permitir el guardador del menor)".

14 Resulta paradigmáticas a los efectos de comprobar cómo se presume, en base a la mera relación biológica, que la relación entre los abuelos y los nietos son beneficiosas para el interés del menor, la STS de 11 de junio de 1996, que dice que "este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco"- Y la STS de 20 de septiembre de 2002, la cual puso de manifiesto "el carácter siempre enriquecedor de las relaciones abuelos y nietas, que no pueden i deben limitarse a los pertenecientes a una sola línea".

15 DE TORRES PEREA, J.M. "El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padre y abuelos", en La Ley, 2001-4, pág. 1348.

16 El fundamento de derecho cuarto dice, ad pedem litterae, lo siguiente: "Ante este estado de cosas debe valorarse si la oposición de los padres del menor, ahora apelados, a que su hijo se relacione con su abuela materna, puede ser estimado como justa causa en los términos previstos en las normas legales (…) Así, y por lo que al presente caso se refiere, por un lado debe significarse que en los informes psicológicos obrantes en autos no sólo se pone de manifiesto la difícil situación por la que atraviesan las relaciones entre doña Ana y su madre, doña Josefina, –debidamente expuesta con anterioridad– sino además la influencia que cada una de ellas ejerce sobre el menor, a quien le hacen una serie de comentarios personales dirigidos a fomentar aquel

primar el interés de la abuela a relacionarse con la nieta en vez del interés de la menor, ratificando la presunción iuris tantum que acoge el legislador.

Análogo planteamiento sostuvo la SAP de Barcelona núm. 547/2009, de 13 de octubre, la cual, no sin afirmar previamente y en sentido general, que "ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos", concedió a los abuelos el régimen de visitas reclamado, a pesar de que la relación afectiva entre aquellos y los nietos era inexistente y la conflictividad entre los abuelos y los padres estaba tan exacerbada que hasta el Tribunal exhortó a las partes a celebrar sesiones de terapia familiar[17] ¿Se puede afirmar que ante estos hechos la Audiencia Provincial dignificó el interés del menor? Resulta complicado dar una respuesta positiva, pues existiendo previa relación, que en el caso de litis no existía, podría ser loable aplicar la presunción irus tantum de que la relación con los abuelos es beneficiosa[18], pero, demostrándose que la relación es inexistente, puede resultar contrario al interés del menor dicha presunción, salvo que el concurso de otras circunstancias no imputables a los abuelos recomiende el régimen de visitas.

Esperpéntica, si cabe, fue la SAP de Madrid núm. 60/2009 de 28 de enero, que concedió a la abuela un régimen de visitas con sus nietas de una hora quinquenal en el Punto de Encuentro Familiar, a pesar de que el contacto previo fue inexistente y la abuela, según el informe pericial, mostraba,

---

enfrentamiento y la manipulación afectiva del menor; así en el informe emitido por doña Isabel P. se ponen de relieve una serie de manifestaciones efectuadas por Bernat de las que sólo puede haber tenido conocimiento por habérselos hecho ya sea su abuela (…) La cuestión así planteada estriba en determinar si las tensas relaciones familiares constituyen justa causa para suspender aquel derecho de relación. Ya se ha dicho con anterioridad que toda la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión parte de una interpretación restrictiva del motivo de oposición, equiparándola a los supuestos de motivos graves. De este modo, no es posible llegar a afirmar que las difíciles y tensas relaciones entre abuela y madre puedan ser motivo suficiente para anular aquel derecho, pues ni resulta proporcionado ni aparece justificado que la privación de aquella relación humana y afectiva entre el menor y sus más directos allegados pueda procurarle la adecuada formación y desarrollo que necesita para conformar su personalidad. Por lo demás, es significativo que en ninguno de los informes se ponga de manifiesto que la relación –que no régimen de visitas– entre Bernat y su abuela materna comporte o pudiera llegar a comportar una situación desfavorable para el menor o que llegara a repercutir en el proceso de formación de su personalidad, tan sólo se dice que el establecimiento de un régimen de visitas en aquel marco de conflicto pudiera afectar a su estabilidad, posibilidad que no certeza que en modo alguno puede ser considerado como motivo lo suficientemente grave para privar, impedir, anular o suprimir una relación declarada y reconocida legalmente y de la que posiblemente deriven en el futuro unos afectos y sentimientos que pueden desembocar en una aproximación de las posiciones que actualmente mantienen los litigantes, lo que incluso ahora ha podido percibirse, pues no debe olvidarse que durante la tramitación de la causa se procuró e intentó una aproximación de las radicales posturas mantenidas por cada uno de ellos, llegando a proponer la suspensión del pleito a los efectos de intentar una solución amistosa al conflicto".

17 Nos remitimos al fundamento de derecho cuarto de la SAP de Barcelona núm. 547/2009, de 13 de octubre.

18 Así lo afirmó la SAP de Murcia núm. 46/2002, de 4 de febrero, que, pese a concurrir oposición del padre a que su hija viera a su abuela, acoge la pretensión de esta, ya que en el pasado hubo relación entre la abuela y la nieta, siendo incluso beneficiosa: "Planteado en dichos términos el debate, hay que negar fuerza alguna al informe psicológico elaborado a instancia del padre, que tan solo contiene dos entrevista telefónicas de escasa duración, en la segunda de las cuales la abuela muestra unos lógicos recelos al tratarse de un especialista nombrado unilateralmente por quien le está negando las visitas a su nieta. Ese informe no puede tener trascendencia alguna para justificar la disminución de la frecuencia de las visitas entre la abuela y la menor, y la Juez ya ha previsto la adopción de medidas cautelares suficientes, por medio de profesionales concertados o independientes, para reanudar las relaciones entre la nieta y su abuela, interrumpidas tanto tiempo por la negativa del padre. Los problemas entre los adultos no pueden constreñir los derechos de la menor a relacionarse con su familia biológica, máxime cuando esa relación ya ha existido con anterioridad y ha sido estrecha y beneficiosa para la niña".

entre otras cosas, escasa empatía, baja posibilidad de asumir responsabilidades, nula predisposición a reconciliarse con su hijo, inexistente vinculación afectiva, mostrando, única y exclusivamente, interés en ver a sus nietas, a pesar de que, a la fecha de los hechos, no las conocía.

Desde nuestro punto de vista, yerran, tanto el legislador como muchas sentencias, en presumir que la mera relación biológica entre los abuelos y los nietos es favorable para el interés del menor[19], debiendo descansar la presunción, pro futuro, sobre la relación afectiva y no biológica. En la relación entre un abuelo y un nieto siempre va a existir esta última, pero para que quepa presumir que un régimen de visitas o comunicaciones con los abuelos va a redundar en el interés del menor, el afecto debe configurarse como el eje sobre el cual debe gravitar la solución de cualquier conflicto, pues de lo contrario el artículo 160 CC, más que atender al interés del menor, se inclinará a proteger el derecho e interés de los abuelos.

La construcción de la presunción de que las relaciones de los abuelos con los nietos son beneficiosas merced del hecho biológico está provocando situaciones, como la que evitó el Tribunal Supremo en las sentencias dictadas en 2019, en las que los abuelos, que a veces no desempeñaron fielmente, y según los postulados del artículo 154 CC, la patria potestad respecto a sus hijos, ven acogida sus pretensiones caprichosas de ver a los nietos, viendo los menores que, a razón de una resolución judicial, el Juzgado les impone la obligación de compartir uno o más días con unos abuelos que, antes de conocer incluso su propia existencia, vivían felices y en armonía con su familia, con la agravante de que el afecto que les dispensa muchas veces es inexistente, viniendo motivada sus vindicaciones por la enemistad u odio que les profesan a los padres, que ven como su patria potestad está siendo debilitada por el conflicto de lealtades en el que se sumerge el menor[20].

Como ya dijo el Alto Tribunal en 2019, en las sentencias que luego analizaremos, cuando se trata de un menor "toda cautela es poca", y, por ende, y a fin de evitar situaciones creadas por muchos Juzgados, con la benevolencia del legislador, sería conveniente, de *lege ferenda*, alterar los términos sobre la cuales descansa la presunción del artículo 160 CC, primando el elemento afectivo, el cual puede ser objeto de probanza a la luz de las relaciones previas entre los abuelos y los nietos, en detrimento del biológico.

IV. EXAMEN DE LA JUSTA CAUSA QUE PERMITE DENEGAR EL RÉGIMEN DE VISITAS: ESPECIAL REFERENCIA A LAS SSTS NÚM. 581/2019, DE 5 DE NOVIEMBRE Y NÚM. 638/2019, DE 25 DE NOVIEMBRE

Como hemos dicho en el anterior apartado *ab initio*, el artículo 160.2 CC permite denegar las

19 Véase la SAP de Barcelona de 30 de septiembre de 1991: "No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados", está dando a entender ni más ni menos que lo que su literalidad evidencia, que no es otra cosa que la necesidad conveniente para su formación, educación y conocimiento que tiene el menor de conocer y tratar personalmente a los parientes próximos, más aún si se encuentra ligado con ellos por línea directa de consanguinidad, de la que aflora un natural afecto y que si bien ello no puede ser impedido voluntariamente por nadie, de no mediar justa causa, no obstante este principio básico contiene una doble limitación, que viene conformada por la propia regulación establecida por el texto común para el Derecho de Familia, y aunque no se formulen explícitamente, aparecen y se deducen con claridad de la filosofía que inspira a todos sus preceptos".

20 Es ilustrativa la SAP de Cádiz núm. 40/2014, de 26 de enero, que configura las relaciones de los abuelos con los nietos abuelos "como un derecho y no como una mera facultad, y siendo su finalidad, no como un complemento de la patria potestad, de cuyas funciones no participa, sino la de contribuir al mantenimiento de la solidaridad y fomento de afecto en el ámbito de las relaciones de la familia extensa".

relaciones de los abuelos con los nietos cuando concurra justa causa, que el legislador no define, y que, en caso de oposición, deberá resolverse "atendidas las circunstancias".

El concepto de justa causa, según la jurisprudencia, y partiendo del artículo 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989[21], se debe interpretar a la luz del interés del menor[22], no siendo posible, *prima faice*, impedir el contacto de los abuelos con los nietos por la mera falta de entendimiento de aquellos con los progenitores[23], habiendo avalado el Tribunal Supremo que, en caso de graves desavenencias, la reanudación de una mínima relación de dos horas al mes en un Punto de Encuentro Familiar no debe estimarse perjudicial para el menor, ya que se pueden adoptar las correspondientes medidas de prevención[24].

Unos de los aspectos más interesantes y vanguardistas que sentó el Tribunal Supremo en la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2019, ratificada por la de 25 de noviembre del mismo año[25], fue la posibilidad de revocar el reconocimiento de la relación entre los abuelos y los nietos *ad cautelam*, es decir, ante el peligro futuro de que dicho contacto pudiera perturbar el interés del menor, subrayando que cuando se trata, precisamente, de un menor, se tienen que adoptar decisiones de especial prudencia a fin de dignificar su interés. En este sentido, existen ejemplos, en el seno de la jurisprudencia menor, de que basta la potencialidad de que se perturbe el interés del menor para denegar el régimen de visitas, como la SAP de La Rioja núm. 70/2018, de 23 de febrero, que, ante la posibilidad de que el menor fuese instrumentalizado por los abuelos en el conflicto existente con los padres, decidió ratificar la decisión del Juzgado a quo de denegar el régimen de visitas.

Sin embargo, no se trata de una cuestión tan pacífica, ya que la incógnita gravita en torno a si la justa causa debe suponer un peligro concreto o real para el menor o basta con que sea meramente potencial. Desde nuestro prisma, consideramos que el Tribunal Supremo en 2019 ratificó una nueva doctrina jurisprudencial, cuya andadura comenzó con la STS núm. 532/2018, de 27 de septiembre, consistente en que no es necesario de que la justa causa origine un perjuicio cierto al menor, siendo suficiente con que haya un riesgo de que eso ocurra[26], alejándose el Alto Tribunal de las opiniones doctrinales que postulaban de que la justa causa se tiene que identificar con un daño "concreto y real", "no meramente potencial" o que es imposible privar a unos abuelos de ver a sus nietos sobre la base de un posible o probable[27].

---

21 Dispone que "los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

22 STS núm. 359/2013, de 24 de mayo.

23 STS núm. 167/2015, de 18 de marzo.

24 STS núm. 551/2016, de 20 de septiembre.

25 En sentido análogo puede verse la STS núm. 532/2018, de 27 de septiembre.

26 El fundamento de derecho de la STS núm. 532/2018, de 27 de septiembre: "Pues bien, a partir de los hechos descritos, la sentencia recurrida ha considerado que existe justa causa para negar esta relación familiar, y esta justa causa no se establece de una forma simplemente especulativa sino fundada en beneficio e interés de las menores, a las que se coloca en una situación de riesgo de mantenerse las comunicaciones con los abuelos paternos; riesgo que considera suficiente para no señalar régimen de visitas alguno. Ahora bien, de una forma sorprendente mantiene este régimen de vistas. Cierto es que lo hace de una forma restringida, como lo hizo el juzgado, en un punto de encuentro, lo que tampoco es conveniente en interés de las menores".

27 GRACIA IBÁÑEZ, J. "El derecho a las relaciones personales entre los nietos y sus abuelos. Una aproxi-

Por ello, hemos de preguntarnos, a fin de dotar a esta investigación de un enfoque eminentemente práctico, que fue lo que llevó al Tribunal Supremo en 2019 a reformular la interpretación del artículo 160 CC. Para ello, lo mejor será analizar las circunstancias que se dieron en los dos casos que llegaron, hace apenas unos a meses a la fecha de este trabajo, a sede casacional y que desembocaron en el dictado de sendas resoluciones que, en la balanza compuesta por el interés de los abuelos y el del menor, que a veces no circulan por la misma senda, se inclinaron a proteger el *favor filii*.

Los antecedentes del supuesto que desembocó en la STS núm. 581/2019, de 5 de noviembre, partieron de una demanda interpuesta por la abuela paterna contra su hijo y nuera, vindicando un régimen de visitas con su nieta, además de solicitar el reconocimiento a efectuar cuantas llamadas telefónicas o escritas fuesen necesarias para conocer la evolución, salud y estado de la menor. Para resolver el caso, el Juzgado tuvo en cuenta una sería de hechos objetivos, los cuales se suceden en muchos litigios donde se dirime estos conflictos: (i) La abuela no tenía ningún contacto con su hijo debido a discrepancias importantes y que se antojaban irreconciliables; (ii) asimismo, la demandante padecía el siguiente cuadro psicológico: trastorno depresivo recurrente, trastorno de personalidad ansiosa, lábil y sensible, con tendencia a la rumiación ansiosa, teniendo dichos padecimiento carácter permanente e irreversible; (iii) la prueba pericial corroboró, en relación a lo anterior, que la abuela tenía pocas posibilidades para un adecuado desempeño en la esfera social y familiar, no siendo capaz, a juicio del perito, de cuidar a su nieta, y; (iv) por último, también quedó acreditado que, a la fecha de la sentencia del Juez a quo, la menor, que tenía dos años de edad, todavía no conocía a la abuela y que esta no tenía interés alguno en reconciliar su relación con el progenitor paterno.

Partiendo de tales hechos, la sentencia dictada en primera instancia[28] acordó desestimar la demanda, pues, sin perjuicio de poder acordar el régimen de visitas en un Punto de Encuentro Familiar, lo cual podría ayudar a configurar un primer marco de convivencia, estimó que no quedó acreditado que dicha medida redundara en interés de la menor, al socaire del conflicto de lealtades en que podría quedar inmersa.

Contra la sentencia dictada en primera instancia, desestimando la pretensión de la abuela, su representación interpuso recurso de apelación ante el Audiencia Provincial de Sevilla. El Tribunal *ad quem*, partiendo, supuestamente, de los hechos probados en la instancia, acabó estimando el recurso, afirmando, en el fundamento de derecho único y remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la animadversión o el nulo entendimiento entre los abuelos y los progenitores no representa una justa causa para denegar un régimen de visitas entre aquellos y los nietos. Así, y al compás de la presunción de que las relaciones entre los abuelos y los nietos son beneficiosas para el interés del menor, abogó por amparar el presunto interés de la abuela en iniciar una relación con su nieta con un régimen que, a juicio de la Audiencia Provincial, permitía valorar la estabilidad y seguridad de la menor[29]. Para ello, y en el intento de conciliar ambos intereses, acordó fijar un

mación socio-jurídica", en Revista Electrónica de la Universidad de La Rioja (…) op, cit. pág. 118 y 119.; SALANOVA VILLANUEVA, M. "Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994", en Anuario de Derecho Civil, núm. 2, 1996, pág. 953.

28 Sentencia de 12 de diciembre de 2016 del Juzgado de 1ª Instancia de Sevilla número seis.

29 El fundamento de derecho único in fine de la SAP de Sevilla núm. 281/2018, de 13 de junio, se pronuncia en los siguientes términos: "Por tanto los dos principios que se deben ponderar para decidir sobre la procedencia de la relación de la abuela con su nieta, es el beneficio en el caso concreto que esa relación tendrá para la menor, sin perjuicio ni peligro para ella, y segundo, la valoración en principio positiva de la relación de los abuelos con sus nietos; en este caso se pueden conjugar esos principios, por un lado adoptar un régimen que

régimen de visitas tuteladas a favor de la abuela de dos domingos alternos al mes desde las 11:00 horas hasta 13:00 horas, debiendo desarrollarse dichas visitas en el Punto de Encuentro Familiar.

La representación de los padres, disconforme con la sentencia dictada en segunda instancia, planteó, tanto un recurso extraordinario por infracción procesal, como un recurso de casación por oponerse la sentencia a la dicción del artículo 160.2 CC. El Tribunal Supremo, no entrando a valorar el primero de los recursos, analizó el recurso de casación, gravitando su razonamiento en los siguientes puntos, los cuales se exponen sintéticamente:

1. En primer lugar, parte de la base el Alto Tribunal que es harto difícil ofrecer una respuesta concluyente a la hora de emitir un juicio de la relaciones de convivencia que debe tener los abuelos con los nietos, ya que se ha de resolver, siempre y en todo caso, al socaire de las particularidades del caso, teniendo como principal canon hermenéutico el interés del menor.

2. La falta de comunicación o entendimiento entre los abuelos y los progenitores del menor no representa una justa causa, por si sola, para privar a aquellos de un régimen de visitas, máxime cuando su papel va ligado, según el propio legislador, al desempeño de la cohesión y transmisión de valores en la propia familia de la que forma parte el menor.

3. Sin perjuicio de que la malas relaciones de los abuelos con sus hijos no constituye, por si sola, una justa causa que permita denegar un régimen de visitas, sí se tendrá que valorar, tanto el comportamiento que aquellos tuvieron antes de la interposición de la demanda, como el interés del menor, pues la desvinculación familiar durante un periodo de tiempo le puede provocar más trastornos que beneficios.

Partiendo de estos razonamientos, y, sobre todo, de los hechos objetivos acreditados en primera instancia y que se han expuesto más arriba, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, pues, a pesar de no probarse plenamente que el contacto entre la menor y su abuela le podría ser perjudicial, tampoco se demostró lo contrario, y por ello procedía, a juicio del Tribunal, la revocación ad cautelam del régimen de visitas concedido en segunda instancia[30].

Diez días después, el Alto Tribunal ratificó su exégesis, en la STS núm. 638/2019, de 25 de noviembre, interpretando el artículo 160 CC al compás de un interés, como el del menor, que en caso de conflicto siempre debe primar. En este caso, el abuelo interpuso una demanda solicitando un régimen de visitas con sus nietos, pretensión que fue parcialmente estimada por el Juez a quo, reconociendo un régimen de visitas de un día al mes en el Punto de Encuentro Familiar. Disconforme los padres con el fallo, interpusieron recurso de apelación, el cual fue desestimado por la SAP de Valencia núm. 73/2019, de 4 de febrero, en base a que, habiéndose acordado el desarrollo de las visitas en el Punto de Encuentro Familiar, no existía, a criterio del Tribunal, "mínimo riesgo ni perjuicio para los menores".

---

garantice la estabilidad y seguridad del menor, al realizarse las visitas bajo supervisión del punto de encuentro y otro que permita a la abuela el inicio de una relación con su nieto; por tanto procede fijar un restringido régimen de visitas desde las 11 horas a las 13 horas dos domingos al mes en el punto de encuentro, sin perjuicio de que si esa relación se va consolidando, y atendiendo a las recomendaciones del punto de encuentro se pudiera ampliar; no puede acogerse el régimen solicitado por la abuela atendiendo a los razonamiento que la sentencia recoge".

30 Nos remitimos al fundamento de derecho tercero que razona lo que sigue: "Bien es cierto que la edad de la menor no es la misma, pero también que se encuentra en un periodo de inicio y desarrollo de afectividades, y no consta que pueda o no perjudicarle la situación psíquica de la abuela; por lo que, tratándose de una menor, toda cautela es poca. De ahí, que la propuesta de la juzgadora de primera instancia proteja mejor el interés de la menor y deba estimarse el recurso, como interesa el Ministerio Fiscal".

Contra dicha sentencia, la representación de los padres planteó recurso de casación por vulneración del artículo 160.2 CC, al que se adhirió el Ministerio Fiscal. La línea de argumentación de los padres gravitaba en que el abuelo, por voluntad propia, hacía más de cuatro años que no veía a sus nietos, tenía una nefasta relación con ellos y sus progenitores y, por último, que el régimen de visitas podría perturbar las rutinas y la estabilidad emocional de los menores.

El Tribunal Supremo tuvo en cuenta, a fin de resolver el conflicto planteado, la prueba pericial, la cual, desaconsejando el régimen de visitas, manifestó que, dada la mala relación entre las partes y aconsejando el sometimiento de las mismas a una intervención terapéutica con el fin de normalizar la relación, los menores podían verse envueltos en el conflicto de lealtades que implica verse sumergidos en una relación triangular tóxica y deteriorada, recomendando denegar el régimen de visitas ante la falta de vínculo de los menores con su abuelo. Por ello, la sentencia dictada en casación estimó el recurso planteado por los padres, esgrimiendo que "no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor, sino que basta el mero riesgo de que ello sea así –por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores- para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor".

Desde nuestro punto de vista y en consonancia con la nueva doctrina jurisprudencial, no es preciso que las circunstancias o motivos que integran la "justa causa" acrediten plenamente que el régimen de visitas de los abuelos o los nietos sea perjudicial para el menor, sino que es suficiente el riesgo o potencialidad de que estas relaciones puedan causar una perturbación al menor para que puedan ser denegadas, cobrando especial relevancia, en cualquier proceso donde se dilucide estos conflictos, concretar, desde la perspectiva del *favor filii*, los elementos que determinarían la idoneidad del reconocimiento del régimen de visitas para la estabilidad emocional del menor y su desarrollo integral[31]. Es decir, no es suficiente con acreditar que el régimen de visitas no pueda perturbar el interés del menor, sino que es necesario que se concrete, a la luz del acervo probatorio, como puede beneficiarle, sin que el dictado de ninguna sentencia pueda hacer gravitar su razonamiento en la presunción biológica de que la comunicación entre los abuelos y los nietos va en beneficio del favor filii.

V. CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN SER CATALOGADAS COMO JUSTA CAUSA

El examen de toda la casuística que se da en esta materia excedería, con creces, los límites de esta investigación, ya que la misma es tan amplia como motivos por los que se puede deteriorar cualquier relación humana. Por ello, y partiendo de la STS núm. 581/2019, de 5 de noviembre, analizaremos las causas por las que el Alto Tribunal estimó que el régimen de visitas intergeneracional que pedía la abuela podía poner en riesgo la estabilidad de la menor, ya que se trata de las circunstancias que más se repiten en la práctica forense.

1. Mobbing familiar: deslegitimación por los abuelos de la figura de los padres.

Hay que partir de la regla general de que la mala relación o escasa sintonía de los abuelos con los padres no puede conformar, automática y sistemáticamente, una justa causa para impedir las relaciones entre aquellos y los nietos[32], ya que, precisamente, es esta falta de entendimiento lo que

31 En este sentido se pronuncia la STC núm. 138/2014, de 8 de septiembre.

32 Véase la SAP de A Coruña núm. 256/2019, de 27 de junio, la cual, admitiendo que la mala relación entre la abuela paterna y la madre del menor, que tenía su custodia, no puede conformar, individuamente considerada, una justa causa que impida denegar el régimen de visitas, acaba desestimando la pretensión de la abuela, al socaire de la negativa del menor a relacionarse con ella y episodios de desatención protagonizados por la

posibilita la legitimación de los abuelos para impetrar la actividad jurisdiccional, pues en caso de que no exista conflicto, o si se quiere, concurra un clima de armonía familiar, la razón de un proceso judicial carece de razón de ser[33].

Sin embargo, una cosa es una mala relación, que precisamente es lo que avala la legitimación de los abuelos para litigar, y otra es que estos, amén de no fomentar la solidaridad familiar, ejerzan una influencia negativa sobre los nietos hacia algunos de los progenitores, coincidiendo esta último supuesto con el que tuvo que dirimir recientemente el Tribunal Supremo.

Ante estos últimos casos se advierte, del estudio de la jurisprudencia, dos alternativas: o bien no acordar un régimen de visitas, o bien concederlo bajo el amparo de determinadas cautelas, como que las visitas se desarrollen en el Punto de Encuentro Familiar[34].

Uno de los primeros exponentes de esta última posibilidad viene representado por la SAP de Valencia de 31 de mayo de 1999, que dilucidó un caso en que la abuela, madre de una mujer fallecida, reclamaba un régimen de visitas con los nietos. El Tribunal estimó la pretensión de la abuela, acordando, no obstante, que las visitas se desarrollaran bajo la supervisión del padre, ya que, culpando la abuela a su yerno del fallecimiento de su hija, la Audiencia Provincial consideró que la mismas no podían servir "como elemento de distorsión de la relación paterno-filial ni para imputarse responsabilidades morales en el desgraciado fallecimiento de la madre", ya que los menores estaba en una etapa de formación de su personalidad en el que la volatilidad y la capacidad de ser influenciados era muy elevada, siendo a la postre los verdaderos perjudicados en el conflicto de lealtades existente entre la abuela y el padre.

Más reciente es la SAP de Granada núm. 67/2017, de 24 de febrero, que, considerado, como elementos probados, que la relación entre los abuelos y los nietos era inexistente, y que, debido al incumplimiento de los deberes tuitivos cuando los demandantes eran padres, los abuelos tenían una mala relación con los progenitores, estimó la pretensión de conceder un régimen de visitas restringido y bajo la vigilancia del Punto de Encuentro Familiar, a pesar de reconocer la posibilidad de que los abuelos utilicen "nocivamente el derecho de visitas como instrumento para ahondar en la mala relación en su hijo y nuera, y en correlativo perjuicio para el interés de los menores".

Por tanto, ya se prive a los abuelos del régimen de visitas con los nietos o se fije un régimen restringido, ora bajo la supervisión del Punto de Encuentro Familiar, ora bajo la vigilancia de los padres, es capital tener presente que sumergir al menor en el ambiente tóxico que implica el mobbing familiar, representado en estos casos por la inferencia e interferencia hacía la figura de los padres por las obras y milagros de los abuelos, debe tener su evidente consecuencia jurídica en el régimen de visitas, pues, como dice el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, alejar a un menor de sus padres vulnera el derecho de los progenitores que consagra el artículo 8 del Convenio para la protección

demandante cuando convivía con el menor, en los que tuvieron que intervenir incluso los servicios sociales. También la STS núm. 167/2015, de 18 de marzo, manifiesta que "no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores".

33 Véase el razonamiento de la SAP de Pontevedra núm. 435/2015, de 3 de diciembre, la cual dice que "el peligro de situar al menor en un conflicto de lealtades es, lamentablemente, casi inevitable ante este tipo de situaciones, pues es precisamente aquel enfrentamiento la razón por la que los demandantes acuden al órgano judicial para el establecimiento forzoso de un régimen de visitas que es negado u obstaculizado".

34 Otras resoluciones, como la STS núm. 576/2009, de 27 de julio, optan por la técnica del apercibimiento, con la consiguiente posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas cuando se advierta que los abuelos ejerzan una influencia sobre el nieto de animadversión hacía la figura del padre.

de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, máxime cuando el menor, fácilmente influenciable por la edad, es susceptible de perecer ante la campaña de difamación contra los padres orquestada a veces por los abuelos, siendo así que la parte más vulnerable es la que resulta más perjudicada en el conflicto de lealtades que implica el deterioro de la relación entre los abuelos y los progenitores.

Mutatis mutandi, creemos que es perfectamente aplicable el canon hermenéutico de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al Síndrome de Alineación Parental[35] para los casos en que los abuelos vindican un régimen de visitas con los nietos, pues a pesar de que en estos casos es harto difícil que se produzca la ruptura del contacto del menor con los progenitores, que al fin y al cabo convive con ellos, sí puede suceder que la figura de los padres se vea debilitada progresivamente, en perjuicio del menor, merced del hostigamiento de unos abuelos que, a veces, cuando tenían la patria potestad, no rindieron tributo a los deberes inherentes a ella.

2. Relevancia del estado psicológico de los abuelos

Como hemos dicho en lo relativo a la mala relación entre los abuelos y los progenitores, se ha de partir de la regla de que no cualquier enfermedad de aquellos puede conformar una justa causa para impedir el régimen de visitas que les reconoce el artículo 160 CC. Para que el estado de salud sea determinante en un litigio, en el que se discute la concesión de un régimen de visitas de los abuelos, será de capital importancia demostrar el nexo causal entre las patologías y el riesgo concreto o potencial para el interés del menor, coadyuvando a ello la evacuación y posterior ratificación del informe por parte del Equipo Psicosocial.

La SAP de Alicante núm. 31/2015, de 12 de febrero, confirmó la importancia del nexo de causalidad que debe existir entre la enfermedad y la capacidad de los abuelos para desarrollar el régimen de visitas, acogiendo la pretensión de una abuela que padecía de depresión, de disfrutar de un régimen de visitas con sus nietos, argumentando el Tribunal que “el hecho de que la actora haya padecido o padezca una patología como es una depresión que le lleve a tomar medicación, no implica que exista un riesgo para las menores, cuando además en el informe elaborado por la perito de designación judicial se expresa que, “no se puede apreciar la existencia de patologías o trastornos que impidiera la realización de funciones de cuidado de las nietas así como la trasmisión de apego y afecto”.

Lo contrario sucedió con la SAP de Alicante núm. 381/2013, de 2 de julio, en el que la abuela quería ver a sus nietas de nueve y cinco años de edad, denegando la Audiencia Provincial su petición en base a la inexistencia de contacto entre la demandante y las menores, y, sobre todo, por su diagnóstico clínico, con trastorno de ansiedad y de personalidad, recibiendo el correspondiente tratamiento, diciendo el informe del Equipo Psicosocial que desaconsejaba el régimen de visitas, ya que, a juicio del perito, secundado por el Tribunal, “su implantación lejos de reportar los beneficios que se atribuyen a este tipo de vínculo, podrían poner en riesgo la estabilidad emocional y familiar de las menores”. primando el dato biológico en vez del afectivo, dejando muchas veces al menor en una tesitura complicada viendo los nietos como una resolución judicial, de repente, les obliga a pasar un día de la semana con unos abuelos que, en algunos casos, vindican un régimen de visitas para desestabilizar el núcleo familiar.

Como hemos comentado a la hora de analizar los otros motivos, se debe de partir de la regla general de que la inexistencia o nula relación de los abuelos con los nietos antes de la presentación

35 Véase la STEDH de 24 de mayo de 2011, Asunto Saleck contra España y de 2 de septiembre de 2010, Asunto Mincheva contra Bulgaria.

de la demanda no debe ser una causa para denegar el régimen de visitas, ya que precisamente, por no existir relación, aquellos acuden a impetrar la actividad de los Tribunales, a lo que se tiene que unir el hecho que, en ocasiones, la falta de relación obedece a una conducta obstruccionista de los padres, que, sin suficiente justificación, niega a los abuelos ver a sus nietos.

Cuando concurra esta circunstancia por sí sola, y no vaya acompañada de otras que impulsen la privación del régimen de visitas, la ausencia de relación debe ser determinante para fijar el marco en el que se debe desarrollar el régimen de visitas, existiendo múltiples variantes, desde fijar las visitas bajo la supervisión de un tercero, que se desarrolle en el Punto de Encuentro Familiar o que se determine un régimen progresivo, sin tercer que estar circunscrito, necesariamente, a un contacto esporádico, o en palabras del Tribunal Supremo "a un mero contacto durante un breve tiempo"[36].

La SAP de Asturias núm. 129/2015, de 11 de mayo, analizó este problema, ya que, no habiendo oposición al establecimiento de un régimen de visitas, a la vista del acuerdo al que llegaron las partes durante el proceso, la controversia gravitaba sobre cómo se tenían que desarrollar estas visitas, al socaire de los impedimentos físicos de la abuela y, sobre todo, la ausencia de relación entre ésta y sus nietos. Al final, el Tribunal acabó acordando que el régimen de visitas se desarrollase en el Punto de Encuentro Familiar o en el domicilio de la demandante, siempre que, en este último caso, estuviese presente uno de los progenitores[37].

Por otro lado, un dato más a tener en cuenta a la hora de valorar si la inexistencia de previa relación entre los abuelos y los nietos representa una justa causa para denegar el régimen

Nuestro planteamiento es que si la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003 justifica la reforma del artículo 160 CC en el fundamental papel que puede desempeñar los abuelos para garantizar la estabilidad y desarrollo del menor, coadyuvando a que éste racionalice las situaciones de conflicto familiar, carece de sentido que aquellos abuelos que, precisamente, por padecer determinados trastornos psicológicos, no puedan garantizar ni su propia estabilidad, puedan erigirse en adalides del bienestar que precisa el menor. Por ende, conceder un régimen de visitas a unos abuelos en contra del informe del Equipo Psicosocial, y a costa de preponderar la presunción, basada en el mero dato biológico, de que estas relaciones son beneficiosas para el menor, podría acabar lesionando el interés que, curiosamente, se trata de salvaguardar, siendo suficiente la seria sospecha, que no conjetura, de que la estabilidad del menor puede ser menoscabada para desestimar el régimen de visitas que se pueda reclamar en un proceso.

36 STS núm. 632/2004, de 28 de junio.

37 El fundamento de derecho tercero dibuja el siguiente razonamiento: "El segundo motivo es conexo con el anterior pues nos devuelve a la verdadera esencia del debate, que no es la comunicación entre los menores y la recurrente un domingo al mes, extremo respecto del que los progenitores mantuvieron en el acto del juicio su conformidad, sino en cuanto a la forma de desarrollarse en aquellas condiciones más adecuadas para el interés de los menores dadas las circunstancias concurrentes que son, a saber, la escasa o nula relación o contacto habido hasta ahora entre los menores y la recurrente y, de otro lado, las propias limitaciones físicas a las que la propia parte se refiere, circunstancias, una y otra, que aconsejan que los encuentros (al menos de principio) no se produzcan sin la intervención de ningún tercero como pretende la recurrente. Esto así, sin orillar la posibilidad de su práctica en el punto de encuentro, atendidas las circunstancia personales de la recurrente y que en el acto del juicio el progenitor varón de los menores fue señalado como tercero idóneo para acompañarlos en el encuentro con su abuela materna, lo que se entiende que procede es ofrecer a la recurrente la posibilidad de la comunicación en el Punto de Encuentro o bien en su domicilio, estando presente uno de los progenitores de los menores o persona que éstos designen y debiendo dar cuenta la recurrente al Tribunal de la instancia de la opción que elija".

3. Inexistencia de previa relación entre los abuelos y los nietos: relación biológica vs. relación afectiva.

El legislador, a la hora de modificar el artículo 160 CC con la publicación de la Ley 42/2003, cometió, a nuestro juicio, un grave error, pues sustentó la presunción iuris tantum de que las relaciones con los abuelos con los nietos son beneficiosas para el interés del menor de visitas, es si la falta de contacto obedece a una férrea oposición de los padres o a cierta desidia de los abuelos, quienes, durante años han rehusado cualquier intento de ver a su nieto, pudiendo provocar que la estabilidad del menor se vea lesionada al tener que ver a unos parientes que, en el pasado, no mostraron interés alguno en relacionarse con él[38].

Al respecto, una de las resoluciones que resuelven con extraordinario magisterio este conflicto, es la SAP de Madrid núm. 516/2018, de 12 de junio, la cual denegó el régimen de visitas que reclamaban los abuelos, y ello por los siguientes motivos: En primer lugar, porque los abuelos no ofrecieron ninguna explicación del por qué abandonaron durante trece años su relación con el nieto, no pudiendo exteriorizar durante todos aquellos años una voluntad de procurar al menor la estabilidad y apoyo que precisaba. En segundo lugar, el informe del Equipo Psicosocial manifestó que el menor estaba adaptado a su entorno convivencial, sin presentar carencias afectivas, concluyendo que ningún beneficio vislumbraban para el menor relacionarse con sus abuelos. En tercer y último lugar, la exploración del menor practicada evidenció que este no quería relacionarse con sus abuelos paternos, cuya existencia ignoraba.

El fallo de la sentencia citada nos parece acertado, ya que, por un lado, no concede preponderancia al dato biológico sobre el afectivo, pues los demandantes no tuvieron contacto alguno con su nieto durante largo tiempo, siendo imposible, en este contexto, que el menor le dispensara algún afecto; por otro, el Tribunal tuvo en cuenta los principios sobre los cuales debe gravitar cualquier decisión que afecte al menor, acordando su exploración[39], y, en especial, valoró su negativa a relacionarse con los abuelos[40].

Aquí es importante una cuestión, se comparta o no la caracterización como derecho- deber de la relación entre los abuelos y los nietos, como ocurre con el marco entre los padres e hijos, es indudable que aquellas relaciones se tienen que configurar desde la perspectiva del interés del menor, quedando subordinada la pretensión de los abuelos a la satisfacción de este bien, pues, y sin entrar a valorar quienes son realmente los sujetos del derecho reconocido en el artículo 160 CC, las relaciones personales de los menores, como ha dicho recientemente la SAP de Barcelona núm. 231/2019, de 20 de marzo, han de concebirse como una contribución “al desarrollo integral del menor”. Por ello, defender un régimen de visitas de los abuelos con los nietos cuando estos

38 Es interesante la STS núm. 167/2015, de 18 de marzo, la cual deniega el régimen de visitas de entre la abuela y una menor porque aquella tuvo escasa relación con su nieta durante sus primeros años, distanciamiento propiciado por decisión propia de la demandante, y en palabras del fundamento de derecho primero por “escasa disposición para mantener la relación con su nieta de manera independiente al conflicto con sus padres”.

39 En estos casos, antes del dictado de sentencia, consideramos primordial que los Juzgados practiquen la exploración del menor si tiene suficiente condiciones de madurez, ya que, por mor del artículo 9 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, un régimen de visitas con los abuelos puede afectar a su estabilidad y a su esfera personal, familiar y social.

40 Similar razonamiento luce en la SAP de Granada núm. 159/2010, de 9 de abril, y núm. 90/2012, de 5 de marzo. En contra, la SAP de Lleida de 16 de mayo de 2013, que estima que la negativa de los nietos a estar con los abuelos no es una justa causa para no fijar un régimen de visitas.

muestran su negativa justificada a mantener este tipo de relaciones, sería tan absurdo como avalar un régimen de visitas cuando, precisamente, la actitud obstruccionista viene de los abuelos, pues difícilmente puede enarbolarse la bandera del interés del menor cuando se pretende el reconocimiento de una relación impuesta y no deseada por quienes la tienen que cumplir[41].

VI. RECAPITULACIÓN REFLEXIVA: REFORMA FALLIDA DEL ARTÍCULO 160 CC

Debemos partir de la premisa de que los padres no pueden, ni deben, por mucho que ostenten la patria potestad, monopolizar las relaciones de sus hijos menores, ni circunscribir su vida familiar y social a su mínima expresión, pues, de ser así, quedaría en cuarentena el reconocimiento y protección de la personalidad del menor, y de disfrutar de unas relaciones afectivas que deben ser toleradas por los padres en tanto en cuanto vaya en beneficio de su personalidad. Efectivamente, el beneficio de la estabilidad y personalidad del menor, o si se quiere, el favor filii, es el eje sobre el cual debe gravitar la constitución o reconocimiento de un régimen de visitas con los abuelos.

Sin embargo, el legislador, aun partiendo de la correcta tesis de que los padres no pueden impedir, injustificadamente, las relaciones del menor con sus abuelos, y reconociéndoles a estos un derecho propio y autónomo que, a veces, y según algunas sentencias, parece que se configura como absoluto[42], otorgó preferencia a la relación biológica a fin de establecer la presunción de que las relaciones entre los abuelos y nietos van encaminadas a proteger y potenciar el interés del menor.

Efectivamente, primó el dato biológico en vez del afectivo, pues el artículo 160 CC no exige previa relación o contacto entre los abuelos y los nietos para que aquellos puedan exigir un régimen de visitas, colocando a los padres, en caso de existir oposición, en la ardua tarea de demostrar que el afecto en determinados casos es inexistente, invirtiendo la doctrina de la carga de la prueba cristalizada en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Extrapolando esta crítica a la ladera fáctica, se producen situaciones dantescas, como la que tuvo oportunidad de analizar el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de noviembre de 2019, en donde a una menor se le impuso por una sentencia dictada en apelación un régimen de visitas con una abuela a la que no conocía, y que, a mayor abundamiento, presentaba un cuadro psicológico que, dudosamente, podía rendir tributo a los nobles cometidos que la Exposición de Motivos de la Ley 42/2003 atribuye a los abuelos. Todo ello sin perjuicio de aquellos casos en los que los abuelos, con el fin de boicotear a los padres, reclaman un régimen de visitas que, como cual caballo de Troya, justifican en interés del menor. Ante estos supuestos, que, lamentablemente, no son excepcionales, insistimos en la plena aplicabilidad de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto al Síndrome de Alineación Parental, ya que el mobbing familiar, como patología que es el seno familiar, tiende a sustituir, injustificadamente, la figura de uno o de ambos progenitores en

41 A juicio de GARCÍA CANTERO, G. “Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003”, en Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, pág. 132, el legislador modificó el artículo 160 CC de modo que reconoce legitimación, entre otros, para instar el régimen de visitas con los abuelos y otros allegados al propio menor, quien actuará bajo la representación de sus padres, pudiendo discutirse en un litio las relaciones del menor con unos abuelos que, curiosamente, no han reclamado un régimen de visitas, a pesar de no ver al menor. Interesante es la tesis de ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. “La modificación del Código civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos”, en Boletín de Derecho de Familia, núm. 30, 2003, pág. 3, que dice que, en relación al supuesto previsto en el artículo 90.2 CC, de que en convenio regulador se contemple dichas relaciones, el consentimiento de los abuelos se antoja imprescindible para que la autoridad judicial lo apruebe.

42 Basta remitirse, ad example, a la SAP de Madrid núm. 60/2009 de 28 de enero, citada anteriormente.

perjuicio del menor, a costar de fortalecer la posición de aquella persona que actúa con una ceguera que le impide vislumbrar y respetar conceptos tales como el de solidaridad familiar.

A día de hoy, seguimos sin entender como necesitado el Derecho de Familia de reformas más urgentes, como la vivienda familiar, el legislador, en una suerte de brindis al sol, se limitó a modificar, simple y llanamente, el artículo 160 CC, y no contento con ello, en una emulación del personaje del Inspector Clouseau en la archiconocida obra de Blake Edwars, acabó por dar más problemas que soluciones a estas controversias, siendo curioso que, antes de la fallida modificación, muchas de las demandas de los abuelos reclamando un régimen de visitas con los nietos se resolvían con la misma sensatez que la STS núm. 581/2019, de 5 de noviembre, sin tener que forzar la interpretación de la dicción legal.

Desde nuestro planteamiento, la reforma del Código Civil por la Ley 42/2003, amén de fallida, obedece a una idea perturbadora, al construir la presunción de que las relaciones de los abuelos con los nietos son beneficiosas para el favor filii sobre el dato meramente biológico -¿existe algún abuelo que no sea abuelo de su nieto?-, en vez del afectivo, propiciando esta regulación que, en no pocas ocasiones, se coloque al menor a los pies de los caballos, como tuvimos la oportunidad de ver con las sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla y Valencia que, afortunadamente, fueron revocadas en casación por el Tribunal Supremo hace escasos meses. Por ello, calificamos las sentencias dictadas por el Ato Tribunal en 2019 como sensatas y valientes, pues aun admitiendo que en los casos objeto de litis no concurría la convicción de que la relación de los nietos con sus abuelos fueran en contra de su propio interés, cuando se trata del menor, toda cautela se antoja insuficiente.

Concluyendo, celebramos los fallos emitidos por el Alto Tribunal recientemente, pero, al igual que ocurre con otros temas de Derecho de Familia, no compete a los Jueces y Tribunales, a pesar de hacer justicia en el caso concreto, crear Derecho, pues el principio de seguridad jurídica y división de poderes se vislumbraría en clave de retroceso, siendo tarea del legislador combatir el desfase que se aprecia muchas veces entre la norma y la realidad que está destinada a regular.

ANÁLISIS

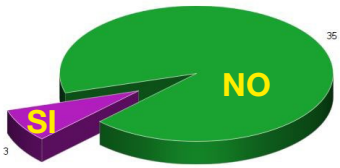
BALANCE DE LOS CRITERIOS DE LAS JUNTAS DE JUECES EN CUANTO A LA VIGENCIA DE LAS MEDIDAS DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

CUSTODIA COMPARTIDA

En relación al mantenimiento de la custodia compartida, de los 44 criterios disponibles, 34 se pronuncian a favor de mantenerla y 10 en contra. Es decir, 77,27% a favor.

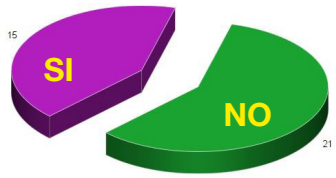
FINES DE SEMANA ALTERNOS CON PERNOCTA

En relación al mantenimiento de los traslados para fines de semana alternos, se han pronunciado 42, de los cuales 29 están a favor de mantener los traslados para tales visitas y 13 en contra. Es decir, el 69,05% a favor.



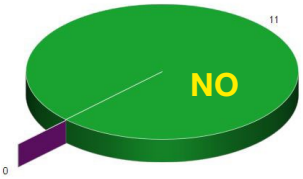
VISITAS INTERSEMANALES SIN PERNOCTA

En relación a las visitas intersemanales sin pernocta, se han pronunciado 38, de los cuales solo 3 se pronuncian a favor de mantenerlas y 35 en contra. Es decir, solo el 7,89% a favor.



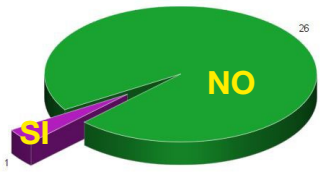
VISITAS INTERSEMANALES CON PERNOCTA

En cuanto a las visitas intersemanales con pernocta, se han pronunciado 36, de los cuales 15 se pronuncian a favor de mantenerlas y 21 en contra. Es decir, 41,66% a favor de mantenerlas.



RÉGIMEN DE VISITAS CON ABUELOS

En relación al régimen de visitas con los abuelos, se han pronunciado un total de 11, todos en contra de mantenerlas.



VISITAS EN PUNTOS DE ENCUENTRO

Respecto a las visitas que se han de desarrollar o realizar las entregas y recogidas en el PEF, se han pronunciado 27, de los cuales 26 se pronuncian a favor de no mantenerlas y solo 1 propone que se han de realizar en otro lugar.

Este balance se hace a los meros efectos de tener una idea general ante la divergencia de criterios existentes. No obstante, hay que tener en cuenta que siempre cada caso es particular y todos los criterios regulan como excepciones los supuestos derivadas de situaciones de riesgo en los progenitores o en los menores o en su entorno familiar, por lo que no tienen carácter vinculante.

En la mayoría de tales acuerdos se establecen dichas recomendaciones en defecto de acuerdo de los progenitores, por lo que se apela en primer lugar a la responsabilidad de los padres de arbitrar las medidas necesarias para hacer compatible el derecho del menor a relacionarse con ambos y la responsabilidad que todos los ciudadanos tenemos de evitar en la medida de lo posible la cadena de propagación del virus.

	Custodia Compartida	Fines de semana	Intersemanal sin pernocta	Intersemanal con pernocta	Visitas Abuelos	Visitas PEF
Albacete	SI	SI	SI	SI	.	.
Alicante	SI	NO	NO	NO	NO	NO
Baleares	SI	SI	NO	SI	.	NO
Barbate	SI	SI	NO	.	.	NO
Barcelona	SI	SI	.	.	.	.
Bilbao	SI	SI	.	.	.	NO
Burgos	SI	SI	NO	SI	.	NO
Cádiz	SI	SI	NO	SI	.	NO
Castellón	SI	NO	NO	NO	NO	.
Coria del Río	SI	SI	SI	SI	.	.
Elche	SI	SI	NO	NO	.	NO
Girona	SI	SI (si hay pernocta)	NO	NO	.	NO
Granada	SI	SI	NO	SI	.	SI
Granollers	SI	SI	.	.	.	.
Huelva	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Las Palmas	SI	SI	NO	NO	.	NO
León	SI	SI	NO	NO	NO	NO
Linares	SI	SI	NO	SI	.	.
Logroño	SI	SI	NO	SI	.	.
Lucena	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Lleida	SI	SI	NO	SI	.	NO
Málaga	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Marbella	SI	SI	NO	SI	.	NO
Mataró	NO	NO	NO	NO	.	.
Melilla	SI	SI	.	.	.	.
Murcia	SI	SI	SI	SI	.	NO
Orense	SI	NO (JVM)	NO (JVM)	NO (JVM)	.	NO
Orihuela	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Pamplona	SI	SI	NO	SI	.	NO
Sabadell	SI	SI	NO	SI	.	NO
Salamanca	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Santander	NO	NO	NO	NO	.	.
Sevilla	SI	SI	.	.	.	.
Tarragona y Reus	NO (salvo acuerdo)	.	.	.	.	.
Terrassa	NO (salvo acuerdo)	.	.	.	.	.
Toledo	SI	SI	NO	SI	.	NO
Torrejón de Ardoz	SI	SI	NO	NO	.	NO
Torremolinos	NO	NO	NO	NO	.	NO
Valencia	SI	SI	NO	SI	.	NO
Valladolid	SI	SI	NO	NO	.	NO
Vigo	SI	SI	NO	NO	NO	.
Villena	SI	NO	NO	NO	NO	NO
Vitoria	SI	SI	NO	NO	.	.
Zaragoza	SI	SI	NO	SI	.	NO

EL SUPREMO AL DÍA

M.ª Dolores Azaustre Garrido

TS

SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 2020
Roj: STS 26/2020 - ECLI:ES:TS:2020:26
Nº de Recurso: 3147/2017
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª de los Ángeles Parra Lucán

Se mantiene la validez de la confesión de privaticidad que hizo el esposo en el momento de la compra del inmueble de ser propiedad de su esposa, a pesar de que en la escritura pública del préstamo hipotecario se hace constar que el esposo, con carácter ganancial, es dueño de la finca litigiosa y que la esposa interviene a los solos efectos de prestar el consentimiento previsto en el art. 1.377 del CC. Tampoco se le da relevancia que en el convenio regulador se pactase la atribución del uso de un inmueble para cada cónyuge.

"2.1.- Cuestión planteada.

Lo que pretende el marido es que se prive de eficacia al reconocimiento que hizo expresamente en 1975, en el momento de adquisición del piso litigioso por la esposa, de que el precio de la compra se pagaba con dinero privativo de ella. Se basa para ello en que el dinero realmente era ganancial, lo que, según dice, habría sido reconocido por la esposa en dos actos posteriores a la adquisición. La Audiencia ha negado que estos actos prueben el carácter ganancial

y el recurrente considera que, al hacerlo, la sentencia infringe la doctrina de los actos propios.

2.2.- Confesión de privatividad y posibilidad de impugnación.

i) La compra se realizó en el año 1975, con anterioridad a la reforma de 1981, pero ya entonces la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia estimaban que eran vinculantes "inter partes" las declaraciones hechas por un cónyuge en el sentido de ser propio del otro el precio pagado en la adquisición de un bien, con la consecuencia de desvirtuar la presunción general de ganancialidad que en ese momento establecía el art. 1407 CC.

Esta opinión se fundaba en la doctrina de los actos propios y en la interpretación del art. 1344 CC, que expresamente solo se refería a la confesión del marido de haber recibido ciertos bienes en calidad de dote, pero que se consideró aplicable igualmente a los bienes parafernales, bienes propios de la mujer antes de casarse o adquiridos por ella posteriormente, y cuya propiedad conservaba.

Así, admitieron la validez "inter partes" de la manifestación realizada por el marido de que la compra a favor de la mujer se había realizado con dinero de ella, las sentencias de 2 de febrero de 1951 y de 28 de octubre de 1965, en las que se dejaba a salvo la posibilidad de impugnación judicial por el marido de su declaración en caso de simulación o falsedad, siempre que, dada la inversión de la carga de la prueba generada por la confesión, demostrara cumplidamente el hecho o circunstancias capaces de invalidar la manifestación formulada.

ii) En 1981, el legislador introdujo en el art. 1324 CC una norma que, enlazando con criterios doctrinales y jurisprudenciales elaborados con anterioridad, regula la confesión de privatividad. La confesión de privatividad es un medio de prueba cuya eficacia principal es desvirtuar la presunción de que los bienes existentes en el matrimonio son gananciales. La regla permite hacer posible en la práctica una verdadera subrogación de bienes en el patrimonio privativo cuando se utiliza dinero de aquella procedencia y no es fácil acreditarlo. Responde a la idea de que lo que se dice probablemente es verdad, por lo que debe mantenerse mientras no perjudique a terceros (señaladamente, acreedores o legitimarios del confesante).

Pero no se trata de un medio de prueba absoluto y esta sala, tanto para las manifestaciones de privatividad realizadas por un esposo bajo el régimen derogado en 1981, como para las realizadas bajo la vigencia del actual art. 1324 CC, ha continuado reconociendo la posibilidad que el confesante impugne su propia confesión, si bien, ha exigido para ello prueba "eficaz y contundente" (sentencia 711/1994, de 18 de julio, que, aplicando el derecho derogado, declaró la ineficacia de la confesión por falsedad; sentencia 874/2001, de 25 de septiembre, que, aplicando el art. 1324 CC, niega que en el caso haya quedado desvirtuada la prueba que el precepto atribuye a la confesión; sentencia 1216/2006, de 29 de noviembre, que niega que en el caso se haya probado la ganancialidad ni que concurran los presupuestos de la simulación).

2.3.- Aplicación de la doctrina al caso.

La aplicación de la anterior doctrina determina la desestimación del recurso.

i) La escritura de préstamo hipotecario de 1991. En el caso hay que partir de que la confesión se hizo antes de 1981 y la constitución de la hipoteca después de ese año. Partiendo de estos datos se explica que, lo que el recurrente considera demostración de la ganancialidad del inmueble y las sentencias de instancia meras irregularidades o errores de la escritura de préstamo hipotecario 1991, están relacionadas tanto con la ambigüedad con que el sistema jurídico trataba a los bienes "confesados" adquiridos por un cónyuge como con la duda doctrinal y práctica que se suscitó acerca de la aplicación de la reforma del Código civil de 1981 y del Reglamento hipotecario de 1982 a las confesiones realizadas con anterioridad a la hora de exigir quién debía prestar su consentimiento para realizar actos de disposición.

Hasta el Reglamento hipotecario de 1947, la inscripción registral de los bienes se practicaba formalmente a favor del cónyuge adquirente, pero los actos de disposición debía realizarlos el marido, incluso sin consentimiento de la mujer aunque estuvieran registrados a su nombre

(si bien más tarde se admitió la inscripción de los actos otorgados por la mujer con licencia del marido); a partir de los años cuarenta se comenzó a advertir que no debía darse a los bienes presuntamente gananciales pero inscritos a nombre de la mujer el estricto tratamiento de los gananciales y, finalmente, el Reglamento hipotecario de 1947 reguló la inscripción de las adquisiciones onerosas por la mujer cuando no se demostrara la procedencia del dinero, pero el marido aseverara que el precio era de la propiedad exclusiva de la mujer, así como la inscripción de los posteriores actos de disposición de tales bienes.

Cuando se otorgó la compra del inmueble litigioso, estaba en vigor la redacción de los arts. 95 y 96 del Reglamento hipotecario reformados por el Decreto 393/1959, de 17 de marzo, para adecuarlos a la redacción del art. 1413 CC según la Ley de 24 de abril de 1958 (que pasó a exigir el consentimiento de la mujer para los actos de enajenación de inmuebles llevados a cabo por el marido como administrador) y a referirse también a los bienes adquiridos por el marido. Por ello, en el caso que da lugar a este recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 95 del Reglamento hipotecario vigente en ese momento, se inscribió el inmueble litigioso a nombre de la esposa, sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial de la adquisición por no haberse justificado la procedencia del precio de la compraventa.

Cuando la esposa compró el inmueble y el marido confesó que el precio le pertenecía a ella en exclusiva, el art. 96 del Reglamento hipotecario entonces vigente exigía para la inscripción de los actos de disposición que realizara el titular registral de los bienes el consentimiento del otro esposo. Se trataba de un régimen ambiguo que, coordinando la probabilidad de que el bien fuera privativo del cónyuge a cuyo nombre estaban inscritos y la eventualidad de que fuera ganancial, permitía a los terceros quedar protegidos en su adquisición.

En 1982, para adaptar la normativa registral a la modificación legal sustantiva de 1981, se modificó el Reglamento hipotecario, que para los bienes cuya privatividad resulta sólo de la confesión del consorte ordena desde entonces que se exprese tal circunstancia en la inscripción y establece que los actos inscribibles relativos a estos bienes otorgados durante la vigencia de la sociedad de gananciales “se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión” (art. 95.4 del Reglamento hipotecario).

Este cambio legislativo dio lugar a una polémica acerca de la aplicación del nuevo régimen legal para los actos de disposición de bienes inscritos a nombre de uno solo de los cónyuges por confesión del otro.

En el caso, en la escritura de préstamo hipotecario de 1 de febrero de 1991 intervino el esposo como prestatario y la esposa “a los solos efectos prevenidos en el art. 1377 CC “. Este precepto, a partir de la reforma de 1981, exige el consentimiento de ambos cónyuges para la disposición de bienes comunes. En la escritura se afirma también que el esposo “con carácter ganancial es dueño de la finca” hipotecada.

Tanto el juzgado como la Audiencia han advertido de la inexactitud de la escritura, inexactitud que debe relacionarse con el hecho de que el asiento de inscripción no prejuzgaba la naturaleza privativa o ganancial del bien, que la redacción del reglamento hipotecario del momento en el que se hizo la confesión exigía el consentimiento de los dos y que la jurisprudencia recaída sobre el antiguo art. 1407 CC (presunción de ganancialidad) exigía que, para que la confesión de privatividad pudiera perjudicar a terceros (acreedores del confesante o de la sociedad) no era suficiente la declaración del marido de haber recibido la dote o la aseveración de privatividad (como recuerda, para un caso en que la compra se hizo en 1955 y la venta en 1995, la sentencia 419/2005, de 27 de mayo).

No es de extrañar, en este contexto de indeterminación registral del carácter del bien y de la fuerza que jurisprudencialmente se atribuía a la presunción de ganancialidad frente a terceros, que al hipotecar el inmueble para garantizar un préstamo en el que el marido aparecía como prestatario se aludiera al carácter ganancial del inmueble, ni que se dijera que la esposa comparecía a efectos de consentir el acto otorgado por el marido, que era quien recibía el préstamo.

Con independencia de cómo debiera haberse otorgado esa escritura de préstamo hipotecario y de si en un plano teórico y dogmático la hipoteca pudo ser constituida eficazmente solo por la esposa, lo que no es objeto ni se discute en este pleito, es evidente que, por lo dicho, ni la declaración de ganancialidad en esa escritura (que no hizo la esposa) ni la intervención por la esposa en la misma puede considerarse prueba del carácter ganancial del inmueble a efectos de desvirtuar el reconocimiento expreso de privatividad efectuado por el marido.

ii) El convenio regulador. Esta sala comparte igualmente la valoración realizada por la sentencia recurrida de la mención contenida en el convenio regulador al inmueble litigioso, en el sentido de que no se califica como ganancial. De tal manera que, si bien hipotéticamente podría discutirse la eficacia de un acuerdo por el que, de manera clara, los esposos decidieran desvirtuar la confesión de privatividad, tampoco hay tal, pues a lo único que se hace referencia, de manera poco significativa, es a su uso y ocupación como domicilio por la esposa y a la continuación de la ocupación por el esposo de otro domicilio. Frente a la manifestación expresa y rigurosa del marido de ser privativo el dinero con el que se adquirió (y, en consecuencia, el piso), esta es una manifestación poco significativa que carece de trascendencia como para desvirtuar la eficacia de la confesión.

Por lo demás, en la sentencia de primera instancia, confirmada por la de apelación, se declaró expresamente que no había quedado acreditado que la esposa se hubiera comprometido a compensar al esposo por la venta del piso, por lo que, al afirmar ahora en el recurso de casación que firmó el convenio regulador por la confianza de que así sería, por tratarse de un bien ganancial, el recurrente está haciendo supuesto de la cuestión.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida.

TS

SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2020
Roj: STS 61/2020 - ECLI:ES:TS:2020:61
Nº de Recurso: 826/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

La rotación en la vivienda familiar en los periodos de custodia compartida no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores.

"QUINTO.- El recurrente planteó que se confirmase la sentencia del juzgado que conllevaba compartir la vivienda familiar como "vivienda nido", a lo que en apelación se opuso la recurrida y a lo que también se opone el Ministerio Fiscal.

Esta sala en sentencia 215/2019, de 5 de abril, declaró:

"En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (art. 96 del C. Civil)".

Igualmente en sentencia 343/2018, de 7 de junio.

A la vista de esta doctrina, la discordancia entre las partes y el informe del Ministerio Fiscal, debemos declarar que la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores.

Sin perjuicio de ello, procede fijar un plazo de transición de dos años, durante el cual los menores y su madre permanecerán en la vivienda familiar, tras el cual, deberán abandonarla, momento en el que la vivienda familiar se integrará en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales (art. 96 del CC), medida que se toma en interés de los menores, a la vista de los escasos ingresos de la madre, situación necesitada de protección en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia.

En base a lo expuesto se fija, durante los mencionados dos años, una pensión de alimentos de 150 euros para cada hija, abonables por el padre, teniendo en cuenta sus superiores ingresos (art. 146 del C. Civil), que durante dos años la vivienda solo la disfrutarán madre e hijas y que los períodos de estancia con el padre son superiores en tiempo".

TS

SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 2020

Roj: STS 176/2020 - ECLI:ES:TS:2020:176
Nº de Recurso: 5135/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

No puede acordarse la custodia compartida cuando los domicilios de los progenitores distan 400 km., y en esta tesitura se otorga la custodia al progenitor con el que venía conviviendo la menor, al considerarse lícito el traslado realizado unilateralmente. El informe del equipo psicosocial apoyó este modelo de custodia.

"Ambas recurrentes coinciden en que no procede el sistema de custodia compartida dada la distancia existente entre DIRECCION010 (Alicante) y DIRECCION009 (400 kms).

Sin embargo en el recurso de cada una de ellas se solicita la custodia exclusiva para cada una de las recurrentes.

El Ministerio Fiscal ante esta Sala solicitó la estimación del recurso de D.ª Paulina.

En los recursos se citan las sentencias 4/2018, de 10 de enero, 115/2016, de 1 de marzo, 748/2016, de 21 de diciembre y 566/2017, de 19 de octubre.

De la citada referencia jurisprudencial se deduce la imposibilidad de afrontar un sistema de custodia compartida con menores en edad escolar, con una distancia considerable entre los domicilios de los custodios, lo que acarrea un desarraigo de la menor, su sometimiento a cambios intermitentes de colegios y de sistema sanitario, incluso en este caso, con diferencias lingüísticas en su proceso de aprendizaje.

Dicho ello, queda por solventar en base al interés de la menor, cual de las dos madres, debe ostentar la custodia (art. 92 del C. Civil).

El Ministerio Fiscal ante esta Sala optó, de acuerdo con el informe psicosocial por que la custodia la ejerciese D.ª Paulina.

En el referido informe se reconoce la capacidad de ambas recurrentes su amplia sintonía con la menor, su capacidad de afecto y de entrega, pero se decantaba por D.ª Paulina, al haber sido la cuidadora principal.

Ambas madres tienen apoyo para el cuidado

de la menor, pues mientras D.ª Natividad cuenta con su nueva pareja; D.ª Paulina convive en la misma localidad con sus padres.

Por otra parte, los padres de D.ª Natividad residen en Valencia.

Es cierto que la pareja residía en DIRECCION009, localidad de la que se ausentó D.ª Paulina en compañía de la menor, para instalar su residencia en DIRECCION010 (Alicante), ciudad en la que residen sus padres y ello por haber perdido el trabajo en DIRECCION009 (extremo no discutido), por lo que concurría causa justificada para el traslado de D.ª Paulina.

Esta Sala en sentencias 748/2014, de 11 de diciembre, y 642/2012, de 26 de octubre, condiciona la autorización de traslado de residencia del menor, a que no quede afectado su desarrollo emocional, la progresión de su personalidad, su estabilidad, el contacto con progenitores y hermanos.

Se aprecia en todas las sentencias de esta Sala que como principio rector debe ajustarse la decisión al interés del menor (articulo 39 CE y artículo 92 CC) (STS de 19 de noviembre de 2015, Rc. 2724/2014) y sentencia 5/2017, de 12 de enero.

Esta sala de casación ha de declarar que el cambio de residencia unilateralmente acordado, es reprobable, pero ello no puede acarrear una sanción que perjudique el interés de la menor (sentencia 230/2018, de 18 de abril).

A la vista de estos datos, esta Sala, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, ha de sustentar su decisión en el fundado informe psicosocial, al no constar con otro argumento más poderoso (art. 92 del C. Civil), por lo que se ha de estimar el recurso de D.ª Paulina, íntegramente, de forma que se declara que la custodia de la menor se ostentará por D.ª Paulina, en la localidad de DIRECCION010, sin perjuicio de que la concreción del sistema de visitas, alimentos y medidas derivadas y necesarias tras un proceso de divorcio, en relación con la menor, se desarrollará en ejecución de sentencia por el Juzgado de Primera Instancia, garantizando un eficaz y equilibrado sistema de visitas por parte de D.ª Natividad, de forma que la menor se resienta lo menos posible por el divorcio de sus madres".

TS

SENTENCIA DE PLENO DE 3 DE FEBRERO DE 2020

Roj: STS 158/2020 - ECLI:ES:TS:2020:158
Nº de Recurso: 2716/2017
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

En principio, los beneficios de las acciones privativas destinados a reservas no tienen carácter ganancial, si bien, en sociedades familiares o controladas por un cónyuge como socio único o mayoritario, si el destino a reservas se hace de forma fraudulenta para hurtar el derecho a la percepción de las ganancias como frutos de bienes privativos, podrán reputarse gananciales y como tales incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común.

"No obstante lo anterior, a la hora de resolver las discrepancias de criterio entre nuestras audiencias provinciales, y dado el vacío normativo existente al respecto, al no hallarse contemplado expresamente el tratamiento jurídico de los beneficios destinados a reservas en la regulación del régimen económico matrimonial de gananciales en el CC, este Tribunal estima más sólida, y, por consiguiente, se inclina por la tesis que niega carácter ganancial a las reservas,

que permanecen en el patrimonio de la sociedad mercantil asentadas en su contabilidad, con la particularidad que se dirá en el caso de la existencia de fraude.

En primer lugar, ostentan la consideración legal de gananciales los dividendos cuyo reparto se ha acordado, en tanto en cuanto provienen de las acciones o participaciones sociales de titularidad privativa de uno de los cónyuges, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 1347.2 del CC y 93 a) LSC ; mientras que los beneficios destinados a reservas permanecen integrados en el patrimonio de la sociedad, que cuenta con una personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios (art. 33 LSC).

En efecto, las sociedades de capital son ante todo personas jurídicas, y como tales constituyen un centro de imputación de derechos y obligaciones propios. La sociedad y sus socios ostentan personalidades distintas y patrimonios diversos sin comunicación entre sí.

En este marco de la autonomía de la sociedad con respecto a sus socios corresponde a la junta general decidir, bajo propuesta no vinculante de sus administradores, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado del ejercicio económico (arts. 160 a y 273 LSC), y, por consiguiente, el destino de los beneficios obtenidos, la constitución en reservas o el reparto de dividendos.

El socio únicamente puede, ante un acuerdo de esta naturaleza, ejercitar su derecho de separación al amparo del art. 348 bis de la LSC, siempre y cuando concurran los presupuestos normativos para ello; o impugnar el correlativo acuerdo de la junta general, en el caso de considerar haber sufrido una lesión injustificada de su derecho a participar en las ganancias sociales, como así lo ha venido admitiendo la jurisprudencia (ver la doctrina de las SSTS 418/2005, de 26 de mayo y 873/2011, de 7 de diciembre). En definitiva, el cónyuge socio únicamente cuenta con un derecho abstracto sobre un patrimonio ajeno, que no se transmuta en concreto hasta que existe un acuerdo de la junta que ordena el reparto de dividendos en el legítimo ámbito de sus atribuciones (arts. 160 y 273 LSC), permaneciendo mientras tanto los beneficios obtenidos en el patrimonio social, dando lugar al oportuno asiento contable, que goza de la correspondiente publicidad registral mediante el depósito anual de cuentas.

La jurisprudencia ha reconocido por ejemplo en la STS 60/2002, de 30 de enero, cuya doctrina reproduce la STS 873/2011, de 11 de diciembre, que: “[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago”.

Las reservas no se pueden pues identificar sin más como frutos de los rendimientos de un bien productivo y como tales gananciales, en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, se hallan integradas en su patrimonio separado y distinto del correspondiente a los socios, y sometidas a un concreto régimen jurídico societario.

Por otra parte, la constitución de fondos de reserva responde a autónomas decisiones adoptadas por la sociedad de capital, en el ámbito específico e independiente de su competencia en la gestión del objeto social, en otras ocasiones resultan normativamente impuestas en el caso de las reservas legales o derivadas de una disposición de los estatutos sociales que así expresamente lo exijan, toda vez que dichas reservas pueden ser voluntarias, legales o estatutarias (arts. 273 y 274 LSC).

Pueden hallarse justificadas por la necesidad de autofinanciación, para obviar las dificultades de encontrar financiación externa o asumir los costes que ello supone. Sirven para acrecentar el patrimonio de la empresa, asegurando un fondo de solvencia con respecto a los acreedores sociales, así como una garantía de pervivencia frente a los avatares del mercado. Valen para compensar un patrimonio neto negativo de ejercicios económicos precedentes. En definitiva, constituyen todas ellas opciones cuya elección compete a la voluntad social exteriorizada en la junta general y no subordinadas a la voluntad individual de sus socios, incluso, son impuestas directamente por la ley.

Las reservas, comoquiera que tienen su origen en el resultado positivo de un ejercicio económico, son frutos de la sociedad obtenidos de la realización del objeto social. El beneficio contabilizado puede desaparecer por pérdidas ulteriores y es perfectamente factible, incluso habitual y frecuente, que el cónyuge socio nunca llegue a participar en dichos beneficios. Los dividendos, por el contrario, sí son frutos del socio, en cuanto se han separado del patrimonio social y generan un derecho concreto, no eventual o potencial, a su percepción.

En definitiva, considera la sala que los beneficios generados no deben formar parte del activo ganancial, en tanto en cuanto no se declare el derecho del cónyuge titular de las acciones o participaciones sociales a percibir dividendos en su condición de socio a tenor del art. 93 a) LSC, lo que únicamente acontece cuando la sociedad acuerda la conversión de ese derecho abstracto en un derecho concreto de crédito que, por su naturaleza de fruto, se integra en la masa ganancial.

De tal forma que, si la decisión social de distribución de beneficios se ha acordado vigente el régimen ganancial, los dividendos serán comunes, aun cuando su efectiva percepción se materialice con posterioridad a la disolución de dicho régimen económico matrimonial, puesto que el derecho de crédito, en tal caso, nació vigente el consorcio. Sin embargo, no ostentarán tal condición jurídica, cuando el acuerdo de distribución de beneficios se adopte posteriormente; pues los frutos de los bienes privativos, tras la disolución de la sociedad de gananciales, ya no son comunes.

Por otra parte, el cónyuge socio, dada su condición de titular privativo de las acciones o participaciones sociales, puede gestionarlas conforme a su conveniencia, incluso enajenarlas sin necesidad de contar con el consentimiento de su consorte (arts. 1381 y 1384 CC). En este último caso, el fondo de reserva constituido se transmite con las acciones o participaciones sociales al adquirente y su materialización en dividendo corresponderá a quien sea titular de las mismas, cuando la sociedad de capital así expresamente lo decida.

El cálculo del importe de las acciones o participaciones sociales tendrá en cuenta el balance de la sociedad del que formarán parte los beneficios retenidos como reservas, sin que exista derecho alguno de participación del cónyuge del socio enajenante en el precio obtenido de una transmisión onerosa de tal clase, que será de naturaleza privativa (art. 1346.3º CC). Tampoco se regula, como es natural, la intervención del cónyuge no titular para donarlas, pese a que incorporen la hipotética suma destinada a reservas. Desde esta perspectiva, podrá entenderse que las ganancias no repartidas se integran en la cuota social.

Caso distinto sería que se invirtieran fondos gananciales en la sociedad de capital en cuyo caso podrá entrar en juego del art. 1360 del CC.

El hecho de que el beneficio de un ejercicio social no se reparta, al integrarse en el fondo de reserva, es cierto que no deja de ser ganancia y como tal fruto, pero nacido de la propia actividad productiva de la sociedad, sometido a sus avatares e integrado en el patrimonio de la mercantil para la realización de su objeto social, sin constituir, por consiguiente, fruto percibido por el cónyuge socio vigente el régimen ganancial y como tal integrado en el patrimonio común. En consecuencia, no consideramos al cónyuge titular deudor de la sociedad de gananciales con respecto a las reservas constituidas, cuyo destino puede venir determinado legal o estatutariamente o por acuerdo de la junta general, y que incluso puede acontecer, como no deja de ser frecuente, que nunca llegue a percibirse como beneficio imputable a las acciones o participaciones sociales.

Este específico régimen legal nos aparta de la regulación de los derechos reales sobre las acciones o participaciones sociales de los arts. 127 y siguientes de la LSC, dentro de los cuales se encuentran las disposiciones relativas al usufructo de tal clase regulado en el invocado art. 128 LSC que, por las razones expuestas, no consideramos aplicable a la comunidad germánica o en mano común, que conforma la naturaleza de la sociedad ganancial, y, por consiguiente que, a la disolución de la sociedad, el cónyuge socio sea deudor por el incremento del valor de las acciones o participaciones sociales respecto a unas reservas que expresadas en el

balance, según el precitado art. 128 de la LSC, comprenderían además todas ellas "cualquiera que sea la naturaleza o denominación" como norma dicho precepto.

El usufructo regulado en la LSC tiene connotaciones propias. Es un derecho real limitativo del dominio, que se puede constituir por actos inter vivos o mortis causa, tanto a título oneroso como gratuito, y las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario se regirán por lo establecido en el título constitutivo, y, en su defecto, por lo previsto en la LSC y supletoriamente el CC (art. 127 LSC). Sería factible, por lo tanto, que en el título constitutivo se limitase el derecho a la percepción de dividendos de la manera pactada por las partes, en tanto en cuanto pueden establecer convencionalmente el contenido de tal derecho.

En definitiva, como señalan las SSTS 256/2015, de 20 de mayo y 186/2017, de 15 de marzo, en el usufructo de participaciones sociales cabe distinguir un doble ámbito de relaciones jurídicas, externas con la sociedad, e "internas entre usufructuario y nudo propietario, que estarán sujetas a lo que sobre el particular establezca el título constitutivo o resulte de la legislación que le sea aplicable y que, como algo ajeno a los intereses sociales, queda al margen de la autonomía normativa de los estatutos".

Por todo el conjunto argumental expuesto, no consideramos aplicable el régimen jurídico del art. 128 LSC a la determinación del patrimonio ganancial.

4.- Tratamiento específico de los supuestos de comportamiento fraudulento del cónyuge titular de las acciones y participaciones sociales.

Ahora bien, en sociedades familiares o controladas por un cónyuge, como socio único (art. 12 LSC) o mayoritario, pueden adoptarse acuerdos sociales con la aviesa finalidad de que los beneficios, de uno o varios ejercicios económicos, se destinen a reservas, para hurtar el derecho a la percepción de dichas ganancias que, en concepto de frutos de bienes privativos, corresponderían a la comunidad ganancial de la que participa el cónyuge no titular.

Un comportamiento de tal clase, en atención a las circunstancias concurrentes, podría ser considerado en fraude de ley (art. 6.4 CC) y determinaría la aplicación del precepto que se pretendía eludir (arts. 1347.2 y 1397.3 del CC).

La jurisprudencia societaria, contenida en las SSTS de 19 de diciembre de 1974, 16 de julio de 1990 y 28 de mayo de 1998, ha reconocido que el derecho del usufructuario no podía quedar vacío de contenido por el abuso de derecho del nudo propietario, y ello aun cuando la decisión de aplicar los beneficios a reservas favoreciera los intereses sociales y la acción del usufructuario se fundara bien en la prohibición del enriquecimiento injusto, bien en el art. 1258 CC o bien en su art. 1256. En definitiva, como señala la STS 125/2012, de 20 de marzo, en cuanto a la jurisprudencia, no cabe duda de que su sentido general es que el derecho de usufructo no queda vacío de contenido, en perjuicio de usufructuario, por la doble circunstancia de que la sociedad, merced al voto del nudo propietario, acuerde no distribuir dividendos y, al mismo tiempo, no haya compensación alguna en favor del usufructuario a la finalización del usufructo.

Pues bien, siendo la expuesta la jurisprudencia que rige en materia de usufructo de acciones y participaciones sociales, de la misma manera no puede ampararse la actuación fraudulenta del cónyuge titular directamente encaminada a evitar el reparto de dividendos, con la intención de que no se integren en el haber común de la sociedad ganancial en la que participa el otro cónyuge, como integrante y copartícipe de la misma (art. 1344 CC).

Todo ello, sin perjuicio además de la aplicación de lo normado en los arts. 1390 y 1391 del CC. Conforme al primero de los mentados preceptos "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", y según dispone el segundo de ellos: "cuándo el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente

hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible".

5.- Conclusiones

En definitiva, de lo razonado hasta el momento obtenemos las conclusiones siguientes:

a) Los beneficios destinados a reservas, en tanto en cuanto pertenecen a la sociedad de capital, sometidos al concreto régimen normativo societario, no adquieren la condición de bienes gananciales.

b) Los dividendos, cuyo reparto acordó la junta general de socios, tienen naturaleza ganancial.

c) No pierden tal condición jurídica y deberán incluirse como activo de la sociedad legal de gananciales, los beneficios cuyo acuerdo social de reparto se hubiera acordado vigente la sociedad ganancial, aunque su efectiva percepción se materialice tras la disolución de la misma.

d) En los supuestos de fraude de ley, los beneficios no repartidos se podrán reputar gananciales, y como tales incluidos en las operaciones liquidatorias del haber común".

TS

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 2020
Roj: STS 163/2020 - ECLI:ES:TS:2020:163
Nº de Recurso: 2646/2017
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Derecho de reintegro de la esposa por el dinero recibido por donación de sus padres que ingresó en una cuenta ganancial y se destinó a hacer frente a gastos ordinarios familiares

"Sentado que la esposa ingresó en cuentas destinadas a gastos familiares, dinero privativo recibido por donación de sus padres, es doctrina jurisprudencial que la Sra. Luisa tiene un crédito contra la sociedad de gananciales, por lo que se ha de desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida.

En este sentido la sentencia 657/2019, de 11 de diciembre, que declaró que la amplia autonomía negocial de los cónyuges no implica que pueda presumirse el ánimo liberal de quien emplea dinero privativo para hacer frente a las cargas de la familia. El régimen legal, por el contrario, refuerza que deben restituirse las sumas gastadas en interés de la sociedad. Salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente pues, a falta de prueba, que incumbe al otro cónyuge, se presume que se gastó en interés de la sociedad. Se reconoce el derecho de crédito de la esposa frente a la sociedad de gananciales por las sumas privativas".

TS

SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2020

Roj: STS 311/2020 - ECLI:ES:TS:2020:311
Nº de Recurso: 904/2017
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Nulidad de la escritura de aportación de bien privativo a sociedad ganancial, así como de la escritura de liquidación de sociedad conyugal dado que se trata de negocios jurídicos conectados que determinan la privación de derechos hereditarios.

"CUARTO.- El primero de los motivos del recurso denuncia la infracción de los artículos 1325, 1326 y 1327 respecto a la disolución de la sociedad de gananciales, en relación con los artículos 1315 y 1317, todos del Código Civil.

No se puede atribuir a la sentencia impugnada la vulneración de ninguno de los preceptos citados, referidos a la posibilidad de modificar constante matrimonio el régimen económico por el que se rige. En ningún momento la sentencia recurrida niega tal posibilidad, pues por el contrario lo que hace es estimar que en el caso enjuiciado se han realizado determinados negocios jurídicos por la demandada -que actuaba por sí y en representación de su esposo- que no responden a una finalidad lícita, puesto que la causa es distinta de la que legalmente corresponde a tales negocios, ya que se aporta un bien propio del representado a la sociedad conyugal para, a continuación, disolver dicha sociedad - tras establecer un régimen de separación de bienes- en forma claramente perjudicial para el esposo y, por tanto, para sus herederos; siendo además significativo que en la escritura de aportación de bien inmueble propio del esposo a la sociedad de gananciales se dice que "la sociedad conyugal integrada por los otorgantes queda deudora del oportuno reembolso al cónyuge aportante, mediante el reintegro del importe del bien aportado, actualizado en el momento de la liquidación de aquélla...", sin que en la escritura de liquidación de la sociedad conyugal otorgada a continuación se incluya en el pasivo de la sociedad dicho concepto.

Por tanto el motivo se desestima.

QUINTO.- El segundo motivo se formula por infracción de lo dispuesto en los artículos 1301 y 1302 del Código Civil.

La parte recurrente pretende reconducir la cuestión litigiosa a la posible anulabilidad de los negocios jurídicos de que se trata, cuando -por el contrario- nos encontramos ante una nulidad derivada de la ausencia de causa válida, sin que se cumplan plenamente los requisitos necesarios para la existencia del contrato (artículo 1261 Código Civil), lo que conduce a la nulidad radical y absoluta. La anulabilidad queda referida a los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 del Código Civil, como expresamente establece el artículo 1300 del mismo código. En estos casos es cuando el ejercicio de la acción de nulidad (por anulabilidad) está sujeta a un plazo de ejercicio, lo que no sucede en los supuestos de nulidad radical o absoluta.

Como esta sala ha señalado con reiteración (por todas, la sentencia núm. 654/2015, de 19 noviembre)

"La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un

pronunciamiento de los tribunales al respecto. (...) Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible (por todas, Sentencia de esta Sala 178/2013, de 25 de marzo "

No cabe llevar los supuestos de simulación relativa al ámbito de la anulabilidad, pues en este supuesto de simulación es radicalmente nulo el negocio aparente -por inexistente- si bien puede ser válido el subyacente solo si reúne los requisitos necesarios para ello. En definitiva no puede ser compartida la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que "la simulación absoluta es la inexistencia del negocio jurídico, y la simulación relativa es la existencia de una causa ilícita, que se disfraza, con otro negocio jurídico", ya que -si la causa es ilícita- el contrato será radicalmente nulo sin posibilidad de subsanación tanto en el caso del negocio aparente como del subyacente.

Por ello también ha de ser desestimado este motivo.

SEXTO.- Igualmente ha de ser desestimado el tercero de los motivos, que se refiere a la vulneración de lo dispuesto por el artículo 1261 del Código Civil, en relación con los artículos 1274 y 1275 del mismo código.

El motivo ha de ser desestimado. El artículo 1275 del Código Civil dice que "los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral". La causa constituye un elemento esencial del contrato, que no se cumple si no es verdadera y válida, lo que requiere también su licitud. Pese a las argumentaciones que se contienen en el motivo, la causa que impulsó los negocios jurídicos cuya nulidad se solicitó no puede ser considerada lícita en tanto que se opone a la ley; ya que, al conducir a un resultado de notoria disminución del caudal hereditario de quien falleció pocos días después, es contraria a la norma que concede determinados derechos hereditarios al hijo, reduciéndolos en gran medida".

TS

SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 2020
Roj: STS 349/2020 - ECLI:ES:TS:2020:349
Nº de Recurso: 1943/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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

"SEGUNDO.- Motivo único.

Se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 148.1 del Código Civil, en relación con los artículos 147, 146 y 142, así como los artículos 91 y 106 del Código Civil.

"Con el presente recurso se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 148.1. del Código Civil, en relación con los artículos 147, 146 y 142, así como los artículos 91 y 106 del Código Civil y su traslación a la doctrina del Tribunal Supremo hecha en STS 162/2014, de 26 de marzo de "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente".

"La sentencia de la AP, en su FD tercero mantiene que "(...) la resolución que establece la pensión de alimentos en el procedimiento de relaciones paterno filiales desde ese momento deja de tener efecto lo acordado en medidas provisionales y comienza la vigencia de las medidas acordadas en la resolución dictada, es decir los alimentos son debidos en el momento del dictado de la resolución de fecha 18 de mayo de 2017, ya que con anterioridad regía el auto de medidas provisionales y por tanto desde esa fecha son debidos desde su establecimiento y no desde la notificación que es un hecho totalmente ajeno a la resolución y la declaración que contiene la resolución dictada" pero, al desestimar el recurso, mantiene lo acordado por el juez a quo, cuándo en el fallo (apartado D) se establece una pensión de alimentos de 1.268.- euros mensuales, "pensión que se devengará desde la fecha de interposición de la demanda (esto es, desde el 9 de diciembre de 2014)".

"Tan confusa redacción en la sentencia de segunda instancia, en aparente contradicción con el fallo, fue resuelta al desestimar la petición de aclaración/rectificación formulada por esta parte que, implícitamente y a su vez, supone dejar incólume la sentencia primera instancia y, por consiguiente, la retroactividad de una pensión de alimentos (a 09/12/2014) pese que ya existía una primera resolución de fijación de dicha pensión dictada por un juzgado de Ibiza/Eivissa en sede de medidas provisionales previas, como está recogido y acreditado en autos.

"Este caso muestra interés casacional, puesto que se ha apreciado por esta parte contradicción jurisprudencial respecto a la doctrina al respecto del fondo del asunto contenida en la STS de 26/03/2014 y en las SSTS de 03/10/2008; 26/10/2011 y 18/11/2014 que aportamos como documentos números 1 al 4".

Se desestima el motivo.

Por el recurrente se pretende que los efectos de fijación de los alimentos lo sean desde el dictado de la sentencia de primera instancia y no desde la interposición de la demanda, pues entiende que la sentencia modificaba los ya fijados en auto de medidas previas.

El juzgado los fijó desde la interposición de la demanda.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia del juzgado, si bien en su fundamentación jurídica parecía alinearse con la postura del recurrente. Sin embargo al resolver el auto de aclaración, mantiene la confirmación de la sentencia del juzgado.

Esta Sala mantiene una doctrina constante en relación con la retroactividad de la pensión alimenticia, entendiendo que cuando se plantea procedimiento de modificación de medidas, la pensión que en él se fije (si es diferente a la de primera instancia), opera desde el dictado de la sentencia fallada en el procedimiento de modificación.

Sin embargo, cuando la pensión se fija en la primera instancia, la pensión se ha de abonar desde la fecha de interposición de la demanda (art. 148 del C. Civil).

En este sentido sentencias 483/2017, de 20 de julio, 183/2018, de 4 de abril, 32/2019, de 17 de enero, entre otras.

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

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

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

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

SENTENCIAS COMENTADAS

Discrepancia sobre temas religiosos

AP JAÉN, SEC. 1.ª, AUTO DE 10 DE JULIO DE 2019

Teniendo en cuenta las decisiones adoptadas por los padres de no contraer matrimonio religioso, ni bautizar a la menor, parece desprenderse que los progenitores tenía un acuerdo para dejar que esta decidiera como ejercer su libertad religiosa, sin decidir por ella su adscripción a una confesión religiosa; por lo que no resulta justificado apartarse de lo convenido inicialmente por estos, cuando no se aducen por la madre argumentos de peso, ni se aprecian unas convicciones religiosas profundas, pues se alega que los 22 compañeros de clase de la menor asisten a catequesis, que son actos gratuitos, salvo la Primera Comunión, que se compromete la madre a pagarla.

Por D.ª Eloisa, se interpone recuso de apelación frente al auto de fecha 228 de enero de 2019, en cuya virtud se desestima la solicitud formulada, al no autorizarse que la hija acuda a clases de catequesis, ser bautizada y hacer la comunión, lo que da lugar a la finalización del procedimiento de jurisdicción voluntaria iniciado a instancia de la Sra. Eloisa, al amparo del artículo 156 del Código Civil.

La libertad religiosa es un derecho reconocido en el artículo 16 de la Constitución Española a "los individuos y comunidades".

La decisión sobre la profesión o no de una creencia religiosa, sobre la educación religiosa o moral, así como sobre la guía del niño en el ejercicio del derecho a libertad religiosa y de culto constituye, sin duda, una de las decisiones de patria potestad, por lo que, en caso de desacuerdo de los padres que tengan atribuida el ejercicio conjunto de la misma, "cualquiera de los dos podrá acudir al Juez" de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156, párrafo 2º del Código Civil, "quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre".

En el caso de autos la madre, ante la expresa oposición del padre, solicita autorización judicial para que su hija de siete años de edad sea bautizada, asista a catequesis, y en el futuro haga la Comunión.

Denegada la autorización judicial, la madre recurre en apelación, solicitando la revocación del auto por considerarlo no ajustado a derecho en cuanto que no accede a la solicitud de autorización judicial para que la menor reciba el bautismo, clases de catequesis y Comunión, alegando que si se priva a Jacinta de recibir los Sacramentos y clases de catequesis, se perjudica gravemente a la menor pues el resto de sus compañeros/as de clase se encuentran en catequesis. Alega el recurso que el progenitor fue bautizado e hizo la primera Comunión, además de que la catequesis y el bautismo son gratuitos, "y no tiene cargo económico alguno para el padre ni para la madre, y los futuros gastos de la Comunión de la menor si la quisiese hacer con la edad de 9-10 años serían sufragados por la madre, si el padre no desea contribuir". Considerando infundada la negativa del Sr. Oscar.

Denuncia la parte apelante que en primera instancia la menor fuese explorada en la Sala de Vistas y la juzgadora dijese en voz alta que se iba a grabar el acto, dado que por su edad y timidez se sintió coartada para hablar. En segunda instancia se solicitó la práctica de una segunda exploración

de la menor que fue denegada, al considerar excesivo someterla de nuevo a esa situación dada su edad, y la materia objeto de controversia.

La audiencia del menor conforme dispone el artículo 158, párrafo segundo del Código Civil, el artículo 9 de la ley Orgánica 8/2015 sobre Protección a la infancia y a la adolescencia y en general toda normativa relativa a los menores, prevé con carácter obligatorio la audiencia del menor a partir de los 12 años, y respecto de los menores de esa edad si tuvieran suficiente madurez.

En el presente caso, la edad de la menor, siete años, no permite valorar tenga suficiente madurez para responsabilizarla de una decisión como es el bautismo o ingreso en la Iglesia Católica, para la que la propia Iglesia Católica viene exigiendo "tener una edad suficiente para pensar y decidir", q ue actualmente, de hecho, sitúa no antes de los 12, 13 años, pues no antes de esa edad se recibe el Sacramento de la Confirmación, que no es sino confirmación del Bautismo realizado por los padres. Así lo determina el canon 891.3 del código de Derecho Canónico, que remite a la legislación de desarrollo que puedan promulgar en esta materia las Conferencias Episcopales. Generalmente todas han promulgado normas al respecto. La Conferencia Episcopal Española, en 1984, estableció como edad "la situada en torno a los 14 años, salvo el derecho del Obispo diocesano a seguir la edad de la discreción a la que hace referencia el canon", es decir, aun teniendo en esta materia potestad para hacerlo, prefirió no obligar a todos los Obispos españoles a seguir una determinada edad. De hecho, por término general, en todas las diócesis se confirma en torno a los 14 o incluso a los 15 años.

La Iglesia Católica, actualmente, coincide con la normativa civil en situar la edad de los 12 años como la edad en que con carácter general se puede afirmar la madurez necesaria para tomar algunas decisiones como la de autos, y desde luego para ser oído.

Teniendo en cuenta que no se trata de autorizar que una menor que fue bautizada por sus padres reciba la comunión, sino de que una menor respecto de la que sus padres en su día decidieron no bautizar, sea bautizada y además reciba el Sacramento de la Eucaristía, no se considera adecuada la insistencia y denuncia que efectúa la parte apelante en su recurso pues no podemos abstraernos de la edad de la menor, siete años, bloqueada y desbordada por el entorno, dependencias judiciales, como es una Sala de Vistas, siendo interrogada sobre una asunto que excede de su entendimiento y exigirle la responsabilidad de un decisión que por razón de su edad no le corresponde.

Tanto la solicitud de la madre como la petición del padre son opciones muy respetables, y tanto una como otra compatibles con la protección del interés de la menor. Por ello no puede darse una solución generalizada, sino que habrá que analizar ponderadamente las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta los usos sociales o familiares, en su caso, la existencia de pacto entre padres, incluso las propias valoraciones que cada uno haga de la cuestión.

En el caso de autos, los padres no contrajeron matrimonio, ni civil ni canónico, y decidieron, cuando nació no bautizar a la menor, y que fuera la menor la que decidiera la manera de ejercer su derecho a la libertad religiosa cuando tuviese uso de razón, como dice el padre.

La madre matriculó a la menor en el colegio concertado " ... " de ..., y se lo comunicó al padre diciéndole "que fue el que le tocó", por lo que no hubo acuerdo común expreso de llevar a la menor a ese centro educativo, si bien el padre no se opuso.

Teniendo en cuenta las decisiones adoptadas por los padres de no contraer matrimonio religioso, ni bautizar a la menor, parece desprenderse que los progenitores tenía un acuerdo para dejar que la menor decidiera como ejercer su libertad religiosa, sin decidir por ella su adscripción a una confesión religiosa; no resulta justificado apartarse de lo convenido inicialmente por éstos, cuando no se aducen argumentos de peso, ni se aprecian unas convicciones religiosas profundas, pues se alega que los 22 compañeros de clase de Jacinta asisten a clase de catequesis, que son actos gratuitos, salvo la Primera Comunión, que se compromete D.ª Eloisa a pagarla.

En consecuencia, consideramos que de acuerdo con lo razonado procede desestimar el recurso de apelación interpuesto.

Discrepancia sobre elección de profesionales médicos

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2019

Se mantiene el ejercicio compartido, si bien para resolver la controversia existente en si acudir a especialistas de Madrid o Barcelona, se atribuye a la madre la facultad de elección de los profesionales de la salud de su hija (pediatría ordinaria o de cualquier otra especialidad médica incluyendo también la odontología, logopedia, psicología y fisioterapia) y la toma de decisiones ordinarias en el seguimiento de tratamientos. Sin embargo en caso de una intervención quirúrgica no urgente o realización de prueba o tratamiento que exija hospitalización o tenga un carácter extraordinario ambos progenitores deberán tomar conjuntamente la decisión.

La Sra. Fidela discrepa del pronunciamiento por el que se establece que "La hija menor seguirá en Madrid los tratamientos ordinarios con el pediatra, el otorrino y el odontólogo, y en Barcelona con el neurólogo y el oftalmólogo, siendo la madre en Madrid y el padre en Barcelona quienes elijan a los respectivos profesionales".

Considera la apelante que no responde al beneficio de la menor, que es logísticamente insostenible y que es fuente de conflictos inter parentales como ya ha sucedido en el pasado con el tratamiento neurológico, bloqueo de pruebas por parte del padre, duplicidad de consultas y profesionales de oftalmología, discrepancias en relación con la logopedia, y que todo ello puede suponer un riesgo para la hija; por ello solicita que se le atribuya en exclusiva la potestad parental en cuestiones médicas.

El padre se opone a esta medida alegando que tiene igual derecho que la madre en la actuación, seguimiento, intervención y toma de decisiones en la salud de su hija y que desde el asentamiento en Madrid la madre ha prescindido de determinados tratamientos de Natalia y no le ha facilitado información.

Dispone el Código civil de Cataluña que los progenitores son los titulares de la potestad respecto a los hijos menores no emancipados siendo ello el medio necesario para poder desarrollar las funciones de cuidado y educación de los hijos (art 236-1 CCCat).

La potestad parental es una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo (art. 236.2 Código Civil de Cataluña) y no procede mantenerla cuando no se ejerce en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma (STS de 9 de noviembre de 2015).

No estamos en este caso ante la petición de la medida prevista en el artículo 236.6 CCCat de privación de la potestad parental que ha de acordarse de forma restrictiva cuando se han incumplido grave y reiteradamente los deberes que la conforman. Sin embargo si solicita la apelante el ejercicio exclusivo, caso previsto en el artículo 236-10 CCCat en el que se establece la posibilidad de que la potestad parental sea ejercida en exclusiva por uno de los progenitores en situaciones de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro y en caso de que la autoridad judicial lo disponga en interés de los hijos.

Esta Sala ha indicado en diversas resoluciones que el ejercicio conjunto de los progenitores previsto como regla general en el art. 236-8 CCat debe subsistir, siempre que no exista un riesgo evidente para el propio menor.

De una revisión de la prueba apreciamos que existe un conflicto importante entre los progenitores. Que dicho conflicto se ha dilatado en el tiempo por la desconfianza del padre hacia la atención que la madre dispensa a la hija, especialmente en lo relativo a las cuestiones médicas lo que ha motivado que la menor sea atendida por una duplicidad de especialistas (caso de la oftalmología o pediatría) o que se hayan cuestionado pruebas médicas como en el caso de neurología u otorrino, o dificultades en lo relativo a la logopedia. Esta desconfianza fue puesta de relieve por el Equipo de Asesoramiento

técnico en el ámbito familiar (EATAF) y en el último informe del Equipo de Atención a la Infancia de Madrid que recomienda de forma clara para evitar riesgos que sea el progenitor que ostente la guarda quien decida sobre las cuestiones médicas.

Resulta lamentable la falta de confianza de los progenitores entre sí especialmente cuando estamos ante una menor que además de la atención médica ordinaria por parte de pediatría general, precisa de otros especialistas para atender sus dificultades y problemas de salud, lo que debería exigir de un mayor esfuerzo de consenso por parte de los padres. Esta desconfianza podría influir en el correcto desarrollo de la personalidad de Natalia que además de sufrir un conflicto de lealtades, podría crecer dubitativa y recelosa en lugar de segura de si misma.

La Sala discrepa de la decisión salomónica establecida en la sentencia de primer grado de atribuir a cada progenitor las decisiones de elección de facultativos en especialidades distintas y que Natalia sea atendida tanto en Madrid como en Barcelona.

Consideramos que ambos progenitores están debidamente capacitados para elegir los profesionales médicos que atiendan a su hija, y que ambos quieren lo mejor para ella, pero no hay que olvidar que Natalia reside en Madrid de lunes a viernes, y que las consultas médicas y en general el 90% de las pruebas se realizan en esos días laborables. Mantener la decisión de la sentencia de primer grado obliga a perder días lectivos, a realizar viajes innecesarios y ello sin contar con las dificultades administrativas derivadas de la transferencia de competencias en materia de salud que se ponen de relieve en el informe del Equipo de Atención a la Infancia de Madrid.

Por todo ello y visto que se han producido hasta la fecha diversos conflictos entre los progenitores consideramos que a la hora de recibir tratamiento médico ya sea de pediatría ordinaria o de cualquier otra especialidad médica incluyendo también la odontología, logopedia, psicología y fisioterapia, debe ser la madre la facultada para elegir los profesionales de su hija y tomar las decisiones ordinarias en el seguimiento de los tratamientos pues es el progenitor con quien convive la menor de lunes a viernes. Sin embargo en caso de una intervención quirúrgica no urgente o realización de prueba o tratamiento que exija hospitalización o tenga un carácter extraordinario ambos progenitores deberán tomar conjuntamente la decisión. Se impone a la madre SRa. Fidela la obligación de comunicar al padre la fecha de las visitas ya sean de pediatría ordinarias o de especialistas con el fin de que pueda acudir a las mismas en caso de tener interés y disponibilidad. En cualquier caso deberá remitirle todos los informes realizados a su hija y comunicarle qué tratamientos debe seguir y cuál está siendo la evolución.

Progenitor que no se somete a tratamiento médico

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2019

La cuestión no se centra en que la madre tenga un trastorno de la personalidad sino en que no se somete al tratamiento y a los controles médicos prescritos necesarios para llevar una vida normal y, dentro de ella, cuidar de forma adecuada a las hijas, lo que no consta, existiendo en el procedimiento pruebas sobre la situación de falta de higiene y abandono que sufrían las menores bajo la custodia de la madre, habiendo intervenido incluso los Servicios Sociales. Es procedente en consecuencia atribuir la custodia de los hijos al padre.

En el procedimiento del que trae causa este recurso ambos progenitores solicitan que respectivamente se les atribuya la guarda exclusiva monoparental de las hijas de los litigantes (Montserrat y Nicolasa, de diez y cuatro años en el momento de la interposición de la demanda), y la sentencia dictada en la anterior instancia atribuye al padre la guarda y custodia de las hijas al considerar que es la medida que mas beneficia a las menores en base al informe psicosocial emitido el 26 de junio de 2018 y de los datos que en el mismo se contienen.

Frente a esta sentencia interpone recurso de apelación la demandada a fin de que se atribuya a la madre la guarda y custodia de las hijas, lo que fundamenta, en primer lugar, que en el FD tercero la sentencia se recoge que la parte demandante pone de manifiesto un trastorno psiquiátrico de ... por parte de la madre, haciendo que la convivencia con ella sea insostenible, y sin embargo no se hace mención a los argumentos expuestos por la demandada.

Este reproche a la sentencia de instancia resulta injustificada pues en la contestación a la demanda, respecto de esta cuestión solo manifiesta que la demandada está afectada de un trastorno de la personalidad, TPL, cuestión que no afecta a la litis pues resulta indiferente el diagnóstico del trastorno, al ser lo único importante los efectos del mismo.

Aclarado lo anterior, se alega en el recurso que la sentencia incurre en error en la valoración de la prueba del informe pericial, incurriendo así la recurrente en error de planteamiento a la hora de discutir el valor probatorio de la prueba pericial judicial pues dicha discrepancia la inicia y fundamenta en el desacuerdo con los medios que ha utilizado la perita psicóloga para elaborar su dictamen, olvidando así la esencia de este tipo de pruebas la cual se acuerda cuando para conocer o apreciar algún hecho de influencia en el pleito, sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos (art. 335 LEC), confiándose así en una persona que tiene determinados conocimientos la labor de ilustrar sobre determinados hechos que el Tribunal no puede apreciar por sí al carecer de esos conocimientos técnicos, y claro está que los medios que utilice o que elija el perito para dictaminar sobre las cuestiones que se someten a su saber profesional entran dentro de su pericia, por lo que no le es dable a la parte recurrente mostrar un desacuerdo global al dictamen pericial emitido por los medios que ha utilizado la perito para elaborar su dictamen cuando no se evidencia que esos medios sean ilógicos o absurdos.

Por otra parte, en el informe se afirma que hay indicios para creer que la demandada no se está medicando correctamente y no se encuentra adherida al tratamiento que tiene prescrito de manera ordenada, y esta afirmación es combatida por

la recurrente alegando que no se han tomado en consideración lo acreditado con las pruebas documentales y con la propia declaración de la madre.

Respecto de esta cuestión, de un nuevo examen de las pruebas practicadas, las anteriores conclusiones periciales no quedan desvirtuadas por la documental parcial que ha elegido aportar la demandada y menos aun con la retahíla de medicamentos que manifestó tomar la demandada en prueba de interrogatorio, debiendo incidirse en que la cuestión no se centra en que la madre tenga TPL sino en que la madre no se somete al tratamiento y a los controles médicos prescritos necesarios para llevar una vida normal (como se afirma en el recurso) y, dentro de ella, cuidar de forma adecuada a las hijas, lo que no consta, existiendo en el procedimiento pruebas sobre la situación de falta de higiene y abandono que sufrían las menores bajo la guarda y custodia de la madre, habiendo intervenido incluso los Servicios Sociales, existiendo indicios de que la madre infiere malos tratos a las hijas, lo que se investiga en Diligencias Previas contra la demandada por dichos hechos.

Respecto de la prueba pericial, la STS de 3 de noviembre de 2016 (St. 649/2016) realiza un análisis pormenorizado de lo que supone la valoración de la prueba pericial. Así dice:

"Con carácter general, esta Sala, en su sentencia núm. 702/2015, de 15 de diciembre, ha contemplado la doctrina jurisprudencial sobre la revisión de la prueba pericial destacando, entre otros extremos, lo siguiente:

"[...] Una vez hechas las anteriores consideraciones cabe añadir que: "En nuestro sistema procesal, como es sabido, viene siendo tradicional sujetar la valoración de prueba pericial a las reglas de la sana crítica. El artículo 632 de la LEC anterior establecía que los jueces y tribunales valorasen la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a someterse al dictamen de peritos, y la nueva LEC, en su artículo 348 de un modo incluso más escueto, se limita a prescribir que el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, no cambiando, por tanto, los criterios de valoración respecto a la LEC anterior.

"Aplicando estas reglas, el Tribunal, al valorar la prueba por medio de dictamen de peritos, deberá ponderar, entre otras cosas, las siguientes cuestiones:

" 1°.-Los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro: STS 10 de febrero de 1.994.

" 2°.-Deberá también tener en cuenta el tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el Tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes: STS 4 de diciembre de 1.989.

" 3°.-Otro factor a ponderar por el Tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes: STS 28 de enero de 1.995.

" 4°-También deberá ponderar el tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar en el sistema de la nueva LEC a que dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes: STS 31 de marzo de 1.997.

" La jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba por medio de dictamen de peritos se vulneran las reglas de la sana crítica:

"1°.-Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en tomo al resultado del dictamen pericial STS 17 de junio de 1.996.

" 2º.-Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. STS 20 de mayo de 1.996.

" 3°.-Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes: STS 7 de enero de 1.991.

"4°. Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo.

"5º. Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad: STS 11 de abril de 1.998.

"6º.- Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios: STS 13 de julio de 1995.

"7º.Cuando los razonamientos del tribunal en tomo a los dictámenes lleven al absurdo: STS 15 de julio de 1.988 ".

Y aplicando tales reglas de valoración de la prueba pericial practicada en el procedimiento, informe y aclaraciones en el acto del juicio, en el conjunto del resto de prueba practicada, esta Sala no puede sino compartir el criterio adoptado por la sentencia de instancia.

El hermano de un solo vínculo no puede condicionar la decisión sobre el modelo de custodia

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2019

La existencia de una hermana mayor (de distinta relación) es ciertamente una circunstancia que no puede ignorarse, sobre todo cuando existe una buena relación entre las niñas, pero ello no puede llevar a negar la concesión de una guarda y custodia compartida bajo el argumento de que las menores perderían la relación pues, además de no ser cierto ya que las niñas podrán convivir en semanas alternas, el mismo argumento nos valdría para justificar la exclusión del régimen de custodia monoparental ante el riesgo de perder la relación con el progenitor no custodio.

El criterio actual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es propiciar el régimen de custodia compartida como primera opción que mejor redunda en beneficio de los hijos menores, si -también en beneficio de estos- concurren las circunstancias idóneas que así lo aconsejen.

De esta manera nuestro Alto Tribunal viene señalando reiteradamente que la guarda y custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven conjuntamente, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de sus obligaciones paternofiliales (sentencias de 7 julio de 2011, 21 febrero de 2011 y 10 de diciembre de 2012).

Por consiguiente, el sistema de guarda y custodia compartida se percibe como el régimen normal y deseable (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de febrero de 2015), subrayando que la redacción del artículo 92 del Código Civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013 y 22 de octubre de 2014).

En idéntico sentido las sentencias núm. 545/2016 y 638/2016, señalan que la toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia está en función y se orienta al interés del menor; interés que ni el artículo 92 del Código Civil, ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina y que la jurisprudencia de esta Sala concreta a partir de un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos como de éstos con aquél". Matizando, por su parte, la sentencia de 17 de enero de 2017 que " para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes, al no constar lo contrario; se requiere, por tanto, una relación razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores", y aún más la de 12 de mayo de 2017 al señalar que "no basta que las relaciones (entre los progenitores) sean malas, hace falta además que los posibles incidentes afecten, de modo

directo o indirecto, a los hijos".

En definitiva, se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a los progenitores la posibilidad de "seguir" ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos, evitando, desde la perspectiva del interés del menor, consolidar las rutinas que impone la custodia exclusiva y que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2018).

• Valoración de la prueba practicada en la instancia.

Las circunstancias concurrentes en el caso concreto conducen a este régimen de custodia compartida al no advertirse motivo de peso alguno que recomiende, en beneficio de la hija menor, el mantenimiento del régimen monoparental a favor de la madre.

Ambos progenitores reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el cuidado y educación de la pequeña; a este respecto el informe social manifiesta que los progenitores son "personas adaptadas e integradas a nivel familiar, social, relacional con su entorno, y un buen nivel de funcionamiento y de competencia social general. No presentan indicadores objetivos y observables de disfunciones o patologías en los niveles físicos o sociales que limiten su capacidad para mantener un funcionamiento adaptativo en todas las esferas de su vida, siendo su ajuste general normalizado" y el psicológico, respecto a la madre, que "Es favorecedora y potenciadora de las relaciones de las menores con sus padres y prioriza sus necesidades por encima de las suyas propias. Es independiente y autosuficiente para atender las necesidades de las niñas, no solo las primarias, sino que también las emocionales-afectivas. Es protectora y evidencia una muy buena vinculación con ellas", y respecto al padre, " De su vinculación con la menor se puede advertir que es adecuada y parece que podría atenderla en sus necesidades primarias y emocionales de forma acertada". Es cierto que de seguido la profesional del equipo psicosocial manifiesta del progenitor masculino que "presenta aspectos muy deficitarios en la ejecución de esa resolución sobre todo en el plano económico y autónomo", lo que explica y justifica en el acto de la Vista, coincidiendo en ello con la trabajadora social (D. Leovigildo, es una persona en una situación de riesgo social, actualmente se encuentra en situación de desempleo, su edad, 45 años es una dificultad añadida para encontrar trabajo, si a esto se le suma la escasa experiencia laboral, y la poca cualificación formativa hacen que sea más difícil incorporarse al mundo activo), en una personalidad apática y abúlica que se traduce en un importante déficit en la resolución de conflictos, lo que en lugar de beneficiar a la menor podría no aportarla los aspectos benévolos de una adecuada relación paterno filial, si bien no se concretan y/o especifican cuáles serían esos aspectos benévolos que el progenitor paterno no podría aportar a su hija.

Pues bien, este Tribunal entiende que el vínculo emocional que cada niño establece con sus progenitores y la existencia de apego depende de la atención cotidiana de cada progenitor a las necesidades del niño: cuidados físicos, alimento, confort, afecto y estimulación. Sólo un padre que provee a estas necesidades podrá construir una relación psicológica con el niño; y en el caso concreto es la propia profesional del Equipo Psicosocial la que constata y valora que la vinculación padre/hija es correcta y adecuada, por lo que el progenitor paterno aparece apto e idóneo para atender las necesidades primarias y emocionales de la pequeña. Así parecen corroborarlo también las propias manifestaciones de la madre ante las peritas informantes al admitir que las menores - Custodia y su hermana mayor- se quedaban bajo el cuidado y supervisión de D. Leovigildo tras el nacimiento de la primera.

Se duda, en los términos que han quedado expuestos más arriba, de la habilidad del progenitor paterno para garantizar el bienestar de Custodia y procurarle un entorno adecuado a su edad (déficit resolutorio en el plano económico y de la autonomía); sin embargo, en la Vista aseguró y acreditó su inserción en el mercado laboral, desarrollando un trabajo de electricista de 07:00 a 15:00 horas que le va a proporcionar unos ingresos mensuales aproximados de 1000euros, pagas extras prorrateadas. Ha acondicionado, además, una habitación para la pequeña en casa de la abuela paterna, procurándole así un espacio propio y una ambiente adecuado a su edad.

En definitiva, no apreciamos en el caso concreto ningún dato con la fuerza necesaria para excluir el régimen de guarda y custodia compartida. La existencia de una hermana mayor es ciertamente una circunstancia que no puede ignorarse, sobre todo cuando -como en el caso- existe una buena relación entre las niñas, pero ello no puede llevar a negar la concesión de una guarda y custodia compartida bajo el argumento de que las menores perderían la relación pues, además de no ser cierto ya que las niñas podrán convivir en semanas alternas,

el mismo argumento nos valdría para justificar la exclusión del régimen de custodia monoparental ante el riesgo de perder la relación con el progenitor no custodio.

Se trata, en definitiva, de asegurar, potenciar y reforzar la relación de Custodia con cada uno de sus progenitores, sin perder -desde luego- la relación con su hermana, pues en ello radica la coparentalidad, en una relación colaborativa de los progenitores, cooperativa y alejada del conflicto que permita establecer acuerdos, participar y permitir participar en las decisiones que tengan que ver con la crianza y el desarrollo de los hijos e hijas, en una comunicación fluida y eficaz, interacción positiva de los progenitores, apoyo mutuo y compromiso y esfuerzo personal para el bienestar de los menores, lo que implica desde luego procurar y fortalecer la relación entre las hermanas.

En definitiva, este Tribunal adoptará el régimen de guarda y custodia compartida de la hija menor, Custodia, con las condiciones propuestas, en lo fundamental, por la parte recurrente; es decir, se fijará un régimen de guarda y custodia compartida con periodicidad semanal, verificándose el cambio de custodia los Domingos a las 20.00 horas, debiendo recoger a la menor el progenitor que vaya a asumir la custodia en el domicilio del progenitor donde en ese momento se encuentre. Se fija una visita entre semana a favor del progenitor que, en esa semana, no ostente la custodia de la menor, los miércoles de 17.00 horas a 20.00 horas, en defecto de acuerdo entre los progenitores, debiendo recoger y reintegrar a la menor del domicilio del progenitor que, en esa semana, ostente su guarda y custodia. Se mantiene el régimen de vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa de la sentencia de instancia con las siguientes puntualizaciones: (i) el primer turno de las vacaciones de Navidad se iniciará el mismo día de inicio de las vacaciones, procediéndose a la recogida de la menor en el domicilio del progenitor que en ese momento ostente su guarda y custodia a las 17:00 horas, sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar los progenitores en interés de la hija en común; (ii) Con carácter general las recogidas y entregas de la menor se realizarán en el domicilio del progenitor que en cada momento ostente la guarda y custodia de la niñas. Las vacaciones de verano se distribuirán en los períodos o turnos que propone la parte apelante, esto es, 1) desde del inicio de las vacaciones hasta el 1 de julio; 2) del 1 de julio al 16 de julio; 3) del 16 de julio al 31 de julio; 4) del 31 de julio al 16 de agosto; 5) del 16 de agosto al 31 de agosto; 6) del 31 de agosto al día anterior al inicio de las clases. En defecto de acuerdo entre progenitores no se aprecia inconveniente a que la entrega y recogida de la menor se realice a las 12:00 horas, debiéndose atender a la regla general en cuanto al lugar de recogida y entrega de la menor, siempre en defecto de acuerdo entre los progenitores.

El cambio de residencia de la madre a otra ciudad no es motivo para atribuir la custodia al padre

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2019

La única alteración concurrente, pues no cabe dudar de la capacidad parental del padre, es la decisión materna de trasladar su residencia a Córdoba, ello movida por circunstancias personales de su actual marido, y no por mero capricho, lo cual no puede traducirse en una modificación de la medida de custodia materna acordada en anterior Sentencia, cuando no hay una sola circunstancia probada que así lo aconseje en beneficio del menor, y los informes obrantes en los autos coinciden en la conveniencia de mantener la custodia materna.

Valorando conjuntamente la totalidad de las pruebas incluida la exploración judicial, esta Sala no puede concluir que el interés del menor pase por atender a sus deseos y preferencias paternas por cuanto que tal y como indica la perito en su informe y en su extensa explicación del mismo ofrecida en el acto de la vista, la reticencia del menor a ir a Córdoba y por tanto, su preferencia patera es por la ausencia de amigos en aquella localidad dado que el menor residió un mes y medio en Córdoba pero no estuvo escolarizado por lo que el único amigo que hizo fue en una academia a la que asistía, pero más allá de eso considera la perito que lo mejor es que el menor se traslada a Córdoba negando

que los niños generen trauma alguno por el cambio de residencia insistiendo en que el menor no quiere trasladarse a Córdoba porque no tiene amigos pero si los tuviera (lo que le planteó de forma hipotética) ya comienza a dudar, señalando incluso la perito que cuando al menor se le pregunta con quién querría vivir sin que mediara el traslado a Córdoba insiste en permanecer junto a su madre por lo que concluye que lo más beneficioso para el menor es residir junto a su madre, sin perjuicio de que ello conlleve el traslado a Córdoba junto a la misma y la nueva unidad familiar creada, teniendo una red social de apoyo extensa, a diferencia del padre quien únicamente tiene un sobrino, recomendando profesional psicológica para el menor a fin de facilitar el cambio de residencia y superar la falta de habilidad social. Por lo que respecta a la valoración de la prueba pericial, debe tenerse en cuenta que la prueba pericial es un medio de prueba (art. 299 LEC) en virtud del cual una persona con conocimientos especializados (científicos, artísticos, técnicos o prácticos), que el juez no tiene, pero ajena al proceso, los aporta al mismo para que el órgano jurisdiccional pueda valorar mejor los hechos o circunstancias relevantes en el asunto, o adquirir certeza sobre ellos (art. 335.1). La prueba pericial ha de recaer sobre unos hechos o datos aportados al proceso para ser valorados y apreciados técnicamente, constituyendo lo antedicho la regla de oro de la prueba pericial en el área jurisdiccional civil (STS 12-4-2000). Ahora bien, la valoración de la prueba pericial ha de hacerse en la sentencia conforme a las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC), sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos, de donde se colige que la valoración de los dictámenes periciales corresponde en cada caso al Juez o Tribunal que conoce del asunto. Respecto a la prueba pericial, declara la STS de 16 de septiembre de 2010:" el que el órgano jurisdiccional valore la prueba pericial según las reglas de la sana critica significa que es una prueba de libre valoración, en el sentido de que el juzgador con prudencia y sentido crítico, no tiene el deber de aceptar sin más, la opinión del perito en todos sus extremos, ni tiene el poder de despreciar, sin más, un dictamen bien fundado". La apreciación del dictamen de la perito efectuada por la sentencia recurrida se ajusta a las reglas de la sana crítica y no se ha demostrado que haya habido ningún error, ni una valoración arbitraria debiendo destacarse que la propia perito indica en el acto de la vista y preguntada sobre las características de personalidad de los progenitores, extremo en el que existe en el recurso la parte recurrente, indica que una cosa es la personalidad y otra cosa es el estilo educativo y en este último, ambos presentan un estilo educativo asertivo que es el estilo más recomendable a la hora de educar a su hijo señalando que, además, el menor refiere que cada vez se lleva mejor con el hijo del marido de su madre, extremo que el propio apelante reconoce ante la perito al decir que el menor le comenta que actualmente tiene buena relación con el marido de su madre y el hijo de este por lo que la perito concluye e insiste en el acto de la vista, que el régimen de guarda y custodia del menor debe mantenerse junto a la madre quien, además, garantiza las visitas del menor con el otro progenitor, no existiendo instrumentalización por parte de ésta contando con espacios adecuados en la vivienda para el menor, a diferencia de la vivienda paterna y una red de apoyo para el cuidado del menor, no siendo así en el caso del padre, por lo que de todo ello, esta Sala, al igual que la Juez a quo, no advierte motivos sólidos para el cambio en el desarrollo de la propia función de guarda y custodia materna.

Es incuestionable que la única alteración concurrente, pues no cabe dudar de la capacidad parental del padre, es la decisión materna de trasladar su residencia a Córdoba, ello movida por circunstancias personales de su actual marido, y no por mero capricho, lo cual, ciertamente, como con acierto se concluye en la Sentencia, no puede traducirse en una modificación de la medida de custodia materna acordada en anterior Sentencia recaída en Procedimiento matrimonial, cuando no hay una sola circunstancia probada que así lo aconseje en beneficio del menor, y los informes obrantes en los autos coinciden en la conveniencia de la custodia materna en su momento establecida. El cambio de domicilio del progenitor custodio es, obviamente, una situación que afecta a los hijos, al igual que se ven afectados los hijos menores de matrimonios o parejas convivientes que por las razones que sea cambian de domicilio pero no por ello dejan de trasladar su residencia de una Ciudad a otra, y es una situación que también afecta, indudablemente, a la relación que los menores habrán de mantener con el progenitor no custodio, pero para que tal cambio de residencia del progenitor custodio, cambio que viene amparado por el artículo 19 de la C.E y que en el caso no es inmotivado pues la madre ha rehecho su vida y su actual esposo reside y trabaja en Córdoba, pueda amparar una modificación del régimen de custodia, ha de resultar probado, que el cambio de residencia decidido por el progenitor custodio perjudique al hijo menor, y en el caso, insistimos, no se ha probado que resulte perjudicial para el menor, el cual se encuentra perfectamente bajo la custodia materna en su día establecida. A lo expuesto, cabe añadir que el Ministerio Fiscal, que ha intervenido en el procedimiento como garante de los derechos de los menores, a la vista de las pruebas practicadas, solicita que se confirme

la Sentencia, postura esta del Ministerio Público que ha de considerarse como un elemento más de juicio de trascendental importancia. En definitiva la prueba practicada, revisada por esta Sala, en función propia de esta alzada, no permite sino confirmar la Sentencia apelada, en cuya Resolución la Juzgadora a quo no ha incurrido en error valorativo alguno, desde cuya óptica por demás, el recurso de apelación devendría inacogible.

El trastorno del menor exige una atención personalizada que no se consigue con la custodia compartida

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2019

Se acuerda la custodia materna dado que el menor sufre un trastorno (anda con dificultad y no habla, necesitando cuidados especiales que requieren una atención diferente a la ordinaria con terapias específicas de hidroterapia y logopedia), lo que exige una atención personalizada y compleja con la ayuda de profesionales y terceras personas cubriendo sus necesidades psicológicas y afectivas. No puede estimarse la pretensión de una custodia compartida al no concurrir los requisitos ni las condiciones que pudieran propiciarla desde la óptica del interés preferente y superior del menor a quien podría afectar el cambio de situación con una alteración de su vida, rutinas y costumbres plenamente consolidadas.

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto referida a la guarda y custodia de los menores de referencia otorgada a la madre y cuya atribución en un régimen de custodia compartida expresamente se interesa por el ahora apelante en la forma pretendida; conviene precisar con carácter previo, que el principio rector en cuanto a la adopción de un régimen de guarda y custodia no puede ser otro que la salvaguarda del interés preferente y superior del precitados menores a quienes se ha de proteger y cuyo bienestar se trata de garantizar, principio consagrado tanto en la normativa supranacional (Convención de los Derechos del Niño), como en nuestra legislación en diversos preceptos del C. Civil (arts. 92, 93, 103.1, 154, 158 y 170 entre otros muchos), Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor, y en general, en cuantas normas y disposiciones se regulan cuestiones matrimoniales, paternofiliales o tutelares, constituyendo principio básico y orientador de la actuación judicial que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos. Asimismo el régimen de estancias, comunicación y visitas se configura como un complejo derecho-deber, cuya finalidad no es satisfacer los deseos de los progenitores, sino la de proteger los derechos e intereses de los menores, exigiendo estos últimos unos contactos lo mas racionalmente posibles con el progenitor no custodio, debiéndose favorecer con la adecuada flexibilidad tales relaciones que deben propiciar unos sólidos vínculos de apego y afecto pero articulándose las mismas en atención las circunstancias concurrentes y muy especialmente las que resulten mas beneficiosas para los precitados menores de acuerdo con el principio del “favor filii”, estimándose que las posibles limitaciones o restricciones a tal derecho han de tener alcance y carácter excepcional. Así las cosas, tras el análisis de la prueba practicada, documental aportada e informe del Equipo Psicosocial unido a las actuaciones; esta Sala, sin dudar de las habilidades y capacidades parentales de ambos progenitores (aunque el Sr. Camilo padece un trastorno mixto ansioso-depresivo con rasgos inestables de personalidad), estima adecuada, ajustada y ponderada la atribución de la guarda y custodia de los menores de referencia a su madre con quien han estado conviviendo desde su nacimiento y con más intensidad desde la ruptura convivencial y durante la tramitación de este procedimiento en un ambiente familiar, social y escolar estable y pautas de vida organizada (no olvidemos, que el menor Primitivo sufre un trastorno DIRECCION000, anda con dificultad y no habla, necesitando cuidados especiales que requieren una atención diferente a la ordinaria con terapias específicas de hidroterapia y logopedia), determinante de una atención personalizada y compleja con la ayuda de profesionales y terceras personas cubriendo sus necesidades psicológicas y afectivas; sin que pueda estimarse la pretensión de una custodia compartida en la forma interesada al no concurrir los requisitos ni las con-

diciones que pudieran propiciarla desde la óptica del interés preferente y superior de los precitados menores a quienes podría afectar el cambio de situación con una alteración de su vida, rutinas y costumbres plenamente consolidadas y más aún cuando no se ha acreditado que el régimen de corresponsabilidad parental supusiera un beneficio para los mismos (cabe recordar, que el informe del Equipo Psicosocial recomienda expresamente otorgar la guarda y custodia de los menores a su madre manteniendo sus hábitos y estabilidad preservando su pleno desarrollo evolutivo). Es decir, aún aceptando, que siguiendo la última doctrina jurisprudencial de nuestro T. Supremo, dicho régimen de custodia compartida ha de ser contemplado como un sistema parental normal y deseable, debiendo ser implantado siempre que fuera posible y viable en situaciones de crisis matrimonial y convivencial; lo realmente trascendente radica, que dicha manifestación a favor del régimen de corresponsabilidad parental no implica que siempre deba adoptarse, siendo preciso atender al caso concreto y analizar sus circunstancias (en ningún caso se acredita que el cambio vaya a suponer un beneficio para los menores cuando los mismos mantienen una vida plenamente consolidada y estabilizada desde el punto de vista familiar y escolar con los oportunos tratamientos y terapias específicas que necesita Primitivo dada su situación, y sin olvidar las tensas y conflictivas relaciones entre los progenitores que residen en viviendas distanciadas en Dos Hermanas y esta ciudad). De ahí, que supeditado el régimen de custodia compartida a la protección del interés preferente y superior de los menores (reiteramos los hábitos y rutinas consolidadas y cuya alteración podría afectar a la estabilidad psicológica de los menores); esta Sala considera que no se dan las condiciones de idoneidad para un régimen de corresponsabilidad parental en la forma interesada pero sin olvidar el amplio y normalizado régimen de estancias, comunicación y visitas a favor del progenitor no custodio en cuanto a fines de semanas alternos y días intersemanales que deberá propiciar una mayor vinculación afectiva entre padre e hijos, con ambos referentes parentales en un clima de estabilidad y bienestar, y

Las faltas de asistencia al colegio no suponen un motivo para cambiar la custodia para atribuirla al padre

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2019

Las escasas faltas de asistencia al colegio no tienen entidad, ni constatan una actitud incumplidora por parte de la madre de las obligaciones derivadas del ejercicio de la guarda y custodia, por lo que no procede modificar la custodia materna. Además, en el momento actual y teniendo en cuenta las circunstancias de la relación del menor con su padre, un cambio de custodia no conseguiría solucionar el conflicto incluso podría agudizarse dando lugar a una mayor hostilidad.

La sentencia mantiene las medidas provisionales que se adoptaron y establece una pensión de alimentos por importe de 175 euros por hijo; pide en su recurso que se disminuya la pensión a la cantidad de 80 euros por hijo, 160 euros mensuales, y revoque la guarda y custodia y se establezca un sistema de guarda y custodia compartida; respecto a la custodia compartida el T.S. en la Sta. de 11 de febrero de 2012 recuerda que la interpretación del art. 92 C.C. debe estar fundada en el interés de los menores, que van a quedar afectados por las medidas que se adopten y en las Stas de 2 de julio de 2014 y 14 de octubre de 2015, dice que la guarda y custodia compartida exige para que sea beneficiosa para el menor que la relación entre los progenitores ha de ser fluida permanente y pacífica, no es necesario un acuerdo sin firmas, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor; en la sta de 29 de abril de 2013, reitera su doctrina que el art. 92,8 C.C. no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional, sino que ha de considerarse normal, incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores; en las stas. de 26 de octubre y 5 de diciembre de 2016 el T.S. considera que si el régimen de visitas ha funcionado bien, para modificarlo quien lo solicita debe concretar la forma y contenido de su ejercicio y las ventajas que va a tener para el hijo; de toda esta doctrina se reitera

que lo importante es adoptar la decisión que sea mas beneficiosa para el hijo y proteja el interés del menor; debe también ponderarse que el cambio de guarda y custodia, como recoge esta Sala, supone una variación importante en la vida de los menores, pues se ha consolidado una situación que se veía alterada sin sabes si esa modificación sería lo mas beneficioso cuando el régimen de custodia establecido para la madre ha funcionado de forma adecuada, sin alteraciones importantes y negativas en su desarrollo; el legítimo derecho de un progenitor a desear la guarda y custodia compartida, debe ceder ante lo que se considere mas beneficioso para los hijos; la parte apelante sostiene que la custodia compartida puede mejorar la relación padre-hijo; teniendo presente la consolidada doctrina del T.S. ya citada, es imprescindible acreditar de forma objetiva que esa forma de custodia va a ser la mas beneficiosa para el menor, y que ello justifica el cambio de vida del menor, de sus hábitos rutinario y de su entorno que se ha venido prolongando durante un importante periodo de tiempo; esas circunstancias no concurren en el presente caso, en el que la sentencia considera que lo mas conveniente para el menor es mantener la situación existente de que sea la madre la que ejercite la guarda y custodia, evitando una ruptura que pudiera influir negativamente en el menor por lo que mantiene la situación que se ha venido prolongando durante un importante periodo de tiempo, y esos motivos justifican que se mantenga esa decisión pues, el sistema que se adoptó de otorgar la guarda y custodia a la madre ha funcionado de forma adecuada, sin incidentes que pudieran afectar negativamente a la formación y estabilidad emocional de los menores; no hay por tanto motivo para modificar un régimen que ha funcionado de de forma adecuada, al no constatarse que ese cambio pedido por el apelante supondría un beneficio para los menores, a pesar que conllevara un cambio de la rutina diaria que ningún perjuicio ha producido a los menores; ninguno de los argumentos que sostiene el apelante son de entidad que justifique la modificación; las escasas faltas de asistencia no tienen entidad, ni constata una actitud incumplidora por parte de la madre de las obligaciones derivadas del ejercicio de la guarda y custodia y respecto al informe del M.F es una cuestión ya resuelta que no merece comentario alguno; por último debe hacerse mención a lo que recoge el informe de equipo psicosocial de fecha 21 de abril de 2017, que concluye “que en el momento actual y teniendo en cuenta las circunstancias de la relación del menor Salvador con su padre, un cambio de custodia no conseguiría solucionar el conflicto incluso podría agudizarse dando lugar a una mayor hostilidad por lo que entendemos que debería mantenerse y cumplirse el régimen de visitas ya establecido....”; a pesar de que en el informe de equipo psicosocial considera que ambos progenitores están capacitados para asumir los deberes inherentes a la patria potestad, no recomienda como se desprende en las conclusiones, que no recomienda el cambio de la guarda y custodia; todo ello son motivos para desestimar el recurso y confirmar la sentencia; modifica la sentencia el importe de la pensión de alimentos y la fija en 175 euros por hijo en total 350 euros mensuales; esa disminución cumple con la previsión de proporcionalidad exigida por el art. 146 C.C por lo que no hay motivo para acoger este motivo de recurso, por lo que procede confirmar la sentencia sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Si el padre cambió de residencia no puede exigir que sea la madre la que le lleve al menor para el inicio del régimen de visitas

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 2019

Como fue el padre quien decidió cambiar de ciudad de residencia, no procede modificar las medidas para que, al inicio del régimen de visitas, sea la madre la que traslade al menor a donde reside el padre.

En el caso enjuiciado, tal como resuelve la sentencia de instancia, no concurre alteración de circunstancias alguna, y así, en la demanda se hacen alegaciones sobre los horarios laborales del padre que son los mismos que tenía cuando se dictó la sentencia de divorcio, y no cabe considerar que haya habido un cambio esencial por el transcurso del tiempo y la mayor edad del hijo pues éste en el momento de la sentencia de divorcio tenía dos años y unos cinco cuando se interpone la demanda de modificación de medidas, esto es, en el mismo contexto del alejamiento del nacimiento pero sin alcanzar una etapa de suficiente autonomía personal.

La demanda solo se funda en que ha habido un cambio de doctrina jurisprudencial a raíz de la STS de 26 de mayo de 2014 reiterada en otras posteriores, que justifica la modificación de la medida, pretendiendo así el recurrente que la doctrina desarrollada por el Tribunal Supremo en los casos en que en un procedimiento de modificación de medidas se solicita el sistema de guarda y custodia compartida, sea de plena aplicación al caso enjuiciado en el que la modificación de medidas se concreta en que sea la madre la que lleve al menor desde ... a Córdoba (unas dos horas por carretera) los viernes por la tarde de los fines de semana alternos que el menor pasa con el padre, en lugar de ser el padre el que venga también a recogerlo hasta ..., siendo el padre el que continuará trayéndolo los domingos desde Córdoba a ..., y esta extrapolación no cabe en cuanto que el motivo de esa evolución jurisprudencial es el cambio notable que se ha producido de la realidad social, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor (STS de 26 de junio 2015 y de 25 de noviembre 2013, 17 de octubre de 2017), intereses que no están en juego en esta litis donde por el padre solo interesa que sea la madre la que se desplace a Córdoba dos veces al mes para llevar al menor a las 18,00 horas.

A la vista de lo anterior, y de la redacción última del artículo 90 CC antes analizada y jurisprudencia que la interpreta, la demanda solo podría estimarse cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos y, en este caso no ha quedado acreditado que haya nueva necesidad del hijo alguna que justifique la modificación pretendida por el demandante y así, no habiendo cambiado las condiciones laborales del demandante que tenía al tiempo del divorcio, tampoco queda justificado que ahora haya surgido para el demandante la imposibilidad de estar a las 18,00 horas recogiendo al menor en ..., en consecuencia, la sentencia debe ser confirmada en este pronunciamiento.

A mayor abundamiento, la STS 26 de mayo de 2014 en la que se funda la demanda no está dictada en un procedimiento de modificación de medidas como éste, sino que resuelve un supuesto en el que por primera vez se adoptaban las medidas que han de regir la unidad familiar tras la ruptura, debiendo también indicarse que dicha STS no viene a contradecir anterior Jurisprudencia o doctrina jurisprudencial, como reitera el demandante recurrente, sino que esta STS dicta doctrina jurispru-

dencial ante la jurisprudencia contradictoria de las diferentes Audiencias Provinciales, citando al respecto sentencias dictadas desde 2005 o 2006, lo que demuestra que el demandante pudo plantear la cuestión que ahora plantea en el procedimiento de divorcio de 2015 al no existir objeción legal ni jurisprudencial alguna para dicha medida en ese año. Por otra partes, la STS que analizamos afirma respecto al reparto de las cargas en el régimen de visitas que debe ajustarse a dos principios generales de ineludible observancia en esta materia: 1) el interés al menor, de forma que el sistema no dificulte su relación con cada uno de los progenitores. y, 2) el reparto equitativo de cargas, de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc.

En el caso enjuiciado, por una parte, el sistema establecido en sentencia no dificulta la relación del menor con el padre pues, habiendo sido decisión del padre cambiar su residencia a Córdoba, está plenamente capacitado para hacer el trayecto de dos horas los viernes para recoger al menor, tal como se pactó, habiendo quedado acreditada su habitualidad a la carretera al tener tres automóviles y dos motocicletas (uno de los vehículos adquirido recientemente por importe de 35.000 euros); y, por otra, en el momento del divorcio se pactaron unas estancias del menor con el padre que también resultan restringidas en relación a lo que es usual en los regímenes de visitas al limitarse a los fines de semana alternos (de viernes a domingo) y mitad de vacaciones, lo que también implica un esfuerzo para la madre al estar el menor bajo su cuidado ininterrumpidamente salvo en esos periodos, cuestiones que pudieron tener en cuenta los excónyuges cuando pactaron que los traslados del menor los llevaría a cabo el padre a fin de compensar ese sobre esfuerzo de la madre en el cuidado constante del menor.

Vivienda familiar

Pagar la hipoteca no da derecho a continuar residiendo en exclusiva en el domicilio familiar copropiedad de ambos

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2019

En el presente caso ya no hay guarda de hijos menores y la madre no es económicamente hablando el interés más necesitado de protección, pues sus ingresos son algo superiores a los del actor. El hecho de que ella, según dice, haya asumido desde el divorcio el pago del préstamo hipotecario y demás gastos que corresponden al otro cotitular, tampoco permite mantener el uso a su favor, pues las cantidades pagadas por cuenta del otro podrán ser reclamadas al tiempo de la liquidación del condominio.

Respecto de la extinción del uso de la vivienda familiar, la sentencia también debe confirmarse. Si las partes no especificaron en 1993, cuando se divorciaron otras razones o motivos para la atribución de uso de la vivienda, debe atenderse a la causa jurídica que se trata de garantizar por la norma.

La atribución de uso de la vivienda familiar que se realiza al tiempo del cese de la convivencia, supone una limitación del derecho de propiedad de uno de los titulares pues se le priva temporalmente de la facultad de uso en beneficio del otro progenitor en tanto que guardador de la prole y tiene su razón de ser en la necesidad de garantizar una cierta estabilidad a los hijos todavía dependientes, luego se sustenta en el interés superior del menor

que debe sustentar cualquier decisión de los Tribunales (art. 211.6 CCCat). Cuando no existen hijos dependientes su justificación se halla en una prolongación de la solidaridad familiar a pesar del divorcio, pues sólo cabe restringir las facultades del dominio, cuando exista en uno de los cónyuges un interés más necesitado de protección y en todo caso dicha atribución es temporal. Así se regula en el art. 233.20 del Código Civil de Catalunya.

En el presente caso ya no hay guarda de hijos menores y la Sra. Sonia no es económicamente hablando el interés más necesitado de protección, pues sus ingresos son algo superiores a los del Sr. José Pedro. El hecho de que ella, según dice, haya asumido desde el divorcio el pago del préstamo hipotecario y demás gastos que corresponden al otro cotitular, tampoco permite mantener el uso a su favor, pues las cantidades pagadas por cuenta del otro podrán ser reclamadas al tiempo de la liquidación del condominio, para lo cual no es necesario que litiguen de nuevo las partes, pudiendo negociar directamente o seguir un procedimiento de mediación.

Y finalmente en cuanto a la prolongación del derecho de uso para poder organizar la cobertura de la necesidad de vivienda por parte de la usuaria, dado que ya ha transcurrido más de año y medio desde que se interpuso la demanda, por lo que no resulta una situación sorpresiva y que las partes pueden convenir su mantenimiento mientras se procede a la liquidación del condominio tampoco se advierten razones para el mismo.

El art. 96 del CC solo se aplica cuando existen hijos comunes

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2019

La atribución del uso de la vivienda familiar, en el art. 96 CC y en la jurisprudencia que lo desarrolla, se encuentra referida a los hijos comunes. La obligación de velar por el menor (hijo de la esposa), y de cubrir sus necesidades, es de sus padres, sin que se pueda justificar legalmente que sea obligación del marido de la madre. En este supuesto no es de aplicación el interés del menor recogido en el art. 96 del CC.

Por la representación procesal de D.ª Micaela, demandada-apelante, se presenta recurso de apelación contra la sentencia 31 de julio de 2018 que estima en parte la demanda de divorcio, y en relación con la medida de atribución del uso de la vivienda familiar se atribuye al esposo don Víctor.

Se alega como motivo primero y único del recurso, que la resolución no ha tenido en cuenta el interés del menor, solicita que se dicte sentencia que acuerde atribuir el uso de la vivienda familiar al hijo menor de D.ª Micaela en tanto sea menor de edad, o dependiente económicamente.

Conferido traslado a la contraparte, presenta escrito de oposición al recurso, solicitando la desestimación integra del mismo y la confirmación de la sentencia de instancia, condenando a la parte apelante al pago de las costas de esta apelación.

La sentencia de instancia desestima la pretensión de la recurrente, de atribuir el uso del domicilio que fue familiar al menor y la madre, al no ser el menor hijo común del matrimonio, sino de la esposa, de una relación anterior.

Por la parte recurrente se alega en el único motivo del recurso, que se lesiona gravemente al menor de 12 años, y se le priva de sus amigos, de su barrio, de su ambiente infantil y juvenil, y añade que el menor ha sufrido un clima de violencia por parte del Sr. Víctor.

La atribución del uso de la vivienda familiar, en el art. 96 CC y la jurisprudencia que lo desarrolla, se encuentra referido a los hijos comunes, considerándolo con carácter general el interés más necesitado de protección, mientras son menores de edad, porque incluso a los hijos comunes cuando son mayores de edad, se le ha de aplicar lo dispuesto en el art. 96.3 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije, a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable si su interés fuera el más necesitado de protección, para ello hay que valorar las circunstancias concurrentes para determinar quién es el interés más necesitado de protección, (STS de 29-5-2015, y 25-10-2016 posteriores).

Examinadas las actuaciones constan acreditados los siguientes datos, el matrimonio de las par-

tes se contrajo el 21 de abril de 2017, no han tenido hijos comunes, la esposa tenía un hijo de una relación anterior que ha convivido con la madre y el Sr. Víctor, los dos figuran empadronados en la vivienda del esposo en marzo de 2018; se manifiesta que el padre del menor tiene fijada una pensión de alimentos de 185 euros mensuales a su favor que percibe la madre; la vivienda es propiedad exclusiva del esposo Sr. Víctor, quien la tuvo que abandonar en 22 de agosto de 2017, por imponérsele la prohibición de aproximarse a la esposa a una distancia de 500 metros, desde entonces vive en la casa de su madre; la Sra. Micaela tuvo con anterioridad una vivienda alquilada también en ..., trabaja y percibe unos ingresos de unos 1.300 euros mensuales, hechos no discutidos por las partes.

La obligación de velar por el menor Eutimio, y de cubrir sus necesidades, es de sus padres, sin que se pueda justificar legalmente que sea obligación del marido de la madre, tras dos años de matrimonio; sin acreditarse el periodo anterior de convivencia, el problema de la vivienda al hijo de la esposa, son sus propios progenitores; por lo que en este supuesto no es de aplicación el interés del menor, que no es hijo del Sr. Víctor, ni tampoco es responsabilidad suya, si denegando la atribución de uso a la madre se le privará de sus amigos, barrio o ambiente, porque ello dependerá de donde se vaya a vivir la madre con su hijo menor, y de hecho ya con anterioridad vivieron en el mismo municipio en ... En este sentido tampoco se considera que sea la esposa el interés más necesitado de protección para que se le atribuya el uso de la vivienda que fue familiar. Por todo ello, en base a lo dispuesto en el art. 96 CC debe de confirmarse la sentencia impugnada íntegramente.

Si se pactó el uso hasta la venta de la vivienda, debe cumplirse el pacto

AP JAÉN, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 2019

Los términos del convenio regulador son claros: "Al quedar residiendo la esposa hasta que se produzca su venta", que hoy por hoy no se ha producido, por tanto resulta razonable considerar que las partes fijaron el hecho de la venta como momento de la extinción del uso. Una vez se produzca, se dejará sin efecto la atribución del uso. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre las condiciones de venta, siempre será posible acudir al procedimiento de división de la cosa común.

Respecto a la controversia existente sobre el uso del domicilio familiar, debemos precisar que es una materia sobre la que la autoridad judicial no puede pronunciarse de oficio sino a petición de alguna de las partes; por tanto no es de orden público sino que las partes pueden convenir lo que consideren siempre que no hayan hijos menores de edad (art. 96.3 del código Civil).

Por lo tanto, debemos estar a la autonomía de la voluntad de las partes al indicar que el derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges. Por lo tanto la ordenación del uso se encuentra sometida a la plena y libre autonomía de la voluntad de las partes, sin limitación alguna en cuanto al contenido y a las consecuencias de lo pactado. Dicho lo cual, en el presente caso, el convenio regulador reconoce la atribución del uso de la vivienda a favor de la Sra. Melisa Debiendo estarse, por tanto, de forma indiscutible y por aplicación del principio pacta sunt servanda, recogido por el art. 1.091 del CC, a las consecuencias de lo acordado en dicho convenio.

En el presente caso se pactó que en el supuesto de que la vivienda se llegase a pagar y no se hubiese vendido, por razones ajenas a la voluntad de las partes, las partes mantenían el compromiso de venta. Con el añadido de "Al quedar residiendo en la vivienda exclusivamente la Sra. Melisa hasta que se produzca su venta, [...]". Lo que implica el sometimiento del uso a término incierto, extintivo y de origen convencional, dependiente de un acontecimiento futuro que se espera como cierto y que, una vez acaecido, convierte a la obligación en pura y simple y, por tanto, susceptible de exigibilidad por el cotitular del pleno dominio de la vivienda.

Cuando el actor interpone la demanda solicita la extinción del uso del domicilio familiar, pero sin alegar causa o circunstancia para la finalización de ese uso, precisando únicamente que con esa me-

dida no se perjudica a los hijos ni a la progenitora demandada.

El inmueble se encuentra en venta en inmobiliarias Prisma desde el 26 de abril de 2011 por indicación de la Sra. Melisa (documento 11 de la contestación de la demanda) por el precio inicialmente pactado por las partes en el convenio regulador, existiendo un documento de la propia inmobiliaria donde se indica que el precio es excesivo, estimando su valor en 340.000 euros y posteriormente en 250.000 euros (documentos 12 y 13 de la contestación a la demanda). Lo cierto es que la venta no se ha producido "por razones ajenas a la voluntad de los propietarios", D. Juan Luis alega tener interés en su venta pero no ha probado que haya desplegado actividad o gestión alguna para ayudar a su consumación, no consta que haya acudido a otras inmobiliarias, la haya publicitado en portales por internet, etc., ninguna prueba existe de su participación activa en esa venta, siendo una gestión que corresponde a los dos.

No compartimos la decisión de primera instancia, atendiendo a los criterios interpretativos de los contratos recogidos en los arts. 1281 a 1289 del Código Civil, ya que el uso aparece condicionado a que se produzca la venta del inmueble.

Los términos del convenio son claros (art. 1.281 del Código Civil): "Al quedar residiendo la Sra. Melisa hasta que se produzca su venta", que hoy por hoy no se ha producido, por tanto resulta razonable considerar que las partes fijaron el hecho de la venta como momento de la extinción del uso. Una vez se produzca la venta, se dejará sin efecto la atribución del uso. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre las condiciones de venta, siempre será posible acudir al procedimiento de división de la cosa común.

Progenitor que no se somete a tratamiento médico

AP BADAJOZ, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2019

Habiéndose probado que existe ya un procedimiento de desahucio por precario, la mejor solución para los menores es resolver que la custodia compartida se desenvuelva en los respectivos domicilios de cada progenitor, máxime cuando ambos disponen de viviendas dignas y adecuadas. Además, la casa nido que se acordó por el Juzgado no es un sistema recomendable.

Doña Blanca solicita que, al ser propiedad de un tercero ajeno al procedimiento, no se haga atribución del uso del domicilio. Añade que ninguna de las partes interesó en primera instancia el establecimiento de un domicilio compartido y rotativo. Considera por ello que la sentencia es incongruente. En todo caso, sobre la casa nido se cita la sentencia del Tribunal Supremo 215/2019, de 5 de abril. En ella se expone que no es una solución factible, porque no es compatible con la capacidad económica de los progenitores que se ven obligados a costear tres viviendas.

A este motivo se opone don Ezequias. De entrada, niega la existencia de incongruencia, puesto que, cuando existen hijos menores, la atribución del domicilio familiar es materia de derecho necesario (artículo 96 del Código Civil). Sobre la titularidad de la vivienda, el apelado replica que tal cuestión no es objeto de este procedimiento. En cualquier caso, manifiesta que él dispone de un inmueble adecuado y próximo al domicilio familiar.

Este motivo ha de prosperar.

Ciertamente, la sentencia no es incongruente porque, con hijos menores, la decisión relativa al uso del domicilio familiar no está sujeta a la disponibilidad de las partes. Es materia de orden público y el juez puede actuar de oficio.

También es verdad que la atribución del uso de la vivienda es independiente de los derechos posesorios de sus legítimos propietarios. La decisión judicial del uso no es un derecho real, de modo que tal decisión no es oponible a terceros, ni impide el correspondiente desahucio (sentencias del Tribunal Supremo 69/2014, de 13 de febrero).

Pero con todo, habiéndose probado en esta alzada que existe ya un procedimiento de desahucio

por precario, la mejor solución para los menores es resolver que la custodia compartida se desenvuelva en los respectivos domicilios de cada progenitor, máxime cuando ambos disponen de viviendas dignas y adecuadas. Doña Blanca dispone de la vivienda familiar, que presuntamente es de su padre y don Ezequias tiene una vivienda alquilada. Ambas están en la misma localidad. Esta decisión, además, está en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exhorta a evitar el sistema de casa nido. Así, la sentencia 215/2019, de 5 de abril, que hace suya la recurrente, dispone que alternar la vivienda familiar no es siempre compatible con la capacidad económica de los progenitores, pues se ven obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común). También apunta dicha sentencia que compartir casa puede generar conflictividad por razón de su mantenimiento. Por razón de su mantenimiento y de su propia organización, decimos nosotros. No es recomendable, porque exige un compromiso muy serio por parte de los progenitores en lo que toca al abastecimiento de la vivienda y, en general, a la organización de la intendencia doméstica.

En suma, revocamos el pronunciamiento tercero de la sentencia de instancia, lo dejamos sin efecto y acordamos que la guarda y custodia compartida se ejerza en los respectivos domicilios de cada progenitor.

Pensión alimenticia

Si el gasto de guardería ha desaparecido, por asistir el menor a un colegio público, la pensión debe reducirse.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2019

Se reduce la cuantía de la pensión alimenticia que abona el padre dado que el menor ha dejado de utilizar la guardería y acude actualmente a un colegio público, por lo que el coste educacional se ha reducido de forma importante.

La sentencia de instancia es recurrida por el demandado quien había pretendido la reducción de la pensión alimenticia a favor de su hijo Carlos Miguel, que actualmente era de 510 euros mensuales, por haber dejado de utilizar guardería y acudir actualmente a colegio público, y tras denunciar error en la valoración de la prueba solicita su reducción a 200 euros al mes.

La demandada se opone al recurso, poniendo de manifiesto que cuando convinieron la separación y posteriormente el divorcio, la pensión se fijó teniendo en cuenta que el padre se quedaba en la vivienda familiar y la madre debía buscar un nuevo domicilio en el que establecerse con el hijo y que no cabe repercutir en el hijo el excesivo endeudamiento del padre. Al recurso se ha opuesto la parte contraria y el Ministerio Fiscal.

En la instancia se ha considerado que la circunstancia de que el hijo dejara de acudir a la guardería y pasara a colegio público ya la habían previsto ambas partes en el convenio de divorcio y por lo tanto no había ninguna nueva circunstancia que alterara lo convenido.

Tal como expresa el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la modificación de medidas se puede solicitar siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. Y en el presente caso, lo cierto es que se mantienen las capacidades económicas de ambos progenitores pero han variado los

gastos del hijo.

En el convenio las partes manifestaron su voluntad común, de cara a la educación futura del hijo Carlos Miguel, nacido el NUM000 de 2012, en que acudiera preferentemente a un centro público o concertado, pero ello no supone que hubieran previsto el coste que correspondería al capítulo de formación, pues hay una notable diferencia entre un centro público, cuyo coste es prácticamente nulo y uno concertado que puede alcanzar incluso los 300 euros al mes. No puede por lo tanto considerarse que aquella previsión, con una total indeterminación cuantitativa, impida una revisión de la contribución alimenticia fijada a cargo del padre cuando el hijo acudía a guardería con un coste que el padre fija en unos 300 euros al mes y la madre en 180 euros, aunque ninguno de los dos lo justifica.

Dado que se mantienen los ingresos corrientes de ambos progenitores (el padre percibe una pensión de 1663,59 euros por 14 pagas, lo que equivale a unos 1945 euros al mes y la madre tiene unos ingresos por su trabajo de higienista dental de 1005 euros al mes por doce pagas), que al tiempo del cese de la convivencia la madre y el hijo marcharon de la vivienda familiar que quedó para uso exclusivo de su propietario, el padre, y que ello se tuvo en cuenta para fijar una contribución económica más elevada del Sr. Moisés, y que ha habido una trascendente reducción del gasto del hijo en el ámbito de la formación, se estima que procede la reducción de la pensión establecida en el convenio de separación del año 2013 y en el posterior convenio de divorcio (año 2014), pero no en la cantidad solicitada por el recurrente.

Atendiendo al principio de proporcionalidad de los obligados y necesidades del receptor (art. 237.1 CCCat) y teniendo en cuenta que la obligación de ambos progenitores, por serlo (art. 235.2.2 CCCat), de cubrir todas las necesidades de su hijo, que siendo menor va más allá de lo imprescindible, pues le deben procurar lo más adecuado para su mejor desarrollo y preparación para la vida adulta (art. 236.17.1 CCCat en relación con el art. 2 de la LO de Protección Jurídica del menor), y atendiendo que, sin contar la contribución por el capítulo de vivienda, según la aplicación para cálculo de pensiones alimenticias del Consejo General del Poder Judicial la pensión estimada sería de 262 euros, añadiendo una cantidad proporcional por coste de vivienda y confortabilidad procede fijar la contribución alimenticia del Sr. Moisés a la Sra. Sabina, en favor del hijo Carlos Miguel, en la cantidad de 400 euros mensuales; calculo que también se alcanzaría sí redujéramos una parte del coste de la guardería que ahora no se devenga.

De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, los pronunciamientos de esta sentencia tienen efectos a partir de su fecha (SsTS 26 de marzo y 19 de noviembre de 2015 y 23 de junio de 2015).

Distinta cuantía de la pensión alimenticia en función de si el padre reside o no en España

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2019

El padre abonará 100 euros mensuales mientras el menor resida en Colombia y 180 euros mensuales cuando resida en España actualizándose anualmente la suma conforme al IPC.

La obligación de dar alimentos a los hijos es una de las de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional (art. 39 de la Constitución Española), y es además uno de los contenidos ineludibles de la potestad parental según el artículo 236-17 del Código Civil de Cataluña (CCCat). Comprende los conceptos expresados en el artículo 237-1 CCCat. y específicamente todo cuanto es indispensable o necesario para el mantenimiento, vestido, vivienda, asistencia médica, y los gastos precisos para procurar la formación de los hijos. Tanto el padre como la madre deben contribuir al levantamiento de los gastos y cargas de los hijos, y por ello de conformidad con el art. 237-7 CCCat la obligación debe distribuirse entre ellos en proporción a sus recursos económicos y posibilidades. En el mismo sentido el artículo 237-9 CCCat al indicar que la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades del alimentado y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a prestarlos. La necesidad de respetar el binomio "necesidad/posibilidad" ha sido recogida en numerosas Sentencias del T.Superior de Justicia de Cataluña,

entre otras 68/2013, de 28 de noviembre, 22/2014, de 7 de abril 69/2014, de 30 de octubre, 15/2015, de 16 de marzo y 28/2015, de 27 de abril, 29/2015 de 4 de mayo y más recientemente en la de 28 de enero de 2016. Así en la sentencia 24/2009 de 25 de junio se indica: " la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades de los alimentados y a los medios económicos y a las posibilidades de las personas obligadas a prestarlos, proporcionalidad que ha de considerar el binomio " necesidad" del que ha de recibirlos y "posibilidad" del que haya de satisfacerlos, por lo que en cada caso concreto habrá que ponderar los dos factores teniendo en cuenta, en lo que ser refiere al obligado, sus recursos propios, sus posibilidades, los medios económicos y asimismo las rentas y el patrimonio."

En el presente caso desconocemos los gastos exactos del menor y si el mismo está residiendo de forma permanente en Colombia o si lo hace en España. El apelante manifestó en la vista que la madre se había ido a Colombia pero su familia, madre y hermano residen en Barcelona en el PASEO000 y ello queda acreditado por las diligencias de emplazamiento intentadas por el SAC, asi el hermano en fecha 11/4/18 manifestó que su hermana se había ido a Colombia hacía 15 días y no sabía cuando regresaba pero que tenia indicaciones de no coger papeles del juzgado (folio 113).

En atención a que la Sra. Loreto no ha comparecido en autos desconocemos sus intenciones en relación a su residencia y por tanto la del menor, siendo que la Sentencia de primer grado le atribuye la guarda del hijo común y este pronunciamiento no ha sido apelado ni por el Ministerio Fiscal ni por ninguna de las partes por lo que ha devenido firme.

Consta acreditado en autos que el Sr. Emiliano trabaja en la hostelería percibiendo un salario de 1.400 euros mensuales, pero su contrato es de carácter temporal,- así lo reconoció en el interrogatorio-(min 12:22).

No consta que la madre del menor perciba ingresos por el trabajo.

A tenor de la argumentación formulada en el recurso y de una revisión de las actuaciones, la Sala considera que ha de tenerse en cuenta que el nivel de vida de España y Colombia no es el mismo y que resulta mas caro el coste de la alimentación, suministros, vivienda y formación en nuestro país que en Colombia por lo que resulta procedente fijar la obligación alimenticia dependiendo de si el menor está en Barcelona o en Colombia. Asimismo si el menor permanece residiendo en Colombia el padre estará obligado a realizar un sobrecoste en viajes lo que incluye billetes de avión y alojamiento en dicho país para poder visitar a su hijo, lo que también ha de ser tenido en cuenta. Sin embargo no procede rebajar la cantidad de 180 euros mensuales cuando resida en España. Teniendo en cuenta que no hay atribución del uso y por tanto la madre debe facilitar vivienda al menor además de los gastos ordinarios de alimentación vestido y calzado, higiene, formación, farmacia, transporte, y otros ordinarios asimilados a estos consideramos que es una cantidad necesaria como contribución que además el padre puede abonar teniendo en cuenta que trabaja y percibe un salario de 1.400 euros al mes.

Por todo ello consideramos que el recurso del apelante ha de ser estimado parcialmente y fijamos que el padre abone 100 euros mensuales mientras el menor resida en Colombia y mantenemos el abono de 180 euros mensuales cuando resida en España actualizándose anualmente la suma conforme al IPC. Mantenemos las disposiciones atinentes al pago de los gastos extraordinarios.

En custodia compartida, gastos comunes por mitad, y todo el gasto de educación a cargo del padre que percibe más ingresos

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2019

La contribución para cubrir las necesidades de la menor en régimen de custodia compartida llevará a efecto asumiendo cada progenitor los gastos cotidianos cuando la tengan consigo (vivienda, alimentación, vestido y calzado, higiene, transporte, ocio etc.) y además, atendido que el padre tiene mayor estabilidad en el empleo y sus ingresos son mucho mayores que los de la madre, se hará cargo de los gastos del colegio de la hija (coste de escolarización/matrícula/AMPA, comedor del colegio, libros y excursiones obligatorias.).

El establecimiento de la guarda compartida implica revisar la contribución de ambos progenitores al sostenimiento de las necesidades de los hijos.

La obligación alimenticia corresponde a ambos progenitores al derivarse de la filiación constituye la obligación principal por encima de otras obligaciones económicas que se puedan contraer, y por ello llega incluso a tener rango constitucional (art. 39 CE). La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes. Comprende todo cuanto es indispensable o necesario para el mantenimiento, vestido, vivienda, y asistencia médica de los hijos, así como los gastos precisos para procurar su formación. La cuantía se determinará en proporción a las necesidades de los hijos y a los medios económicos y posibilidades de los progenitores.

En el presente caso, de una revisión de la prueba, se aprecia que ambos progenitores disponen de trabajo y de una gran preparación profesional. Don Juan Manuel, ingeniero industrial, es administrador único de las mercantiles DIRECCION001 y DIRECCION002 habiendo percibido en el ejercicio fiscal 2015 un rendimiento neto ascendente a 44.718 euros, tal como se aprecia de la documental obrante en autos, y D.ª Mariana, licenciada en Administración y Dirección de Empresas, es administradora única de la Sociedad DIRECCION003, que creo en 2013, siendo su objeto social el comercio al por menor y mayor de zapatos, bolsos y marroquinería en general, percibiendo en el ejercicio fiscal 2015 la cuantía de 7.350,00 euros brutos..

En cuanto a los gastos ordinarios de la hija, partimos de colegio privado al que acude DIRECCION004 que implica un coste de 635,00/mes, a lo que hay que añadir los gastos generales de alimentación, vestido, calzado, higiene, farmacia ordinarios, material escolar y libros. En el acto de la comparecencia de medias provisionales en donde acordaron una custodia materna, se fijó en concepto de pensión alimenticia a cargo del padre la cuantía de 1.000,00 euros mensuales y el 50% de los gastos extraordinarios.

En base a ello, resulta más adecuado dado la guarda compartida que se establece respecto de Adoracion, que la contribución para cubrir sus necesidades se realice asumiendo cada progenitor los gastos cotidianos de la misma cuando los tengan consigo (vivienda, alimentación, vestido y calzado, higiene, transporte, ocio etc.) y además atendido que el padre tiene mayor estabilidad en el empleo y sus ingresos son mucho mayores que los de la madre, se hará cargo de los gastos del colegio de la hija (coste de escolarización/matrícula/AMPA, comedor del colegio, libros y excursiones obligatorias.).

Los gastos extraordinarios, es decir, aquellos necesarios pero imprevisibles entre los que cabe referirse a los gastos de salud no cubiertos por la seguridad social o los derivados de prótesis, tratamientos odontológicos, lentes, psicólogos, se distribuyen en un 50% a cargo del padre y en un 50% a cargo de la madre.

El incremento de los gastos extraordinarios justifica que se modifique la proporción en la que deben contribuir a su pago los progenitores

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2019

Los gastos extraordinarios de la hija han experimentado un acusado incremento debido a que cursa estudios universitarios en Salamanca, gasto que no existía en el momento en el que se acordó la contribución del padre al abono de los referidos gastos en la tercera parte de su cuantía (Convenio Regulador de fecha 15 de Enero de 2.002), pero que ahora sí se producen y, por tanto, resulta adecuado, ponderado y equitativo que ambos progenitores abonen los gastos extraordinarios de la hija por mitad.

Se alega error en la valoración de las pruebas, si bien proyectado sobre la desestimación de la pretensión de incremento de la participación del demandado al pago de los gastos extraordinarios de la hija, de la tercera parte a la mitad de los que documentalmente se acrediten. Podemos ya adelantar que el motivo ha de ser estimado, en la medida en que no se justifica el que los gastos extraordinarios de la hija habida en el matrimonio no se abonen por partes igual (o al 50%), cuando el padre cuenta con unos ingresos mensuales netos del orden de los 2.000 euros, además de un notable patrimonio (al menos potencial), y los gastos extraordinarios de la hija han experimentado un acusado incremento debido a que cursa estudios universitarios en Salamanca; lo que supone un elenco de este tipo de gastos (en número y en entidad) que no existían (en tal importe -decimos-) en el momento en el que se acordó la contribución del padre al abono de los referidos gastos en la tercera parte de su cuantía (Convenio Regulador de fecha 15 de Enero de 2.002); pero que ahora sí se producen y, por tanto, resulta adecuado, ponderado y equitativo que ambos progenitores abonen los gastos extraordinarios de la hija en la misma proporción.

... Este Tribunal ha contemplado (de manera muy puntual) el que los progenitores pudieran contribuir de manera asimétrica (o no igualitaria) al abono de los gastos extraordinarios de los hijos, si bien únicamente en aquellos casos en que la diferencia entre la capacidad económica de los progenitores sea extremadamente acusada. Incluso hemos mantenido que, en casos de capacidad económica diferente entre los progenitores no relevante, se mantenga el concurso igualitario de ambos en la contribución a esta prestación que -como decimos- goza de una naturaleza diferente a la de la pensión de alimentos ordinaria. En el presente caso, la pensión de alimentos ordinaria se ha incrementado al alza, luego es razonable que también se incremente la contribución al pago de los gastos extraordinarios hasta la paridad entre progenitores cuando al padre percibe por su trabajo mensual unos ingresos mensuales del orden de los 2.000 euros, y cuenta con un notable patrimonio (aunque en este momento no tenga disposición sobre el mismo). Es cierto que los ingresos mensuales de la madre son superiores, pero esa diferencia (teniendo en cuenta el incremento de los gastos extraordinarios de la hija) no justifica el diferente trato contributivo a esta obligación del padre (1/3) a la madre (2/3).

Por tanto, procede la estimación de esta segunda vertiente del único motivo del Recurso de Apelación y, en su virtud, se acordará que el padre, D. Balbino, vendrá obligado a abonar el cincuenta por ciento de los gastos extraordinarios que ocasione su hija, Dª. Soledad, con motivo de su educación, formación, salud, etc.... previa acreditación documental de tales gastos.

Si la esposa está en paro, no es como consecuencia del divorcio pues trabajó antes y después de casarse

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2019

La esposa contrajo matrimonio cuando ya contaba con 37 años de edad y antes y después de la celebración del matrimonio, trabajaba como traductora. La Juez de instancia, además, indica que es más que probable que perciba ingresos cuya procedencia se ignora y así lo demuestra el hecho de que no asistiera al acto de la vista celebrada en el Juzgado por encontrarse ella en Londres, sin que conste la fecha de su regreso. Por todo ello, si resultase que, en la actualidad, la esposa se encontrase en situación de paro y sin encontrar trabajo, tal circunstancia no sería provocada como consecuencia de los efectos del divorcio dado que no le ha supuesto un empeoramiento en relación a su situación anterior.

Esta Sala, haciéndose eco de dicha doctrina jurisprudencial, viene manteniendo que la figura examinada no constituye un instrumento legal de indiscriminada nivelación o, al menos, aproximación de las dispares economías de los esposos que, latente durante el matrimonio, haya de activarse automáticamente al surgir la crisis convivencial sometida a regulación por los tribunales. En efecto, su legítima finalidad es la de ayudar al cónyuge beneficiario en tanto el mismo alcanza, por su propio y exigible esfuerzo y siempre que ello sea posible, aquel grado de autonomía económica de que hubiere podido disfrutar de no haber mediado matrimonio, en cuanto dicha unión, por su dedicación a la familia y a las tareas del hogar en general, le haya impedido, u obstaculizado en alto grado, su incorporación al mercado de trabajo o progresión en el mismo".

Aplicando esta doctrina al caso de autos, tampoco puede prosperar este motivo en primer lugar porque no concurre la circunstancia temporal, porque la duración del matrimonio fue corta ya que cesó la convivencia el día 17 de marzo de 2016 (duró 17 meses) por lo que tampoco puede notar tanto el cambio de nivel de vida la recurrente.

Respecto de la circunstancia personal a tener en cuenta para la concesión de la pensión, tampoco concurre: de lo actuado resulta que la Sra. Cecilia contrajo matrimonio con el demandado Sr. Hernan cuando ya contaba la recurrente con 37 años de edad y se observa con los documentos aportados en los autos que, antes y después de la celebración del matrimonio, ella trabajaba como traductora, tal como se desprende de su vida laboral, al menos hasta el día 31 de octubre de 2015. La Juez de instancia, además, indica que es más que probable que perciba ingresos cuya procedencia se ignora y así lo demuestra el hecho de que no asistiera al acto de la vista celebrada en el Juzgado por encontrarse ella en Londres desde el día 29 de septiembre de 2018, sin que conste la fecha de su regreso. Por todo ello, si resultase que, en la actualidad, la Sra. Cecilia se encontrase en situación de paro y sin encontrar trabajo, tal circunstancia no sería provocada como consecuencia de los efectos del divorcio dado que no le ha supuesto un empeoramiento en relación a su situación anterior.

Por lo expuesto, hemos de compartir, desde la perspectiva de esta alzada, que no se ha producido error por la Juzgadora de instancia al valorar la prueba practicada que ha sido del todo correcta, por lo que procede que desestimemos el recurso de apelación y confirmemos la sentencia de instancia en todos sus extremos.

La única fuente de ingresos de los dos era la pensión de jubilación del esposo

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2019

La cuantía de la pensión compensatoria debe ser, en este caso, la mitad de la pensión por jubilación que percibe el esposo.

Don Segundo, jubilado, percibe como únicos ingresos demostrados, una pensión de 1.642,00 euros netos al mes, descontadas las retenciones, en doce pagas, tal como se acredita con la documental obrante en las actuaciones (pág. 19). La recurrente alega error en la valoración de la prueba y solicita que se aumente la pensión compensatoria a 1.000,00 euros al mes o en cantidad superior a los 500,00 euros fijados en sentencia.

La resolución recurrida ha tenido en cuenta para fijar la pensión compensatoria, que la esposa ha estado casada con el demandante cuarenta y tres años, han tenido dos hijos, todos mayores de edad actualmente y con independencia familiar, y se ha dedicado siempre al cuidado de la familia y del esposo. También ha tenido en cuenta que ambos cónyuges van a seguir viviendo en el domicilio familiar, y que no se acreditan otros bienes en el patrimonio general.

La pensión compensatoria que establece el artículo 97 del Código Civil se caracteriza por constituir un derecho de crédito que ostenta el cónyuge al que el hecho de la separación o divorcio le supone un desequilibrio económico respecto del otro cónyuge, por sufrir un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio, respondiendo pues la pensión analizada a la finalidad de que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía durante el matrimonio. Es decir, el artículo 97 del Código Civil, aplicable tanto al caso de separación matrimonial como al de divorcio, exterioriza un derecho personal que corresponde al cónyuge o ex cónyuge al que, con motivo de la crisis matrimonial, se le haya producido un empeoramiento de su "status" económico en relación a la situación que tenía constante matrimonio y se encuentre en posición de desventaja o desequilibrio respecto de la que mantenga el otro.

En definitiva, la pensión compensatoria persigue colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidad a las que hubiera tenido de no haber mediado tal anterior vínculo matrimonial. Finalidad que constituye la razón de la naturaleza temporal de la pensión y fija el límite de su duración, impidiendo de esta manera que pueda considerarse como una renta vitalicia o un derecho de naturaleza indefinida, pudiendo solo establecerse una pensión indeterminada en su extensión temporal en aquellos casos extraordinarios en que, en atención a las circunstancias concurrentes, personales y sociales, la unión matrimonial imposibilite al cónyuge perjudicado la posibilidad de acceder a un "status" económico autónomo. Traída tal doctrina al supuesto enjuiciado, la esposa recurrente inmediatamente antes de la ruptura matrimonial tenía el estatus económico que otorga la pensión del marido, y producida la separación, carece de estatus económico propio, ni tiene posibilidad de obtenerlo.

La única fuente de ingresos de este matrimonio de jubilados, cuya duración ha sido de 45 años, es la pensión de jubilación que le queda a don Segundo, debiendo entenderse que esa pensión retribuye tanto al Sr. Segundo, de 77 años de edad, que trabajó fuera de casa, como a D.ª Fermina, de 73 años de edad, que se dedicó al cuidado de la familia (esposo y dos hijos) y a la vez posibilito que su marido, a través del desempeño de trabajo retribuido, se asegure una pensión contributiva a la hora de la jubilación.

La pensión de jubilación es el patrimonio ganancial cuando es única fuente de ingresos, y como tal, y esta Sala, dada las circunstancias concurrentes, tales como: duración del matrimonio, la edad de D.ª Fermina, dedicación pasada a la familia, imposibilidad de acceso al mercado laboral y la ausencia de requisitos para cobrar pensión alguna, debe partirse entre ambos cónyuges dicha pensión jubilación, porque solo así se posibilita el equilibrio de intereses entre ambos cónyuges que debe procurar la institución. Procede, pues, la estimación del motivo de recurso, debiendo fijarse la cuantía de dicha pensión compensatoria en 650,00 euros mensuales.

Obtener liquidez por la venta del patrimonio es motivo para extinguir la pensión compensatoria

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2019

La situación económica de la demandada ha experimentado una importante mejora a partir de la venta de los inmuebles de su propiedad por 478.000 euros, encontrándose a partir de dichas ventas en una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que hace desaconsejable la prolongación de la pensión compensatoria.

En la demanda se solicita, en primer lugar, la extinción de la pensión compensatoria que la demandada percibe del actor por cuantía de 300 euros actualizados, al entender que han cesado las causas que motivaron su adopción o bien, subsidiariamente, la modificación a la baja de la misma, entendiendo igualmente que se ha producido una alteración en la fortuna de la parte demandada, al haber incrementado sus ingresos económicos tras la capitalización de su patrimonio inmobiliario, que aconsejaba, de no proceder su extinción, cuanto menos la reducción de la misma con su modificación, al incidir favorablemente en su situación económica y por tanto, tener cabida en el concepto de "alteración sustancial".

En cuanto a la cesación de la causa que motivó la imposición de la pensión compensatoria o bien la alteración sustancial, se producen en el momento en el que la demandada, según documental aportada a la demanda, ha transmitido por compraventa las fincas registrales nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares nº 3 por un importe de 398.000 euros y la finca registral nº NUM001 del Registro de la Propiedad nº 4 de Alcalá de Henares por valor de ochenta mil euros 80.000 euros, según indica la demandada en el interrogatorio, sumando un montante de 478.000 euros, de los cuales efectivamente ha recibido 80.000 euros y 32.000 en la actualidad quedando por satisfacer cantidades referidas en la demanda y la documentación aportada de 266.000 euros y 100.000 euros, demostrando estos hechos que la demandada cuenta y contará con medios económicos suficientes para atender a sus necesidades, no siendo necesaria la pensión o al menos la aplicación de la cuantía actual y procediéndose a estimar la extinción por haber cesado la causa que lo motivó en su día o bien proceder a su modificación, reduciendo la cuantía de la misma.

Que el precio se está pagando de manera diferida, es más, el día 21 de noviembre de 2019 recibirá la cantidad de doscientos sesenta mil euros (266.000 euros) y el 21 de mayo de 2020 percibirá la cantidad de cien mil euros (100.000 euros). Por tanto, no es cierto que todo el dinero lo haya destinado a ayudar a sus hijos y a pagar deudas, pues ni tan siquiera ha percibido la totalidad del precio.

Respecto a la titularidad de las fincas, constan en el documento público aportado por ésta parte con respecto a la titularidad real de la misma y en ningún momento del procedimiento se aporta documento de transferencia bancaria o algún otro instrumento o documento que acredite o confiera certeza o credibilidad a su testimonio en cuanto a las mencionadas ayudas a su hijo.

De otra parte, queda acreditado que el apelante no ha enajenado la finca de su propiedad por un importe de 100.000 o 120.000 euros sino por la cantidad de 20.000 euros.

En cuanto a los ingresos del demandante, consta acreditado, que el importe aproximado que percibe el actor por jubilación, que tiene una invalidez absoluta desde hace más de cuarenta años, lo cual es un hecho que no ha variado desde la disolución del matrimonio y liquidación del régimen del económico matrimonial.

En el documento nº11 se indica en un informe clínico suscrito por un facultativo, que al demandante le fue diagnosticado tumor vesical por proceso neoformativo (cáncer) del que fue intervenido a mediados del mes de Julio de 2018. Tras la intervención, el actor está siendo sometido a tratamiento de quimioterapia, a través de instilaciones en vejiga. Los gastos del tratamiento son cubiertos en su mayoría por el sistema público, si bien los gastos en farmacia, transporte y otros son sufragados por el actor y es otra de las cuestiones que deben de valorarse.

En conclusión, habiendo cesado la causa que motivó la adopción de la pensión compensatoria o

bien, acreditada una alteración más que sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de su adopción, tras las pruebas practicadas, queda acreditado que la demandada, al haber vendido sendas fincas en Alcalá de Henares por un importe total de cuatrocientos setenta y ocho mil euros (478.000 euros) cantidades que ha percibido en parte, y otros en pagos aplazados a través de pagarés en los meses venideros, está capitalizando su patrimonio inmobiliario, en efectivo, teniendo recursos suficientes para atender a sus necesidades.

… Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo es necesario, antes de examinar los concretos motivos, partir de los siguientes antecedentes fácticos que resultan de las pruebas practicadas.

En fecha de 9 de octubre de 2014, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 4 de Plasencia, en los autos de divorcio contencioso 23/2014, dictó Sentencia 98/2014 por la que aprobó el acuerdo alcanzado por los cónyuges y declaró que Don Ezequiel debía abonar a Doña Montserrat, en concepto de pensión compensatoria, la cantidad mensual de trescientos euros (300 euros) actualizable conforme al IPC.

La Juzgadora de instancia considera probado que la demandada ha vendido el inmueble sito en la URBANIZACION000 del municipio de Alcalá de Henares por importe de 398.000 euros.

Así mismo, estima probada que la demandada ha vendido el inmueble sito en la AVENIDA000 del municipio de Alcalá de Henares por importe de ochenta mil euros (80.000 euros) y también ha vendido la FINCA000 " sita en el término municipal de Ahigal por importe aproximado entre cien mil euros (100.000 euros) y ciento veinte mil euros (120.000 euros).

En fecha de 4 de diciembre de 2017, la administración pública competente extinguió su derecho a la percepción de la pensión no contributiva que venía disfrutando por superación de ingresos debido a la venta de un inmueble y, con fecha de 15 de febrero de 2018, le fue reconocido un grado de discapacidad del cincuenta y seis por ciento (56%).

Según la averiguación patrimonial practicada, la demandada percibió en el ejercicio de 2018 unos rendimientos de, aproximadamente, dos mil euros (2.000 euros); posee un capital mobiliario de, aproximadamente, veintinueve mil euros (29.000 euros) y tiene en titularidad dos inmuebles urbanos y ocho inmuebles rústicos.

Finalmente, el actor percibió en el ejercicio 2018 unos rendimientos de, aproximadamente, diecisiete mil euros (17.000 euros), posee un capital mobiliario de, aproximadamente (24.000 euros) y tiene en titularidad dos inmuebles urbanos y cinco inmuebles rústicos.

… Los factores a tomar en cuenta en orden a la posibilidad de establecer, y en este caso, para que persista o se fije un tiempo concreto y determinado, son numerosos, y de imposible enumeración. Entre los más destacados, y, sin ánimo exhaustivo, cabe citar: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuántos de estos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado -perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral-; posibilidades de reciclaje o volver -reinserción- al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc. Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión «ex ante» de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado «futurismo o adivinación».

En el supuesto examinado, se interesa la extinción de la pensión compensatoria que el actor viene abonando desde el año 2014, al entender que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias consistente en la importante cantidad de dinero que ha recibido la demandada por la venta de inmuebles de su propiedad.

Aplicando la anterior doctrina al caso concreto, es obvio que la situación económica de la demandad ha experimentado una importante mejora a partir de la venta de los inmuebles de su propiedad, encontrándose a partir de dichas ventas en una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que hace desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente, y ciertamente, las importantes cantidades de dinero percibidas por la demandada a consecuencia de las ventas de parte de sus propiedades, conlleva la extinción de la obligación del apelante de abonar

la pensión compensatoria al haber desaparecido el desequilibrio económico que produjo la ruptura matrimonial hace cinco años.

Ciertamente, la circunstancia de que la demandada haya donado todo o parte del dinero obtenido por la venta a sus hijos, en modo alguno es óbice para la extinción de la pensión compensatoria, porque siendo propietaria del dinero puede hacer con el mismo lo que tenga por conveniente, más ello solo significa que tiene suficiente capacidad económica que le permite hacer donaciones del dinero.

En definitiva, procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia, y en su lugar, se estima la demanda declarando la extinción de la pensión compensatoria establecida en sentencia de 9 de octubre de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 4 de Plasencia, en los autos de divorcio contencioso 23/2014.

Cuestiones procesales

El efecto retroactivo de la pensión alimenticia está en función de que se solicite

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2019

Pueden solicitarse alimentos desde la fecha de la reclamación judicial, pero debe hacerse expresamente la petición. La parte ejecutante debió solicitar que la pensión alimenticia fuera abonada desde la fecha de la reclamación judicial, y si no lo hizo se entiende que renunció a esas pensiones.

Solicitaba la parte ahora apelante en su demanda de ejecución la cantidad de 4.387,50 euros correspondientes a la pensión alimenticia de los meses de marzo de 2017 a abril de 2018 más los intereses devengados, pretensión que sólo fue estimada respecto a la mensualidad de abril de 2018 puesto que el auto que se ejecuta no condenó de forma retroactiva al abono de la pensión alimenticia desde la fecha de la presentación de la demanda.

Manifiesta la parte recurrente su disconformidad respecto al fallo de la resolución, entendiendo infringido el artículo 237-5 del CCCat, análogo al artículo 148 del CC. Señala que la demanda de medidas previas se presentó en el mes de marzo de 2017 debiendo por tanto abonarse la pensión desde esta fecha y no desde la fecha del auto de medidas como entiende la resolución recurrida.

...El auto de medidas provisionales impuso al ahora ejecutado el abono de una pensión alimenticia de 250 euros mensuales, sin embargo no estableció que el abono de la pensión se hiciera desde la fecha de la demanda. El artículo 237-5 del CCCat establece en su apartado primero que “Se tiene derecho a los alimentos desde que se necesitan, pero no pueden solicitarse los anteriores a la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial”. Esto es, pueden solicitarse alimentos desde la fecha de la reclamación judicial, pero debe hacerse expresamente la petición. La parte ejecutante debió solicitar que la pensión alimenticia fuera abonada desde la fecha de la reclamación judicial, y si no lo hizo se entiende que renunció a esas pensiones. Tampoco el auto que se pretende ejecutar contiene pronunciamiento alguno al respecto. Si fue solicitada la pensión alimenticia desde la fecha de la demanda debió acogerse esta petición en el auto de medidas, y si no se hizo pronunciamiento alguno al respecto debió solicitarse el complemento de la resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 de la LEC.

No constando en el auto que ahora se ejecuta que la pensión alimenticia deba abonarse de forma retroactiva desde la fecha de la demanda de me-

didas previas debemos estar a lo dispuesto en el mismo, por aplicación del art. 18 de la LOPJ, procediendo por ello confirmar el pronunciamiento de la resolución recurrida conforme al cual sólo procede despachar ejecución desde la fecha del auto de medidas, esto es, por el impago de la pensión alimenticia del mes de abril de 2.018.

La autorización de cambio de residencia debe resolverse en un procedimiento de modificación de medidas

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2019

La petición de cambio de lugar de residencia no es una mera discrepancia en el ejercicio de la patria potestad, y por tanto debe tramitarse por medio de un proceso de modificación de medidas. No obstante, y con carácter excepcional, se ha de atender que las dos partes intervinieron en este proceso con abogado y procurador, que ambas dispusieron de la posibilidad de formular alegaciones, proponer pruebas y proceder a la práctica de las mismas, sin que se haya producido indefensión, hasta el punto de que ninguna de las partes ni tampoco el Ministerio Fiscal advirtieron de la referida vulneración de las normas procesales. En consecuencia, en virtud del principio general de conservación de actos procesales del artículo 230 de la LEC, y atendiendo a los perjuicios que se derivarían para los hijos menores la demora de la cuestión de fondo, procede salvar las deficiencias de procedimiento advertidas y entrar a conocer del fondo del litigio.

En primer lugar, se debe considerar que lo que constituye el objeto de la demanda no es propiamente una mera discrepancia en el ejercicio de la responsabilidad parental compartida, sino que con la demanda se solicita la modificación de las medidas reguladoras de la responsabilidad parental que vienen establecidas por la sentencia firme de 31.3.2016 del mismo juzgado (confirmadas por este tribunal en grado de apelación).

El artículo 18.1 de la LOPJ establece que las sentencias solo podrán dejarse sin efecto en virtud de los recursos previstos en las leyes y, en relación con este precepto, el artículo 775.2 de la LEC prevé que las modificaciones de las medidas convenidas por los progenitores o de las adoptadas por un tribunal se tramitarán por lo dispuesto en el artículo 770 del referido texto legal. Tales previsiones son la plasmación del principio de seguridad jurídica definido en el artículo 9.3 de la Constitución. En el mismo sentido trata esta materia el artículo 233-7 del CCCat y los artículos 90 y 91, in fine, del Código Civil español en los supuestos en los que hubieran cambiado sustancialmente las circunstancias.

El cauce procesal adecuado de carácter ordinario es el que prevé el artículo 775 de la LEC por cuanto se trata de dejar sin efecto lo que ha sido establecido por sentencia firme y que, por lo tanto, goza del carácter de cosa juzgada. Aun cuando en materia de medidas de orden público relativas a los hijos menores el principio de cosa juzgada queda debilitado por la prevalencia, en todo caso, del principio de interés superior del menor, no es procedente la vía de un proceso autónomo de jurisdicción voluntaria para tal fin salvo cuando concurra, prima facie, un elemento de urgencia que justifique una intervención judicial dirimente respecto a algún extremo concreto para el que se precise dar protección inmediata a un menor o apartarlo de un peligro grave. De no ser así, el artículo 775.3 prevé la adopción de medidas provisionales en procesos de modificación de medidas, por lo que éste debe ser el cauce apropiado con carácter general.

La Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria establece en su preámbulo que “respecto a las medidas que los Jueces pueden adoptar para evitar situaciones perjudiciales para los hijos, que contempla actualmente el Código Civil en el artículo 158 (y su trasunto, el artículo 236.3 CCCat) se amplían a todos los menores, y a situaciones que exceden del ámbito de las relaciones paterno-filiales, haciéndose extensivas a las derivadas de la tutela y de la guarda; y se establece la posibilidad de que el Juez las adopte con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal”.

El legislador no ha introducido un nuevo procedimiento para el establecimiento de las medidas re-

guladoras ni para la modificación de medidas por la vía de la jurisdicción voluntaria sino que, dando cobertura a la laguna procesal existente derivada de una aplicación rigurosa del párrafo 3º del artículo 775.3 de la LEC, abre la posibilidad del expediente de jurisdicción voluntaria para la adopción de medidas previas a la interposición de la demanda, incluso en casos de modificación o en cualquier otra causa civil o penal. Así lo ha interpretado la APB en reiterados pronunciamientos, AAAPB de 31.5.2017 (sección 12) y 1.2.2018 (sección 18), entre otros.

En tales resoluciones se ha especificado que la Disposición Adicional Primera de la LO 1/1996, en la redacción dada a la misma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, establece que "se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil quedando siempre a salvo el ejercicio de las acciones en la vía judicial ordinaria". No se ha de perder de vista que el principio de especialidad procedimental para las modificaciones de medidas ha de mantenerse, dando prevalencia a lo determinado en la LEC, con la previsión, en interés del menor, de la utilización de un proceso más ágil por la flexibilidad de las normas que lo regulan, y menos garantista por la previsión de que no es necesaria la dirección letrada, para la adopción de las medidas necesarias y urgentes para dar protección provisoria a los intereses del menor en situación de riesgo. La consecuencia de lo anterior es que se ha seguido un procedimiento inadecuado para la modificación de medidas, por lo que la sala se plantea la eventual declaración de nulidad de lo actuado. El Juzgado " a quo " debió inadmitir la demanda y remitir a las partes al procedimiento especial de familia que la LEC prevé.

No obstante, y con carácter excepcional, se ha de atender que las dos partes intervinieron en este proceso con abogado y procurador, que ambas dispusieron de la posibilidad de formular alegaciones, proponer pruebas y proceder a la práctica de las mismas, sin que se haya producido indefensión, hasta el punto de que ninguna de las partes ni tampoco el Ministerio Fiscal advirtieron de la referida vulneración de las normas procesales. En consecuencia, en virtud del principio general de conservación de actos procesales del artículo 230 de la LEC, y atendiendo a los perjuicios que se derivarían para los hijos menores la demora de la cuestión de fondo, procede salvar las deficiencias de procedimiento advertidas y entrar a conocer del fondo del litigio.

El demandado en un mutuo acuerdo no tiene que personarse con procurador

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 24 DE OCTUBRE DE 2019

No puede exigirse al cónyuge que no presenta la demanda de mutuo acuerdo que se persone en autos por medio de procurador.

No puede esta Sala compartir el criterio de la Juzgadora de instancia acordando el archivo de las presentes actuaciones ante la falta de representación procesal de D. Martin. En este sentido, conviene precisar, no solo que el art. 777 de la Lec dispone expresamente, que "las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitaran por el procedimiento establecido en el presente artículo", sino que en el caso de autos nos encontramos ante este segundo supuesto que autoriza específicamente a que una sola de las partes presente la demanda y documentos que deban acompañarla (debiendo valerse obligatoriamente de procurador que le represente y letrado que le asista), limitándose la otra parte única y exclusivamente a consentir la petición y ratificar el convenio, sin que resulte exigible un apoderamiento a favor de procurador. Es decir, conforme a la especialidad procedimental del art. 777 de la Lec, uno solo de los cónyuges podrá realizar la petición o presentar la demanda con la debida representación por procurador y asistencia de letrado, debiendo comparecer el otro a prestar su consentimiento y ratificar el convenio regulador pero sin que este obligado a designar procurador que le represente. De ahí que sea procedente la estimación de la pretensión articulada a través del recurso interpuesto y la revocación en tal sentido de la resolución recurrida.

Estimación de la excepción de prescripción en la reclamación de pensiones alimenticias anteriores a tres años

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2019

En el presente proceso de ejecución no se solicita, y consiguientemente tampoco se acuerda, la ampliación automática de la ejecución a nuevos vencimientos de la misma obligación hasta que se presenta la ampliación en marzo de 2.018 y se acuerda por Auto de abril de 2.018, por lo que las cantidades vencidas entre el mes de enero de 2.012 hasta marzo de 2.015 se encuentran prescritas por el transcurso de los tres años, por lo que debemos apreciar la excepción alegada de pluspetición.

Como se pone de manifiesto en la resolución recurrida, la parte ejecutada en la primera instancia esgrime como motivo de oposición la prescripción de la acción de reclamación de las cantidades reclamadas que van desde enero de 2.012 hasta marzo de 2.015 por un importe total de 21.856,84 Euros, y ello en base a lo que dispone el artículo 121-21 del C.C.Cat. por el transcurso de más de tres años a la fecha de interposición de la demanda (solicitud de ampliación de la ejecución).

Por su parte la resolución recaída en la primera instancia y objeto del recurso de apelación que ahora se resuelve, entiende que dicho motivo no puede prosperar " ya que no se aplica el instituto de la prescripción a aquellas pretensiones cuya reclamación se hubiese realizado judicialmente como es el presente mediante la presentación de la demanda judicial (art. 121-11 del C.C.Cat.), que en el presente lo fue el 15 de diciembre de 2.012, ejecutándose desde dicho momento y procediéndose a la ampliación de la ejecución el 20 de marzo de 2.018. Ya que contra los derechos reconocidos en Sentencia, se hayan devengado o no a la fecha del dictado de la misma (pensión de alimentos), únicamente puede concurrir caducidad, por lo que dicho motivo debe decaer, procediendo el abono de la totalidad de las cantidades reclamadas a las que por resolución judicial está obligado el ejecutado, quedando acreditados los impagos por su parte, máxime si se tiene en cuenta que en momento alguno ha negado no haber satisfecho las cantidades reclamadas ni ha acreditado en documento alguno su abono".

La prescripción opera como causa que incide en la propia existencia de la deuda, con el único requisito de que sea oportunamente alegada por la parte que la pretende hacer valer, de tal manera que no es asimilable al pago ni a la novación en pacto válido (que presupone la vigencia de la obligación, pero su extinción o transformación), sino que la obligación dejó de existir "ope legis", en virtud del principio de seguridad jurídica que subyace en la institución y que tiene su fundamento en que la dejación del derecho por quien pudo ejercitarlo dentro del plazo previsto por el legislador, produce el efecto fatal de su desaparición efectiva.

En el presente supuesto procede determinar si la inactividad de la parte ejecutante se ha producido, y al respecto nos hemos pronunciado de forma reiterada en el sentido de que una vez que el proceso ejecutivo se pone en marcha y la parte ejecutante solicita el mecanismo de la ampliación automática de la deuda a los sucesivos devengos mensuales, ya no puede incidir la prescripción ordinaria a la que se refiere el artículo 121-21 del CCCat, pues los sucesivos vencimientos ya estaban reclamados desde antes y no han transcurrido puesto que ha sido diligente en reiterar la solicitud de ejecución, aun cuando ya resultaba innecesaria después de haber sido acordada la ampliación automática a las mensualidades sucesivas, tal como prevé el artículo 578.2 de la LEC. El efecto del automatismo de la ampliación implica que es innecesa-

rio que para cada mensualidad se tenga que volver a reclamar “ex novo”, pues quedan invertidas las posiciones de las partes en el proceso ejecutorio derivadas del principio de rogación a instancia de parte, en el sentido de que es el deudor el que tiene que justificar que viene pagando las mensualidades sucesivas. En tales casos y, como bien ha explicado la resolución de primera instancia, la actividad de la ejecutante no es la de instar una nueva ejecución sino, en todo caso, la de actualizar las cuantías para que los embargos y garantías también se incrementen.

En el presente caso, mediante escrito de fecha 15 de diciembre de 2.011 se solicita la ejecución de la sentencia de 30 de julio de 2.010 (recaída en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo), mediante la que se interesa el despacho de ejecución por la cantidad de 15.348,38 Euros de principal más la cantidad de 4.604,51 Euros presupuestados para intereses y costas de ejecución, sin que la demanda de ejecución formulada contenga solicitud alguna respecto a futuros vencimientos de la misma obligación, dando lugar al dictado del Auto de 15 de febrero de 2.012, mediante el que se despacha ejecución por la cantidad interesada de 15.348,38 Euros de principal más la de 4.604,51 Euros presupuestada para intereses y costas de ejecución de acuerdo con lo interesado por la parte ejecutante y sin contener la referida resolución pronunciamiento alguno sobre futuros vencimientos.

Posteriormente, en fecha 20 de marzo de 2.018 se presenta escrito por la parte ejecutante interesando la ampliación de la demanda ejecutiva en base a los hechos y fundamentos de derecho que citaba en su escrito, suplicando la ampliación de la ejecución despachada por los nuevos devengos de la pensión de alimentos reclamada en la cuantía total de 54.748,90 Euros de principal incrementada en 16.424,67 Euros prudencialmente presupuestados para intereses y costas de ejecución, conteniendo el referido escrito la solicitud de que a los efectos del artículo 578 de la LEC, se amplíe la demanda ejecutiva en la cantidad de 454,00 Euros mensuales por cada vencimiento de pensión no consignado por el ejecutado, dando lugar al dictado del Auto de 11 de abril de 2.018, que tiene por ampliada la ejecución solicitada por importe de 39.426,52 Euros correspondientes a los nuevos vencimientos de principal en reclamación de las pensiones de alimentos impagadas desde enero de 2.012 a marzo de 2.018, más 11.827,96 Euros calculados para intereses y costas de ejecución de la ampliación solicitada sin necesidad de retrotraer el procedimiento, y se hace la precisión siguiente: “ Se ampliará automáticamente la presente ejecución por las pensiones de alimentos que resulten impagadas por el ejecutado si, en las fechas de vencimiento no se hubieren consignado a disposición del juzgado las cantidades correspondientes”.

Consiguientemente, de cuanto ha quedado expuesto se desprende con meridiana nitidez que en el presente proceso de ejecución no se solicita, y consiguientemente tampoco se acuerda, la ampliación automática de la ejecución a nuevos vencimientos de la misma obligación hasta que se presenta la ampliación en marzo de 2.018 y se acuerda por Auto de abril de 2.018, por lo que las cantidades vencidas entre el mes de enero de 2.012 hasta marzo de 2.015 se encuentran prescritas, por lo que debemos apreciar la excepción alegada de pluspetición por la cantidad de 21.856,84 Euros de principal.

Preclusión para aportación de pruebas en el proceso de ejecución

AP JAÉN, SEC. 1.ª, AUTO DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2019

En la oposición a la ampliación de la ejecución no puede el ejecutado presentar justificantes de pago de la deuda reclamada en la inicial ejecución a la que no formuló oposición.

Contra el Auto dictado en fecha 6 de febrero de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Linares en los autos registrados con el nº 267/2017 sobre ejecución de título judicial seguidos a instancia de D.ª Genoveva contra D. Justino, que estima la oposición a la ampliación de la ejecución y acuerda “despachar ejecución por la cantidad de novecientos setenta y cinco euros [...] más intereses, gastos y costas””, interpone recurso de apelación el Sr. Justino en solicitud de que se compute los pagos que efectuó en fecha anterior a la ampliación de la ejecución y que no pudo oponer porque no se opuso a la ejecución inicialmente despachada, a cuyo recurso de apelación no se opone D.ª Genoveva.

En la demanda rectora del procedimiento ejecutivo del que este rollo trae causa, la parte actora interesó la ejecución por impago por el demandado de la cantidad de 312,88 euros correspondiente a las pensiones a cuyo pago se le obligó por Sentencia de divorcio de 31 de marzo de 2016, y habiéndose despachado ejecución por auto de fecha 12 de mayo de 2017, no habiendo comparecido el ejecutado, se solicitó ampliación de la ejecución, acordada la misma por Auto de fecha 23 de mayo de 2018 que señala como "el total principal por 975 euros", y opuesto la parte ejecutada que solicita tenga por opuesto los pagos que efectuó en los meses de abril, mayo, junio, julio y agosto de 2016, concluye el procedimiento en la instancia con el referenciado auto resolutorio cuya parte dispositiva dice: "Desestimar íntegramente la oposición formulada por la representación de [...]", acordando continuar la ejecución, y contra el mismo se alza D. Justino en solicitud de que se descuenten cantidades que abonó en el año 2016.

Planteado el recurso en los indicados términos, es de indicar que, pese a la comprensible protesta del recurrente, el recurso no puede ser estimado en cuanto que la documentación que aportó con el escrito de oposición a la ampliación fue extemporánea, ello al referirse los documentos al pago de parte de la deuda que fue reclamada en la inicial demanda de ejecución y a la que no se opuso D. Justino con lo que no concurrían los requisitos establecidos en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para ser admitidos por este Tribunal, tal como se consignó en la resolución objeto de impugnación. La preclusión de los actos procesales, y la consiguiente aportación de los documentos y demás pruebas que interesan a las partes, salvo los supuestos excepcionales que están previstos en la Ley Procesal, lo es en garantía de las mismas contendientes, no pudiéndose dejar a su libre arbitrio el momento de aportación de las pruebas, pues, amén de la posible indefensión de la adversa, de accederse a ello sería tanto como dejar a la libre disposición de los contendientes el proceso, es decir, las reglas de juego, que tienen carácter de orden público. Por tanto, el recurso ha de ser desestimado, confirmándose la resolución combatida.

No hay incumplimiento, los menores no quieren estar con el padre

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2019

No puede estimarse la existencia de incumplimiento imputable a la demandada sino por el contrario son los menores, que contaban en el momento de la exploración 15 y 13 años de edad respectivamente, quienes manifestaron que su madre les dice que vayan con su padre pero no lo hacen porque no están a gusto o no les deja ir con sus amigos o tienen actividades de ocio que les impiden el cumplimiento del régimen de visitas por lo que no puede estimarse acreditada la existencia de un incumplimiento rebelde y reiterado del Auto que estableció el régimen de visitas.

No puede esta Sala sino compartir el criterio de la Juzgadora "a quo" que considera que, aún cuando, como hemos declarado en otras ocasiones, el ejercicio de la guarda y custodia conlleva un serie de obligaciones y entre ellas la de fomentar y facilitar la relación de los hijos con el progenitor no custodio, con una actitud diligente para que se cumpla de forma efectiva el régimen de visitas establecido, intentando superar los obstáculos que impidan un cumplimiento adecuado del régimen de relación de los hijos con su padre, y en el presente caso se han acreditado con la documental aportada diversos incumplimientos por ambos progenitores del régimen de vistas, sin embargo del examen de esta documental y fundamentalmente de la exploración de los menores practicada en la primera instancia no puede estimarse la existencia de incumplimiento imputable a la demandada sino por el contrario son los menores, que contaban en el momento de la exploración 15 y 13 años de edad, respectivamente quienes manifestaron que su madre les dice que vayan con su padre pero no lo hacen porque no están a gusto o no les deja ir con sus amigos o tienen actividades de ocio que les impiden el cumplimiento del régimen de visitas por lo que no puede estimarse acreditada la existencia de un incumplimiento rebelde y reiterado del Auto que estableció el régimen de visitas y en consecuencia procede la desestimación de del recurso interpuesto confirmando íntegramente el auto apelado.

El incumplimiento del pago de la pensión compensatoria no es motivo para oponerse al desalojo de la vivienda familiar una vez concluido el plazo de uso

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2019

La sentencia que se pretende ejecutar atribuyó a la recurrente el uso de la vivienda familiar por un periodo de un año. Esta sentencia debe cumplirse en sus estrictos términos, sin que pueda oponerse el impago por la parte ejecutante de la prestación compensatoria que le fue impuesta al no estar contemplado este incumplimiento entre los motivos de oposición a la ejecución recogidos en los arts. 556 y ss. de la Lec. Si la prestación no se abona podrá instar la parte ejecutada el correspondiente procedimiento de ejecución, pero no puede oponerse al cumplimiento de la obligación que a ella le incumbe.

Por la representación procesal de D.ª Encarnación se formula recurso de apelación frente al auto de fecha 3 de septiembre de 2.018 dictado en el incidente de oposición a la ejecución seguido con el número 81/2018 ante el Servicio Común Procesal de Ejecución de Sant Boi de Llobregat recurso al que se opuso la parte ejecutante.

Manifiesta la parte recurrente su disconformidad respecto al fallo de desalojo inmediato de la vivienda familiar propiedad del ejecutante al no disponer de una vivienda en la que residir y puesto que el ejecutante no le abona la prestación compensatoria que se le impuso. Frente a dicho recurso se opuso la parte ejecutante.

Para abordar esta cuestión debemos señalar que tal y como dispone el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial las sentencias deben ejecutarse en sus propios términos. Consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, a partir de la Sentencia 32/1982, de 7 de junio, en aplicación del artículo 24 de la CE remarca que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la potestad de que las resoluciones judiciales firmas sean cumplidas en sus propios términos y ello en favor de todas las partes del proceso, de tal forma que desde la perspectiva del ejecutante no se conviertan las sentencias en meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna, y desde la perspectiva del ejecutado que no se consideren impuestas prestaciones no comprendidas en ellas so pena de incluir en el vicio de nulidad en el despacho de ejecución tipificado en el artículo 559.1.3º de la LEC.

Entiende la recurrente que la resolución recurrida constituye una infracción de las normas sustantivas y procesales. Alega que la sentencia que ahora se ejecuta impuso al Sr. Herminio el abono de una prestación compensatoria y este no ingresa el dinero establecido, lo que refuerza su imperiosa necesidad de permanecer en la vivienda.

La sentencia que se pretende ejecutar atribuyó a la recurrente el uso de la vivienda familiar por un periodo de un año. Esta sentencia debe cumplirse en sus estrictos términos, tal y como se ha expuesto anteriormente, sin que pueda oponerse el impago por la parte ejecutante de la prestación compensatoria que le fue impuesta al no estar contemplado este incumplimiento del ahora ejecutante entre los motivos de oposición a la ejecución recogidos en los artículos 556 y ss. de la ley procesal. Si la prestación no se abona podrá instar la parte ejecuada el correspondiente procedimiento de ejecución, pero no puede oponerse al cumplimiento de la obligación que a ella le incumbe. Por todo ello, transcurrido el periodo por el que le fue atribuido el uso del domicilio familiar, y no habiendo solicitado la prórroga de dicho uso en la forma dispuesta en el artículo 233-20 apartado quinto del CCCat, la parte recurrente deberá proceder al desalojo inmediato de la vivienda, tal y como se dispuso en el auto recurrido.

Alega también la recurrente que goza del beneficio de justicia gratuita y que por ello no puede materializarse la eventual condena en costas que sobre ella pudiera recaer. Esta imposibilidad de materializarse la condena en costas no puede sustentar la impugnación del pronunciamiento de la condena que realiza la resolución de primera instancia, siendo procedente la condena en costas por aplicación de los arts. 561-1 ª y 394 de la Lec.

Descuento de la deuda por impago de pensiones de lo que el padre abonó por el seguro médico del hijo

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2019

Al tratarse ser de un seguro privado de salud que ya existía con anterioridad al divorcio, y siendo un gasto previsible y periódico, su coste se debió tener en cuenta a la hora de fijar la pensión alimenticia. En consecuencia, habiéndolo pagado en exclusiva el padre debe ser descontarse de la deuda que reclama la madre por impago de pensiones alimenticias.

El Sr. Jesús se opuso alegando que sólo debía 1377,85 euros pues durante ese periodo asumió en exclusiva una serie de gastos ordinarios y extraordinarios.

Tras impugnar la oposición la ejecutante se resolvió por auto de 19 de junio de 2018 estimar sustancialmente la oposición, declarar que la misma debe seguir adelante por 1477,85 euros e imponer las costas del incidente a la ejecutante.

Esta resolución se ha recurrido por la Sra. Natalia porque no procedía descontar el gasto por mutua médica al considerarlo un gasto voluntario asumido por el padre, y porque no procedía la imposición de costas al no haberse estimado íntegramente la oposición.

Habiéndose alegado por la parte deudora pluspetición (art. 558 LEC) se discute por la ejecutante el descuento de cantidades que se efectuó en la instancia computando el gasto de mutua médica de la hija común. Lo considera un gasto unilateralmente convenido por el padre que no debe repercutirse en la pensión alimenticia, y que además ha sido considerado por el Juez de Instancia como gasto extraordinario.

Lo que ha quedado probado documentalmente es que la hija común ya tenía seguro de salud privado antes de febrero de 2016, es decir, antes de que sus progenitores cesaran en la convivencia. El gasto que devenga dicho seguro, corresponde al capítulo de salud de la hija cuya cobertura es exigible a los progenitores, debe considerarse necesario, porque así lo han convenido los propios progenitores, al ser de un seguro privado de salud que ya existía con anterioridad, es además un gasto previsible y periódico y por lo tanto, contrariamente a lo que se expone en la resolución recurrida, es un gasto ordinario, cuyo coste se debe haber tenido en cuenta a la hora de fijar la pensión alimenticia. En consecuencia, habiéndolo pagado en exclusiva el padre debe ser objeto de descuento y por lo tanto la resolución recurrida, no obstante la errónea calificación como gasto extraordinario, en este punto es correcta.

El padre vive en Chile, por lo que la madre debe favorecer la comunicación telefónica del hijo con el padre

AP JAÉN, SEC. 1.ª, AUTO DE 17 DE JULIO DE 2019

Es procedente el despacho de la ejecución requiriendo a la madre para que cumpla el régimen de comunicación que adquiere mucha importancia habida cuenta de que el padre ha trasladado su domicilio a Chile. Ha quedado patente que la madre no favorece la relación, como también lo acredita su dejación al contestar los correos electrónicos, dificultando la organización y desarrollo de las vacaciones.

La parte ejecutante alega en su demanda que se han producidos constantes incumplimientos en régimen de comunicación por parte de la progenitora custodia de las obligaciones derivadas del régimen de comunicación y visitas. La parte ejecutada formula oposición al auto de ejecución, en virtud del cual se la requiere de cumplimiento, alegando que no se ha producido ningún incumplimiento por

su parte.

La cuestión suscitada en el presente proceso de ejecución se ciñe al cumplimiento del régimen de comunicación entre padre e hijo. Denuncia D. Carlos Manuel que la progenitora ha incumplido reiterada y voluntariamente las comunicaciones fijadas en al sentencia de divorcio. Discrepa de la valoración y argumentación contenida en la resolución recurrida.

El auto recurrido estima la demanda de ejecución e impone a la Sra. María Consuelo el fiel cumplimiento del régimen de visitas y comunicación estipulado en sentencia de fecha 27 de enero de 2017.

Los razonamientos expuestos en el Auto apelado se ajustan a la legalidad vigente, y deben ser atendidos. Y ello en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 18 de la L.O.P.J., de carácter imperativo y de estricta aplicación al caso que nos ocupa, debe tenerse presente que la sentencia que se ejecuta ha de serlo en sus propios términos. Si existiese buen entendimiento entre los progenitores (que siempre es lo deseable) deberían flexibilizarse las llamadas, horarios de las mismas siempre con respeto al descanso del menor, pues no puede ser obviada la diferencia horaria existente entre España y Chile, el horario laboral del padre y horario escolar del menor.

...En el caso sometido a la consideración de este Tribunal es de observar, en sede de lo actuado en el proceso de ejecución de la sentencia de divorcio, el incumplimiento por la progenitora custodia del régimen de visitas y comunicación establecido para regular la relación del hijo común con el padre, tal como se denunció en la demanda de ejecución.

...Es cierto, como apunta la parte recurrida que las circunstancias han cambiado respecto a las que se contemplaron en el momento de la firma del convenio regulador de fecha 20 de julio de 2016, motivo por el que D.ª María Consuelo ha instado la modificación de las medidas adoptadas para ajustarlas a la realidad vigente. Con posterioridad al dictado a la sentencia de divorcio D. Carlos Manuel se ha trasladado a residir a Chile por motivos laborales, donde ejerce su profesión como ingeniero de minas. Por este motivo los contactos padre e hijo se han espaciado, y son esenciales las comunicaciones como medio para mantener y fomentar la relación paterno filial.

La obligación de facilitar el progenitor que esté compañía del hijo las comunicaciones y contacto con el otro, es un mandato genérico contenido en la sentencia que se ejecuta, que no está sometido a unos días ni posee un horario fijo, pero que requiere en cualquier escenario la colaboración del progenitor que está con el niño, más si cabe si contemplamos el supuesto examinado en autos. D. Doroteo se halla en Chile, por lo que se encuentra privado de ver a su hijo los periodos que le corresponde, y es esencial el contacto telefónico o por otro medio audiovisual. Ha resultado acreditado que D. Carlos Manuel realiza múltiples llamadas sin obtener respuesta, o sin poder hablar con su hijo. Además, trabaja en un lugar donde no tiene cobertura y debe desplazarse 30 kilómetros para realizar las llamadas cuando se encuentra en su lugar de trabajo. Es posible que en alguna ocasión D. Carlos Manuel llame a horas intempestivas, debido al cambio horario, unido a la desesperación de intentar en múltiples ocasiones una comunicación con su hijo que no se produce. Resulta patente que D.ª María Consuelo no favorece la relación paterno filial dificultada por el país de residencia del padre y diferencia horaria, por lo que existe dificultad de desarrollarse el contacto de padre e hijo. Además, se aprecia por los correos electrónicos adjuntados una dejadez en D.ª María Consuelo en contestar a los mismos, dificultando la organización y desarrollo de las vacaciones estivales (aunque finalmente se materialicen), al ser renuente a contestar y determinar por que periodo de vacaciones optaba para así poder permitir a D. Carlos Manuel organizar sus días de descanso en el trabajo, con comunicación a su empresa.

En consecuencia, la comunicación paterno-filial debe ser fluida y facilitada por D.ª María Consuelo que es la que tiene la compañía del menor y puede hacer posible que ésta se desarrolle sin incidencias, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en el proceso de modificación de medidas de divorcio, debiendo mientras tanto estarse al cumplimiento de lo establecido.

Lo que resulta inadmisible es, que por las dificultades en el desarrollo del régimen de comunicación, la madre no colabore con la misma y la relación entre padre e hijo se resienta, debiendo recordarse que su comportamiento puede lugar conforme a las prescripciones del artículo 776.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y a la imposición de una multa ante el incumplimiento de una obligación no pecuniaria, de carácter personalísimo.

Regímenes económicos matrimoniales

A pesar del trastorno que padecía, no hubo vicio en el consentimiento en el momento de otorgar la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales

AP GUADALAJARA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2019

Aunque no se puede negar que el esposo estaba diagnosticado de trastorno delirante tipo erotomaniaco, y aunque igualmente pueda concluirse que su estado mental no era en ocasiones y respecto a determinados ámbitos relacionados con el contenido de su delirio suficientemente completo en orden a su capacidad de conciencia, lo que no puede afirmarse, con la determinación y la eficiencia que se exige para declarar la nulidad por falta de capacidad, es que el otorgante no la tuviese en el momento en que suscribió la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, no habiendo sido destruida la presunción de capacidad del mismo por la parte actora, indicándose por el Notario que la otorgó en estado de cabal juicio, cuyo testimonio no ha sido destruido.

Resumen de los antecedentes del recurso de apelación. D. Ambrosio, como tutor de su hermano D. Doroteo, incapacitado totalmente por sentencia de 23 de noviembre de 2012, instó la nulidad de la escritura pública otorgada ante el Notario de Guadalajara, D. Carlos Monedero San Martín, nº de protocolo 2037, el 9 de octubre de 2012, por D. Doroteo y Dña. Carina, (separados judicialmente por sentencia de 11 de marzo de 2005), en virtud de la cual liquidaban su sociedad de gananciales y adjudicaban a la Sra. Carina la totalidad de los bienes inmuebles que formaban el patrimonio ganancial, en concreto la nuda propiedad de una vivienda en DIRECCION000 y de una finca rústica en la provincia de Lugo, recibiendo de más la suma de 85.000.- euros, declarando los otorgantes que esa cantidad coincidía con la que el Sr. Ambrosio adeudaba a la Sra. Carina por pensión compensatoria y alimenticia. Se alegaba que, en el momento de su otorgamiento, el Sr. Ambrosio carecía de capacidad mental para prestar un consentimiento valido por estar diagnosticado de trastorno de ideas delirantes erotomaniacas, con alteración de juicio crítico, que le impedía que fuese consciente de la transcendencia y alcance de sus actos, de que solo debía 25.000 euros y que ello suponía quedarse sin patrimonio y solo con una pensión de 700 euros, teniendo que ser acogido por su madre, de lo que eran conocedores los demandados. Igualmente, solicitó la nulidad de la escritura pública otorgada ese mismo día por la Sra. Carina en virtud de la cual donaba a los dos hijos del matrimonio, Argimiro e Antonio, el cincuenta por ciento de la nuda propiedad de los dos inmuebles recibidos, y de todos los actos dispositivos respecto a dichos bienes realizados posteriormente, procediendo las partes a la restitución de los bienes al momento anterior al del otorgamiento de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales. Se alega que unos siete años antes de que el Sr. Ambrosio otorgase dicho documento público se encontraba afectado por una dolencia psíquica, con diversos internamientos, por lo que se interpuso demanda por el Ministerio Fiscal para su incapacitación cinco meses antes, siendo dictada sentencia que modificaba totalmente su capacidad días después, sobre la base del informe del médico forense de 22 de octubre de 2012, por tener trastorno de ideas delirantes erotomaniacas con alteración de juicio crítico y sin conciencia de enfermedad, estando in-

capacitado para la administración de los bienes y el gobierno de su persona, dado que tiene alterado el juicio de la realidad.

La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda por no haber quedado destruida la presunción de capacidad del otorgante de la escritura pública de liquidación de su sociedad de gananciales, y no haberse acreditado que tuviera una limitación severa de sus facultades mentales de la que pudiera desprenderse una profunda afectación de la capacidad de otorgar un consentimiento válido en el momento de suscribir la escritura, atendiendo a la valoración conjunta de la prueba, principalmente al testimonio del Notario que intervino en el otorgamiento de la escritura pública y a las declaraciones de las peritos, así como a las declaraciones de las hermanas del afectado y de las partes.

Contra dicha resolución se interpone recurso de apelación por el actor alegando que puede declararse la nulidad de un acto otorgado con anterioridad a la declaración judicial de incapacidad por falta de consentimiento valido, y error en la valoración de la prueba pues de la misma resulta acreditado que el Sr. Ambrosio no estaba capacitado para otorgar ninguna escritura pública, en concreto se remite a la sentencia de incapacitación de 23 de noviembre de 2012, a la exploración de la Juez que la dictó, al informe de la médico forense de 22 de octubre de 2012, ratificado en el acto del juicio, a la declaración de la doctora que le trató tras ser dado de alta, la Sra. Valentina, y a las declaraciones de las hermanas del Sr. Ambrosio y del Notario.

… Planteamiento general: error en la valoración conjunta de la prueba y en la conclusión alcanzada por la sentencia recurrida.

(i). A este respecto debemos recordar, como hace la Sentencia de esta Sala, de 25 de enero de 2016, " que son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo, y por ello huelga su cita concreta y específica al ser sobradamente conocidas, las que nos dicen que el recurso de apelación es de los llamados de plena jurisdicción, por lo que permite a la Sala la revisión de todas aquellas operaciones relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez "a quo", en la sentencia apelada.

Ahora bien, cuando se habla de error en la valoración de la prueba, la alzada queda reducida a verificar la legalidad en la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de su carga, y si el Juzgador de instancia, en la valoración conjunta del material probatorio, se ha comportado de forma arbitraria o si, por el contrario, la apreciación conjunta del mismo es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso". En cualquier caso, como expresa la STS de 15 noviembre de 2010, "La parte no puede proponer una nueva valoración conjunta distinta a la del tribunal de instancia (SSTS de 30-6-2009), ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional (SSTS de 17-12-1994, 16-5-1995, 31-5-1994, 22-7-2003 y 25-11-2005) a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o error manifiesto".

Aplicando dichas premisas al presente supuesto, los recurrentes insisten en la existencia de un error en la valoración de la prueba que lleva a cabo el Juez de Instancia al desestimar la demanda. Pretenden una nueva valoración de la prueba practicada, en sentido distinto a la efectuada por el Juez de Instancia; extremo que es impropio de la naturaleza y función del recurso de apelación, como se ha dicho, salvo que exista arbitrariedad o error manifiesto en la apreciación realizada, por lo que procede analizar las pruebas aportadas por las partes y cuya valoración se impugna.

(ii). No obstante, esta revisión no puede sino partir de la conocida y constante doctrina jurisprudencial convergente en la materia que nos ocupa, que se puede resumir en que a) la capacidad mental del otorgante del acto se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; c) la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del otorgante, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de otorgar la escritura pública no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre; d) la sanidad del juicio del otorgante es una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde al juez de instancia; e) la carga de la prueba le corresponde a quien sostiene la falta de capacidad en el momento de otorgar el acto de que se trate; y f) la prueba para destruir la presunción de la capacidad del otorgante ha de ser concluyente y, aun no requiriendo una certeza o seguridad absoluta, sí precisa de una determinación suficiente para extraer, en aplicación de criterios de probabilidad cualificada, esa conclusión de falta de capacidad, en relación al relato fáctico acreditado (SSTS 7-VII-16; 26-VI-15; 15-V-2015, 22 -I- 15; 30-X-2012, o

26-IV-2008).

Como señala la parte recurrente, no es preciso que exista una declaración judicial de incapacidad para que el acto sea nulo si el sujeto que lo realiza carece de la capacidad natural para llevarlo a cabo. Por tanto, como indica la STS de 19-11-2004, " debe partirse de la distinción entre incapacidad natural -a consecuencia de que un sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer al acto que realiza-, e incapacidad resultante del estado civil de incapacitado. A ésta última es a la que se refieren los arts. 199 y siguientes C.C, mediante sentencia judicial que así la declare y constituya, por concurrir alguna de las circunstancias previstas en la ley, y dará lugar a que los contratos que a partir de ese momento celebre el sujeto serán anulables (arts. 1.263-2 y 1.301 C.C). Sin embargo, el hecho de que una persona no haya sido judicialmente incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso, porque esa carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (como indica la STS de 4-4-1984 la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial, y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable) ".

(iii). Conforme a lo expuesto, procede comenzar fijando los hechos respecto a los que no existe controversia:

- D. Doroteo y Dª Carina se separaron judicialmente por sentencia el 11 de marzo de 2005, en la que se estableció una pensión alimenticia a favor del hijo menor de edad de 200 euros y una pensión compensatoria a favor de la exesposa de 60 euros (doc 4 de la demanda).

- D. Doroteo y Dª Carina otorgaron escritura pública el 9 de octubre de 2012, ante el Notario de Guadalajara, D. Carlos Monedero San Martin, nº 2037 de protocolo, quien realizó el correspondiente juicio de capacidad, y en la que liquidaban su sociedad de gananciales y adjudicaban a la Sra. Carina la nuda propiedad de una vivienda en DIRECCION000 y de una finca rústica en la provincia de Lugo, únicos bienes que constituían el patrimonio conyugal, recibiendo de más la suma de 85.000.-euros, que según dijeron, coincidía con la cantidad que D. Doroteo adeudaba a ella por diversos conceptos, en concreto por pensión alimenticia y compensatoria.

- Ese mismo día, el 9 de octubre de 2012, Dª Carina otorgó escritura pública de donación del 50 % de la nuda propiedad de la vivienda de DIRECCION000 y de la parcela de Lugo a favor de los dos hijos del matrimonio, Argimiro e Antonio, quienes aceptaron la donación.

- El Ministerio Fiscal, el 9 de mayo de 2012, presentó demanda instando la modificación de la capacidad jurídica de D. Doroteo, al ser diagnosticado de trastorno delirante tipo erotomaniaco, siendo visto en dos ocasiones por el Médico Forense, en julio y el 22 de octubre, para su incapacitación, habiéndose dictado sentencia el 23 de noviembre de 2012 que modificó totalmente su capacidad por tener trastorno de ideas delirantes erotomaníaca con alteración de juicio crítico y sin conciencia de enfermedad, estando incapacitado para la administración de los bienes y el gobierno de su persona, dado que tiene alterado el juicio de la realidad. Es designado tutor su hermano Ambrosio.

Sobre el error en la valoración de los informes médicos, es especial de los elaborados por la médica forense, Dª Sacramento, y por la psiquiatra del Centro de Salud Mental de DIRECCION001, Dª Valentina, debidamente ratificados en el acto del juicio.

(i). Antes del otorgamiento de la escritura pública impugnada, como señala brillantemente la sentencia, disponemos del informe médico de alta del HOSPITAL000 de 19 de enero de 2011, tras su ingreso involuntario, que duró desde el 30 de diciembre de 2010 al 19 de enero de 2011, siendo cuando se le diagnosticó que padecía trastorno delirante tipo erotomaniaco, trasladándole a la UME, donde fue dado de alta el 20 de abril de 2011 con el mismo diagnóstico. En ambos informes (docs 9 y 11) se aprecia que lo más llamativo de su conducta es la pérdida de distancias y la invasión a las mujeres preguntando si quieren ser su pareja, guiado por interpretaciones delirantes ya que está convencido de que recibe mensajes a través de los medios de comunicación, en forma de claves, con el objeto final de ser el marido de la infanta Amanda, lo que ha ido desorganizando su conducta en los diversos aspectos de su vida, y, dado que tiene nula conciencia de su enfermedad y se niega a mantener el tratamiento farmacológico, no puede llevar una vida normalizada. Del relato que realiza el Sr. Ambrosio a los profesionales que le tratan se concluye que, si bien tiene un discurso fluido, coherente, sin alteraciones en el curso del pensamiento, se aprecia un claro discurso delirante de contenido erotomaniaco, cargado de interpretaciones delirantes y de autorreferencialidad en la calle y diversos medios de comunicación, indicándose, en relación con la realización de actos de disposición, sobre lo

que versa la cuestión litigiosa, que refiere gastos en el pasado poco planificados que parecen de base caracterial y que, cuando dispone de dinero, no lo administra de forma ordenada. Tras el internamiento, se indica que " poco a poco su conducta se va adecuando, no mostrándose tan invasivo aunque persiste la certeza delirante ", planteando un tratamiento ambulatorio involuntario.

Tenemos igualmente el informe de 7 de mayo de 2012 elaborado por Dª Valentina, médico psiquiatra del centro de salud mental de DIRECCION001, al que acude desde que fue dado de alta en abril de 2011, sin que conste que precisase ningún otro internamiento, que ha sido ratificado y aclarado en el acto del juicio, reproduciendo literalmente el contenido del informe de alta de un año antes en cuanto que " tiene nula conciencia de enfermedad y de necesidad de medicación por lo que se sospecha que no está tomando correctamente el tratamiento pautado, así como el rechazo absoluto a cualquier tratamiento farmacológico inyectable a pesar de la insistencia por parte de todos los miembros del equipo. Dada las circunstancias y la clínica encapsulada que presenta, se prevé un futuro incierto, con probable abandono de la medicación y reactivación de las alteraciones conductuales que imposibilitan una vida normalizada ". Añade " que actualmente vive con su madre anciana, siendo incapaz en el momento actual de manejar y controlar sus conductas disruptivas ", aunque concluye que la situación continua similar, sin cambios ni mejoría en la clínica, insistiendo en la necesidad de un tratamiento involuntario ambulatorio.

Como se aprecia, estos informes hablan de un diagnóstico de trastorno delirante tipo erotomaniaco, que implica una conducta dl Sr. Ambrosio psicológicamente inadecuada, delirante o disruptiva en relación con las mujeres, respecto a las que tiene ideas delirantes, buscando ser amado por una persona superior; pero, al referirse a su comportamiento en relación con los bienes y el dinero, no cuestionan su capacidad cognitiva y volitiva y en ningún caso lo califica de delirante, sino de poco planificado, propio de su carácter, pero no de su enfermedad.

(ii). Es cierto que 13 días después de otorgar la escritura pública impugnada, el 22 de octubre de 2012, la médico forense Dª Sacramento elabora un informe en el que se basa la sentencia de modificación de incapacitación del Sr. Ambrosio. Dicho informe reproduce totalmente los dos informes anteriores referenciados, señalando que durante los dos reconocimientos que le efectúa, uno el 2 de julio y otro el 22 de octubre, se muestra consciente, orientado, coherente sin alteraciones en el curso de pensamiento, pero se evidencia un discurso delirante de contenido erotomaniaco, preguntando a la doctora si quiere ser su pareja, concluyendo que, como consecuencia de su enfermedad, se encuentra incapacitado para la administración de sus bienes y el gobierno de su persona, aclarando en el acto del juicio que es necesario proteger su economía.

Ahora bien, también señala dicho informe que " tiene alterado el juicio de la realidad en lo relativo y relacionado con el contenido delirante ", lo que es aclarado en el acto del juicio por la doctora, indicando que "no valoraba las situaciones de forma ajustada y real por lo que no tendría validez un contrato en el contexto de esa psicopatología". También manifiesta que no puede decir si su estado afectó a la firma del documento de liquidación de gananciales días antes, aunque su juicio de la realidad estaba alterado y no podía valorar las situaciones, pudiendo adoptar decisiones que no fueran adecuadas y grandiosas.

Si relacionamos lo expuesto con la liquidación de la sociedad de gananciales, es evidente que este acto no se encuentra dentro de la trama delirante del Sr. Ambrosio, respecto a la que se indica tenía alterada la realidad, ni tampoco se puede calificar de una toma de decisión grandiosa ni inadecuada, a diferencia de lo que se indica en el recurso, dado que procede a liquidar la sociedad de gananciales, tras 7 años de la separación, saldando las deudas que tenía con su exesposa y sus hijos y extinguiendo sus obligaciones futuras con ellos (pensión de alimentos y pensión compensatoria), garantizando, además, que la parte de sus bienes fuese para sus hijos, pasando a ser estos sus propietarios ese mismo día, no quedando en el patrimonio de su exmujer. Así debemos concluir, como hace la sentencia, que no resulta acreditado que en el momento del otorgamiento de la escritura pública no tuviera capacidad para prestar un consentimiento valido en el ámbito que lo prestó, ajeno a su delirio.

Así pues, no se pone en duda que en el momento de otorgar la escritura pública el Sr. Ambrosio estaba diagnosticado de trastorno delirante tipo erotomaniaco con alteración de la realidad respecto a dicho contenido, pero nada impedía que tuviera capacidad para realizar actos relacionados con la liquidación de la sociedad de gananciales, al no estar relacionado con ese contenido o realidad delirante, como señalan las doctoras. Siendo así, no hay razón clínica para considerar que el día 9 de octubre de 2012, D. Doroteo careciera de capacidad para el otorgamiento de la escritura pública de

liquidación de la sociedad de gananciales.

En consecuencia, cuando la sentencia desestima la demanda y considera que no consta que en el momento de otorgar la escritura pública D. Doroteo estuviera impedido de forma completa para conocer lo que realizaba por no tener capacidad mental para ello, debiendo presumir su capacidad, en base a una valoración conjunta de dichos informes y de las declaraciones de las peritos, entre otras pruebas, no incurre en ningún error, debiendo ser desestimado dicho motivo.

Sobre el error en la valoración de la declaración testifical del Notario D. Jose Pedro.

El Juzgador parte del juicio de capacidad realizado por el Notario otorgante de la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales y considera probada la suficiente capacidad del otorgante.

El recurrente indica que la comprobación realizada por el Sr. Notario no ha sido suficiente en el caso de autos para otorgar presunción de capacidad a Don Doroteo para otorgar la escritura de 9 de octubre de 2012, en relación con el resto de prueba realizada, pues fue la demandada Doña Carina quien realizó todos los trámites en la Notaría y el notario dijo que se acordaba vagamente del otorgamiento de la escritura en concreto, no recordando si había mantenido alguna conversación más allá de la que se puede derivar de confirmar los datos personales y preguntar si se comprende lo que se va a firmar.

(i). Es evidente la dificultad que, para el Notario, al que no se le exige conocimientos psiquiátricos o psicológicos, puede suponer la apreciación de la capacidad de las personas, especialmente cuando se trata de personas enfermas mentalmente, pero ello no impide que, dado que tiene un contacto personal y directo con el otorgante de la escritura pública en el momento de la firma, el juicio que realiza sobre su capacidad tenga especial relevancia. No obstante, como señala la sentencia de 19 de septiembre de 1998 “dicho juicio si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dados el prestigio y la confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción iuris de iure, sino iuris tantum, que cabe destruir mediante prueba en contrario...”

(ii). En el presente supuesto, el Notario que intervino en el otorgamiento de la escritura pública impugnada señala, en el acto del juicio, lo que es recogido en la sentencia recurrida, que a su juicio el Sr. Ambrosio tenía capacidad para la realización del acto, pues le leyó la escritura pública y le explicó la operación que estaba realizando en beneficio de su esposa para que lo comprendiera, lo entendió y firmó.

Es cierto, como se alega en el recurso, que el Notario no recuerda, en concreto y con exactitud, esta operación, lo cual resulta lógico atendiendo al tiempo transcurrido y la multitud de operaciones que concierta, y a que la escritura no tenía nada de extraño, al contrario, el mismo Notario añadió que esta operación es frecuente cuando se liquida la sociedad de gananciales para compensar las deudas existentes entre los cónyuges, haciendo lo mismo que generalmente realiza, confirmar los datos personales, leer la escritura pública que se va a otorgar y explicar el contenido de la misma para que sea entendible, prestando las partes su consentimiento y firmando a continuación. El hecho de que no tuviera conversación sobre otras cuestiones con los otorgantes no es obstáculo para que pudiera apreciar su capacidad para realizar el acto. Ello es coherente con los informes médicos, que como hemos visto, indican que el Sr. Ambrosio no presentaba alteración del pensamiento, afectando su enfermedad a la realidad relacionada con el contenido de su delirio, es decir a su relación con las mujeres, no siendo el caso.

Además, examinado el contenido de escritura pública impugnada, se aprecia que es sencillo, preciso y breve, que pocas dudas plantea respecto a sus consecuencias, indicándose por el Notario expresamente, en relación con las partes que “Tienen a mi juicio la capacidad legal suficiente para el otorgamiento de esta escritura pública...” y también “Leo esta escritura a los comparecientes, advertidos de su derecho a hacerlo por sí, que no ejercitan, y quedando enterados de su contenido, prestan libremente su consentimiento al mismo y firman”.

A la vista de lo expuesto, lo cierto es que pretender afirmar que el Notario no realizó un adecuado juicio de capacidad del otorgante de la escritura pública, al no mantener conversación con él, resulta un planteamiento exorbitante en relación a la labor que corresponde al Notario. En consecuencia, no se detecta ningún error en la valoración realizada por el Juez a quo.

Sobre el error en la valoración de las declaraciones de las hermanas del Sr. Ambrosio.

La sentencia señala que de la declaración testifical de las hermanas del Sr. Ambrosio no se desprende que estuviera completamente afectado, de forma que no supiera lo que hacía en ningún

momento y que tuviera una enfermedad completamente invalidante.

La parte recurrente alega que de las declaraciones realizadas por las testigos Doña Patricia y Doña Teresa, hermanas del Sr. Ambrosio, resulta acreditada la realidad del estado mental en el que se encontraba Don Doroteo pues manifestaron que su hermano presentaba problemas a nivel mental, siendo su excuñada y los hijos de su hermano conocedores de dicha situación.

Las apreciaciones de las hermanas pueden llevar a efectuar conclusiones genéricas sobre el estado mental del Sr. Ambrosio, pero en absoluto, a hacer la afirmación tajante de que el día 9 de octubre de 2012 era incapaz en el sentido de carecer de la capacidad de comprensión suficiente y necesaria para otorgar disposiciones respecto a la liquidación de gananciales, habiendo el acudido solo desde su domicilio a Guadalajara.

En conclusión, aunque no se puede negar que estaba diagnosticado de trastorno delirante tipo erotomaniaco, y aunque igualmente pueda concluirse que su estado mental no era en ocasiones y respecto a determinados ámbitos relacionados con el contenido de su delirio suficientemente completo en orden a su capacidad de conciencia, como señala el juez a quo, lo que no puede afirmarse, con la determinación y la eficiencia que se exige para declarar la nulidad por falta de capacidad, es que el otorgante no la tuviese en el momento en que suscribió la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, no habiendo sido destruida la presunción de capacidad del mismo por la parte actora, indicándose por el Notario que la otorgó en estado de cabal juicio, cuyo testimonio no ha sido destruido.

Por ello, se considera que la valoración de la prueba realizada por el juez a quo para llegar a dicha conclusión no resulta ilógica o arbitraria; podrá ser o no compartida (y evidentemente no lo es por la parte recurrente), pero no puede ser tachada de ilógica ni irracional y no vulnera ninguna regla tasada de valoración de la prueba.

En consecuencia, esta Sala no puede estimar el recurso y acceder a la pretensión revocatoria de la parte demandante, pues no queda suficientemente acreditado que el Sr. Ambrosio en el momento de otorgar la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales que se impugna, en fecha 9-10-2012, estuviese privado de sus facultades cognitivas y volitivas hasta el punto de no ser capaz de emitir la declaración de voluntad que dicho acto recogía y comprender su alcance y significado.

Inclusión en el activo de dinero utilizado en negocio simulado

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 2019

Inclusión en el activo de un crédito de la sociedad de gananciales frente al esposo por la cantidad que transfirió mediante un contrato simulado a una sociedad instrumental que creo para ocultar sus bienes a terceros acreedores. Esta suma se presume de carácter ganancial conforme al art 1361 del CC.

Como primer motivo de apelación alega el recurrente que el Juzgador a quo, al decir la inclusión en el Inventario, como partida integrante del Activo ganancial, la suma de 34.221,63 euros en concepto de traspaso a la Sociedad S. S.L, ha incurrido en error de valoración de la prueba y en infracción del artículo 1.361 del Código Civil, en la medida que se da por probado la existencia de un traspaso de dinero a dicha Sociedad, en base a los documentos 25 y 26 de la demanda, y, aunque es verdad que la Audiencia Provincial de Málaga declaró la simulación de la transmisión de la vivienda familiar (privativa del recurrente), a la entidad S. S.L, ello, per se, no implica que los bienes y derechos de esa entidad sean titularidad del recurrente, y menos aún titularidad de la Sociedad ganancial; añade que impugna el documento 26 de la demanda dado que la suma en cuestión nunca existió y por tanto, no fue traspasada a la referida entidad, siendo que lo que el referido documento expresa es un legado efectuado por él a la que era su mujer, y que la Sentencia presupone la existencia de ese dinero y la ganancialidad del mismo, sin soporte probatorio alguno, y que, aunque es verdad que el artículo 1.361 del Código Civil establece una presunción favorable a la ganancialidad, antes de ello debe acre-

ditarse que tales fondos pertenecían al matrimonio o a uno de los cónyuges; que el documento 25 de la demanda se refiere única y exclusivamente a la vivienda familiar y no al patrimonio que la entidad S. S.L pudiera tener, así como que la Señora Victoria, cuando menos debería haber acreditado que el dinero existía y fue traspasado de una cuenta o activo ganancial, prueba que no ha sido llevada a cabo, por lo que considera que el pronunciamiento objeto de recurso debe ser revocado y, consecuentemente a ello, excluir del Activo del Inventario la partida consistente en 34.221,63 euros; pretensión revocatoria esta a la que se opone la parte adversa. Pues bien, lo primero que hemos de señalar es que el recurrente, en esta alzada, abandona ya la prescripción opuesta en la instancia, prescripción que la Sentencia desestima, por lo que ninguna consideración ha de hacer la Sala sobre el particular; y, en segundo lugar, que el Juez a quo, en orden a decidir la inclusión en el Activo Ganancial, la partida cuyo examen nos ocupa, expone, en el Segundo de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia, una serie de consideraciones jurídicas, jurisprudenciales y valorativas de la prueba, que por resultarnos de interés, vamos a transcribir literalmente: << SEGUNDO.- En primer lugar, en cuanto a la inclusión en el activo de la sociedad de un crédito frente al esposo por importe de 34.221,63 euros, en concepto de traspaso a la sociedad S. S.L, debe aquí hacerse expresa remisión a lo señalado en Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 23 de diciembre de 2008, y en la que se señala que el Sr. Salvador creó una sociedad instrumental denominada S. SL, a la que por contrato simulado transmitió la suma de 5.694.000 pesetas (34.221,63 euros) para ocultar sus bienes a terceros acreedores (Documento nº 25 de la demanda origen del procedimiento nº 5/13), hecho que queda así mismo reflejado en documento que se aporta con el nº 26 de la demanda. Esta suma se presume de carácter ganancial conforme al art 1361 del CC, concurriendo en consecuencia un crédito a favor de la sociedad y frente al esposo, conforme al art 1397.3º del Código Civil.

La representación legal del Sr. Salvador alega prescripción, lo que no cabe acoger, ya que tal como señala la AP de Barcelona en Sentencia de 9 de marzo de 2007, "Las partidas contenidas en el pasivo de la sociedad de gananciales no están afectas por el instituto de la prescripción como pretende el demandante recurrente, dado que no se trata en éste proceso de la reclamación, vía acción personal, de determinados créditos vencidos, líquidos y exigibles, para poder aplicar los plazos prescriptivos legales, sino de un procedimiento de formación de inventario de la sociedad de gananciales, para proceder luego a la fase de liquidación, en el que no cabe observar tal instituto de la prescripción".

Procede por tanto incluir en el activo un crédito a favor de la sociedad y frente a D. Salvador por importe de 34.221,63 euros >>. Ello así, esta Sala, tras revisar todo lo actuado, particularmente los documentos 25 y 26 de los aportados con la demanda, no puede sino compartir la decisión de instancia, en la medida que asumimos en su integridad los acertados razonamientos que en la misma se exponen de manera tal que basta la remisión a los mismos para desestimar el motivo de apelación que nos ocupa, sin que por ello infrinja la Sala el artículo 218 de la L.E.C, pues como reitera la jurisprudencia emanada tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, exenta de cita expresa por ser sobradamente conocida, la fundamentación por remisión no deja de ser motivación ni de satisfacer la exigencia del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, pues si la decisión apelada es acertada, precisamente por los razonamientos que en la misma se exponen, la que la confirma en la alzada, no tiene porque repetir o reiterar argumentos, sino solo en aras a la economía procesal, corregir aquéllos que pudieren resultar necesarios, corrección que no es precisa en el caso enjuiciado. No obstante ello, sí queremos precisar al recurrente que el hecho de que se haga impugnación de un documento, no conlleva que se haya de prescindir de su correspondiente valor probatorio, sino tan solo, que habrá de ser valorado, en este caso, dos documentos, conforme a las reglas de valoración que para los documentos públicos consagra el artículo 319 de la L.E.C, y para los privados el artículo 326 del Texto Procesal, que se remite al anterior, siendo que, no habiendo sido impugnada su autenticidad, sino solo su valor probatorio, conforme a los referidos preceptos, ambas documentales hacen prueba plena en el proceso, y de ellas, como bien razona el Juzgador a quo, cabe inferir que, como se expuso por esta misma Sala en Sentencia de 23 de diciembre de 2008, recaída en el Rollo de Apelación N.º 701/2008, que traía causa del Juicio Ordinario N.º 1358/2001, deducido en ejercicio de acción reivindicatoria, por la entidad S. S.L frente a don Salvador, y D.ª Victoria, el hoy recurrente, esto es, don Salvador, "constituyó una sociedad instrumental, la actora, cuyo patrimonio es idéntico al que tiene su creador, utilizando para ello un despacho de abogados de Barcelona, y para ello es determinante el documento que la demandada aportó como nº 1 de su contestación a la demanda, que tiene fecha de 31 de agosto de 1998, y en el que el Sr. Salvador se previene de cualquier efecto pernicioso que a la

que fuera entonces su mujer y a sus hijos, pudiera producirle el contrato simulado que había realizado a favor de S., S. L, legándoles todos sus bienes, que son 5.694.000 ptas, depositadas a nombre de dicha sociedad, y la propia entidad demandante, titular de su domicilio familiar, y si bien este documento fue inicialmente impugnado, luego en el acto del juicio fue reconocido, lo que hizo innecesario el resto de la prueba, que fue renunciada. No debe causarle extrañeza a la parte recurrente que el Sr. Salvador supiera en 1997, cuando creó la sociedad y le transmitió su patrimonio, que después se iba a separar, pues probablemente no lo supiese y la simulación la hizo para ocultar los bienes a terceros acreedores, pero lo cierto es que luego ha tratado de aprovecharse de la situación cuando se ha producido la crisis matrimonial. Coincide la Sala con el juzgado en la valoración del conjunto de la prueba, que lleva a esa misma conclusión, como es que los demandados continuasen en el uso de la vivienda pese a haberla enajenado, y de que los pagos de la hipoteca continuasen siendo abonados por los vendedores, así como determinados impuestos que claramente gravan la propiedad, que teóricamente ya no tenían, tras la sincronizada secuencia de actos jurídicos, 24 de abril de 1997 se constituye la sociedad actora, 29 de abril de 1997 otorga su consentimiento a la venta la demandada, y 30 de mayo de 1997 se otorga la escritura de compraventa, por lo que no es tanto si el documento privado de 31 de agosto de 1998 puede afectar a una tercera persona, como es S., sino que esta persona jurídica es una sociedad instrumental y una mera tapadera del patrimonio del marido"; razonamientos estos que traídos al caso de autos, permiten concluir que el Señor Salvador, pese a que ahora lo cuestione, constante la Sociedad Ganancial, dispuso de dinero presuntivamente ganancial, puesto que es de aplicación la presunción establecida en el artículo 1.361 del Código Civil, y, aunque es verdad que es esta una presunción iuris tantum, y que por tanto, admite prueba en contrario, es lo cierto que era al Señor Salvador, que niega y cuestiona el carácter ganancial de la suma dispuesta en su día, a quien correspondía destruir dicha presunción, esto es probar, que esa suma no tenía naturaleza ganancial, y no a la inversa como pretende; es decir la ganancialidad se presume sin más, y es al litigante que niega tal consideración a quien corresponde destruir la presunción probando la naturaleza privativa de la suma dispuesta, o el origen de la misma ajeno a la sociedad ganancial, y en cualquier caso, no cabe olvidar, a los efectos que nos ocupan, el contenido del artículo 1.390 del Código Civil. Conforme a lo razonado considera esta Sala que la Sentencia, en cuanto al pronunciamiento objeto de examen no ha incurrido en error de valoración de la prueba, como tampoco ha infringido el artículo 1.361 del Código Civil, siendo conforme a derecho y al resultado probatorio la inclusión en el Activo del Inventario de la Sociedad de la partida discutida, de conformidad con el artículo 1.397.3º del Código Civil, por lo que desestimamos el motivo de apelación.

Frutos de la explotación olivarera ganancial tras la disolución

AP JAÉN, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE DE 2019

Los frutos o rendimientos de la explotación olivarera generados tras la separación de hecho se integran en el patrimonio indiviso pero corresponde al productor una remuneración por su actuación. Debe incluirse también el adelanto de la cosecha que pidió el esposo antes de la separación al no haber acreditado que lo destinase a pagar gastos de la explotación.

La Sentencia del Juzgado fija la efectiva disolución del régimen de gananciales en el mes de enero de 2016 en que se produjo la separación de hecho de los litigantes, y puesto que este extremo resulta incontrovertido en esta alzada, esa será la fecha de disolución de la sociedad legal de gananciales que esta sentencia ha de aceptar -" tantum devolutum quantum appellatum "-.

A.- Respecto a la partida de la liquidación de la cosecha 2015/2016 presentada en la SCA "San Vicente" de Mogón, la sentencia recurrida considera correcta la suma de 1.846,10 euros a partir de la documental obrante en autos.

Alega la Sra. Edurne en el recurso, en esencia, que la cantidad a incluir por este concepto en el inventario no sería de 1.846,10 euros, sino la de 4.150,47 euros, pues habría de ser incrementada con el anticipo que retiró el Sr. Elias el 30 de mayo de 2016 por importe de 2.304,37 euros.

Por el contrario, el Sr. Elias sostiene que la cifra establecida en la sentencia se corresponde con el beneficio real obtenido, y no cabe aumentarla con la cifra de anticipo de cosecha, pues el anticipo se solicita y obtiene al principio de la campaña para poder el agricultor hacer frente a la recolección.

Acreditado por los documentos aportados a los autos que el Sr. Elias retiró el 30 de mayo de 2016 como anticipo de la cosecha de 2015/1016 la cantidad de 2.304,37 euros, y no habiéndose acreditado por este, a quien corresponde la carga de la prueba, que dicho dinero se invirtió en pagar los gastos de recolección de esa campaña, máxime cuando es por todos sabido que las campañas de recolección de la aceituna se inician en los meses de noviembre o diciembre y finalizan normalmente en los meses de febrero o marzo (según las zonas), procede estimar el recurso en este extremo e incluirse en el activo la liquidación de la cosecha 2015/2016 presentada en la SCA "San Vicente" de Mogón por importe de 1.846,10 euros, más un crédito de de 2.304,37 euros de la sociedad de gananciales contra don Elias.

B.- En cuanto a la cosecha 2016/2017, dice la sentencia recurrida: "En el presente caso consta acreditado a partir de las manifestaciones de ambas partes que el cese efectivo de la convivencia matrimonial se produjo en el mes de enero de 2016, debiendo quedar excluidos del presente inventario las liquidaciones de las cosechas posteriores a dicha fecha, al estimarse que fueron obtenidas a partir del trabajo exclusivo del actor."

Alega la Sra. Edurne en el recurso, en esencia, que la sentencia recurrida incurre en infracción de lo dispuesto en el artículo 1347.2º del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla, pues es criterio asentado que deben incluirse no solo los frutos o rentas obtenidos de bienes gananciales hasta la fecha de la disolución de la sociedad ganancial, sino también todos aquellos otros que se hayan generado durante su fase de liquidación.

Se opone el Sr. Elias a esa pretensión alegando, con cita de diversas sentencias, que el cese efectivo de la convivencia se produjo en enero de 2016 (extremo incontrovertido en esta alzada) y que las actividades y labores de la campaña 2016/2017 las realizó él sólo sin el concurso de la Sra. Edurne, siendo improcedente la inclusión en el activo de dicha campaña al ser posterior al cese efectivo de la convivencia.

La STS de 10 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 4217/2017) declara: "2.- La llamada "comunidad postganancial", existente desde que se disuelve la sociedad de gananciales hasta que se produce la liquidación, carece de regulación en el Código Civil, pero esta sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre el régimen aplicable a este patrimonio del que son titulares, según los casos, los cónyuges o excónyuges o el viudo y los herederos del premuerto.

Se trata de una comunidad en la que los partícipes no tienen una cuota sobre cada uno de los bienes sino sobre la totalidad del patrimonio y a la que no resultan de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales (sentencias 754/1987, de 21 de noviembre, 547/1990, de 8 de octubre, 127/1992, de 17 de febrero, sentencia 1213/1992, de 23 de diciembre, 875/1993, de 28 de septiembre, 1258/1993, de 23 de diciembre, 965/1997, de 7 de noviembre, 50/2005, de 14 de febrero, 436/2005, de 10 de junio).

Estas sentencias se ocupan de resolver una variedad de problemas que plantea la comunidad postganancial, tales como su composición (bienes y deudas comunes), el régimen de responsabilidad (tanto por deudas comunes como por deudas privativas) o el régimen de disposición de los bienes comunes. En ellas se ha venido reiterando una doctrina general según la cual, por lo que ahora nos interesa:

"1) La comunidad indivisa no se ve aumentada con las rentas de trabajo ni con las de capital privativo, que serán en todo caso privativas, excepto los frutos de los bienes privativos que estuvieran pendientes en el momento de la disolución, a los cuales habrá de aplicar analógicamente las normas referentes a la liquidación del usufructo; por supuesto, ingresan en el patrimonio común los frutos de los bienes comunes. antes". (...)

La interpretación de que los frutos aumentan el patrimonio en liquidación cuenta con el respaldo doctrinal, que la fundamenta en el tenor del art. 1408 CC, que menciona los frutos y rentas, así como en la interpretación del art. 1410 CC en relación con los arts. 760, 1063 y 1533 CC.

De esta doctrina resulta que los rendimientos generados por un establecimiento común gestionado por uno de los excónyuges son comunes hasta la liquidación, pero ello no hace comunes los ingresos que procedan del propio trabajo del excónyuge. En consecuencia, los frutos o rendimientos de la empresa o explotación generados por su actividad se integran en el patrimonio indiviso pero corresponde al productor una remuneración por su actuación."

Aplicando la citada doctrina jurisprudencial al caso de autos, procede incluir en el activo de la sociedad de gananciales los rendimientos netos de la finca de carácter ganancial (el cincuenta por ciento indiviso) correspondiente a la campaña 2016/2017 y las posteriores hasta que se lleve a cabo la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

En el proceso de liquidación no pueden analizarse negocios simulados en los que intervinieron terceras personas

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2019

Si el ex esposo considera que también el 50% de la propiedad de la vivienda adquirida por los hijos y donado a la madre es ganancial, porque él fue quien liquidó la hipoteca con el precio obtenido de otro inmueble también ganancial, está sosteniendo que habría existido una simulación o negocio nulo por falta de causa, tanto respecto de la compraventa celebrada por los hijos como respecto de la donación efectuada por éstos a favor de su madre, por lo que se trata de una cuestión que excede al presente procedimiento de formación de inventario y en consecuencia, la cuestión indicada debería dilucidarse, además de la nulidad de inscripciones, en el procedimiento que corresponda, dado que ahora estamos en sede de familia y en un procedimiento de formación de inventario.

Respecto de la controversia existente entre las partes, de la documental aportada a los autos por la parte demandante se acredita que el piso sito en la CALLE000 nº NUM000, piso NUM001 de Madrid pertenece al 50% con carácter ganancial a ambos cónyuges y el otro 50% restante es privativo de D.ª Teodora porque ese porcentaje pertenecía a sus dos hijos mayores y éstos se lo donaron por escritura notarial la madre.

Así, en la Nota Simple del Registro de la Propiedad nº 9 de Madrid (doc. nº 4 de la demanda obrante al fol. 28 de los autos) se indica que la titularidad de la finca referenciada sita en la CALLE000 es la siguiente:

* "Don Anibal, con Nif.... casado con D.ª Teodora, con NIF..., es titular del 50% del pleno dominio con carácter ganancial por título de compraventa. Formalizado en escritura pública autorizada en Madrid por el Notario don Juan Carlos caballería Gómez, el día 18/06/2004, según la inscripción 5ª, obrante al folio NUM004 del Libro NUM003, Tomo NUM003 del Archivo, de fecha 15 de julio de 2004.

* D.ª Teodora, con NIF..., es titular del 50% en pleno dominio con carácter privativo por título de donación. Formalizado en escritura autorizada en Madrid-Aluche por el Notario don José Antonio García de Cortázar Nebreda el día 15/10/2008."

Por otro lado, también se aporta la Escritura Notarial de Donación de 15 de octubre de 2008 (obrante al folio 76 de los autos). En la página 2 de la escritura (al fol. 76 vuelto de los autos) se expone que "don Benedicto y don Alberto manifiestan que son dueños cada uno de ellos de una cuarta parte indivisa de la finca "... y que..."adquirieron dichas participaciones en escritura de compraventa autorizada el 18 de junio de 2004 por el Notario de Madrid don Juan Carlos Caballería Gómez" (fol. 77 vuelto de los autos), disponiéndose en dicha escritura, según consta al folio 78 vuelto, que ambos hijos donan a su madre las participaciones indivisas que cada uno de ellos tenía en el piso de la CALLE000 y que la madre aceptó tal donación, efectuándose la inscripción de la donación en el Registro de la Propiedad nº 9 de Madrid, según consta en el documento nº 4 antes citado.

Por otro lado, en la sentencia de divorcio de 18 de abril de 2007 (obrante al folio 18 de los autos) se indica que el domicilio de la CALLE000 en el que vive la madre, los hermanos mayores y la hija menor no puede considerarse como domicilio familiar del matrimonio puesto que fue adquirido pro indiviso entre las partes y sus hijos mayores de edad cuando el matrimonio se encontraba ya separado y donde, por tanto, nunca había residido el esposo junto con su familia.

Y el piso de la CALLE002 al que se refiere el apelante se vendió por el matrimonio don Anibal y D.ª Teodora en fecha 20 de abril de 2006, a otro matrimonio, es decir, la venta se produjo después

de adquirirse por los hijos las participaciones de la vivienda sita en la CALLE000 en escritura de compraventa autorizada el 18 de junio de 2004 ante Notario.

Además, el apelante no acredita haber efectuado el pago de la vivienda de la CALLE000 con dinero al 100% ganancial, pues ningún documento aporta al respecto. Solamente constan dos documentos referentes a pagos de IBI del inmueble sito en la CALLE000 correspondientes al año 2005 (fol. 97 de los autos) y al año 2008 (fol 82 de los autos).

En definitiva, si el ex esposo don Anibal considera que también el 50% de la propiedad de la vivienda sita en la CALLE000 adquirida por los hijos y donado a la madre es ganancial, porque él fue quien liquidó la hipoteca con el precio obtenido de otro inmueble también ganancial (vivienda de Aluche sita en la CALLE002), parece que el esposo está dando a entender, tal como indica la Juez de instancia, que habría existido una simulación o negocio nulo por falta de causa, tanto respecto de la compraventa celebrada por los hijos como respecto de la donación efectuada por éstos a favor de su madre, por lo que se trata de una cuestión que excede al presente procedimiento de formación de inventario y en consecuencia, la cuestión indicada debería dilucidarse, además de la nulidad de inscripciones, en el procedimiento que corresponda, dado que ahora estamos en sede de familia y en un procedimiento de formación de inventario.

Nulidad del cuaderno particional que mantiene en indivisión la mayoría de bienes

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2019

La liquidación de la sociedad de gananciales no puede concluir en una situación de indivisión del patrimonio común, pues de ser así no sirve para nada toda la actividad procesal desarrollada, para llegar a semejante situación habida al momento de la disolución de la sociedad de gananciales y ser contrario al principio de economía procesal pues deviene obligado para las partes iniciar otro proceso de división de la cosa común. Por ello tal solución habiendo bienes indivisibles no es correcta y debe bien adjudicarse a uno de ellos con abono de precio al otro o proceder a su venta y reparto del dinero sin que deba, como ha hecho la contadora partidora, favorecerse una perpetuación de la comunidad consensual. Se acuerda la nulidad del cuaderno particional y que la contadora partidora proceda a confeccionar uno nuevo.

Alega la parte recurrente infracción de los artículos 1061, 1367 y siguientes del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta al no haberse respetado la necesaria equidad.

Para resolver adecuadamente este recurso debe partirse de puntualizar el espíritu y finalidad del procedimiento liquidatario en que nos hallamos - art. 810 y sgts. de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, dirigido a la división y adjudicación definitiva entre los ex cónyuges del caudal ganancial partible, previamente determinado durante el procedimiento de formación de inventario. Esta precisión no es baladí, pues son precisa y únicamente las partidas inventariadas las que deben valorarse y liquidarse, distribuyéndose entre las partes del modo más equitativo posible y, en su caso, con las compensaciones que procedan.

Tras la disolución de la sociedad de gananciales, y en tanto se procede a su liquidación, surge entre los cónyuges una sociedad post-matrimonial, cuyo régimen no puede ser ya el de aquella sociedad que quedo extinguida, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria y que, conforme a reiterada doctrina y jurisprudencia, ha de regirse por las normas al efecto contenidas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

Y, siendo ello así, obvio es que las operaciones liquidatarias de la sociedad, salvo acuerdo expreso de las partes, practicadas conforme a los artículos 809 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pueden concluir en una situación de indivisión del patrimonio común, según lo efectuado respecto de las partidas integrantes en el activo y pasivo de la anterior fase procesal de formación de inventario, pues, si ello fuera así no hubiera servido de nada todo las actividad procesal desarrollada, para llegar a la misma situación existente al momento

de la disolución de la sociedad de gananciales, obligando a las partes a acudir al juicio declarativo ordinario para proceder a la actiocommuni dividendo, lo que entra en colisión con las normas más elementales de economía procesal. En definitiva, no se puede perpetuar, o incluso sin perpetuar, la situación de indivisión.

La efectiva partición requiere la formación de lotes que permitan la adjudicación independiente a cada cónyuge, y si ello no fuera posible por ser los bienes indivisibles, y no compensables con otros, su adjudicación a uno de ellos con abono del precio o su mitad, al otro, si así lo convinieren, y en último término su venta y reparto del dinero obtenido, sin que deba favorecerse el que la comunidad consensual se perpetúe después en una comunidad romana por cuotas, pues ello supondría una división más formal que real obligando a una nueva litis, autónoma, de división de cosa común (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992 y 14 de julio de 1994).

La perpetuación de la situación de indivisión es contraria a la doctrina expuesta y al artículo 786 de la LEC, que dispone que el contador-partidor procurara evitar la indivisión, norma de aplicación en base al artículo 810,5 de la mencionada ley adjetiva.

La acción aquí ejercitada tiene por objeto precisamente la valoración, liquidación y adjudicación de los bienes y deudas previamente inventariados, para poner fin a la comunidad derivada de la sociedad de gananciales, sin que pueda admitirse una liquidación dirigida a mantener una situación semejante a la existente con anterioridad a la liquidación, lo que sería contrario a la propia naturaleza del procedimiento, quedando aquélla supeditada precisamente al resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales.

La representación procesal de don Virgilio solicita en su recurso la inclusión en el cuaderno particional, como deuda de la sociedad de gananciales, el capital pendiente de amortización del préstamo hipotecario ganancial por un importe de 86.677,71 euros, y que se adjudique al recurrente el activo y pasivo (incluida la hipoteca, deuda ganancial), generando una deuda de la demandada a su favor por importe de 14.496,37 euros.

La contadora partidora ha incluido el importe del préstamo hipotecario que pesa sobre la vivienda ganancial sita en Oropesa del Mar, a fecha 1 de enero de 2018, pero no el préstamo pendiente de amortizar que habría de ajustarse al momento de elaboración del cuaderno particional.

Habiendo quedado determinado dicho préstamo en el pasivo de la formación de inventario es perfectamente válida la inclusión de dicha partida en el cuaderno particional, sin que ello suponga detrimento o afectación perjudicial para las partes, todo lo contrario, siendo de destacar, por otro lado, que las cuotas de amortización de dicho préstamo hipotecario que han ido venciendo y cuyo abono debiera haberse verificado por mitades, materia sobre la que no ha existido controversia, ha sido el recurrente quien las ha sufragado y que van a seguir siendo abonadas en exclusiva por don Virgilio, hasta su completo pago, como se reconoce en el interrogatorio de D.ª Caridad practicado en el acto de la vista, por lo que resulta procedente, a diferencia de lo que recoge el cuaderno particional, cuya argumentación en este extremo es plenamente rechazada, incluir en el pasivo el préstamo pendiente de amortizar, pudiendo adjudicarse al recurrente el activo y el pasivo y proceder a compensar, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 1405 del CC, no pudiendo esta Sala proceder a ello, toda vez que no consta en autos una certificación bancaria que acredita el importe íntegro del préstamo pendiente, a fecha de elaboración del cuaderno particional, toda vez que lo que la contadora partidora aporta como número uno en el escrito de contestación a las alegaciones vertidas por el recurrente en su escrito de oposición a la aprobación del cuaderno particional, es un cálculo efectuado unilateralmente por don Virgilio del importe del préstamo pendiente, no constando certificación del Banco de Santander del capital pendiente de amortizar, ya que los últimos documentos relativos a la amortización del préstamo hipotecario presentados por la parte recurrente son los obrantes en el folio 338 de las actuaciones, siendo el último periodo liquidado, del 1 de marzo de 2017 a 1 de abril de 2017, quedando en dicho momento un capital pendiente de amortización de 90.490,12 euros.

No compartiendo esta Sala, pues, lo argumentado por la contadora partidora.

Dispone el art. 1.061 del Código Civil que, en la partición de la herencia, que resulta aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales en virtud de lo previsto en el art. 1410 del Código Civil, se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza calidad o especie y el 1.062 se refiere a la posibilidad de adjudicar un bien a una de las partes con la obligación de abona al otro el exceso en dinero. En el supuesto que nos ocupa no se ha establecido por la contadora partidora un criterio de igualdad y equiparación en

los lotes adjudicados a cada uno de los cónyuges y no se han seguido los criterios de la jurisprudencia en cuanto a la adjudicación de bienes por lo que debe a rehacer el cuaderno particional, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente y que se dirá a continuación.

Por todo ello, no procede en esta alzada fijar la cuantía plasmada por el recurrente, en concepto de la cantidad pendiente de amortizar del préstamo hipotecario, siendo preciso que la contadora partidora reajuste el cuaderno particional, teniendo en cuenta las indicaciones que se dicen por esta Sala. Primero deberá hacerse en un plazo no superior a dos meses desde la llegada de los autos al juzgado de instancia; segundo, deberá proceder a la inclusión en el cuaderno particional del préstamo hipotecario pendiente de amortizar a la fecha del mismo; tercero, que sea a quien se adjudica el inmueble quien asuma la carga hipotecaria, modificando, pues, las respectivas adjudicaciones y cuarto, proceder a las compensaciones oportunas, a través de las operaciones aritméticas procedentes.

El esposo no tiene ningún derecho de atribución preferente de las acciones gananciales

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2019

No concurre ninguno de los requisitos de art. 1406.2 CC pues el espíritu de este precepto es favorecer la conservación de una empresa y facilitar la continuidad de la actividad o negocio del empresario en el momento de liquidar la sociedad de gananciales, que no es el caso. No se ha acreditado que el ex esposo haya llevado con su trabajo la explotación industrial de la mercantil, aunque haya figurado como administrador único y posteriormente como administrador mancomunado.

En el escrito inicial del procedimiento se promovió demanda de formación de inventario y liquidación de bienes gananciales, aprobando la sentencia de instancia el cuaderno particional y las operaciones divisorias practicadas por la contadora-partidora. Disconforme la representación de D. Celestino, se alza el recurso de apelación, alegando, en síntesis, los siguientes motivos:

1º) Error en la valoración de la prueba, basado en prueba documental y que acredita indubitadamente hechos y datos objetivos de importancia capital que no han sido tenidos en cuenta por la juez de instancia y se han valorado erróneamente.

Una de las pretensiones del apelante, deducida tanto en el acto de comparecencia de fecha 9.10.2018 como en el trámite de oposición al contenido del cuaderno particional y operaciones divisorias formuladas por el contador partidor era, en cuanto a las participaciones sociales de la entidad mercantil P. SL deberían ser adjudicadas en su totalidad al esposo, según el criterio legal establecido y ser administrador único y gestor efectivo desde el 30.08.2007 hasta el 21 de abril de 2008 y administrador mancomunado y gestor efectivo de dicha mercantil desde el 21 de abril de 2008, y no como la contadora proponía adjudicar 25 acciones a cada uno de los cónyuges.

La Juzgadora de instancia no considera probado que D. Celestino gestione la mercantil “P. S.L.” obviando los hechos acreditados mediante la documental pública admitida y no impugnada, esto es, que el esposo es administrador único y gestor efectivo desde el 30.08.2007 hasta el 21 de abril de 2008 y administrador mancomunado y gestor efectivo de dicha mercantil desde el 21 de abril de 2008., Doc. nº 1 y 2 acompañados con nuestra solicitud de liquidación de sociedad ganancial.

El documento nº 1 que se aportó es la escritura notarial de constitución de sociedad limitada “P. S.L.” otorgada ante Notario y, el documento nº 2 que se aportó es la escritura notarial de cese y nombramiento de administradores de la sociedad limitada “P. S.L.” otorgada ante Notario el 21 de abril de 2.008.

Este dato acreditado en el procedimiento es de importancia capital para el resultado de sentido del fallo de la sentencia, puesto que lo que prueba es que D. Celestino es quien gestiona dicha empresa legalmente y, por tanto, es de obligada aplicación

el mandato del art. 1406.2 del Código Civil. De este dato se deriva la cualidad de gestor de dicha sociedad mercantil de acuerdo con la legislación mercantil.

La motivación en sentencia de la juez de instancia para desestimar la pretensión de esta parte de que se adjudiquen al esposo D. Celestino la totalidad de las acciones de la mercantil "P. S.L." de la que ha venido siendo administrador único desde 30 de agosto de 2.007 y administrador mancomunado desde 21 de abril de 2.008 hasta la fecha, está recogida en el fundamento jurídico segundo de la sentencia.

Entiende que dicha motivación en primer lugar errónea, la juez asevera primeramente: " En este caso, lo que se ha acreditado con la prueba practicada es que el esposo no gestiona ningún negocio propiamente dicho en ese caso,..." en contra de la documental pública obrante en el procedimiento ya reseñada y posteriormente expresa como causa de no aplicación del art. 1406.2 que "no está justificada la adjudicación de las 50 participaciones que constante el matrimonio ambos cónyuges adquirieron en la mercantil P. SL, pues ambos cónyuges tenían su propia actividad profesional, la esposa como profesora y el esposo gestionando los negocios privativos de su familia (fundamentalmente la gestión de una finca de campo y locales de negocio)", motivación ésta que no tiene soporte legal alguno ya que ninguna norma establece que para la aplicación de la adjudicación preferente reglada en el art 1406.2 sea requisito no tener otra profesión.

Además, la propia juzgadora da por probado que la actividad profesional de D. Celestino es la de gestionar negocios; por lo que es igualmente ilógico dicha motivación al discriminar la juzgadora, sin más, unos negocios de los que si le considera gestor (la gestión de una finca de campo y locales de negocio) de otros en los que no le considera gestor (la gestión de la mercantil "P. S.L.).

No son comparables, como hace la juzgadora de instancia, las acciones de una mercantil (P. S.L.) que es una explotación económica de la que D. Celestino ha sido siempre administrador, primero único y luego mancomunado y cuyo objeto social es según su escritura de constitución: " A) Promover, diseñar, construir, mantener, operar y explotar instalaciones de producción de energía eléctrica a través del aprovechamiento de la energía solar...B) Adquisición de bienes inmuebles y C) la participación en otras sociedades de idéntico o análogo objeto, para el desarrollo propio de esta sociedad, mediante la suscripción de acciones o participaciones en la fundación o aumento de capital de las mismas o la adquisición de ellas por cualquier título ", con las acciones que tiene el matrimonio en una entidad financiera como es Caixa Bank S.A. de la que evidentemente D.. Celestino no es gestor de la misma, ni con las dos acciones que el matrimonio tiene en el Club Social Polideportivo de la Vinosilla de la que tampoco D. Celestino es gestor.

2º) Respecto a la desestimación de la oposición al cuaderno particional y operaciones divisorias practicadas por la Contadora Partidora, alega infracción del Art. 1406.2 CC.

Artículo 1406.2 del CC.: Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 2.º La explotación económica que gestione efectivamente. Como consecuencia de lo expresado en el motivo anterior las 50 participaciones deberían ser adjudicadas en su totalidad al esposo, según el criterio legal establecido y ser administrador único y gestor efectivo desde el 30.08.2007 hasta el 21 de abril de 2008 y administrador mancomunado y gestor efectivo de dicha mercantil desde el 21 de abril de 2008."

Ninguna duda cabe a día de hoy de que el derecho de adjudicación preferente del artículo 1406.2 CC se reconoce también a las explotaciones realizadas bajo forma societaria. Así resulta de la exposición de motivos de la Ley 7/2003, de 1 de abril de la Sociedad Limitada Nueva empresa, que modificó el artículo 1406.2 CC a través del apartado tercero de su disposición final primera y como ya aludimos a ella en el acto de la vista.

Esta previsión legal -daño o perjuicio o grave desmerecimiento del bien que se divide- junto con el criterio de adjudicación preferencial contenido en el artículo 1406 del mismo texto sustantivo, es precisamente lo que legitima y justifica la decisión que sobre las acciones en cuestión ha adoptado el Contador Partidor, y ha refrendado la Sentencia recurrida.

Las apreciaciones sobre la divisibilidad o indivisibilidad -que tanto puede ser física como jurídica- de un bien, así como la existencia o no de un desmerecimiento por su división, son conceptos valorativos deducibles de datos y hechos que hayan quedado acreditados. En el supuesto de autos, tanto el Contador Partidor como la Juzgadora de la instancia han ponderado, con buen sentido, todas las circunstancias concurrentes y justificado, con un razonamiento lógico y coherente, la necesidad de que todas las acciones gananciales correspondientes a la mercantil "Establecimiento H. Martínez Gil S.A.", sean atribuidas a uno solo de los cónyuges, en este caso, al esposo.

Es verdad que aquí no se trata de repartir el negocio de hostelería cuya titularidad ostenta la mercantil mencionada -que goza de personalidad jurídica propia y distinta de los socios que la integran, sino de distribuir y adjudicar las acciones de esta mercantil pertenecientes a la sociedad legal de gananciales.

3º) Infracción por inaplicación del Art, 209 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Artículo 209, Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.

Del tenor literal del artículo anterior, D. Celestino por el solo hecho de ser administrador de la mercantil "P. S.L." tiene la condición de gestor de dicha sociedad. Su condición de administrador está palmaria y meridianamente acreditada con los docs. nº 1 y 2 aportados por esta parte con su propuesta de liquidación de la sociedad de gananciales y en la que ya solicitábamos la adjudicación de las 50 participaciones sociales de la mercantil P. S.L. al esposo D. Celestino en aplicación del criterio de adjudicación preferente del art. 1406.2 del Código Civil.

La sentencia infringe el art 209 citado al no considerar gestor de la mercantil citada a D. Celestino quien ha probado en el procedimiento mediante documentación pública notarial, no impugnada, que ha sido siempre administrador de P. S.L. y, por tanto, goza legalmente "ex art. 209 del R.D. Legislativo 1/2010 de 2 de julio ", de la condición de gestor de dicha mercantil.

Termina solicitando la revocación de la sentencia de instancia en relación a sus pronunciamientos relativos a la desestimación total de la oposición formulada por esta parte al cuaderno particional y las operaciones divisorias practicadas por la contadora-partidora, respecto del pedimento solicitado en su día y contenido tanto en el acto de comparecencia de fecha 9.10.2018 como en el trámite de oposición al contenido del cuaderno particional y operaciones divisorias formuladas por el contador partidor y, en su consecuencia, se estime dicha oposición en lo relativo a la preferencia de adjudicación de las 50 participaciones de la mercantil P. S.L. integrantes de la sociedad de gananciales, al hoy apelante D. Celestino, conforme al artículo 1406.2 del CC, ya que, desde el 30 de agosto de 2007 el esposo viene desempeñando el cargo de administrador de la sociedad y gestor de la misma.

A dicho recurso se opuso la parte contraria, solicitando la confirmación de la sentencia.

Centrados los términos del recurso, el único objeto del mismo se refiere a las participaciones sociales de la entidad mercantil P. SL, que, reitera en esta alzada, deben ser adjudicadas en su totalidad al apelante, según el Art. 1406.2 CC y ser administrador único y gestor efectivo desde el 30.08.2007 hasta el 21 de abril de 2008 y administrador mancomunado y gestor efectivo de dicha mercantil desde el 21 de abril de 2008. Por el contrario, tanto la Contadora como la sentencia recurrida adjudican 25 acciones a cada uno de los cónyuges.

Dicho esto, debemos partir del régimen previsto en Art. 1061 CC, a cuyo tenor "En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie"-, también aplicable como principio inspirador al reparto de la masa ganancial de acuerdo con el contenido del Art. 1410 del mismo Texto legal, y que consecuencia del principio de igualdad cualitativa de los lotes y que busca que en su formación se atienda a criterios de razonable homogeneidad.

Si bien se debe significar que dicho principio es meramente informador y facultativo; no implica igualdad matemática; la posible igualdad debe apartarse de la conveniencia del contador y centrarse en la composición objetiva de la masa a repartir; y, en fin, no exige atribuir a todos los herederos parte en todos los bienes de la herencia.

Por la remisión del Art. 1410 CC, en todo lo que no se prevé expresamente en las normas sobre inventario, división y adjudicación del régimen de gananciales, a las normas sobre división de la herencia, debe destacarse lo dispuesto en los Arts. 1061 y 1062.1 CC, según los cuales "Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero"-.

Así mismo, el Art. 786.1 LEC, indica al contador que en la formación de lotes debe tratar de evitar tanto la indivisión como la excesiva división. Finalmente, la excepción más importante a la igualdad de lotes establecida en el Art. 1061 CC, sobre su significado y efectos la STS de 7 de marzo de 1985 indicó que la indivisibilidad no solo depende de su consideración material o real, "sino también en el de indivisibilidad jurídica, configurada ésta bien por resultar inservible la cosa para el uso a que se destina, bien su anormal desmerecimiento si se produce la división. ora la causación de un gasto

considerable a los partícipes.

El art. 1.406.2 del Código Civil, establece como preferencia en el haber de uno de los cónyuges, hasta donde este alcance, "La explotación agrícola, comercial, o industrial que hubiera llevado con su trabajo".

Ciertamente, la finalidad de este derecho de atribución preferente es la de preservar la empresa individual como unidad económica, como dice la STS de 28 de mayo de 1992.

Pues bien, aplicando la anterior doctrina al supuesto sometido a nuestra consideración, y valorando las pruebas practicadas en su conjunto, debemos convenir con la Juzgadora de instancia que, con independencia de que figure como administrador único desde el 30.08.2007 hasta el 21 de abril de 2008 y administrador mancomunado desde el 21 de abril de 2008, es lo cierto que, el apelante no gestiona ninguna explotación industrial con su trabajo, sino que ambas partes, constante su matrimonio hipotecaron la que fuera la vivienda familiar y ganancial, para adquirir participaciones/acciones en PERGOLA SOLAR SL, pero el apelante no lleva la gestión de esa empresa.

Ambas partes han tenido su propia actividad profesional, la esposa como profesora y el esposo gestionando los negocios privativos de su familia, como la explotación de una finca rústica y locales de negocio, más en ningún momento explota ni gestiona de forma personal y directa la empresa de energía P., S.L. Simplemente adquirieron participaciones sociales de dicha mercantil que es gestionada por terceras personas.

En consecuencia, no concurre ninguno de los requisitos de Art. 1406.2 CC, pues, insistimos, el espíritu de dicho precepto es favorecer la conservación de una empresa y facilitar la continuidad de la actividad o negocio del empresario en el momento de liquidar la sociedad de gananciales, que no es el caso.

No se ha acreditado que Don Celestino, haya llevado con su trabajo la explotación industrial de la mercantil P., S.L.

El negocio de ferretería era y es privativo

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2019

El traslado o cambio de ubicación del negocio no altera su naturaleza inicial de titularidad privativa exclusiva del marido.

Discrepa la apelante Sra. Carmela de la exclusión del activo ganancial del negocio de ferretería que la sentencia de primer grado califica de privativo del Sr. Juan Carlos.

La presunción de ganancialidad del Art. 1361 del Código Civil ha de reputarse desvirtuada, toda vez que el carácter ganancial o privativo de una empresa o negocio depende de la fecha de su creación o fundación. En el supuesto enjuiciado, el matrimonio de los litigantes fue contraído el 12 de octubre de 1995, y el negocio de ferretería Aljarafe fue fundado antes de la celebración del mismo, como lo revela el alta del Sr. Juan Carlos en el régimen especial de la Seguridad social como trabajador autónomo, en la actividad de "comercio menor de ferretería", formalizada en octubre de 1994, el abono del impuesto de actividades económicas como comercio de ferretería el 26 de septiembre de 1994, y la inspección sanitaria del establecimiento efectuado el 16 de febrero de 1995. Inicialmente el negocio o comercio Ferretería Aljarafe tenia su sede en Ciudad Aljarafe nº 5, local 17, de Mairena del Aljarafe, y posteriormente, constante matrimonio, fue trasladado a otro local situado en Ciudad Ajarafe, conjunto 8, bajo A, adquirido por los litigantes en mayo de 1998, siendo así que el traslado o cambio de ubicación no altera la naturaleza inicial del negocio de titularidad privativa exclusiva del marido.

No se sometió a la prueba biológica e incurrió en ambigüedades y vacilaciones al ser interrogado

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2019

Se declara la paternidad del demandado, pues además de no haberse querido someter a la práctica de la prueba biológica, en el acto de la vista oral con ambigüedades, dudas, vacilaciones y cuando no contradicciones termina por admitir que efectivamente conocía a la demandante quien, sin embargo, si hace un relato preciso, concreto y minucioso de aquella relación significando en todo caso el transcurso de los años - el hijo nace en el año 2003 y del que ya no quiso hacerse cargo - lo que explica ciertas inexactitudes u omisiones en sus manifestaciones que son completamente corroboradas por la testigo que compareció en el mismo acto, quien refiere con convicción y precisión en una declaración digna de crédito la existencia de aquellos hechos.

La dirección letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida se pide que se desestime la demanda de filiación y se alega entre otras razones incongruencia omisiva y alude a contradicciones de los testigos y destaca que no hay ningún dato objetivo y concluye que no existe ningún tipo de indicio y añade que lo único acreditado es que la actora compartía con el demandado el mismo circulo de amigos, todos ellos de origen ecuatoriano y no han vuelto a tener contacto, habiendo transcurrido 16 años y precisa que nunca mantuvieron una relación sentimental.

Insiste en que las declaraciones de la interesada hace declaraciones repletas de vaguedades y señala que hay enormes dudas sobre las pretensiones

Por su parte D.ª Debora pide que se confirme la resolución apelada y alega entre otras razones que el conocimiento de las partes no ha sido negado por el demandado y estima la relación demostrada y explica que D.ª Debora estuvo varias veces en casa del señor Luciano, añadiendo que conocía su dirección, su compañero de piso y sus conocidos en aquel momento.

Por su parte el Ministerio Fiscal pide que se confirme la resolución apelada y alega entre otras razones que es ajustada a derecho.

Se cuestiona en esta alzada la estimación de la demanda que pretendía se declarase que Álvaro era hijo de Don Luciano.

Frente a los alegatos de la parte demandante quien, en el escrito rector del procedimiento, relata la existencia de una relación sentimental con el demandado durante el año 2002, sin convivencia, éste refiere en la contestación a la demanda que compartía con la demandante el mismo círculo de amigos en la ciudad de Madrid, todos ellos de origen ecuatoriano, siendo la actora una persona más - dice- dentro de ese círculo común de amistades, indicando que tuvieron poco trato, para terminar señalando que esto fue apenas durante un mes.

En el acto de la vista oral el interesado con ambigüedades, dudas, vacilaciones y cuando no contradicciones termina por admitir que efectivamente conocía a la demandante quien, sin embargo, si hace un relato preciso, concreto y minucioso de aquella relación significando en todo caso el transcurso de los años - el hijo nace en el año 2003 y del que ya no quiso hacerse cargo Luciano - lo que explica ciertas inexactitudes u omisiones en sus

manifestaciones que son completamente corroboradas por la testigo que compareció en el mismo acto, quien refiere con convicción y precisión en una declaración digna de crédito la existencia de aquellos hechos.

Es importante destacar como la testigo expresa desconocer algunos detalles - por el transcurso del tiemplo o porque Luciano no subía a la casa- lo que sin duda otorga mayor credibilidad a la veracidad de sus explicaciones siendo así que la firmeza y solidez de cuanto manifiesta no es desvirtuada por el relato del resto de los testigos.

Todos estos indicios, y no precisamente débiles, determinan el valor que ha de darse a la negativa injustificada del demandado a practicar la prueba biológica.

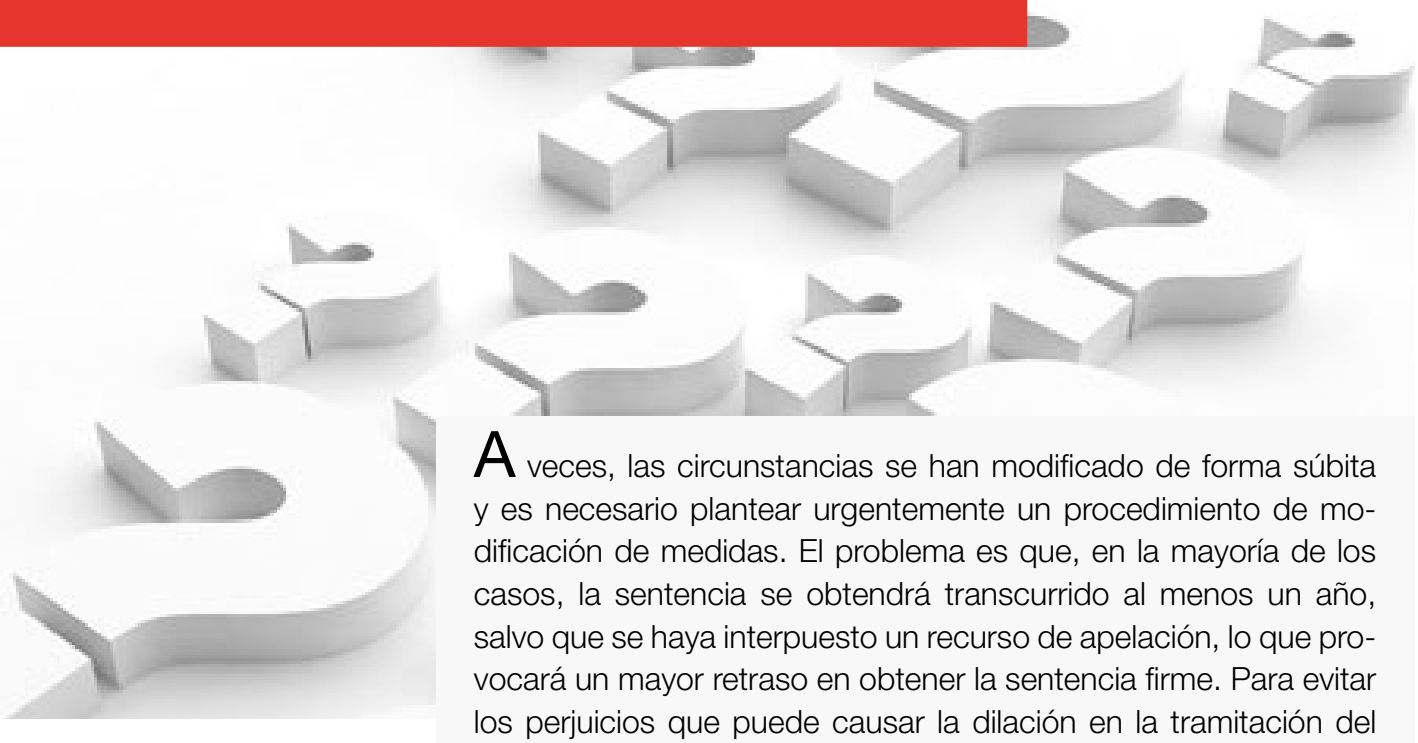
En efecto, hay que recordar lo que enseña el TS entre otras en sentencia de 18 de julio de 2017 según el cual:

"..... determinar la intensidad probatoria que ha de atribuirse al hecho de la negativa injustificada por parte del demandado a someterse a la prueba biológica, cuyo resultado está dotado prácticamente de certeza. Es cierto que resultaría abusiva la pretensión de que se someta a dicha prueba el demandado respecto del que no existiera indicio alguno de contacto con la madre en la época aproximada de la concepción, pero esto no sucede cuando está acreditado que tal relación existió y hay una probabilidad - incluso débil- de que efectivamente fuera cierta la paternidad que se le atribuye. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, citada reiteradamente por esta sala, puede quedar resumida -en lo que ahora interesa- por la sentencia 7/1994, de 17 enero, que dice lo siguiente al referirse a la prueba biológica: "donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación. Como hemos declarado en la STC 227/1991, fundamento jurídico 5.º, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa [STC 98/1987, fundamento jurídico 3.º, y 14/1992, fundamento jurídico 2.º]. Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º)" En la misma sentencia se hace la siguiente declaración: "En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del art. 24.1 CE [STC 227/1991, fundamento jurídico 3.º, 14/1992, fundamento jurídico 2.º, y 26/1993, fundamento jurídico 4.º], colocándola en una situación de indefensión". En igual sentido cabe citar, entre otras, la STC 177/2007, de 23 de julio. Dicha doctrina está presente del mismo modo en las resoluciones de esta sala. Así la sentencia núm. 508/2001 de 24 mayo, considera la negativa del demandado a la práctica de la prueba de ADN como "indicio muy cualificado", remitiéndose

a otras sentencias anteriores como las número 947/1994, de 21 de octubre y 520/1996, de 24 de junio. La misma sentencia destaca cómo la jurisprudencia tiende a aumentar cada vez más el valor probatorio de dicha negativa, con cita de las sentencias número 1045/1997, de 17 de noviembre, 884/1998, de 3 de octubre, y 302/2000, de 28 de marzo. Se trata de una manifestación más del principio de disponibilidad y facilidad probatoria a que se refiere el artículo 217.7 LEC, que opera aquí con singular intensidad, como se desprende de los razonamientos del propio Tribunal Constitucional. No cabe primar la actuación de quien obstaculiza, sin razón justificada, la averiguación de la verdad teniendo a su alcance la posibilidad de facilitar a la otra parte y al tribunal la solución del problema litigioso, confiando por su parte en que la falta de certeza de la prueba aportada por la demandante le permita obviar la declaración de paternidad y el cumplimiento de su función y obligaciones paternofiliales. Resulta contrario a elementales principios de justicia propiciar que estas conductas de negación puedan generalizarse privando al hijo de la posibilidad de obtener certeza sobre su filiación, dando efectividad a la negativa únicamente en aquellos casos en que la prueba resulta menos necesaria al existir elementos probatorios suficientes para deducir la paternidad del demandado. Lo deseable es que la determinación de la filiación respecto del demandado se produzca cuanto antes, bien sea con resultado positivo o negativo, no sólo por razones de seguridad jurídica sino por los propios derechos de carácter material que se traducen en la obligación de alimentos cuando la hija va a alcanzar una edad en que las necesidades de todo tipo son cuantitativamente mayores. No cabe, en ningún caso, dar mayor protección a la opción obstruccionista del demandado que a intereses de tan alta valoración como los ya expresados que corresponden a la menor, en cuyo beneficio se ejercita la acción de reclamación de la filiación paterna. A todo lo anterior es preciso añadir que hoy día ya no resulta imprescindible la extracción de sangre para la práctica de la prueba, pues los avances científicos permiten obtener con total fiabilidad las muestras necesarias para ello de forma absolutamente indolora, bastando una muestra del ADN de ambos (posible padre, e hijo) mediante la obtención de las células epiteliales de la mucosa oral, siendo suficientes incluso las muestras derivadas de manchas de sangre o sudor, uñas cortadas, cepillo de dientes, chicles, dientes de leche o pelos arrancados de raíz, entre otros medios. CUARTO.- En el caso ahora enjuiciado no cabe compartir las conclusiones de la sentencia recurrida en el sentido de no atribuir valor decisivo a la negativa del demandado a someterse a la prueba de ADN, por considerar la Audiencia que “no ha quedado evidenciada la existencia de datos que permiten entender acreditada la relación sentimental ante la existencia de versiones contradictorias”. En primer lugar, constituye esencia de la función judicial valorar la contradicción entre las versiones sostenidas por las partes, teniendo muy en cuenta cuál de ellas resulta ser la más interesada y, por tanto, menos digna de crédito. Tampoco es necesario que se pruebe la existencia de una relación sentimental entre las partes, pues basta una simple relación de conocimiento de la que pudiera inferirse la posibilidad de la procreación en atención a datos como los que concurren en el caso presente, al estar acreditado que la demandante y el demandado se conocían porque frecuentaban el mismo gimnasio -en la época aproximada de la concepción de la hija de la demandante- donde se relacionaban, a lo que hay que añadir que el titular del establecimiento declaró que, según comentarios, estaban “liados”. Es cierto que como prueba de paternidad tales circunstancias resultan insuficientes, pero ello -unido a la negativa del demandado- permite al tribunal hacer dicha declaración con plena certeza.”.

Tales premisas jurisprudenciales son plenamente aplicables al caso enjuiciado lo que conlleva la confirmación íntegra de la sentencia recurrida y el rechazo del recurso planteado.

CASOS PRÁCTICOS



A veces, las circunstancias se han modificado de forma súbita y es necesario plantear urgentemente un procedimiento de modificación de medidas. El problema es que, en la mayoría de los casos, la sentencia se obtendrá transcurrido al menos un año, salvo que se haya interpuesto un recurso de apelación, lo que provocará un mayor retraso en obtener la sentencia firme. Para evitar los perjuicios que puede causar la dilación en la tramitación del procedimiento, **¿podrían solicitarse medidas provisionales previas a la interposición de la demanda de modificación de medidas?**

La respuesta es negativa. Aunque ciertamente en muchos procedimientos de modificación de medidas bastaría una simple comparecencia (sin necesidad de contestación a la demanda por escrito) para obtener una resolución sobre el fondo del asunto, con el ahorro de costes y tiempo, la realidad es que la actual redacción de la Lec no permite otra respuesta jurídica al tema planteado.

Por un lado, el art. 771 de la Lec indica lo siguiente: "*Medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio. Solicitud, comparecencia y resolución. 1. El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil ante el tribunal de su domicilio*". Por tanto vemos que el legislador ha diseñado la petición de medidas previas para unos supuestos concretos entre los que no se encuentran los procedimientos de modificación de medidas.

Por otro lado, el art. 775.3 de la Lec señala que "*Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773*". Es decir, sí permite la modificación provisional de las medidas, pero siempre de forma coetánea a la tramitación del procedimiento de modificación.

Al menos, ayudaría bastante la modificación provisional, pero ¿en la práctica se admite la modificación provisional? Numerosos juzgados, o no la admiten o acumulan la comparecencia de medidas y la vista principal. Precisamente por ello son cada día más importantes las peticiones de retroacción de los efectos de la sentencia a la fecha de interposición de la demanda para evitar abusos de derecho y paliar de algún modo las dilaciones en la tramitación de los procesos.

CRONICA DEL XXVII ENCUENTRO (JORNADAS CENTRALES) DE LA ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA

Estas jornadas de marzo de 2020, publicitadas como "UNAS JORNADAS DE CINE", ciertamente han hecho honor a su título:

Primero, por los asistentes, compañeros de toda la geografía española que, semanas antes de la celebración de las jornadas, llenaron el aforo disponible en la extraordinaria sala del Meliá Castilla. Es una gran satisfacción ver cómo cada año se consolida el mayor evento jurídico a nivel nacional en el ámbito del Derecho de Familia. Sin vosotros, queridos asociados, que sois los actores principales, no habría sido posible. Una vez más ha sido un lujo reencontrarnos con tanta ilusión y las mismas ganas de aprender que cuando hace más de veintisiete años, asistimos a nuestro primer Encuentro.

Por tanto, gracias queridos compañeros por vuestro esfuerzo y compromiso, con el derecho de familia, y con la AEAFA. Nosotros sentimos orgullo de pertenencia estando junto a todos vosotros.

Segundo, por la calidad de los ponentes y de las ponencias, y por el esfuerzo por innovar en los formatos. Se sigue tratando por la AEAFA de transmitir conocimiento, pero a su vez, de tratar de hacerlo con propuestas sorprendentes que aporten novedad, y mayor facilidad para la adquisición del conocimiento.

Tercero, por la apertura y cierre, en la que contamos con las primeras personalidades, para el inicio y el fin de las tan esperadas jornadas centrales.

Cuarto, por el cambio de Junta Directiva, que sigue liderada por la unánimemente querida y respetada Presidente, Mariló Lozano. Desde estas líneas queremos dar nuestra más cálida enhorabuena a la nueva Junta Directiva, y les deseamos los mayores éxitos en su gestión, que serán éxitos para la AEAFA.

Y a los que nos vamos, agradecer este tiempo en la Junta de la AEAFA como un gran honor, compartido entre los 11 miembros de la junta 2016-2020, que ya somos, más que compañeros, amigos queridos.

Quinto, por el cambio de sede,ya que tras al menos en los últimos quince años celebrándose en el hotel Eurobuilding, se optó, por diversos motivos, trasladar las jornadas al hotel Meliá Castilla, que sin duda, creemos ha cumplido con las expectativas, y ha dado buen cobijo a nuestro encuentro, tanto desde el punto de las necesidades de espacio, comodidad, medios técnicos etc…

como desde el punto de vista acogedor, que creemos nos ha permitido, ya en esta primera vez, sentirnos como “cercanos” en sus instalaciones.

Y por último, porque parece realmente de ciencia ficción, la gran dimensión, en el mejor sentido, que ha adquirido nuestra querida AEAFA.

Por todo ello, creo que podemos estar orgullosos de las jornadas de cine celebradas.

Entrando en la crónica concreta de las mismas, las jornadas comenzaron el jueves a las 9 horas, tras las acreditaciones, con la inauguración a cargo del Ministro de Justicia D.Juan Carlos Campo y tratándose de unas Jornadas de “cine” , no podía ser otra persona que D. Eduardo Torres-Dulce Linfante, Fiscal del T.Constitucuonal en excedencia, Abogado y Crítico de Cine, quien también interviniera en este acto de inauguración, disertando de una manera magnifica, sobre el cine y el Derecho de Familia, ambos acompañados de nuestra Presidente Maria Dolores Lozano y nuestra anterior vicepresidenta, María Dolores Azaustre.

Siguió a la apertura, la interesante mesa redonda, titulada a modo de simil cinematografico “Veredicto Final” , sobre “Cuestiones de Actualidad en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Supremo en materia de derecho de famila”, en la que intervinieron, Doña. Encarnación Roca Trías, Magistrada del Tribunal Constitucional, Doña. Mª de los Ángeles Parra Lucán, Don José Luis Seoane Spielgelberg y Don Eduardo Baena Ruiz, Magistrados del Tribunal Supremo. En esta mesa redonda, como viene siendo sello de las jornadas centrales, explicaron las últimas resoluciones en materia de familia, resoluciones de enorme interés, tal y como se pudo constatar en ponencias posteriores, en las que se esgrimían las Sentencias expuestas en las disquisiciones de los distintos ponentes.

Seguidamente con una pausa-café, tuvimos el primer encuentro entre los distintos compañeros, y la oportunidad de vernos, aunque sea una vez al año en nuestras jornadas centrales.

Tras la pausa fue el turno para “Dos hombres y un Destino”, debatiéndose “Sobre regímenes económicos matrimoniales”, que correspondió su exposición a dos primeros espadas que no necesitan presentación , Don Antonio Javier Pérez Martín y a Don Ángel Luis Rebolledo Varela.. La ponencia tuvo un formato novedoso, encarándola no como una exposición continuada, sino como un diálogo entre ambos juristas, que iban planteando disyuntivas, que posteriormente las resolvían el uno o el otro o ambos.

Aludieron a cuestiones clásicas pero de neta actualidad sobre el régimen económico matrimonial, recogiendo la jurisprudencia más reciente del TS, y las propias interpretaciones de los ponentes, en temas tales como la tan manida fecha de disolución de la sociedad de gananciales, la problemática en torno a la indemnización por despido, los planes de pensiones, las reservas, dividendos y beneficios no repartidos de empresas privativas, etc…

A esta ponencia siguió, sin interrupción, bajo el símil de la titulada “Mañana Empieza Todo”, la intervención de la Magistrada, Doña Rosalía Fernandez Alaya, con la ponencia “Nuevos problemas jurídicos en materia de filiación”, finalizando así la primera mañana o “Sesion Matinal” de las jornadas.

La tarde se inició con el símil cinematográfico de “Mas Alla de la Duda”, ponencia sobre “La prueba en Derecho de Familia” a cargo de Don Xavier Abel Lluch, Magistrado, del que el ponente es un gran experto.

En su intervención afrontó primero una serie de interesantes premisas dogmáticas, continuando con la complicada prueba, por sus innumerables aristas, de la audiencia del menor, continuó con el interrogatorio de partes, prueba documental etc…, no pudiendo terminar su extensa ponencia, que nos ha quedado escrita para acudir, seguro con habitualidad, en nuestra práctica diaria.

Continuó como última ponencia de la sesión de tarde, la que tuvo lugar a cargo de Don Andrés Urrutia Badiola, Notario, experto en derecho de sucesiones, que, con una ponencia en formato de entrevista, fue contestando a preguntas habituales en la práctica, haciendo comparativa entre los distintos derechos de las comunidades autonomías y el Código Civil. Entre otras cuestiones, respondió a las soluciones para testamentos de personas divorciadas, aludiendo a figura de la sustitución, a la separación de hecho aludida en el artículo 834 CC, analizó la figura de los contadores partidores y de los albaceas, también del contador partidor dativo, habló de la solución a la ocupación de uno de los herederos de una vivienda del haber hereditario, de la interpellatio in iure etc., etc…

Una vez terminadas las dos ponencias de la tarde, tuvo lugar la Asamblea General de la AEAFA y posteriormente la cena en el mismo hotel Meliá Castilla. Tras la cena se nombraron a los nuevos amigos de la AEAFA que en este caso fueron la magistrada del Tribunal Supremo D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán, el Fiscal de la Audiencia Provincial de Valencia, D. Gonzalo López Ebri, y el catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia D. Javier Carrascosa. Instantes después de entregó el precio de artículos jurídicos "José Corrales" que recayó en el trabajo realizado por el abogado D. Manuel Gómez Valenzuela.

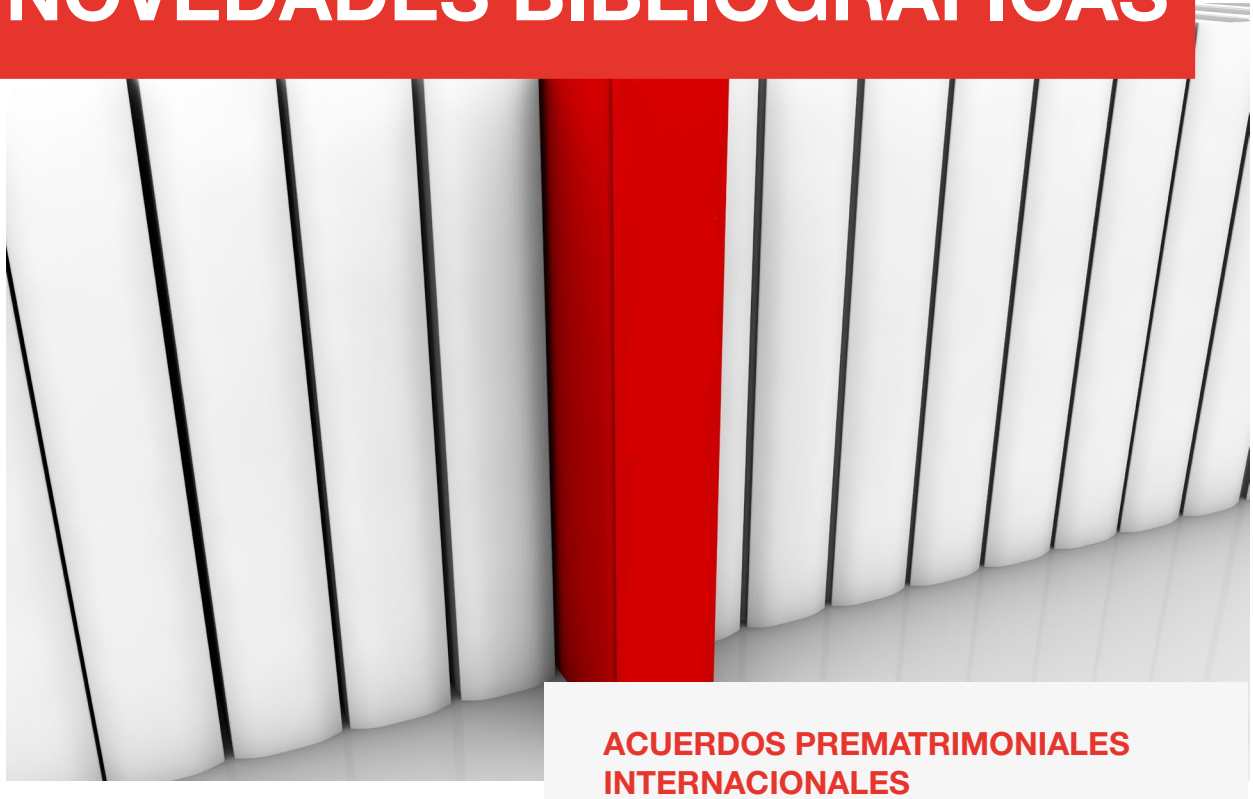
El sábado se inicio la sesión matinal con el título de "Seis Juristas Sin Piedad", con la ponencia "Distintas visiones sobre una misma realidad en relación a los hijos mayores", que trató de la práctica de role playing, emulando dos juicios, con la temática de los hijos mayores de edad, en la que intervinieron D.ª María Antonia Mateu, Abogada, D. Gonzalo Pueyo, Abogado, D.ª Gabriela Domingo, Abogada, D.ª Sonia Álvarez. Abogada, D.ª Margarita Pérez-Salazar, Magistrada, Don Xabier Pereda, Magistrado. Fue una actividad ciertamente interesante y didáctica, que creo mantuvo al público pendiente del desarrollo de la misma.

Tras la pausa para el café, comenzamos con el apartado de “Comunicaciones” en el que se expusieron un total de tres comunicaciones, cuyos autores fueron: -Raquel Perez Diaz; - Maria Angels Perez Diaz y Ana Maria Muñiz, resultando todas las exposiciones muy interesantes y dinámicas, y además tuvieron una muy positiva acogida, esperando que años venideros continúe esta fórmula que se puso en marcha en las Jornadas Centrales del pasado año y más compañeros se animen a exponer interesantes cuestiones.

Para finalizar las jornadas, se efectuó el clásico “Foro Abierto”, en el que intervinieron: Don Luis Romualdo Hernandez Diaz Ambrona, Magistrado Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz, quien tuvo la amabilidad de dirigirlo, acompañado de nuestra Presidente Doña Maria Dolores Lozano Ortiz, la Vicepresidente Doña Maria Perez Galvan y Doña Maria Dolores Azaustre Garrido. Nuevamente, volvió a generar gran número de interesantes reflexiones, tanto de miembros de la mesa como del resto de asociados.

Para la clausura de las Jornadas, contamos con el Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Don Jose Maria Alonso Puig, y con nuestra Presidente, Doña María Dolores Lozano Ortiz, que pusieron el punto final, a unas, nuevamente, fantásticas jornadas.

Fernando Hernández Espino y Kepa Ayerra Michelena

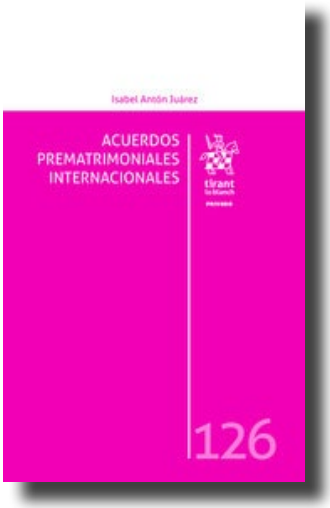


ACUERDOS PREMATRIMONIALES INTERNACIONALES

Isabel Antón Juárez

Editorial Tirant lo Blanch

2019 - 292 pág.



Los acuerdos prematrimoniales internacionales en previsión de ruptura matrimonial son cada vez más habituales.

El mundo globalizado en el que vivimos hace que las familias transnacionales sean frecuentes. Los cónyuges, en ocasiones, no comparten nacionalidad, a veces ni incluso, residen en el mismo país. Esta situación hace que el elemento extranjero esté presente. Junto con la interculturalidad existe también otro factor que convierte en relevante el objeto de la presente monografía, el divorcio.

La frecuencia de las rupturas matrimoniales hace necesario tener presente los acuerdos prematrimoniales.

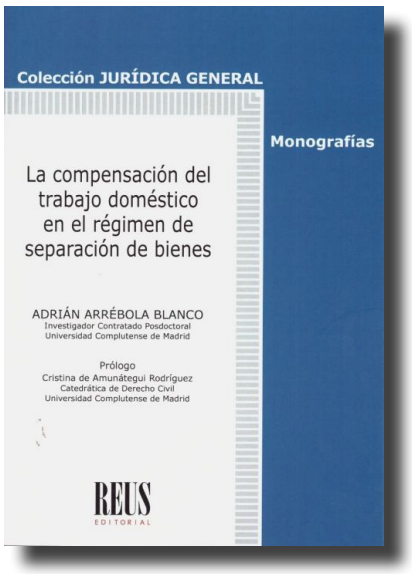
Este instrumento jurídico permite prever antes de que se celebre el matrimonios los efectos económicos pero también personales de una posible ruptura matrimonial. Los cónyuges pueden utilizar este tipo de acuerdos para determinar el régimen económico matrimonial que rige su matrimonio o evitar reclamaciones

entre ellos de pensiones post-divorcio. Sin embargo, los acuerdos prematrimoniales también pueden presentar gran valor desde un punto de vista internacional privatista. Esto es así porque pueden ser la vía para intentar determinar el posible tribunal competente en caso de un divorcio, el derecho aplicable al mismo o a una pensión de alimentos. Con el objetivo de que el lector pueda adquirir un conocimiento profundo de la materia, el estudio de los acuerdos prematrimoniales, se va a realizar de forma transversal. Estos acuerdos se van analizar tanto desde un punto de vista internacional privatista como material como de Derecho comparado.

El fin es resolver muchos de los problemas jurídicos que presenta este tipo de acuerdos desde diferentes perspectivas jurídicas para que resulte de utilidad a los diferentes operadores del ordenamiento jurídico.

LA COMPENSACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Adrián Arrébola Blanco
Editorial Reus
2019 - 545 pág.



La compensación del trabajo doméstico ha suscitado múltiples interrogantes desde su inclusión en el artículo 1.438 del Código civil. Nuestros jueces y tribunales la interpretaron unas veces como un derecho de participación en las ganancias que intervenía en el régimen de separación de bienes por razón del trabajo invertido por cualquiera de los cónyuges en el hogar, otras como un sistema tendente a la restitución del enriquecimiento y empobrecimiento correlativa e injustificadamente producidos entre éstos, mientras que otras veces vieron en ella una herramienta de resarcimiento por los daños y perjuicios que experimentaron en su desarrollo profesional o académico como consecuencia de su dedicación a los menesteres domésticos.

Esta situación repercutía negativamente en la seguridad jurídica de los ciudadanos que esperaron más de treinta años la llegada de la unificación de doctrina, a fin de obtener mayor certeza en el ejercicio de este derecho. Sin embargo, aunque éstos recuperaron la certidumbre de que les había privado la acción del legislador a la hora de configurar la compensación del trabajo doméstico, el resultado de la unificación de doctrina no sería capaz de superar definitivamente los obstáculos y desafíos a los que de esta forma se enfrentaba el Tribunal Supremo. La obra parte precisamente de esta insuficiencia con el propósito de sugerir una reinterpretación coherente con la realidad social contemporánea, muy distinta a aquella para la que fue inicialmente concebida la compensación del trabajo doméstico como resultado de la ley de 13 de mayo de 1981.

MICRORRELATOS

SUPERSTICIONES

M.ª Dolores Azaustre Garrido

Abrió los ojos. El reloj marcaba las 07:13 h. ¡Y trece!. Había una posibilidad entre 60, pero tuvo que ser a "y trece".

Llevaba años luchando contra esos pensamientos absurdos que en cierta manera condicionaban su suerte. Quiso volver a dormirse para despertar en otro minuto, pero ya no era posible. Desde ese momento ya sabía que ese día todo iba a salir mal.

A pesar de todo se arregló con ilusión, se había propuesto resetearse. Tenía un juicio importante en esa mañana y tenía que dar lo mejor de sí misma.

Pero el trece la perseguía. El termómetro del coche indicaba una temperatura de 13º y el locutor de radio vociferaba que eran las 08:13 de la mañana. De repente tuvo curiosidad por consultar el número de autos del juicio de divorcio y efectivamente, era el 1.513.

Pasillo del Juzgado, saludo al compañero y alegría al ver que, cediendo ambos, habían sido capaces de reconducir el asunto a mutuo acuerdo, adoptando la mejor de las soluciones posibles.

Satisfacción. El reloj del coche marca las 12:13, pero ya no importa.

TOMÓ EL CAMINO DEL ADIÓS

Kepa Ayerra

Su lucha estaba enfundada en palabras sin rebate: Justicia, honra, dignidad!…

Los pleitos se habían sucedido, divorcio contencioso, peleando todas las medidas, al que siguieron dos ejecuciones, una modificación de medidas y una denuncia.

Cómo voy a ceder, he cedido en todo con Laura!, cuando cedo es peor, decía el cliente a su ya cansado y descreído abogado.

Es que una nueva modificación de medidas no tiene recorrido, no puedo acompañarte a pegarte contra la pared, le dijo el abogado.

Sin escuchar al letrado, el cliente siguió: Porqué no me dejará vivir tranquilo, que pase página de una puta vez, yo sólo quiero que me olvide, siguió el acalorado cliente.

El abogado lo tuvo claro: Dios! Sigue siendo su mujer… nunca se ha divorciado. Prefiere seguir unido a ella aunque sea en la batalla; une mucho, demasiado.

Tomó el camino del adiós, pero no del adiós a Laura, del adiós a sí mismo.

EL NIETO

María Pérez Galván

Sintió vértigo, tristeza, rabia, impotencia, le contó su mejor amiga que su hijo se iba a divorciar.

A partir de entonces, todo sería dividir y restar. Dividir los ingresos, los tiempos con su único nieto, Adolfo, esa luz que tanto la había iluminado en esta etapa ya dorada de su vida, restar en la economía familiar, viajes, ocio y restar en cariño y cuidados de cada uno de los padres con su nieto.

Eso no lo acababa de asimilar, temía que Adolfo sufriera mucho en adelante y que ya no tendría una familia unida como hasta ahora.

El vértigo se apoderó de ella ante la inseguridad del futuro. Sonó el teléfono, era la madre de su nieto. La conversación fue corta pero clara y sincera: Pase lo que pase entre nosotros, no vas a perder a tu nieto. Soy madre como tu. Sé lo que el significa para ti y lo que tu significas para el.

La luz volvió a brillar en su alma.

SOY

Inmaculada Marín Carmona

Cerró de un portazo. Ella se quedó temblando, incapaz de borrar aquella imagen de su marido arrancándole de las manos el maletín con los documentos ya preparados para entregarlos a su abogado, mientras le decía “todo es mío, no eres nada sin mi”.

Varios intentos de divorcio abortados y veinte años de convivencia retumbaban en su cabeza y aprisionaban su corazón. Ya no sabía llorar.

Recorría con la mirada la habitación, cuando un movimiento insistente de su móvil la sobresaltó. El email “abogado de familia” le preguntaba: ¿Cómo estás? ¿Tienes ya la documentación? Sin ninguna duda, pulsó responder y adjuntar archivo: Documentos bienes comunes. Enviar.

LA ESCALERA

José Gabriel Ortolá

Hubo un tiempo en que, viviendo en la primera, seis plantas le parecían pocas. Ahora, tras casi un mes en que subirlas y bajarlas se había convertido en su rutina deportiva, ya no tanto. El confinamiento se estaba haciendo muy duro para alguien que necesitaba correr para desahogarse.

Hoy ya había hecho el recorrido veinte veces. Y, a pesar del dolor de sus piernas y el cansancio que experimentaba, no conseguía liberarse de la rabia que sentía. No podía quitarse de la cabeza esos criterios dictados por la Junta sectorial de jueces de su ciudad que eran utilizados por la madre de sus hijos para no dejárselos ver. Y nada podía hacer. Tenía que esperar. Se lo había dicho su abogado.

- ¡Qué poca vergüenza!- decía en voz alta cada vez que alcanzaba la cima e iniciaba el descenso.

Llevaba ya muchos días tentado, pese al confinamiento, de ir a hablar con la madre de sus hijos, cara a cara, para decirle todo lo que pensaba. Pero no se decidía.

Cuando, exhausto, coronó por vigésimo primera vez la planta de ático, las piernas le dolían horrores. Mientras se las apretaba con las manos, se giró y miró fijamente la puerta 28.

-¡De hoy no pasa!- se dijo. Y comenzó a presionar con insistencia el timbre de la puerta.

1940-2020
Mariló Lozano Ortiz

No puedo pensar, tengo hambre y mucho frío, estoy temblando, me duelen los huesos, me siento a morir, no es justo, por qué pasa esto?, por qué a mí?, ojalá hubiese nacido en otro lado, en otro tiempo, lloro y no puedo parar, estoy solo, se llevaron a mi madre, mi padre no ha vuelto, sigo llorando, me acurruco, estoy helado, los cristales de las ventanas están rotos, no soy el único, estamos juntos pero solos…, no importamos a nadie, abandonados!!;

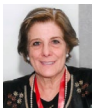
Y voy despertando, es otra pesadilla, pensé que nunca volverían otra vez, que lástima de infancia, que sufrimiento, una postguerra, ningún niño debería vivirlo. Intento abrir los ojos, me cuesta, se me cierran de nuevo, que sueño tan profundo!, tendré que dejar las pastillas, me atontan!, me duele mucho la cabeza, esos zumbidos me están matando, murmullos, voces, que se acercan y alejan, creo que me tocan, abro los ojos, veo borroso, me hablan de lejos.

De qué van vestidos?, forrados de plástico y con la cara tapada? Sigo soñando, seguro que es otra pesadilla, quiero despertarme, levantarme, salir de aquí. No puedo hablar, no puedo pensar, tengo frío, tiemblo, me duelen los huesos, me siento a morir, qué me pasa?, dónde estoy,? Por qué estoy aquí?... Se me acerca una voz, reconozco esa voz, “venga Juan, muy bien, un día menos para salir, vas bien”. Y me despierto, y no puedo moverme, no puedo hablar, estoy lleno de cables, y vuelvo a sentir el terror de la soledad y del miedo, mucho miedo. Entran, salen, conectan desconectan cables, me hablan, me animan, me cuentan, el uno, la otra, y así continuamente, y entonces recuerdo, el dónde y el por qué?, y se me inunda el alma de pena y congoja, Dios!! no quiero irme con el corazón lleno de mis pesares de la infancia. No es justo, no me lo merezco.

SU PRIMERA VISTA…….

Ferrnando Hernández Espino

Manos sudorosas…. y la respiración entrecortada…., no más exámenes ni más prácticas, acababa de terminar su formación en la Escuela Judicial y se disponía a afrontar su primera vista derivada de un procedimiento contencioso de divorcio que se tramitaba en el Juzgado de su también primer destino. Lo que sí que tenía claro el incipiente Juzgador, es que por lo especial de la materia a tratar, donde en ocasiones lo jurídico se mezcla con las emociones más íntimas, debía procurar ser lo más comprensivo posible con las cuestiones que de especial sensibilidad pudiera surgir a lo largo de la vista y estar abierto a la posibilidad incluso de arbitrar soluciones improvisadas a las distintas incidencias que se pudieran presentar. Ante él, los Letrados de las partes, el Fiscal y la vida de una familia en juego, por lo que era consciente de tener como especial finalidad, la de pacificar el conflicto que subyacía bajo este , evitando la personalización del mismo, o el que se añadiera emotividad al proceso, siendo además sabedor de que evitando tales circunstancias, facilitaría una adecuada resolución , que contribuyera de forma eficaz a evitar esos negativos efectos que pudieran derivarse desde posiciones tradicionales basadas en la confrontación. Manos sudorosas….. y respiración entrecortada…… ¡¡ comienza la vista¡¡.



ANTES, DURANTE Y DESPUÉS DEL COVID-19

Mercé Mira i Cortadellas

ANTES: nos quejábamos de lo mucho que trabajábamos y de los equilibrios que teníamos que hacer para tener/ encontrar TIEMPO para estar con la familia y amigos.

DURANTE: tenemos mucho tiempo, pero como estamos confinados, tenemos que reinventarnos y tirar de las nuevas tecnologías, y ahí hay una Brecha, ya que dependiendo de la EDAD (es fácil o supone un esfuerzo: inmenso, grande, medio, moderado o inexistente entre los “peques”), y organizar El Día a Día, sin caer en el “non Fermíniente”, porqué no estamos de vacaciones.

Y un DESPUÉS: que todos esperamos sea lo más pronto posible, pero conscientes de que ha sido un KRACK a nivel mundial de Salud y Económico, que sabemos cuándo empieza, pero NO cuando acaba ni como, como nos pasa con los procedimientos de Familia contenciosos.

Pero, como soy MUY POSITIVA: está siendo una Gran Alerta Mundial, que está sacando lo mejor de todos nosotros: solidaridad, generosidad y compromiso con la humanidad”.

IRREMEDIABLEMENTE CIERTO

Javier Pérez Martín

No hay otra cosa en mi mente, en mi alma y en mi corazón, que su imagen, su aroma, el tacto de su piel, el sabor de sus besos, su voz... lo daría todo por ella.

Vale Carlos, te entiendo perfectamente. Es la tercera vez que quedamos, me has contado lo maravillosa que es tu mujer, aquél viaje inolvidable al Caribe, las noches interminables de amor, los momentos mágicos en los que tocasteis el cielo…

Pero soy tu abogado, tu mujer te dejó hace seis meses y nos quedan tres días para contestar a la demanda de divorcio.

A ver, si en el wasap dice que “no te soporta ni te ha soportado nunca”, creo que esto significa que no quiere verte más, que no tienes aroma, que tu piel es rugosa, que tus besos le saben amargos y que no quiere oír tu voz jamás.

¿Usted cree? Irremediablemente cierto.

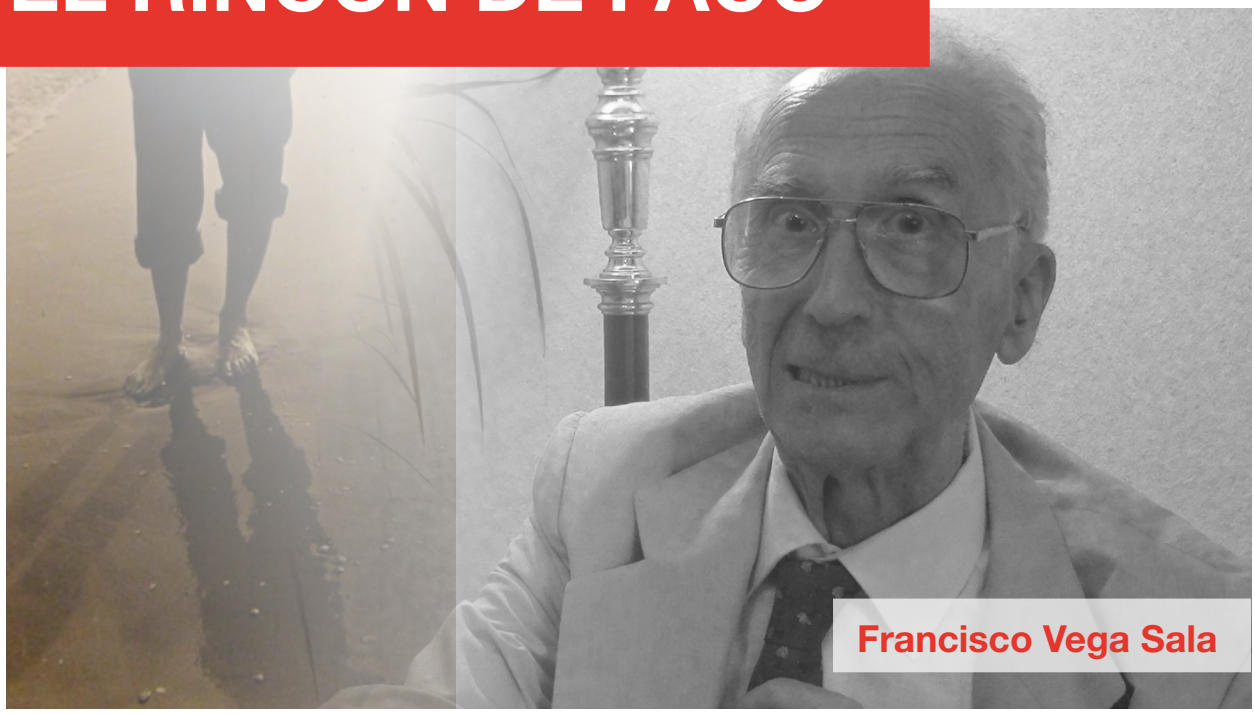
Estás ya preparado, no. Pues vamos. Te pide 1.500 euros de pensión compensatoria.

¿Cómo? Eso no puede ser. Hay que oponerse. Ni un euro.

¡Y antes decía que lo daría todo por ella! Ay. ¡He visto ya a tantos!

¡Qué efímero es el amor cuando hay que transformarlo en euros!

EL RINCÓN DE PACO



Francisco Vega Sala

QUÉDATE EN CASA

Y si te aburres y no sabes que hacer, lee el número 6 del artículo 1º del Código Civil y me parece que tienes entretenimiento para rato. A titulo de ejemplo puedes reflexionar sobre estos puntos:

1º.- Esta norma dice: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales". He puesto "norma" porque me parece que todo código es "normativo", no "informativo" ni "programático" ¿verdad?

2º.- El art. 1º 6 CC empieza mencionando la "jurisprudencia" y cabe preguntarse ¿cuando dice "jurisprudencia" a qué se refiere? y ¿por qué? Tengamos presente que el término "jurisprudencia" tiene varios significados. ALBALADEJO señala cuatro significados: "1º. Conjunto de sentencias de los Tribunales (de todos o de uno en concreto). 2º. Conjunto de sentencias del Tribunal Supremo. 3º. Modo habitual o reiterado de decidir una cues-

tión un Tribunal en sus sentencias. 4º. Modo habitual o reiterado de decidir una cuestión el Tribunal Supremo en sus sentencias" (Derecho Civil, I,Vol. 1º,14 ed., Barcelona, 1996, p. 128).

3º.- El art. 1º CC está situado en el Capítulo Primero del Título Preliminar del CC que se intitula "Fuentes del Derecho". Entonces, ¿es la jurisprudencia fuente del Derecho? El que lo sea o no lo sea ¿qué consecuencias tiene?

4º.- A la "jurisprudencia", sin decir a que jurisprudencia se refiere, el legislador le impone la función de "complementar el ordenamiento jurídico". ¿Qué quiere decir "complementar"? ¿En que consiste esta función? ¿En alguna de las sentencias que has recibido, alguna vez el Juez o Tribunal decia que "completaba" algo?

5º.- ¿Es en relación a esta problemática del "complementar" que Federico DE CASTRO escribió "La jurisprudencia no tiene por misión dictar leyes pequeñitas y secundarias; ello sería hacerle perder su mayor valor para el Derecho, el de ser instrumento de adaptación de las normas a la plural y cambiante realidad social " (Derecho Civil de España, 3ª ed., 1955, p. 568).

Y así puedes plantearte problemas con todos los conceptos que aparecen en el articulo ("interpretar y aplicar la ley" ¿son dos cosas distintas? ¿en qué consisten?) (¿que es la "doctrina"? ¿que valor tendrá la "doctrina" si es manifestada sin intención ni finalidad de interpretar o aplicar la ley?) Y asi "ad infinitum".

Verdaderamente creo que podemos quedarnos en casa.

BOLETÍN DE INSCRIPCIÓN

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

D./D.ª .....

Fecha de nacimiento NIF ....

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

Del Ilustre Colegio de Abogados de .....

con domicilio en .....

Provincia CP ....

Calle/plaza .....

Teléfono ..... Fax .....

E-mail .....

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

DOMICILIACIÓN BANCARIA

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

Titular de la cuenta .....

Banco .....

Dirección .....

CP ..... Población .....

Cuenta BIC __ __ __ __ __ __ __ __

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

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

Fdo: .....

.....