REVISTA
Abogados de Familia

Asociación Española de Abogados de Familia

DICIEMBRE 2018

95

03 **Editorial** ….Intentando buscar la eficacia que no encuentro en el contenido del art.776 de la LEC ante el incumplimiento de una obligación personalísima en materia de familia

06 **Tema de debate** Tras la STS 20/11/2.018, ¿Qué ocurrirá si la nueva pareja deja de residir en el domicilio familiar?, ¿Se extinguirá el uso de la vivienda por el mero hecho de que dicha convivencia haya existido o ha de existir en el momento en el que se interpone la demanda?

10 **Jurisprudencia comentada** Temas analizados

■ **Patria potestad**: Vinculación con lo pactado sobre el colegio del menor. Administración de la vacuna del papiloma. No procede la privación de la patria potestad. Controversias sobre el nombre del menor ■ **Guarda y custodia**: Edad de los hijos, nueva residencia del padre y nueva pareja. Custodia compartida y problemáctica laboral del padre ■ **Régimen de visitas**: No puede fijarse un régimen de futuro. La madre no trasmite "permiso psicológico" al menor ■ **Vivienda familiar**: Custodia compartida y casa nido. Continúa la atribución indefinida del uso para la esposa ■ **Pensión alimenticia**: Pensión alimenticia de 2.700 euros para dos hijos. Extinción de la pensión: 22 años y en 2.º de la ESO ■ **Pensión compensatoria: No** extinción por sucesión hereditaria. No puede otorgarse la pensión: la esposa oculta datos económicos. Si no se pide no puede reducirse ■ **Cuestiones procesales:** La incomparecencia no da lugar al desistimiento. La resolución extranjera no ha sido reconocida en España. Hay que seguir los trámites de la Jurisdicción Voluntaria. Privación de la patria potestad en modificación de medidas ■ **Ejecución de sentencias:** Abuso de derecho: el hijo comenzó a trabajar. Cuando el padre deje de trabajar debe interesar la modificación ■ **Regímenes económicos matrimoniales**: Indemnización privativa ingresada en cuenta común. Liquidación de la comunidad postganancial. Carácter ganancial de las máquinas y utensilios de la empresa ■ **Protección de menores**: Denegación de la adopción tras gestación subrogada ■ **Modificación judicial de la capacidad**: Autorización de entrada en domicilio del médico forense.

65 **Casos prácticos**

67 **Información bibliográfica**

aeafa

La ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas en los artículos, comentarios y reseñas firmadas que publica.

A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 11/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, la ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley; para obtener la debida autorización puede dirigirse a ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (aeafa@aeafa.es). La ASOCIACION ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) no aceptará responsabilidad alguna por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contendía en esta publicación.

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

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

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

Editorial

....Intentando buscar la eficacia que no encuentro en el contenido del art.776 de la LEC ante el incumplimiento de una obligación personalísima en materia de familia

URGE POR TANTO, Y NO NOS CANSAREMOS DE REPETIRLO, UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA PARA LA EJECUCIÓN EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA

Como se lleva repitiendo hasta la saciedad, a la hora de ejecutar una sentencia derivada de un proceso matrimonial o de menores, nos vemos en la obligación de utilizar "entre comillas", unas normas que no han sido estudiadas ni pensadas para una materia tan especial y delicada como es el Derecho de Familia, poniéndose más de manifiesto la inadecuación del procedimiento de ejecución regulado, precisamente en los supuestos de incumplimiento en relación con la medida relativa a la comunicación paterno/filial y custodia o régimen de visitas, comunicación y estancias a que se refieren los arts. 90 y 94 del C. Civil.

Y así, partiendo de la consideración del cumplimiento de la medida relativa a la comunicación paterno/filial como una obligación no pecuniaria de carácter personalísimo (al menos así se expresa en el art. 776.2ª de la LEC), la vía procedimental de ejecución no dineraria de carácter personalísimo que regula la LEC, no es acorde con el problema planteado, ni da respuesta efectiva a la pretensión del cumplimiento de una comunicación paterno /filial, ya que los criterios generales que a este respecto se regulan además en los arts. 709 y 711 de la LEC, no previene un cauce rápido y eficaz de respuesta inmediata a lo demandado, ya que ni la imposición de multas o en su caso la modificación del régimen de guarda y custodia, no son siempre útiles ni, pueden a mi modo de ver, dar una completa satisfacción al "acreedor" en este caso al progenitor que solo busca hacer efectivo el régimen de visitas y comunicación que ese concreto fin de semana o en ese especifico periodo vacacional, le corresponde, por estar así fijado y establecido en Sentencia

Las posibilidades que ofrece el art.776 de la L.E.Civil, ante un incumplimiento del régimen de visitas, son:

a) Imposición de una multa al progenitor incumplidor (Art.776.2ª), con mantenimiento de las multas coercitivas mensuales todo el tiem-po que sea necesario, mas allá del plazo de un año establecido en el art. 709 de la LEC.

Y ya sabemos que efectivamente el incumplimiento del régimen de visitas puede depender en gran medida de la conducta del progenitor custodio, pero también puede influir

SI EL PROGENITOR CUSTODIO TIENE MEDIOS ECONÓMICOS SUFICIENTES PARA AFRONTAR EL IMPORTE DE LAS MULTAS, QUIZÁS PREFIERA PAGAR UNA MULTA QUE ENTREGAR A LOS NIÑOS

otros factores como son la actitud de los propios menores frente al régimen de visitas (por haber llegado a una edad determinada) o en otras ocasiones, la propia conducta del progenitor no custodio, que motive que los hijos no quieran estar con él, y si están lo sea de manera forzada.

Con lo cual, puede que así el sistema de multa sea eficaz en algunos supuestos, pero en otros no creemos que vaya a solucionar el problema, y es más, me atrevo a decir, que si el progenitor custodio tiene medios económicos suficientes para afrontar el importe de las multas, quizás prefiera pagar una multa que entregar a los niños, con lo cual el progenitor no custodio verá como transcurren las semanas o meses sin tener contacto con sus hijos, o en el peor de los casos, que sea él mismo, sin quererlo, quien esté haciendo frente a la multa con el pago de la cuantía mensual que en concepto de alimentos abona al propio progenitor custodio incumplidor de la medida.

Pero es que además, al remitirnos al art. 711 de la LEC para determinar la cuantía de la multa, los criterios que dicho precepto establece para para ello, no resultan aplicables a esta materia, a saber:

"*Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos an-teriores se tendrá en cuenta el precio o la contraprestación de hacer personalísimo establecidos en el titulo ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mer-cado se atribuya a esas conductas. Las multas mensuales podrán ascen-der a un 20% de precio o valor y la multa unica al 50% de dicho precio o valor.*",

Como se puede apreciar, sus parámetros no se pueden equiparar a la especialidad del incumplimiento de régimen de visitas, porque…. ¿Cómo valoramos en este caso el coste dinerario que el mercado atribuye a dicho incumplimiento?, solo llegamos a comprender que en tales supuestos, más que por el coste de valor de mercado, la estimación de la cuantía de la multa que queda a la determinación del Tribunal, y que normalmente, en caso de que se imponga –que por otro lado está por ver- lo sea en función de los ingresos del ejecutado.

b) La posibilidad de la modificación del régimen de guarda y visitas (art.776.3ª), que puede concernir a ambos padres, tanto progenitor custodio ya que podría llevar aparejada

LA MEDIDA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 776.3ª DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL NO SE TRATA DE UNA SANCIÓN AUTOMATICA

un cambio de guarda y custodia, como al progenitor no custodio en una limitación o suspensión del régimen de visitas.

Se ha configurado en principio como sistema punitivo sancionable y de advertencia

con objeto de remover posiciones extremas de intransigencia y que ante el temor de que el hijo quede en guarda y custodia del otro progenitor, o que el régimen de visitas del progenitor no custodio quede suprimido o limitado, les pueda hacer reflexionar en la toma de una posición menos intransigente.

De todas maneras, el sentir mayoritario de la doctrina jurisprudencial, se inclina en considerar que la medida a que se refiere el art. 776.3ª de la L.E.Civil, NO SE TRATA DE UNA SANCIÓN AUTOMATICA, sino presupuesto para poder instar el cambio de custodia través del procedi-miento de Modificación de Medidas regulado en el at. 775 de la LEC, como garantizador de los principios de audiencia, prueba y contradicción, en el que deberá acreditarse, no solo el incumplimiento, sino también la idoneidad del otro progenitor y por supuesto que la medida que se pretende modificar, sea beneficioso para el menor.

Con lo cual, visto de este modo, lo cierto es que así, difícil es ya que pueda producirse la previsión que el art. 570 de la LEC establece: "*La ejecución forzosa solo terminará con la completa satisfacción el acreedor*", es más, ese tiempo que el progenitor ha perdido por no haber estado con su hijo, en principio NUNCA SERÁ RECUPERADO, urge por tanto, y no nos cansaremos de repetirlo, una regulación específica para la ejecución en materia de derecho de familia y no la actual, que no es otra que la que nos remite el art.776 de la LEC para las ejecucio-nes en general que se regula en el Libro III de la citada Ley procesal civil, con las a mi modo de ver poco eficaces especialidades que con-tiene el citado precepto para los procedimientos de familia y a las que acabo de hacer referencia.

Fernando Hernández Espino
Abogado de Familia
Vocal de la AEAFA

Tema de Debate

Tras la STS 20/11/2.018, qué ocurrirá si la nueva pareja deja de residir en el domicilio familiar, ¿se extinguirá el uso de la vivienda por el mero hecho de que dicha convivencia haya existido o ha de existir en el momento en el que se interpone la demanda?

KEPA AYERRA

Abogado. Bilbao

El uso de la vivienda familiar, se extinguirá en caso de que dicha convivencia haya existido, con independencia de que en el momento de interposición de la demanda haya cesado

En mi opinión, somos acreedores de un "bagaje" doctrinal plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa. El artículo 101 CC regula las causas de extinción de la pensión compensatoria y dice: El derecho a la pensión se extingue (…) por vivir maritalmente con otra persona. Ciertamente podemos discutir si estamos en el mismo supuesto, pero cuando menos, nos puede ayudar como "faro".

El artículo 101 CC ha generado ingente "opinión" respecto a la prueba necesaria para acreditar dicha relación de pareja, sobre los requisitos tenía que cumplir la misma para calificarla como convivencia marital, y también, respecto a cual era la consecuencia si cesaba la convivencia.

En el caso del artículo 101 CC, si se acredita la convivencia marital, y posteriormente dicha convivencia concluye, ello no impide la extinción de la pensión compensatoria. Obviamente, esta convivencia tendrá que haber sido una convivencia no ocasional o esporádica, necesitará de cierto carácter de permanencia (el tiempo de duración es otro aspecto discutible). En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2012, sobre la causa de extinción de la pensión compensatoria que nos ocupa, alude a como: Estas relaciones tuvieron las características de permanencia: duraron un año y medio; fueron exclusivas mientras duraron, y dieron a entender en el entorno social de los convivientes que se trataba de relaciones sentimentales con una cierta estabilidad, tal como se deduce de los hechos declarados probados y asumidos en la sentencia recurrida.

Atendiendo a lo expuesto, en el caso del supuesto resuelto en

la STS 20/11/2018, la respuesta, en mi opinión, debe ser la misma. Es decir, el uso de la vivienda familiar, se extinguirá en caso de que dicha convivencia haya existido, con independencia de que en el momento de interposición de la demanda haya cesado.

Es más, en caso contrario, la "corruptela" es sencilla, dado que el cónyuge que tiene atribuido el uso de la vivienda, podrá convivir con su pareja, y en el momento el que sepa que va a ser demandada, podrá dejar de convivir. Ciertamente, este argumento encuentra sencilla oposición, en que a nadie se le ocurre avanzar su intención de demandar, y efectivamente, así será en gran parte de los supuestos, sin embargo, no ocurrirá así en otros muchos; conociendo la especialidad "emocio-visceral" de los supuestos de familia, mucho antes de consultar con un abogado, habrá conversaciones amistosas, menos amistosas y nada amistosas, por este orden normalmente, adelantando las intenciones modificatorias del cónyuge que no tenga atribuido el uso de la vivienda.

Acudiendo al texto de la STS de 20/11/2018, la misma resuelve que: La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habérsele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar.

Este cambio del estatus del domicilio familiar no puede ser recuperable. Es decir, considero que no es acorde con el principio de seguridad jurídica, afirmar que mientras viva el tercero en el domicilio pierde dicho estatus, y en cuanto deje de vivir, se recupera. Considero que la interpretación jurídicamente más acertada, es la no posibilidad de recuperación de dicho estatus de vivienda familiar.

GABRIELA DOMINGO

Abogado. Málaga

Si se puede acreditar fehacientemente que ha existido una relación estable de pareja durante un tiempo determinado, a partir de tal momento dejaría de existir la razón de ser de la medida previa acordada.

Pienso que ocurre como en el caso de las pensiones compensatorias, si se puede acreditar fehacientemente que ha existido una relación estable de pareja (en muchos casos una convivencia estable) durante un tiempo determinado, a partir de tal momento dejaría de existir la razón de ser de la medida previa acordada.

En el caso del derecho a usar el hogar familiar, si el inmueble ha perdido esta condición porque haya estado conviviendo en dicho domicilio el titular del derecho de uso con otra persona durante un cierto tiempo y con cierta estabilidad, a partir de ese momento habría cesado la condición o carácter de vivienda familiar que sustenta la naturaleza del derecho de uso.

No se puede estar al capricho del beneficiario del citado derecho, ni se pueden amparar actitudes abusivas que ahora se pretenda soslayar a partir de la difusión que ha tenido la sentencia del Tribunal Supremo a que se refiere la pregunta.

Cuestión aparte es que por encima de todo, en materia de Derecho de familia principio rector es el bien superior del menor, y es claro que la modificación de medidas que se pueda preten-

der teniendo como base este punto, para que pueda prosperar no puede ser contraria a este interés privilegiado y especialmente protegido.

Habrá de ponderarse con minuciosidad toda la prueba en el caso concreto, para conjugar el derecho que protege el principio de que la ley no ampara el abuso del derecho, con el derecho del menor protegido por el principio legal también referido.

En cualquier caso, si hubiese otra vivienda disponible para que este interés superior quede salvaguardado debidamente, considero que debería cesar el derecho de uso del hogar familiar por faltar la condición en que se sustentaba, ser de verdad la vivienda familiar.

JORGE A. MARFIL

Abogado. Madrid

Una vez iniciada la convivencia con el tercero, la vivienda pierde, automáticamente, la condición de familiar, la cual no se recupera por el hecho de que se extinga la convivencia con el tercero

La Sentencia 20/11/2018 es una Sentencia del Pleno de la Sala por lo que crea doctrina y puede invocarse para fundamentar un Recurso de Casación. No obstante, a mi juicio, esta doctrina no tiene carácter retroactivo y no podrá aplicarse en los casos en que la convivencia con el tercero se haya extinguido antes de la fecha de la Sentencia.

La solución que haya de darse a la cuestión planteada pasa por determinar si la pérdida de la condición de vivienda familiar por el hecho de iniciarse la convivencia del progenitor custodio con un tercero, es automática y, si producida la pérdida de esa condición de vivienda familiar, la misma se recupera a raíz de la extinción de la convivencia al salir el tercero.

A mi juicio, una vez iniciada la convivencia con el tercero, la vivienda pierde, automáticamente, la condición de familiar, la cual no se recupera por el hecho de que se extinga la convivencia con el tercero.

Declarada por sentencia la extinción del uso, será necesario incrementar la pensión por alimentos a favor de los hijos para atender a su necesidad de vivienda.

FRANCES VEGA SALA

Abogado. Barcelona

Hay que examinar caso por caso para atribuir la vivienda, valorando todos los hechos, necesidades, situaciones, etc., a menos que se legislara por vía de "legislación legislativa" la prohibición de establecer una nueva convivencia en la que ha sido la vivienda conyugal.

Ante todo no tengo reparo en reconocer que el inicio de la pregunta me descoloca. ¿Por qué "Tras la STS 20/11/2.018"? ¿Es que no se daba la misma problemática antes de la STS 20/11/2018? Recordemos que en el IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios de Familia con las Asociaciones de abogados de familia, celebrada en Valencia en octubre de 2009, se adoptó como una de las conclusiones del mismo, la siguiente:

"Quinta.- Uso de la vivienda familiar. c) No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por los que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar. En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y ob-

tenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición. dando lugar a una nueva unidad familiar generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido."

En las Audiencias Provinciales no parece haber unanimidad de criterio, así se pronuncian por la pérdida del uso las sentencias de las AP de Granada de 14 diciembre 1992 y Almería de 19 de marzo de 2007. pero en sentido contrario, es decir manteniendo el uso, las sentencias de la AP de Barcelona (Sección 12) de 3 de marzo de 2003 y de la AP de Madrid (Sección 22) de 11 septiembre de 2009. y en la doctrina LOPEZ-BREA (en El Derecho de familia ante la crisis económica. Dykinson), RODRÍGUEZ CHACÓN (en Problemas candentes en los procesos de familia, Dykinson, 1995), pero hay que tener muy presente, como ha señalado una de las comentaristas habituales de esta revista (LOPEZ-RENDO) la variedad de matices y situaciones lo que, a nuestro entender, hace muy difícil, con la legislación que tenemos, que los Tribunales puedan dar una respuesta válida para todos los casos y que pueda existir una jurisprudencia pacifica y sin fisuras

También en la abogacía hay criterios opuestos. En el número 92 de esta misma revista, varios abogados matrimonialistas (CUNCHILLOS, LOPEZ-RENDO. MARFIL, NIÑEROLA, PÉREZ GALVAN, TAMBORERO y alguno más) que tienen sus despachos en diferentes ciudades de España (Pamplona, Gijón, Madrid. Valencia, Sevilla y Barcelona respectivamente), se pronuncian de forma distinta

Por eso, si me inquieta este 'Tras la STS" es porque no dejo de preguntarme que amplitud está tomando lo que en la literatura jurídica ya se la califica de "legislación judicial enfrentándola y diferenciándola de la que llama "legislación legislativa" (entre otros FERNÁNDEZ DE BUJAN).

Hecha esta introducción intentemos contestar la pregunta que, si la entendemos bien, da por sentado que se pierde el uso con la convivencia con tercera persona, pues lo que verdaderamente se pregunta es si se pierde el uso, no por haber convivencia, si no por "haberla habido" ("se extinguirá el uso....por el mero hecho de que dicha convivencia haya existido"). En este supuesto no podemos dejar de pensar que la vivienda familiar ha recuperado la función que se !e atribuye en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, entonces ¿no estaríamos ante una "penalización"? y ¿la pérdida de la vivienda en base a la culpa no hace años que desapareció del Código Civil?. Es que de seguir por esta línea ¿el próximo paso no nos lleva a alegar la "intencionalidad' o la "posibilidad' de establecer la convivencia?.

Entendemos, y esta es nuestra respuesta, que hay que examinar caso por caso para atribuir la vivienda, valorando todos los hechos, necesidades, situaciones, etc., a menos que se legislara por vía de "legislación legislativa" la prohibición de establecer una nueva convivencia en la que ha sido la vivienda conyugal.

Patria potestad

VINCULACIÓN CON LO PACTADO SOBRE EL COLEGIO DEL MENOR

ADMINISTRACIÓN DE LA VACUNA DEL PAPILOMA

NO PROCEDE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

CONTROVERSIA SOBRE EL NOMBRE DEL MENOR

VINCULACIÓN CON LO PACTADO SOBRE EL COLEGIO DEL MENOR.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª
AUTO DE 17/10/2018

Debe respetarse por los progenitores lo pactado en su día en relación al inicio de la escolarización del hijo, y por tanto se atribuye a la madre la facultad de decidir el centro escolar, pero acotando el ámbito decisional a los colegios existentes en los lugares de trabajo de la madre y del padre.

Frente al auto de 12 de abril de 2018, que atribuye a la madre la facultad de decidir respecto de la elección de centro escolar para el hijo Plácido de 3 años de edad, que inicia ahora la formación preescolar, recurre el padre por considerar que la resolución no valora lo convenido entre las partes cuando pactaron las medidas al cesar en la convivencia y porque otorgar la facultad de decisión a la madre no garantiza el superior interés del menor, sino la comodidad de ésta.

A dicho recurso se ha opuesto la madre y el Ministerio Fiscal.

En el presente caso, desde el punto de vista técnico jurídico, se planteó un desacuerdo entre los progenitores que contempla el artículo 236-13 del Código Civil de Cataluña, que establece que, en caso de desacuerdos ocasionales en el ejercicio de la potestad parental, la autoridad judicial, a instancias de cualquiera de los progenitores, atribuirá la facultad de decidir a uno de ellos.

...La Sala no puede dejar de recordar a las partes que este tipo de desacuerdos, generalmente, no hallan su mejor acomodo en el trámite judicial. No existen razones jurídicas para determinar si un colegio es mejor que otro, o si un niño se adaptará mejor a un centro escolar u otro, ni para establecer si es ciertamente mejor limitar el entorno cotidiano de un niño a una zona de una localidad o ampliarlo a las dos zonas de residencia de sus progenitores y a una tercera la del centro escolar, ni siquiera para considerar que el criterio del Juez, que en este caso resolvió que fuera la madre quien tomara la decisión sobre la escolaridad del hijo, será el más acertado en el caso concreto. Sencillamente la Ley prevé que el Juez decida por autoridad, porque no cabe mantener en la controversia a los progenitores, pero por ello mismo el art. 236-13 del Código Civil de Cataluña prevé que los progenitores puedan someter este tipo de discrepancias a mediación, precisamente para que en un entorno favorable y con la ayuda de un profesional especialmente formado puedan llegar a alcanzar acuerdos valorando serenamente los in-

tereses y necesidades en juego del hijo y del padre y de la madre, todos ellos legítimos y respetables y que con visión amplia pueden llegar a flexibilizarse e incluso a coincidir, en lugar de dejar la decisión de autoridad en manos de un tercero. En este caso las partes no adoptaron la sensata decisión de acudir a mediación y el Tribunal debe resolver en base a principios jurídicos.

Dicho lo anterior, procede estimar parcialmente el recurso formulado por el padre, porque se advierte que la decisión adoptada y las razones jurídicas que la sustentan, tiende a modificar o cuando menos a plantear una situación que favorezca la petición de modificación de medidas, desvirtuando lo convenido entre las partes al tiempo de cesar en la convivencia, cuando el niño tenía un año, por lo que no protege adecuadamente el interés del pequeño, tal y como su padre y su madre contemplaban. Y para ello debe tenerse en cuenta que lo convenido entre las partes es de obligado cumplimiento por ellas mismas, conforme al principio general de buena fe en los pactos y convenciones que recoge el art. 111.7 del Código Civil de Catalunya (En las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos).

En 2016 las partes, que ya contemplaron que el padre seguiría viviendo en DIRECCION001 y la madre se trasladaba a DIRECCION000, previeron que al iniciar la escolarización, en P3, de forma automática se desarrollaría una guarda compartida, de viernes a viernes, de manera que Plácido permaneciera cada semana conviviendo con uno de los progenitores y que el centro escolar se buscaría teniendo en cuenta que se adecuara a la mejor situación del menor y de ambos progenitores para así favorecer el ejercicio compartido de la guarda. La situación de residencia de los progenitores no ha variado, pues el padre continua residiendo en DIRECCION001 y la madre en DIRECCION000 y en tal caso era necesario decidir tomando como base la guarda compartida que se iniciaría a partir de la escolarización y no en base a distancias y traslados respecto de la residencia del menor cuando esté en el domicilio materno en DIRECCION000, pues esa residencia deja de ser la única del pequeño al tener ya tres años e iniciar preescolar.

La decisión recurrida se refiere en primer lugar a las distancias y a evitar el 50% de desplazamientos por carretera. Lo cierto es que los desplazamientos que el menor haría de escolarizarse en DIRECCION002 o Molins serían exactamente los mismos que harían sus progenitores cada día, ya estuviera el niño con el padre o con la madre, por lo que ni los padres soportarían un gravamen por acompañar al niño al centro escolar, ni el niño viviría como gravoso aquello que su progenitor de referencia en esa semana también realiza. Por otra parte, la decisión adoptada comporta que al menor no se le ahorren desplazamientos, al menos no el 50%, pues si bien mientras esté con la madre no los haría, estando con el padre haría el doble, o cuando menos un trayecto mucho mayor, de 45 minutos, desde DIRECCION001 a DIRECCION000, sin poder olvidar que luego el padre debería trasladarse hasta DIRECCION003 lo que supone otros 30 minutos de trayecto, y ello podría reducir el tiempo de descanso del pequeño y perjudicar el horario laboral del padre, lo que conduciría a un tratamiento asimétrico de la guarda compartida que ha de resultar mucho más esforzada en el padre que en la madre.

La segunda razón en que se sustenta la decisión es la estabilidad del menor, el arraigo a una concreta localidad y que el pequeño Plácido pueda desarrollar un círculo de amistades. Estas razones más que jurídicas se sustentan en los valores, ideas preconcebidas o sesgos culturales de quien se vio obligada a resolver en la instancia.

La estabilidad y el arraigo, cuando hablamos de un niño de tres años es la que le puedan dotar su padre y su madre y no tanto el lugar en el que se desarrolle, que sí cobra mucha importancia a partir de la adolescencia cuando los hijos se socializan con sus iguales sin tener a sus progenitores siempre consigo. No puede considerarse que los niños que viven en las poblaciones cercanas a la ciudad de Barcelona y acuden, por ejemplo, al Liceo Francés, al Colegio Alemán, a los Jesuitas de Sarriá (y se indican porque son centros cuyo alumnado mayoritariamente reside fuera del barrio o zona en que se sitúa el centro escolar) o a cualquier otro centro que los padres han elegido y que están lejanos a su localidad de residencia sean niños desarraigados; sencillamente son niños que incorporan a su vida los traslados, propios de vivir en una gran conurbación, que son los mismos que sus padres también han debido incorporar para incorporarse al mundo laboral.

Los tiempos de un niño de tres años, al salir del centro escolar, son los lúdicos que su padre y su madre, o las personas en quienes deleguen el cuidado (abuelos, familiares, personas cuidadoras, asistentas...) desarrollen con él, pero no los que pue-

dan mantener con sus compañeros de clase, pues a esas edades todavía están incorporando hábitos que les han de permitir autonomía futura, de la que no gozan a esa edad.

Y dado la cambiante de la vida no es improbable que los progenitores puedan variar sus domicilios, sus trabajos, y los niños sus colegios, al margen de los cambios que de por sí comporta el desarrollo vital de un niño tan pequeño, que ni siquiera ha iniciado la educación primaria. La Sala considera que la estabilidad y el arraigo del niño no debe confundirse con la facilidad ni la comodidad de su padre o de su madre, que en este caso sólo lo es para ésta última.

En definitiva, no hay razones jurídicas para decidir en uno u otro sentido, más allá de tratar de preservar el valor de lo pactado por los propios progenitores que debieron contemplar ya el beneficio de su hijo cuando convinieron el modo de desarrollar sus responsabilidades parentales, y sí hay motivos para una decisión que resulte más equitativa que otra, teniendo en consideración los intereses actuales de un niño de tres años y las necesidades de sus progenitores, y teniendo en cuenta que la decisión en esta controversia ha de permitir llevar adelante la coparentalidad real, tal y como la convinieron la Sra. Petra y el Sr. Gregorio.

Dado que el recurso contra la decisión adoptada en la instancia no lo es tanto porque decida una u otro progenitor, sino por las razones que mueve a una u otro a realizar su propuesta cerrada, se estima mucho más ajustado a la voluntad de ambos progenitores tal como convinieron al cesar en su convivencia, que ya previeron la situación para dos años después, mantener el poder de decisión en la madre pero acotando el ámbito decisional a los colegios existentes entre DIRECCION002 y DIRECCION003, que son los lugares de trabajo de la madre y del padre, sin perjuicio de los cambios que puedan acordar en el futuro, cuando el niño inicie primaria o por cualquier otra razón o motivo en el que valoren por encima de todo el interés global de Plácido y la necesidad de mantener a ambos progenitores al cargo de su cuidado y acompañamiento hasta la vida adulta.

En ningún caso los Tribunales deben dejar atado un futuro lejano, cual sea el centro escolar de Plácido para toda su vida infantil, preadolescente y adolescente, e incierto, pues es imposible saber los cambios vitales de sus progenitores y como pueden incidir en su hijo, por lo que tras este incidente sería bueno que el padre y la madre evitaran nuevas controversias que dejen en manos de terceros decisiones vitales de su hijo y si, no obstante las reflexiones que anteceden, en el futuro sucediera una nueva controversia y deciden no acudir a mediación, incluso sería saludable, dada la potestad parental de ambos, que la facultad de decisión se alternara.

ADMINISTRACIÓN DE LA VACUNA DEL PAPILOMA

AP BARCELONA, SEC. 12.ª AUTO DE 17/10/2018

Valorando que la administración de la vacuna del papiloma humano no supone ataque alguno a la integridad física de la menor y siendo mucho mayores los beneficios derivados de ella, se atribuye al padre la facultad de decisión respecto a la administración de la vacuna a la hija común.

Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de DIRECCION000 se siguió procedimiento de Jurisdicción Voluntaria por desacuerdo en el ejercicio de la potestad parental siguiendo los trámites previstos en los artículos 85 y 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, a instancia de D. Anselmo contra Doña Vanesa, planteando el desacuerdo surgido en el ejercicio de la responsabilidad parental e instando se le atribuyera la decisión respecto a la administración a la hija común de los litigantes de la vacuna del VPH.

Con fecha seis de febrero de 2017 se dictó auto en el que se acordó atribuir la facultad de decidir sobre dicha controversia al padre, D. Anselmo.

La representación de Doña Vanesa formuló recurso de apelación frente a dicha resolución solicitando la revocación de la misma y se acordara atribuirle a ella la facultad de elección.

Por su parte, tanto la representación del padre como el Ministerio Fiscal se oponen al recurso for-

mulado de contrario, interesando la confirmación del auto apelado.

Se aceptan los fundamentos de la resolución recurrida en lo que no contradigan los de la presente.

La potestad parental es una función inexcusable que los progenitores ejercen personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo. La regla general es que los progenitores deben ejercer conjuntamente esta potestad, sin embargo en caso de desacuerdo ocasional podrán acudir a resolver su controversia ante la autoridad judicial. El artículo 236-13 del CCCat establece que en caso de desacuerdo ocasional en el ejercicio de la potestad parental, la autoridad judicial, a instancia de cualquiera de los progenitores, debe atribuir la facultad de decidir a uno de ellos. Añade este precepto en su número segundo que si los desacuerdos son reiterados o se produce cualquier causa que dificulte gravemente el ejercicio conjunto de la potestad parental, la autoridad judicial puede atribuir total o parcialmente el ejercicio de la potestad a los progenitores separadamente o distribuir entre ellos sus funciones de modo temporal, por un plazo máximo de dos años.

Antes de proceder al examen del caso que os ocupa debemos destacar, como reiteradamente ha señalado esta Sala, que deben ser conscientes los progenitores de que el ámbito decisorio en el ejercicio de la responsabilidad parental depende de múltiples circunstancias, muchas de ellas peculiares o individuales del menor, de los padres o de las organizaciones familiares, y lo que constituye un auténtico fracaso parental es no ponerse de acuerdo, obligando no ya tan solo a un tercero a decidir, en este caso al Magistrado de Instancia, sino también a una Sala en revisión de una decisión que en la práctica totalidad de los casos no tiene componente jurídico, siendo cuestiones de matiz las que decantan el contenido de la resolución. Las medidas que afectan al interés de los menores deberían adoptarse no por terceras personas ajenas a la familia sino por sus progenitores, quienes deben ser capaces de buscar conjuntamente la solución más beneficiosa para sus hijos al ser quienes mejor conocen sus peculiares características. No deben olvidar tampoco las partes la previsión contenida en el artículo 236-13 apartado tercero en el que se dispone que en los procedimientos que se substancien por razón de desacuerdos en el ejercicio de la potestad parental, los progenitores pueden someter las discrepancias a mediación.

En el caso de autos la discrepancia se centra en la administración de la vacuna del VPH a la hija común de los litigantes, Camino. El padre solicita se autorice la administración de la vacuna oponiéndose la madre por haber surgido varios casos de niñas que han sufrido efectos secundarios adversos (afirma haberse producido dos casos en los que las menores terminaron en silla de ruedas o con parálisis cerebral).

El auto recurrido atribuye al padre la facultad de decidir fundamentándose en siete motivos diferentes. No procede repetir ahora la correcta y extensa fundamentación del auto recurrido, compartiendo todos y cada uno de los argumentos de la resolución.

Se centra la recurrente en que el auto infringe el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la libertad y el derecho a la intimidad personal, derechos estos recogidos en los artículos 15, 17.1 y 18.1 de la Constitución Española. Señala también que la vacunación en España es voluntaria y por tanto nadie puede ser obligado en principio a vacunarse.

Frente a estas alegaciones debe señalarse que la administración de la vacuna no puede considerarse un ataque a la integridad física o moral de la menor. Se trata de un leve pinchazo, incluso algunas vacunas se administran por vía oral, que ningún ataque o lesión puede suponer. Al contrario, su administración puede evitar que la menor padezca en el futuro una enfermedad gravemente lesiva como es el cáncer de cuello uterino. La vacuna cuya administración se solicita sirve para prevenir la infección de los virus causantes del 72 por ciento de los cánceres de cuello uterino. Y si bien es cierto que no cubre frente a la totalidad de estos virus lo hace con gran eficacia frente a un cincuenta por ciento de los virus causantes de las infecciones. No puede anteponerse la incomodidad de que se le administre a la menor una vacuna a la protección que esta vacuna supone. Y no ya solo por la prevención personal en la menor sino hacia toda la comunidad, puesto que la administración de la vacuna y la evitación de la infección minora el contagio hacia terceras personas.

Se trata además de una vacunación avalada por la Organización Mundial de la Salud, y desde su comercialización en España en el año 2007 ha sido introducida en el calendario de vacunaciones del Sistema Nacional de Salud de la mayor parte de las Comunidades Autónomas. El hecho de que puedan haberse producido ciertos efectos secundarios, no

acreditados como derivados de la administración de la vacuna, no ha llevado a modificar las recomendaciones de estos organismos.

Valorando por tanto que la administración de la vacuna no supone ataque alguno a la integridad física de la menor y siendo mucho mayores los beneficios derivados de ella, no solo para la menor sino también para la sociedad al evitar futuros casos de contagios, que la leve incomodidad que suponga la administración de la misma, y considerándose en el informe emitido por el médico forense que si bien la administración de la vacuna no debe considerarse imprescindible pero si recomendable, procede mantener el tenor el auto recurrido y por tanto atribuir a D. Anselmo la facultad de decisión respecto a la administración de la vacuna del VPH a la hija común de los litigantes Camino.

NO PROCEDE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

AP MADRID, SEC. 22.ª AUTO DE 08/06/2018

No concurre causa para privar al padre de la patria potestad. De la prueba se deduce que la madre quiere y tiene el deseo de desplazar al padre biológico de la menor, anteponiendo la figura de su actual pareja.

La parte apelante, a través del escrito de interposición del recurso de apelación planteado contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado la privación de la patria potestad del demandante para con la menor, nacida el NUM000 del 2008, así como la suspensión del régimen de visitas para con la misma.

Refiere que se ha vulnerado la tutela judicial efectiva en tanto en cuanto que se ha rechazado las pruebas propuestas, pericia psicosocial, así como la exploración de la menor, de modo que se afecta el derecho de defensa de la parte.

Por lo demás, y en cuanto al fondo del asunto, se indica que el demandante ha incumplido con sus obligaciones, en todos los ámbitos, para con la menor, significando que desde el nacimiento de la menor hasta enero del 2014 el apelado se ha comunicado ocasionalmente con dicha menor, y desde esta última fecha no ha habido contacto alguno entre aquellos, reseñando que el demandante nunca ha prestado atención personal y económica a dicha hija, no obstante contar con trabajo remunerado desde hace más de tres años.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación de la sentencia.

Dando respuesta a la problemática suscitada, en relación a la patria potestad, conviene recordar, conforme viene manteniendo esta propia Sala (entre otras, sentencia de 27 de enero de 1998), y en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 24 de abril de 1963, 8 de abril de 1975 y 5 de octubre de 1987, entre otras) la patria potestad, en su configuración jurídico-positiva actual, superada ya la vieja concepción del poder omnímodo sobre los hijos, queda definida como una función en la que se integran un conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados; en definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos, conforme subyace en el artículo 154 del Código Civil, y tal concepción se reitera, con carácter genérico, a través de la Ley del 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, al proclamar la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (artículo 2), lo que se reitera en el artículo 11-2 de dicho texto legal, en cuanto principio rector de la actuación de los Poderes públicos.

Por ello, la privación de la patria potestad que se contempla, dentro de la Litis matrimonial, en el artículo 92, en relación con el artículo 170, ambos del texto legal citado, reviste un carácter excepcional, habiendo de basarse en circunstancias extremas, en las que la continuidad de las relaciones paterno-

filiales, en cuanto inherentes al Instituto examinado, vengan a poner en peligro la educación o formación, en sus distintos aspectos, del sujeto infantil, no bastando al efecto la concurrencia de una causa objetiva que, en principio, habilite dicha privación. Y así, aunque el artículo 170 mencionado habla del incumplimiento de los deberes inherentes a tal potestad, en cuanto causa de privación de la misma, ello no conlleva un significado de pura censura o sanción de una conducta omisiva, habiendo de valorarse esta en función del antedicho principio del favor de los hijos, que imponga, o aconseje, en aras de la protección del referido prevalente interés, tal drástica medida.

Dicho lo que antecede, puede concluirse que sólo por razones debidamente fundadas, objetivas o subjetivas, afectantes al progenitor al que se pretende excluir de dicha función, será posible acceder a tan grave decisión, por lo que, antes bien, si ciertamente se comprueba, en otro orden de consideraciones, la imposibilidad, sea cual fueren las razones, del ejercicio de la patria potestad, cuestión distinta a la privación de dicha función, por uno de los progenitores (paradero desconocido, falta de relación personal y comunicación con los hijos, imposibilidad física o psicológica o psiquiátrica para el correcto ejercicio de dicha función, etc.) será posible entonces, y según las previsiones del artículo 156 del texto legal mencionado, declarar la posibilidad del ejercicio exclusivo de la patria potestad a favor del progenitor que habitualmente convive con los menores.

Por otra parte, y en otro orden de consideraciones, hay que tener presente que el derecho de visitas que el artículo 94 del Código Civil reconoce en favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad, o incapacitados como consecuencia de lo acordado en la sentencia de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, tiene como contenido tanto la visita propiamente dicha, como la comunicación y la convivencia con aquellos y se fundamenta en la relación jurídico familiar preexistente entre aquél y sus hijos menores, constituyendo un aspecto concreto, en caso de crisis del matrimonio, del derecho más general de comunicación entre parientes recogidos en el artículo 160. Es un derecho de contenido afectivo, no se configura como propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de estos, sino como un complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos, en aras a su desarrollo, estando condicionado dicho derecho a que sea beneficioso a aquellos, para salvaguardar sus intereses, y así se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 92.2, en concordancia con el artículo 39.2 de la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas de Octubre de 1989, y ratificado por España por medio de Instrumento de fecha 30 de noviembre de 1990.

Por tanto, sólo es posible la supresión del régimen de visitas, la restricción o la suspensión, y en una correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 94 del texto legal citado, cuando por circunstancias, aún no dependientes del progenitor no custodio, en el orden personal, familiar, psicológico, material, etc., no sea posible propiciar dicha comunicación personal entre aquellos y dicho progenitor no custodio en cuanto que dicha relación personal pudiera perjudicar o incidir negativamente en el desarrollo integral de los menores.

Consta acreditado que hubo una relación sentimental entre ambos progenitores, fruto de la cual nació la menor, en fecha de NUM000 del 2008, y también se acredita que hubo relación de convivencia algunos meses del año 2009.

Por otra parte, también consta que el demandante, aunque no con regularidad, y hasta enero del año 2014, han mantenido contactos con la menor; se recuerda que se dictó auto de fecha 16 de abril del 2008, por el que se acordaba la orden de alejamiento entre los progenitores, si bien el proceso penal no concluyó declarando responsabilidades a cargo del apelado.

También está demostrado que actualmente el demandante se encuentra rehabilitado, reside en una vivienda alquilada, cuenta con un trabajo remunerado, y aunque es cierto que ha tenido responsabilidades penales que le han llevado a la privación de libertad, ello no ha impedido que la propia recurrente facilitase en alguna ocasión la visita de la menor en el propio centro penitenciario.

Es lo cierto que nunca antes del presente procedimiento la recurrente ha formulado reclamación en orden a la fijación de relaciones paterno filiales, en el ámbito personal y económico, ni tampoco ha solicitado medida alguna relativa al ejercicio de la patria potestad, por la vía del artículo 156 del Código Civil, o por el cauce de las medidas cautelares por razones de urgencia, riesgo o peligro de la menor, y por

la vía del artículo 158 del mismo texto legal.

Antes bien, de la prueba obrante los autos se deduce que, en realidad, la recurrente quiere y tiene el deseo de desplazar al padre biológico de la menor de sus comunicaciones con esta última, con lo que ello implica en el ámbito emocional, familiar y material, anteponiendo la figura de su actual pareja a la del padre biológico, y así se advierte claramente cuando se alega por la recurrente que, en realidad, la menor ya identifica como figura paterna al tercero que actualmente tiene una relación estable y de convivencia con la apelante, relación que se hace extensiva, según se dice, a la familia de esta persona, con lo cual es obvio que se pretende alejar en todos los ámbitos de la vida de la menor a su padre biológico.

No consta que se haya presentado hasta el momento presente por la hoy apelante ninguna reclamación en el ámbito personal o económico, por vía judicial o extrajudicial, frente al apelado, siendo significativo que dicha parte recurrente aproveche la circunstancia procesal relativa a la interposición de la demanda, para plantear las reclamaciones ahora debatidas por medio de la demanda de reconvención.

Por todo ello, no se observan ahora motivos para dar lugar a la privación de la patria potestad.

Por lo demás, conviene precisar que se ha establecido un régimen de visitas consistente en dos horas, restringidas tales comunicaciones en razón de las particulares circunstancias familiares que concurren en el grupo, comunicaciones que deben realizarse y llevarse a cabo en el punto de encuentro correspondiente, de modo que, por el momento, no existe ahora motivo alguno para acordar, según se dijo anteriormente, tan grave medida relativa a la privación de la patria potestad, ni tan siquiera para resolver sobre el ejercicio exclusivo de dicha función, en favor de la recurrente, resultando ajustado a derecho al pronunciamiento de la sentencia que acuerda el ejercicio de dicha función de modo compartido y, por lo demás, tampoco existe razón alguna para suprimir el régimen de visitas que viene establecido en la sentencia apelada, todo lo cual determina la desestimación íntegra del recurso.

CONTROVERSIA SOBRE EL NOMBRE DEL MENOR

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª AUTO DE 17/07/2018

No se concede al padre la facultad de promover expediente en el Registro Civil para el cambio y/o ampliación del nombre del menor, cuya filiación paterna quedó determinada por sentencia.

A fin de delimitar el debate, se ha de comenzar indicando que las actuaciones se inician mediante escrito de don Bienvenido promoviendo expediente de jurisdicción voluntaria y solicitando la facultad de decidir en el ejercicio de la patria potestad (arts. 156 del C.C. y 86 y ss de L.J.V.).

Igualmente y con dicha finalidad se considera conveniente remarcar como realmente relevantes los siguientes extremos:

- Los progenitores interesados son el mencionado solicitante y doña Olga, y la controversia gira en torno a cuestiones afectantes al menor Genaro, nacido el NUM000 de 2011.

- La filiación materna quedó inicialmente establecida (así consta en la correspondiente inscripción de nacimiento practicada en fecha 6 de julio de 2011), y la filiación paterna no matrimonial quedó determinada mediante sentencia firme de 10 de julio de 2013 dictada por el Juzgado num. Tres de DIRECCION000 en autos 769/11 (así se desprende de la documentación aportada y especialmente del correspondiente asiento registral practicado en fecha 26 de febrero de 2014 y obrante al margen de la referida inscripción).

- Mediante documento privado de fecha 11 de mayo de 2012, cuya homologación judicial no consta, y bajo la rúbrica “Convenio Regulador de Medidas Definitivas en Relaciones Paterno Filiales More Uxorio”, los progenitores, cuya relación de convivencia había concluido el 15 de diciembre de 2012, y cuyas respectivas residencias están ubicadas en distintas localidades (la del padre en DIRECCION001 -Huelva--; la de la madre en DIRECCION002 -Córdoba--), pactan entre otros extremos:

<<1º Patria potestad; guarda y custodia del hijo habido constante relación sentimental. El hijo menor habido en la relación sentimental, Ricardo, de 10 meses de edad, quedará bajo la guarda, custodia y compañía de la madre, compartiendo ambos padres la patria potrestad, interviniendo conjuntamente en todas aquellas decisiones de la vida de su hijo (colegio, actividades extraescolares, médicos, etc.), sin perjuicio de que permanezca conviviendo con su madre>>.

- Don Bienvenido promovió ante el correspondiente Registro Civil expediente para el cambio de nombre de su hijo, solicitando la adición al nombre simple de Victorio (que es el que exclusivamente consta en la inscripción de nacimiento inicialmente referida) la adición del nombre simple de Jose María.

- Doña Olga compareció en dicho expediente gubernativo y manifestó que no estaba de acuerdo con el cambio solicitado; en dicho expediente, identificado como 138/15 del Registro Civil de Posadas, se desestimó la solicitud formulada por don Bienvenido mediante auto de 1 de febrero de 2016 y ello por cuanto, en convergencia con lo informado por el Ministerio Fiscal, se consideró, que se estaba ante un extremo referente a la patria potestad conjuntamente compartida por los progenitores y que como entre ellos no hay acuerdo en orden al referido cambio por adición del nombre del menor, dicha controversia no podía resolverse en el referido expediente gubernativo sino a través de la vía prevista en el art. 156 del C.C.

Pues bien; una inicial conclusión procede obtener de las circunstancias expuestas, y es, dado el concreto cauce procesal en el que nos encontramos, que aquí no se trata de decidir si procede o no el cambio del nombre del menor (toda vez que la facultad de decidir al respecto inicialmente y dentro del exclusivo ámbito registral corresponde al Juez de Primera Instancia Encargado del Registro Civil conforme a las pertinentes normas de L.R.C. y R.R.C.), sino si procede atribuir a don Bienvenido la facultad de decidir en exclusiva el mantenimiento de solicitud para el cambio de nombre en cuestión y, por ende, para hacer valer dicha exclusividad decisoria ante el Encargado del Registro Civil a efectos, una vez evaporado el óbice consistente en la discrepancia entre progenitores, de que dicho Encargado se pronuncie sobre el fondo del asunto con sometimiento al específico régimen de recursos propio de las decisiones gubernativas en dicho ámbito registral.

Una vez delimitada la génesis y ámbito de este debate, y una vez revisado el contenido de las actuaciones (en especial la copiosa documental adjuntada con la solicitud inicial), se ha de anticipar que el recurso debe ser desestimado, y ello por las siguientes razones:

- Aún cuando el convenio antes citado no haya sido judicialmente homologado, lo cierto y relevante, en cuanto que ha sido libremente suscrito por ambas partes, es que no deja de ser reflejo de un negocio jurídico de familia que se otorga con ocasión de la crisis surgida entre los progenitores y que aunque no haya sido integrado en una resolución judicial con toda la eficacia procesal que ello conlleva, no deja de tener la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico (S.T.S. de 4 de noviembre de 2011). De forma, que si bien los padres viven separados, sin embargo no procede la lineal aplicación al caso de lo previsto en el último párrafo del art. 156 del C.C. --"...la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva..."-- sino la específica previsión libremente consensuada y contenida en el mismo de ejercicio conjunto de la patria potestad.

Sobre dicha base, que otorga inicial legitimación formal a la solicitud de don Bienvenido, se ha de tener presente, pese a la amplitud del conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de los hijos en tanto son menores (razón por la cual, discrepamos de la resolución apelada en cuanto que procurar la debida identificación nominal del hijo y, en su caso, solicitar el cambio de la inicialmente atribuida, sí forma parte del conjunto de derechos- deberes que integran la patria potestad en cuanto institución jurídica de protección, cuidado, asistencia, educación y medio de suplir la incapacidad), que la patria potestad es una función al servicio de los hijos que fundamentalmente entraña deberes a cargo de los padres y que como deriva de la proclamación contenida en el art. 39-2 y 3 de la Constitución, determina que todas las medidas judiciales que se acuerden en relación a la misma deben de adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés del menor. Así lo indica de forma expresa el art. 154 del C.C. ("La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos...") y así lo ha resaltado reiteradamente el T.S., entre otras ocasiones en S. de 24 de abril de 2000.

Consecuencia lineal de ello (pese a la amplitud dialéctica respectivamente desplegada por las partes en orden al significado real e interpretación de dicha cláusula), es que la cuestión objeto de este debate no debe resolverse en orden a la interpretación ex arts. 1280 y ss del C.c. del referido convenio (y más concretamente de la estipulación antes trans-

crita), pues ello únicamente sería posible en relación a la delimitación y alcance de los derechos e intereses exclusivamente personales de los progenitores que libre y voluntariamente lo suscribieron, sino, tal y como viene a indicar finalmente la resolución apelada, en base a ponderar si la concreta solicitud de autorización deducida por don Bienvenido, y que aquí mantiene por medio del presente recurso, es objetivamente ajustada o no al superior interés del menor.

Llegados a este punto se ha de señalar, que dicho interés del menor (que no debe de confundirse con el subjetivo interés o parecer del progenitor) no se explicita ni se acredita por el solicitante (al margen de no razonarse la conveniencia o interés familiar o personal de añadir el nombre de Victorio al de José María, nada mínimamente riguroso se prueba en torno a la trascendencia o reflejo que socialmente pueda tener la identificación del menor por medio del conjunto formado por esos dos nombres simples; totalmente anecdótica es la insólita glosa que el apelante hace de la inclusión del nombre del menor en el buzón del distante domicilio paterno, el valor inusitado que le otorga a esporádicos correos electrónicos remitidos por una conocida cadena de juguetes o las menciones o rótulos que privadamente tenga en su domicilio).

Pues bien; como a dicha ausencia de detectable interés que la solicitud de cambio de nombre pueda suponer para el menor, se contrapone el pragmático extremo remarcado por la resolución apelada, consistente en la consolidación de la identificación del menor como Victorio en el entorno o ámbitos (social, escolar, sanitario, etc.) en los que durante la mayoría de sus siete años de existencia ha convivido con la madre en distinta localidad; la consecuencia, tal y como convergentemente expresa el Ministerio Fiscal, debe ser la anticipada.

En este sentido, y aunque se trate de resoluciones que no abordaron el cambio de nombre sino el de apellidos tras el reconocimiento de una paternidad no matrimonial, pueden citarse las SSTS de 10 de noviembre de 2016 y 9 de mayo de 2018 dado que el sustrato de la decisión en ellas adoptada sí puede proyectarse al presente caso; sustrato consistente en que si no consta ese beneficio no existe razón para el cambio de apellidos solicitado (en este caso para autorizar la solicitud de cambio de nombre), pues lo relevante no es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible del menor al día de hoy respecto al cambio de lo que consta inscrito en el Registro Civil y en el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar.

Guarda y custodia

EDAD DE LOS HIJOS, NUEVA RESIDENCIA DEL PADRE Y NUEVA PAREJA

CUSTODIA COMPARTIDA Y PROBLEMÁTICA LABORAL DEL PADRE

EDAD DE LOS HIJOS, NUEVA RESIDENCIA DEL PADRE Y NUEVA PAREJA.

AP MADRID, SEC. 22.ª
SENTENCIA DE 08/06/2018

No sólo el cambio de edad de los menores es sumamente relevante, sino que también lo es que su padre resida en la misma localidad en un domicilio propio, en compañía de su actual pareja, lo que no sucedía en el momento del divorcio, lo que le permite disponer de unos apoyos a la hora de afrontar con garantías los periodos en que debe estar en compañía de sus hijos. En consecuencia, es incuestionable que se ha producido una modificación de las circunstancias que aconsejan fijar un régimen de custodia compartida.

Don Fermín interpuso demanda de modificación de medidas contra doña Milagrosa en relación a las que se fijaron en la sentencia de divorcio de 20 de diciembre de 2012, que aprobó el convenio regulador suscrito por ambos el 7 de noviembre de ese mismo año que, entre otras estipulaciones, estableció un régimen de guarda y custodia materna respecto de los dos hijos habidos de ese matrimonio, María Ángeles y Marino, nacidos los días NUM000 de 2009 y NUM001 de 2012, respectivamente, con patria potestad compartida, el correspondiente régimen de visitas y una pensión alimenticia de 350 euros por cada uno de los dos hijos. Asimismo, se atribuyó a la madre el uso junto con sus hijos de la vivienda familiar, abonándose por mitad las cuotas hipotecarias.

Entendiendo el demandante que las circunstancias se habían visto modificadas, solicitó en su demanda que se estableciese un régimen de guarda y custodia compartida para los dos hijos, con visitas intersemanales para los miércoles y, en cuanto a los alimentos, que cada uno de ellos se hiciese cargo de los correspondientes gastos cuando los tuviera en su compañía, abonando directamente don Fermín los gastos de estudios de sus hijos en el colegio concertado Las Trinitarias, y por mitad los gastos derivados de los libros y material escolar y los gastos extraordinarios.

Doña Milagrosa contestó la demanda interpuesta oponiéndose a la modificación de medidas solicitada por considerar que no se habían alterado las circunstancias tenidas en consideración por ambas partes cuando suscribieron el convenio regulador en el año 2012, por lo que solicitó la desestimación de la demanda interpuesta.

El día 23 de diciembre de 2016 se dictó sen-

tencia por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de DIRECCION000 que estimó la demanda de modificación interpuesta por don Fermín, acordando un régimen de guarda y custodia compartida para ambos progenitores respecto de los dos hijos menores de edad, asumiendo cada uno de ellos los gastos durante el periodo de tiempo que tuviesen a los hijos en su compañía, si bien los gastos escolares de todo tipo serían sufragados exclusivamente por el padre, mientras que los extraordinarios de carácter necesario se abonarían por mitad por ambos progenitores, previa justificación y acuerdos sobre los mismos.

Doña Milagrosa interpuso recurso de apelación contra esa sentencia entendiendo que se había llevado a cabo una errónea valoración de la prueba, puesto que no se había producido una alteración relevante y significativa de las circunstancias entonces valoradas cuando se firmó el convenio regulador, con una errónea interpretación del informe pericial psicosocial, por lo que entendía que debía ser estimado su recurso revocando la resolución dictada en primera instancia y manteniendo las medidas acordadas cuando se dictó la sentencia de divorcio.

Don Fermín se opuso al recurso de apelación considerando que las circunstancias se habían visto modificadas por el transcurso del tiempo, la edad de los menores, y la ocupación de ambos progenitores, por lo que consideró que debía confirmarse la resolución apelada.

Por el Ministerio Fiscal se interesó la confirmación de la sentencia al entender que se daban los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para fijar un régimen de custodia compartida atendiendo a la capacitación de los padres y su implicación y vinculación con la vida de los dos menores.

El recurso de apelación interpuesto entiende que se ha efectuado una errónea interpretación de la prueba, particularmente del informe pericial psicosocial, y que no se ha producido una alteración en las circunstancias significativa y relevante que pudiera justificar la modificación de las medidas establecidas de común acuerdo en el convenio regulador aprobado en la sentencia de divorcio.

Pues bien, pese a lo alegado por la parte apelante, debe ser tenida en consideración la más reciente doctrina jurisprudencial en torno a la custodia compartida, entendiendo que este régimen de custodia debe ser contemplado como una opción prioritaria que garantiza la conveniente relación paterno filial de ambos progenitores con sus hijos y que se asemeja en la medida de lo posible a la situación existente hasta la crisis matrimonial. En efecto, tal y como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2016 o de 13 de julio de 2017, «Se ha de partir de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable (STS de 16 de febrero de 2015), señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013, 25 de abril de 2014, 22 de octubre de 2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea.

Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres 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.

Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras:

a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

b) Se evita el sentimiento de pérdida.

c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia»

Por tanto (STS de 17 de marzo de 2016), no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema, tras la constante y uniforme doctrina de la Sala, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/2012, de 17 de octubre).»

Continúa señalando esa sentencia que, a la vista de las anteriores consideraciones, se habrá de dilucidar en cada caso concreto si prima en la decisión que se adopta el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, 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, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente

a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel" (SSTS 19 de julio 2013, 2 de julio 2014, 9 de septiembre 2015).

Ante el silencio legal acerca de las condiciones que deben concurrir para la posible sanción judicial de tal régimen de corresponsabilidad, el Tribunal Supremo declara que han de tomarse en consideración criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Y se añade que la custodia compartida conserva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturbe su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad (vid Ss. T.S. 29-4-2013,19-7-2013, 25-4-2014, 2-7-2014 y 30-10-2014).

Así pues, debe ser ponderado en cada caso concreto qué opción es la que mejor ha de cubrir las diversas necesidades de la prole, en el orden a su cuidado físico, desarrollo y formación en sus diversos aspectos.

Sobre tales presupuestos el tiempo transcurrido desde que se dictó la sentencia de divorcio ha permitido que la jurisprudencia haya evolucionado hacia un modelo en el que la custodia compartida se contempla como una opción prioritaria si las circunstancias del caso lo permiten en interés de los menores. En el presente caso la modificación en las circunstancias viene motivada no sólo por esa nueva corriente jurisprudencial, sino por el hecho de que cuando se produjo el divorcio el menor de los hijos, Marino, tenía apenas unos meses de edad. En ese momento, siendo aún lactante, el planteamiento de una custodia compartida era sumamente complicado, por lo que no se trata únicamente del mero transcurso del tiempo, como elemento previsible a la hora de firmar el convenio regulador, como señala la parte apelante, sino de que la situación objetivamente es muy distinta, ya que la edad actual de los dos hijos permite contemplar un nuevo escenario en el que es la custodia compartida es el régimen más idóneo, siempre que el resto de elementos que deben ser tenidos en consideración así lo permitan y aconsejen.

En este sentido, no sólo el cambio de edad de los menores es sumamente relevante, sino que también lo es que su padre resida en la misma localidad en un domicilio propio, en compañía de su actual pareja, lo que no sucedía en el momento del divorcio, lo que le permite disponer de unos apoyos a la hora de afrontar con garantías los periodos en que debe estar en compañía de sus hijos. En consecuencia, es incuestionable que se ha producido una modificación de las circunstancias por todas las consideraciones expuestas que debe orientarnos hacia la valoración de la conveniencia de un régimen de custodia compartida.

Desde ese punto de vista, y pese a que el recurso de apelación cuestione la valoración de la prueba pericial psicosocial, lo cierto es que en ese informe se determina con claridad no sólo la capacidad y disposición de ambos progenitores para poder afrontar con garantías un régimen de custodia compartida y el cuidado de sus hijos en los periodos en que les corresponda, sino que no se apreció que tuvieran modelos educativos diversos o un alto grado de conflictividad entre ellos que pudiera desaconsejar ese tipo de custodia. Se afirma en el informe que su conflictividad es baja, con una comunicación fluida y facilitadora en todas las cuestiones relativas a los menores. Por lo que se refiere a sus horarios laborales, se destacaba que, aun con las habituales complicaciones para compatibilizar el trabajo y la atención a los menores, como puede ocurrir en cualquier familia, se disponían de los elementos y apoyos necesarios para poder compatibilizar su trabajo con la atención de los hijos en todo momento. Se destacó, igualmente, que los domicilios estaban lo suficientemente próximos como para que la vida de los menores no se viese desestabilizada en relación a su entorno socio relacional, su grupo de amigos en el futuro, la referencia de entorno de su colegio, centro de salud, actividades extraescolares, etcétera.

En suma, se concluía que se daban los criterios necesarios para considerar que un régimen de guarda y custodia compartida sería lo más beneficioso

para los menores, aun reconociendo que ellos estaban adaptados a su actual dinámica familiar. El hecho de que efectivamente se encuentren adaptados a su actual dinámica familiar no implica que deba descartarse un régimen de custodia compartida que garantizará, como ha quedado expuesto, un régimen lo más parecido posible a la situación existente antes de la crisis matrimonial. Reuniéndose en este caso todos los elementos necesarios para un régimen de custodia compartida, y entendiendo ésta la solución más favorable para los menores siempre que los las circunstancias así lo aconsejen, no pueden compartirse los argumentos de la parte apelante en el sentido de considerar desaconsejable modificar el actual régimen de custodia materna, por lo que debe concluirse que la solución adoptada en la sentencia apelada es respetuosa con el superior interés de los menores, por lo que no puede prosperar el recurso de apelación interpuesto.

CUSTODIA COMPARTIDA
Y PROBLEMÁTICA LABORAL DEL PADRE

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª
SENTENCIA DE 17/07/2018

Se dan los requisitos para acordar la custodia compartida. La posibilidad de que el demandado deba prestar sus servicios en otra ciudad de España, como ocurrió el pasado octubre, puede ser adecuadamente prevista mediante la solución adoptada en la sentencia recurrida, consistente en que sea la actora quien se haga cargo de los menores en ese periodo.

La actora interpone recurso de apelación contra a sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 9 de Valencia el día 17 de noviembre de 2.017, que acordó el divorcio de los litigantes, estableció la custodia compartida de los dos hijos de 12 y 10 años de edad, asignó a la demandante el uso de la vivienda, y decidió que los gastos de educación, sanidad y los extraordinarios, serán sufragados por partes iguales por los dos litigantes, así como que el demandado pagará una pensión de alimentos para los hijos de 120 euros al mes para cada uno de ellos, mientras la actora gane menos de 1.000 euros netos al mes.

La apelante interesa que se le asigne a ella la custodia de los hijos, y subsidiariamente se suprima el día de comunicación entre semana, y se establezca una pensión de alimentos a cargo del demandado de 220 euros al mes para cada uno de los dos hijos, y se haga cargo el demandado del 70% de los gastos de educación, sanidad y extraordinarios, mientras ella gane menos de 1.000 euros al mes, y que el demandado le compense con 25 euros por hijo por cada día que él no pueda tener consigo a los hijos.

Para determinar cuál es el sistema de guarda más adecuado al interés de los hijos, de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución Española, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1.996, así como el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el artículo 92 del Código Civil, se tiene en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2.016, remitiéndose a las de 12 de abril de 2.016 y 25 de abril de 2.014 ha declarado que: «La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma “debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación

con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea". En el caso que hoy se somete a la consideración del tribunal, no puede desconocerse el informe pericial realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia, (folios 123 y siguientes), que aun con algún factor en contra, como la falta de diálogo y de gestión adecuada de la ruptura, ve posible el establecimiento de un sistema de custodia compartida habida cuenta las pautas educativas similares de los progenitores, la proximidad de los domicilios y el conocimiento por los ex esposos de las necesidades de los hijos, y la vinculación afectiva que mantienen con ellos. Se constata que el demandado es policía nacional y tiene un horario de trabajo que en la primera semana del mes le exige una dedicación de lunes y martes de 19 a 3 horas, igual que el viernes y sábado, y el domingo de 17 a 0 horas, la segunda semana, los miércoles y el jueves de 19 a 3 horas, en la tercera semana, lunes y martes de 19 a 3 horas y viernes y sábado de 22 a 6 horas, y en la cuarta semana miércoles y jueves de 19 a 3 horas. La actora está en situación de desempleo, aunque tiene expectativas de resinsertarse en el mundo del trabajo. No existen elementos de prueba sólidos que se opongan a la custodia compartida, por los elementos puestos de relieve en el informe, y porque los elementos que se oponen a este sistema no tienen suficiente fuerza como para sustentar una guarda exclusiva de la actora, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo reseñada arriba, y a la que, como la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2.014, exige que "para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial", algo que no sucede, a tenor de las pruebas practicadas, especialmente del propio informe pericial, en este caso. La posibilidad de que el demandado deba prestar sus servicios en otra ciudad de España, como ocurrió el pasado octubre (folio 237), puede ser adecuadamente prevista mediante la solución adoptada en la sentencia recurrida, consistente en que sea la actora quien se haga cargo de los menores. Procede por ello desestimar este motivo del recurso de la actora, incluso el extremo relativo a la supresión de los contactos entre semana con el progenitor que no tenga a los hijos consigo, pues el dictamen los recomienda, incluso en mayor medida que la acordada por la sentencia, y además, estos contactos no ofrecen inconvenientes prácticos dada la proximidad de los domicilios de los litigantes.

Para determinar la forma con la que los litigantes contribuirán al mantenimiento de sus hijos, de acuerdo con los artículos 93 y 142 y siguientes del Código Civil, se tiene en cuenta que el demandado consignó en su declaración del impuesto sobre la renta del ejercicio de 2.016 un rendimiento neto de 28.508, 55 euros (folio 272 vuelto), mientras que la demandada está en situación de desempleo, consta inscrita en el servicio de empleo en septiembre de 2.017 (folio 331). Los dos progenitores abonan la suma de 450 euros al mes por la vivienda que ocupan en régimen de alquiler, él en la AVENIDA000, y ella en la CALLE000. Los hijos asisten al centro concertado " DIRECCION000 " (folio 198). A la vista de estos elementos de juicio, es más adecuado a la capacidad económica diversa de las partes, el que el demandado pague una pensión de 150 euros al mes para cada uno de los dos hijos, debiendo hacer frente ambos por mitad a los gastos de educación y sanitarios, así como los extraordinarios, y para el supuesto de que el demandado no pueda estar con sus hijos durante más de dos días seguidos en los periodos que le corresponden, deberá a abonar a la actora la suma de 20 euros al día por cada uno de los dos hijos, pues verdaderamente en ese caso la situación sería perjudicial para la demandante si no se estableciera esa compensación. Procede, por lo tanto, la estimación de este motivo del recurso.

Régimen de visitas

NO PUEDE FIJARSE UN RÉGIMEN DE FUTURO

LA MADRE NO TRANSMITE "PERMISO PSICOLÓGICO" AL MENOR

NO PUEDE FIJARSE UN RÉGIMEN DE FUTURO

AP MADRID, SEC. 22.ª
SENTENCIA DE 29/06/2018

La no fijación de régimen de visitas se ajusta, al día de hoy, a derecho pues está privado de libertad, condenado por delito de agresión sexual, así como por delito de maltrato y delito de coacciones. Por otra parte ha tenido muy poco contacto y comunicación con los menores incluso en fecha anterior al ingreso en prisión (2014). Tampoco procede fijar un régimen de futuro para cuando consiga algún permiso penitenciario.

La parte apelante, a través del escrito de interposición del recurso de apelación planteado contra la sentencia de instancia, y con revocación de la misma, solicita que se conceda al padre el derecho de visitas con los menores, una vez que obtenga permiso, comunicando al juzgado la fecha de dicho permiso, momento en el que los menores podrán acudir al domicilio de la hermana del demandante, a la sazón, doña Francisca, que reside en la CALLE000 número 2, de DIRECCION001, o con posibilidad de recoger a dichos menores en el lugar que se estime oportuno.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, ha solicitado la confirmación de la sentencia.

Hay que tener presente que el derecho de visitas que el artículo 94 del Código Civil reconoce en favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad, o incapacitados como consecuencia de lo acordado en la sentencia de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, tiene como contenido tanto la visita propiamente dicha, como la comunicación y la convivencia con aquellos y se fundamenta en la relación jurídico familiar preexistente entre aquél y sus hijos menores, constituyendo un aspecto concreto, en caso de crisis del matrimonio, del derecho más general de comunicación entre parientes recogidos en el artículo 160. Es un derecho de contenido afectivo, no se configura como propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de estos, sino como un complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos, en aras a su desarrollo, estando condicionado dicho derecho a que sea beneficioso a aquellos, para salvaguardar sus intereses, y así se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 92.2, en concordancia con el artículo 39.2 de la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas de Octubre de 1989, y ratificado por España por medio de Instrumento de

fecha 30 de noviembre de 1990.

Por tanto, sólo es posible la supresión del régimen de visitas, la restricción o la suspensión, y en una correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 94 del texto legal citado, cuando por circunstancias, aún no dependientes del progenitor no custodio, en el orden personal, familiar, psicológico, material, etc., no sea posible propiciar dicha comunicación personal entre aquellos y dicho progenitor no custodio en cuanto que dicha relación personal pudiera perjudicar o incidir negativamente en el desarrollo integral de los menores.

Dicho lo que antecede, es lo cierto que el pronunciamiento de la sentencia apelada, y en lo que se refiere a la medida relativa a la no fijación de régimen de visitas alguno del padre para con los menores, se ajusta, al día de hoy, a derecho; en efecto, el recurrente se encuentra privado de libertad, condenado por delito de agresión sexual, así como por delito de maltrato y delito de coacciones.

Por otra parte, el recurrente ha tenido muy poco contacto y comunicación con los menores incluso en fecha anterior al ingreso en prisión, constando que, por otra parte, no tiene comunicación con dichos menores desde la fecha en la que se encuentra privado de libertad desde el año 2014.

En este sentido, y teniendo en cuenta la expresa petición que plantea el recurrente, quien solicita la fijación de un régimen de visitas para el momento en el que esté temporal y provisionalmente en libertad, por medio de un permiso que pueda obtener, tal pretensión se debe rechazar en tanto en cuanto sería un pronunciamiento de futuro, pues de aceptar dicha solicitud dicha ejecución de la sentencia, en términos tan inciertos podría afectar negativamente al interés y el beneficio de los menores.

Por ello, es lo procedente remitir al recurrente al proceso de modificación de medidas para el futuro, cuando se modifique su situación personal, una vez que obtenga la libertad o bien definitiva o bien provisional, por medio de obtención de permisos, en el grado que corresponda, y en los términos que permita el Reglamento Penitenciario, las Autoridades Administrativas pertinentes o la Autoridad Judicial, para analizar de modo actualizado las concretas circunstancias personales y familiares que concurren tanto en el recurrente como en los menores, pues posiblemente será lo procedente, llegado el caso, y concurriendo las circunstancias, señalar un régimen de visitas progresivo cuyo alcance ahora es imposible adivinar.

LA MADRE NO TRANSMITE “PERMISO PSICOLÓGICO” AL MENOR

AP MADRID, SEC. 22.ª SENTENCIA DE 25/06/2018

Se desestima la petición de la madre de suspender las visitas y se acuerdan medidas esenciales para el restablecimiento de la normalidad en el grupo familiar indicando la actitud proactiva que se precisa por parte de la madre para la solución del conflicto, al no haber transmitido “permiso psicológico” al menor para relacionarse normalmente con su padre.

Se discute en esta alzada la suspensión de las visitas y el incremento de la pensión de alimentos todo ello con relación al hijo común de 13 años de edad como nacido el NUM000 de 2005.

La cuestión que se suscita como tema de fondo, objeto de debate habrá de ser resuelta conforme a las previsiones de los arts. 90 y 91 “in fine” del C.C., en lo que concierne al régimen de visitas y a la pensión de alimentos, según los cuales para que se produzca una modificación de las medidas adoptadas en precedente pleito matrimonial es preciso que se alteren sustancialmente las circunstancias existentes al momento de su adopción, debiendo afectar dicho cambio al núcleo o esencia misma de la medida, no bastando a tal efecto un mero cambio tangencial o accesorio, debiendo tener carácter definitivo o ser cuando menos de cierta duración, teniendo, además, que obedecer a circunstancias ajenas a la voluntad de quien promueve la modificación, extremos que, sin duda, han de calibrarse ajustadamente a fin de no vulnerar exigencias derivadas del principio de la seguridad jurídica, y que no concurren en los hechos objeto de cuestión, - más allá de lo ya acordado en la sentencia apelada - y que se remontan a la sentencia dictada en anterior

pleito matrimonial, sentencia de divorcio de 1 de febrero de 2007 que estableció un sistema de visitas ordinario con pernoctas tras un período inicial de tres meses, fijando 500 euros mensuales de alimentos, y posteriormente modificada en lo tocante a las visitas en sentencia de 16 de marzo de 2010 que reguló las visitas según lo establecido en el fallo de la sentencia.

Y es lo cierto que no existen cambios esenciales, - al margen de lo que ya motivado y fundamentado en la sentencia apelada - transcurridos más de 5 años desde aquel entonces, por cuanto las circunstancias disfuncionales que aquejan al grupo familiar se remontan como se constata en el procedimiento, a un período prolongado en el tiempo en el que constan judicializados numerosos episodios de la vida de los litigantes.

De esta forma en procedimiento ejecutivo 1182/2006 ya se despacha ejecución contra Martina, en su momento condenada por una falta, a fin de que cumpla el régimen de visitas establecido en auto de medidas provisionales de fecha 5 de junio de 2006,

Y así aparece ya en el informe pericial de 22 de enero de 2009 que " ambos padres se acusan mutuamente de transmitir al hijo información negativa... no existe por ello el respeto necesario para transmitir lo más positivo de cada uno al hijo en común. Esto está ocasionando en Fidel no solo un conflicto de lealtad sino un confusionismo respecto a la identidad sobre su verdadero padre quien nunca se ha apartado de sus responsabilidades que tiene como progenitor legal. " Ya se propugnó intervención del CAI y la orientación se expresó en continuar las visitas " para normalizar, fomentar y reforzar la relación padre e hijo ".

Concluye al efecto el profesional del CAEF DIRECCION000 en marzo de 2016 que procede explorar la relación entre Martina y su hijo Fidel, para valorar como es la misma y cómo es el flujo de información entre ambos respecto a la situación con el padre del menor.

El informe pericial practicado en la primera instancia se elaboró llevando a cabo cuestionarios para la evaluación de cuidadores, inventarios clínico y multifásico de Personalidad y en relación al menor entrevista social y psicológica semiestrcuturada individual, observación de la conducta, distintos cuestionarios - educativo: ansiedad y depresión y prueba psicodiagnóstica, test autoevaluativo, observación de la relación materno y paterno-filial, análisis de documentación y coordinación interdisciplinar del equipo Técnico Judicial.

El dictamen psicosocial tras relacionar los antecedentes fácticos del grupo familiar que se remontan y por lo que ahora importa al nacimiento de Fidel, reseña que el hijo tuvo régimen de visitas en PEF hasta 2008 y asistió a varios profesionales por intervención terapéutica, iniciando tratamiento psicológico con 3 años y asistencia al CAI, siendo derivada la familia al CEF DIRECCION000, y en cuanto a la situación del menor indica que desea relacionarse con su padre de una forma normoadaptada y reseña que de las manifestaciones realizadas por el menor, se desprende que la convivencia con su padre y entorno, se produce dentro de parámetros de normalidad, y en la evaluación psicológica de doña Martina y don Ángel ambos además de en otras característica obtienen puntuación alta en capacidad para resolver problemas. Por lo que se refiere al menor Fidel menciona que se encuentra dentro de un conflicto familiar de larga duración inmerso en una conflictiva interparental. Mantiene una ambivalencia que le lleva a presentar sintomatología y manifestar conductas disruptivas, y por sus respuesta evidencia importante vinculación afectiva hacia su madre y su padre. Muestra su conflicto entre las persona de referencia en la función parental. El menor entra en conflicto interno, con manifestaciones emocionales cuando relata el esfuerzo psicológico que tiene que realizar de adaptación.

Se destaca en aquel dictamen que el menor "se muestra altamente sobreimplicado en el conflicto interparental. Ambos progenitores, de un modo y otro, están fomentando que Fidel tenga un conflicto de lealtades. El menor siente la necesidad de tomar partido por una de las partes (asumiendo un rol que no le corresponde). No desea participar en el conflicto adulto. Se encuentra afectado y tiene actitudes relacionadas con conflicto de lealtades hacia sus progenitores, denota incomodidad al tener que tomar decisiones sobre uno y otro padre, y la vivencia negativa de responsabilidad por la posibilidad de perjudicar a uno u otro con sus decisiones, con referencia a la figura materna y atribución de la responsabilidad de la ruptura a la figura paterna....

Indica alta inadaptación social... alta insatisfacción familiar reflejada por el clima del hogar y la relación entre los padres ".

Y como consideraciones periciales se reseña que: " Fidel está sufriendo las consecuencias de una separación conyugal patológica.....La relación entre los progenitores se encuentra en una situación en-

conada.....Se evidencia que ambos no son capaces de olvidar sus discrepancias....y pensar únicamente en el mejor interés de su hijo...con estrategias manipulativas...El grado de conflicto... ha sido percibido por Fidel...se ha visto forzado a vivir en una realidad dividida...Esta situación se ve reflejada.....en la sintomatología ansiosa-depresiva.....

Se detecta que Fidel ha recibido explicaciones contradictorias.....al tener que asumir la figura de Borja y verse obligado a negar la figura paterna, aunque internamente se vea vinculado afectivamente con su padre. No se pude determinar, cuándo y cómo, Fidel pudo haber iniciado un conflicto de lealtades....es evidente....que no se ha transmitido "permiso psicológico" al menor para relacionarse normalmente con su padre...por parte de la figura materna existe una expectativa.....de desvinculación de la figura paterna de la vida del niño, favoreciendo y ofreciendo como figura referencial su pareja.....delegando en el menor, la responsabilidad de ver o no a su figura paterna.

El comportamiento cambiante de Fidel, respecto a la relación paternofilial....ha pasado de una vinculación satisfactoria.....a las desavenencias..... situación que no se ha mantenido en la exploración psicosocial,, y donde ha manifestado querer relacionarse con su padre con normalidad, sin que su madre se enfade.

En estos momento en D. Ángel se han detectado habilidades y actitudes desajustadas en la relación con el menor...

En D.ª Martina..no tiene en cuenta que también forma parte del adecuado ejercicio parental facilitar y fomentar que el otro progenitor pueda ejercitar su rol y función parental como padre.....

Fidel presenta sintomatología que deber ser tratada por un daño emocional relacionado con su posicionamiento.....situándose en un lugar de riesgo para su adecuado desarrollo psicoafectivo.....el conflicto de lealtades.....le está generando sintomatología psicosomática con crisis de ansiedad reactiva asociada a no satisfacer los deseos de la madre.

Se recomienda una intervención inmediata terapéutica familiar a través del los profesionales de CAI que hace años le atendieron, y que sea respaldada y sostenida por el ámbito judicial ".

Acorde con todo ello y en términos de lógica consecuencia aquellos profesionales que así valoraron y consideraron - y cuya profesionalidad viene avalada por su condición de miembros integrantes del Servicio Público de la Administración de Justicia, adscritos por la DG de Justicia de la CAM al Equipo Técnico Judicial del Juzgado de 1ª Instancia de Familia nº 29 de los de Madrid, y cuya tarea viene así determinada por las condiciones de imparcialidad y objetividad - concluyen desde una valoración social y psicológica, en cuanto al régimen de visitas paternofilial, que ahora se cuestiona, que no existen motivos que justifiquen limitación o suspensión del mismo.

Asimismo La Psicóloga forense y la Trabajadora social Forense estiman que " La situación psicopatológica cronificada de este grupo familiar traspasa el ámbito jurídico oy para su abordaje es necesario una combinación de medidas psico- legales; por un lado medidas dirigidas a la progenitora para que permita el acceso del hijo común al progenitor y por otro la derivación del menor al CAI nº 2".

Las peritos forenses en el acto de la vista oral ratificaron el informen destacando que lo que concluyen es precisamente que se haga un régimen de visitas.

Aquellas conclusiones por fundadas, coherentes y racionales son acogidas en la resolución ahora apelada incluido el acuerdo sobre la intervención inmediata, si fuere necesario, con terapia global sistémica en el CAI 2, lo que también en su día informó la Ilma. Representante del Ministerio Fiscal, de manera que en la Sentencia apelada valorando el contenido de aquel dictamen, el resultado de las manifestaciones, el examen de la documental obrante a los autos y en atención a los antecedentes fácticos y procesales, acuerda no suspender las visitas paterno- filiales todo ello en atención a la protección preferente del menor, lo que así ha de mantenerse en esta alzada significando en todo caso que la persistencia de tales actitudes parentales que perjudiquen al menor determinará la adopción de medidas que mejor protejan el derecho preferente del hijo, habiéndose dispuesto, en su momento, con anterioridad, además de una suspensión cautelar en tanto en cuanto se sustancia este procedimiento, la asistencia de ambos progenitores a la Escuela de Padres de la CAM.

De todo ello se concluye la pertinencia de mantener aquellas visitas con la adopción de tales medidas esenciales para el restablecimiento de la normalidad en el grupo familiar debiendo por ello desestimar este motivo de apelación de la recurrente cuya actitud proactiva para la solución del conflicto se precisa, al no haber transmitido "permiso psicológico " al menor para relacionarse normalmente con su padre.

Vivienda familiar

CUSTODIA COMPARTIDA Y CASA NIDO

CONTINÚA LA ATRIBUCIÓN INDEFINIDA DEL USO PARA LA EXESPOSA

CUSTODIA COMPARTIDA Y CASA NIDO

AP MADRID, SEC. 22.ª
SENTENCIA DE 29/06/2018

Se otorga la custodia y la casa nido con periodos de alternancia de un mes para cada progenitor, evitando de esta forma las disfunciones derivadas de las salidas y entradas de los progenitores en el domicilio en tiempos tan cortos, en orden a la debida organización para las cuestiones domésticas o lo suministros de la vivienda.

Se cuestiona el sistema de custodia compartida de los hijos comunes de 16 y 14 años de edad como nacidos el NUM000 de 2001 y NUM001 de 2003.

Se propugna por la apelante una distinta distribución de la custodia compartida solicitando que se produzca la alternancia por semanas o quincenalmente y alega falta de motivación en la medida, los antecedentes fácticos relativos a la custodia compartida fijada por las partes, semanalmente, así como el inconveniente de- al no haber establecido visitas semanales - pasar ese período de tiempo sin relación fluída con el otro progenitor.

Y tales alegatos no pueden ser acogidos si tenemos en cuenta que la sentencia apelada cumple suficientemente las necesidades de motivación conforme a las exigencias constitucionales y las normales procesales del artículo 218 de la LEC.., en cuanto se razona y fundamenta que la atribución de la vivienda a los hijos - a los fines de dotar de estabilidad la vida de los hijos en el sistema establecido- comporta la conveniente de estipular una alternancia de períodos más prolongados en el uso de la vivienda, evitando de esa forma las disfunciones derivadas de las salidas y entradas de los progenitores en el domicilio en tiempos tan cortos, en orden a la debida organización para las cuestiones domésticas o lo suministros de la vivienda.

Por otra parte los antecedentes fácticos no vinculan la decisión judicial, significando en todo caso que todo ello se regula en beneficio de los hijos comunes y sin perjuicio de los acuerdos que a tal fin puedan adoptar las partes.

En lo tocante a la ausencia de trato y relación de los hijos con el otro progenitor en los períodos de estancias mensuales no comporta tampoco un inconveniente para el establecimiento de tal sistema de alternancia en la custodia por cuanto tales desajustes encuentra ajustado reparo legal mediante el establecimiento de un régimen de visitas ordinario que a continuación se desarrollará, razones todas que determinan en este punto el rechazo de este motivo de apelación.

Y se pretende asimismo la modificación de la medida relativa al uso de la vivienda.

Reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo determina con carácter general la falta de adscripción de la vivienda familiar, de carácter indefinido, en los supuestos de custodia compartida,en cuanto se argumenta, que ya no existe una residencia de la familia, STS. de 11 de febrero de 2016, 9 de

septiembre y 17 de noviembre de 2015 entre otras, debiendo, significar que en el presente supuesto la interesada deja la vivienda familiar y no propugna su atribución en la primera instancia, en la que dijo que " no quiere regresar al que fuera domicilio familiar, por encontrarse en una zona aislada y por los malos recuerdos que mantiene. Pero ello no debe motivar que se le atribuya su uso y disfrute la padre, suponiendo una carga mayor para la madre. Por eso se solicita que se proceda a la venta de la vivienda, teniendo preferencia el padre, en el caso de estar interesado en adquirir el 50 5 de mi mandante".

Acorde con tales antecedentes fácticos y procesales y con el acuerdo adoptado en la sentencia respecto de la alternancia mensual en la custodia y la asignación a los hijos menores de edad de aquella vivienda (cuya preferente protección es el presupuesto básico en la adopción de la medida) a los fines de dotar de estabilidad el entorno de los menores, no procede hacer atribución a la interesada del uso de la vivienda de forma exclusiva y excluyente, ni de forma temporal, manteniendo en la vivienda que fue familiar a la recurrente durante 5 años, y aún teniendo presente la repercusión económica que comporta la medida cuestionada, si bien es claro que aquellas residencias de los progenitores para los períodos en que no permanezcan junto a los hijos, precisan de distintas características, dimensiones y condiciones que las destinadas a alojar al grupo familiar.

Por lo expuesto la sentencia apelada no infringe la doctrina examinadas en atención a las circunstancias concurrentes y ello sin perjuicio de los acuerdos que a tal fin puedan adoptar las partes.

CONTINÚA LA ATRIBUCIÓN INDEFINIDA DEL USO PARA LA EXESPOSA

AP MADRID, SEC. 22.ª AUTO DE 05/06/2018

No se acredita en las actuaciones por el demandante, a quien incumbe el onus probandi o carga de la prueba (art. 217 de la Lec), alteración alguna de las circunstancias que determinaron la atribución indefinida del uso de la vivienda familiar a la ex esposa, por lo cual la modificación operada en la instancia no encuentra su amparo en el artículo 96 del Código Civil.

La representación procesal de D.ª. Teodora, demandada en proceso entablado para la modificación de los efectos de divorcio adoptados en sentencia de 24 de junio de 2.010, interpone recurso de apelación frente a la recaída en la instancia a 22 de abril de 2.016, solicitando se mantenga en su favor la atribución del uso del domicilio familiar verificada al divorcio sin límite temporal, con anuencia de la contraparte, que se abstuvo de interponer con tal motivo recurso, consintiéndolo.

La contraparte, como cuestión previa, en su escrito de oposición al recurso, plantea inadmisibilidad por omitirse mención del pronunciamiento impugnado.

Por las evidentes consecuencias prácticas que conllevaría su estimación, ha de ser examinada en primer lugar la alegada causa de inadmisibilidad del recurso, y ello para rechazarla, pues si bien el artículo 458 de la L.E.Civil, faculta a dictar auto declarando la inadmisión del recurso si se entendiera que no cumple los requisitos de admisión, es lo cierto que los únicos presupuestos procesales exigibles al efecto, o requisitos de procedibilidad, a tenor del número 3 de dicho precepto, se contraen a que la resolución combatida sea susceptible de apelación y que el recurso se interponga dentro de plazo, los que aquí concurren.

En consecuencia, como quiera que el artículo 458 de la L.E.Civil, en redacción dada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, suprimió el trámite de preparación del recurso de apelación que nos ocupa, en el aspecto formal, máxime cuando literalmente transcribe el pronunciamiento del que se disiente, cumple los requisitos exigidos para su admisión a trámite, lo que conduce a la anunciada desestimación de la cuestión previa de inadmisibilidad.

Seguir un criterio contrario al expuesto entrañaría un exceso de rigorismo formal, determinante aquí de indefensión para la recurrente, debiendo observarse el principio pro actione y otorgándole la efectiva tutela judicial, a la que tiene derecho en méritos al artículo

24 de la Constitución Española, teniendo en consideración que es consolidado el criterio jurisprudencial de que la recurribilidad en apelación no debe ser resuelta desde un formalismo simplista, máxime cuando la problemática resuelta en el auto cuya apelación se intenta, afecta a alimentos a favor de menores de edad.

Permítasenos para concluir hacer mención de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de fecha 9 de junio de 2006, número 557/2006, en la que se expresa que debe seguirse la postura más flexible, y ello es así porque el principio pro actione exige:

Evitar interpretaciones y aplicaciones de los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelve en Derecho sobre la pretensión a él sometida (SSTC 12/2003, 28 de enero; 59/2003, 24 de marzo; 168/2003, 29 de septiembre; 179/2003, 13 de octubre; 72/2004, 8 de abril; 134/2005, 23 de marzo); y,

Eludir cualquier interpretación o aplicación de los requisitos procesales que sea rigorista o excesivamente formalista o por cualquier otra razón revele una clara desproporción entre los fines pretendidos por la norma y los intereses que se sacrifican, y que se conviertan en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24 CE (SSTC 58/2002, de 11 de marzo; 12/2003, de 28 de enero; 27/2003, de 10 de febrero; 164/2003, de 29 de septiembre; 177/2003, de 13 de octubre; 182/2003, de 20 de octubre; 182/2004, de 2 de noviembre; 134/2005, de 23 de marzo). Deben, por consiguiente, ponderarse los defectos, y guardarse la proporcionalidad con la consecuencia que acarrea su estimación, de ahí que haya de procurarse la subsanación siempre que sea posible, haciendo factible el proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial (como reitera el TC en SS., entre otras, 45/2002, de 25 de febrero, y 182/2003, de 20 de octubre). Para dicha ponderación deben tomarse en cuenta: la entidad del defecto, incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero; 12/2003, de 28 de enero; 182/2003, de 20 de octubre)".

Previamente al examen de la problemática planteada al Tribunal, y dado el tipo de proceso en que nos encontramos, se considera conveniente precisar que conforme consolidada doctrina jurisprudencial la variación de las medidas o efectos secundarios consecuentes a la separación conyugal y acordadas en la sentencia correspondiente, únicamente puede tener lugar, cuando se produzca una alteración seria o substancial de las circunstancias relativas a la fortuna de uno u otro cónyuge que suponga la aparición de hechos o situaciones nuevas y de algún modo imprevistas más allá de las variaciones que pudieran considerarse ordinarias o habituales, de acuerdo con la posición socioeconómica de la familia y la realidad social del momento, respecto a la situación fáctica que se tuvo en cuenta en el convenio extrajudicial o, en su caso, en la sentencia, sobrevenida con posterioridad a su adopción, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en dicho acuerdo (arts. 90, párrafo tercero, 91, inciso final, 93 y 100, en relación con el artículo 147, todos ellos del Código Civil).

El artículo 90 del CC establece que "Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias." Esta posibilidad contemplada en el párrafo penúltimo del artículo 90 del Código Civil, no implica una derogación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada que rigen en todo procedimiento civil, ya que dicho precepto no permite la revisión arbitraria de resoluciones firmes subsistiendo las mismas circunstancias que las determinaron, y sí cuando las medidas acordadas se revelen como ajenas a la realidad subyacente por haber experimentado una sustancial mutación los factores concurrentes en su momento, no prevista entonces y ajena a la voluntad de quien insta la referida modificación.

Así pues la modificación de las medidas acordadas a 24 de junio de 2.010 en sentencia de divorcio, requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias:

Que las alteraciones sean verdaderamente transcendentes, fundamentales y no de escasa o de relativa importancia, que sean permanentes o duraderas y no coyunturales o transitorias,

Que no sean imputables a la simple voluntad de quien insta la modificación y que no hubieran sido previstas por los cónyuges o el juzgador en el momento en que fueron establecidas.

La naturaleza y el objeto del procedimiento de modificación de efectos obliga a delimitar las pretensiones que a este proceso pueden ser traídas, por

cuanto que deben estar amparadas en un cambio de las circunstancias en razón de la concurrencia de acontecimientos futuros, inciertos e imprevistos y que sean de notoria importancia, de modo que si del análisis comparativo entre la situación antecedente y la actual se deduce un cambio en la situación personal o patrimonial o laboral de las partes sólo en este caso podrá accederse a la modificación que se pretende.

Sin embargo, si tal modificación se interesa en razón de circunstancias o acontecimientos que ya estaban previstos o que pudieron preverse, no será posible entonces atender a la pretensión modificatoria siempre y cuando las nuevas circunstancias laborales y económicas no sean esencialmente diferentes y teniendo en cuenta que la situación laboral posterior fue igualmente advertida y por tanto prevista.

A la luz de la doctrina expuesta y en consideración a los antecedentes de hecho, legales y jurisprudenciales, es factible anticipar la procedencia de la estimación de la pretensión de la recurrente en orden a dejar sin efecto la modificación operada en la instancia, consistente en atribuir ahora de manera alterna por años el uso del domicilio familiar a uno y otro ex consorte, debiendo estarse en sus estrictos términos al pronunciamiento contenido en la sentencia de divorcio.

Ha de tenerse en consideración que la atribución del uso de la vivienda conyugal, viene basada en presupuestos de intereses necesitados de mayor protección, solo existe un momento de atribución, el de la ruptura o crisis, y lo es a fines de mero alojamiento, y siempre con carácter temporal, sin conferir al beneficiario mayores derechos de los que deriven del título de ocupación.

En estas circunstancias vistas, ninguna razón justifica ahora un uso alterno, sin alteración alguna de las contempladas al tiempo del divorcio en lo que afecta al interés necesitado de mayor protección, máxime no constando necesidad perentoria por parte del ex marido de alojarse en la vivienda familiar, por no poderlo hacer en DIRECCION000, en otra de características semejantes, o en cualquier otro punto geográfico, en régimen de alquiler, al no ser preceptivo hacerlo en el de propiedad, de manera igualmente suficiente y digna, al carecer aquella de características especiales, como pudiera ser, a título de ejemplo, la supresión de barreras arquitectónicas para su adaptación a minusvalía, que el actor aquí recurrido ni tiene reconocida, ni padece, pues ni siquiera lo alega, al basarse en una problemática psicológica que no entendemos solo pueda superarse ocupando la vivienda familiar, y recuperarse de la misma D. Basilio sin más, aun sumada a una patología coronaria que ya padecía al divorcio y no ha surgido de improviso.

Por tanto, no se ha producido alteración alguna en orden al interés necesitado de mayor protección, y es ahora lo que procede, manteniendo a la ex esposa en el uso del domicilio familiar, estar a lo que se resuelva en el correspondiente proceso de liquidación de la sociedad legal de gananciales que conformaron, segunda fase, de avalúo y adjudicaciones, cauces del artículo 810 de la L.E.Civil, dado que recayó sentencia firme de formación de inventario a 8 de julio de 2.013, en el que es lo previsible se adjudique a D.ª. Teodora el inmueble litigioso, con la correspondiente compensación a D. Basilio, al ser aquella la que lo ha venido utilizando, careciendo de todo sentido hacerla salir del domicilio familiar.

Considera la Sala que no se acredita en las actuaciones por el demandante, a quien incumbe el onus probandi o carga de la prueba (artículo 217 de la L.E.Civil), alteración alguna de las circunstancias que determinaron la atribución indefinida del uso de la vivienda familiar a la ex esposa, por lo cual la modificación operada en la instancia no encuentra su amparo en el artículo 96 del Código Civil, precepto a cuyo tenor:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

Procede en consecuencia la anunciada estimación del recurso, con revocación de la disentida, para acordar, como se verificará en la parte dispositiva de la presente resolución, no haber lugar a la modificación de efectos de divorcio, debiendo estarse a lo resuelto a 24 de junio de 2.010, conforme a lo cual, corresponde la atribución del uso del domicilio familiar a D.ª. Teodora sin límite temporal.

Pensión alimenticia

PENSIÓN ALIMENTICIA DE 2.700 EUROS PARA DOS HIJOS

EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN: 22 AÑOS Y EN 2.º DE LA ESO

PENSIÓN ALIMENTICIA DE 2.700 EUROS PARA DOS HIJOS

AP MADRID, SEC. 22.ª SENTENCIA DE 29/06/2018

Se fija una pensión alimenticia de 2700 euros mensuales por ambos hijos (de 23 y 20 años) teniendo en cuenta el resultado de la prueba practicada de la que se deduce que el padre cuenta con ingresos que superan los 10.000 euros mensuales.

Por la dirección letrada de la parte apelante interesando la revocación de la resolución recurrida se pide que se establezca una pensión de alimentos de 1330 euros por los hijos que se reducirá desde julio de 2016 en 299 euros al desparecer el coste de colegio, y por ello que se establezca ya una pensión de 1030 euros al mes y que se reducirá a la mitad una vez el hijo mayor alcance 23 años si antes no lograre independencia en cuyo caso se extinguirá en esa fecha, y la del menor se extinguirá igualmente cuando cumpla 23 años si antes no hubiera alcanzado su independencia, que no se fije pensión compensatoria y en su caso que se establezca por dos años 408 euros al mes y que se permita retirar al interesado bienes y enseres personales que relaciona, entre otros piano de pared, juego de café, vajilla de regalo y al igual que solicita - dado que la mayor parte del ajuar es privativo - se realice inventario y se alega entre otras razones que lo que se denomina rendimiento neto en el IRPF no coincide con los ingresos netos sino que coincide con los ingresos brutos previo descuento exclusivamente de las cotizaciones de la seguridad social y por lo tanto, para conocer los ingresos netos se exige detraer las retenciones a cuenta y pagos de impuestos y han de descontarse las dietas cobradas, y cuantifica el salario en 3167 euros al mes al ser el resto de los conceptos variables y ha de detraer las cargas y obligaciones con terceros y tras los descuentos cifra el ingreso real en 128.096,75 euros.

Añade que el recurrente es piloto, que realiza vuelos internacionales, transoceánicos y que una parte importante de nómina se concreta en dietas que son indemnizaciones para gastos en ejercicio de profesión. Cifra la suma de dietas en 31403,54 euros, situando así sus ingresos mensuales en 8.057 euros y hay que tener en cuenta las obligaciones con terceros.

Por su parte doña Natividad pide que se fijen alimentos en 5000 euros al mes y que se fije una pensión compensatoria de 5000 euros mensuales, que el total de los gastos extraordinarios los pague el padre y que se fije la asignación del uso del domicilio a la madre con los hijos hasta la independencia económica y alega entre otras razones, en ambos escritos en el trámite de la apelación, que existe incongruencia poniendo de manifiesto las diferencias entre el auto de medidas provisionales y la sentencia que se recurre y destaca que estamos ante una ama de casa que dejó su trabajo y estudios para dedicarse 26 años a la familia, casa, hijos y marido y significa que lo que se hereda depende de los bienes que deja el causante. Y concluye que no tiene recursos, vivienda, con más de 50 años y sin experiencia profesional. Destaca que la pensión es de 2700 euros al mes y los ingresos del padre ascienden a 17607 euros al mes.

Cifra los ingresos netos de los años 2011,2012,2013,2014 y 2015 y destaca que las dietas que recibe están exentas de tributación, Y precisa que lo cobrado en 2015 ha sido 211232,39 euros, y menciona los gastos de 900 euros de alquiler y significa que no hay ahorros.

Señala que ella siempre trabajó de auxiliar administrativo y precisa que ambos hijos son mayores de edad y no le limitan en sentido alguno para realizar trabajo fuera de casa, significando los 5500 que recibe de su herencia. Y manifiesta que aunque ninguna de las partes hubieran solicitado de forma expresa el uso del ajuar o retirada de bines los artículos de referencia impone que se decida sobre ello.

Se presenta oposición.

Se pretende en primer lugar la modificación de la pensión de alimentos instando el padre su reducción y la madre su incremento, y ello con relación a ambos hijos de 23 y 20 años de edad, como nacidos el 11 de noviembre de 1994 y 2 de junio de 1998.

Preciso es señalar, en primer lugar, la inexistencia de incongruencia alguna por causa de la alegada discordancia al parecer, presente, entre lo acorado en sede de medidas provisionales y aquello que, definitivamente, se resolvió en la sentencia apelada, lo que,ciertamente, se aleja de los presupuestos regulados en el artículo 218 de la LEC.., que no contempla sino la disconformidad entre lo resuelto en la sentencia y lo pretendido por las partes, apartándose el Juzgador de lo pedido por aquéllas.

Y tales extremos poco tienen que ver con las diferencias evidentes entre las medidas adoptadas en las sedes respectivas de uno y otro procedimiento en cuanto que tales desiguales pronunciamientos obedecen a naturalezas y condicionantes en ambos procesos, el primero de carácter cautelar y meramente provisional, y en modo vinculante por tales características, y el segundo con vocación y proyección de futuro sin las limitaciones propias de aquella fase preventiva.

Y así, en efecto, tal cuestión respecto de los alimentos que es el objeto de debate ha de resolverse conforme a las previsiones de los arts. 93, 142, 145, 146, ss. y concordantes, todos ellos del Código Civil, que disponen y regulan la pensión de alimentos conforme a unos criterios determinantes cuales son las exigencias de equilibrio y proporcionalidad entre de una parte los recursos del obligado al pago, éstos siempre de carácter objetivo, y las necesidades del alimentista, de condición subjetiva o relativa, en cuanto su cuantificación dependerá de otros varios factores, entre los que sin duda tiene especial significación la situación económica disfrutada por el grupo familiar y valorando dichas necesidades por el nivel de satisfacción obtenido por la cobertura de otras necesidades más básicas o elementales.

Con tales presupuestos legales y doctrinales se estima conforme a derecho y a las circunstancias del caso la fijación de la pensión establecida en la sentencia apelada en el importe de 2700 euros mensuales por ambos hijos si tenemos en cuenta el resultado de la prueba practicada en la primera instancia conforme a las exigencias del artículo 217 de la LEC.

En efecto, consta en los autos que el interesado cuenta con ingresos que superan los 10.000 euros mensuales, apareciendo en el año 2013 una declaración fiscal que refleja un rendimiento neto de 224437,11 euros con una cuota resultante de autoliquidación de 89790,96 euros, lo que cifra el promedio mensual en 11220,51 euros, siendo los del ejercicio fiscal siguiente por el primer concepto de 212503,38 euros y por el segundo 81652,53 euros, lo que en este caso determina una media al mes de 10904,23 euros. Tales datos se compadecen con los recibos justificantes de sus ingresos mensuales concretos, constando nóminas de 9946,95 euros, 9958,36 euros, 9168,70 euros, 8098,05 euros, 8034,81 euros, 11723,26 euros, 8481,79 euros, 8957,04 euros, 8797,56 euros, 7389, 16 euros, 8640,50 euros, 10.362,74 euros, 9420,82 euros, 11.111,12 euros, incluyendo tales cuantías diversos conceptos y entre ellos dietas sujetas retención y exentas tributación, y siendo, además, tales partidas plenamente conformes con la documentación aportada por Air Europa,- empresa empleadora para la que presta sus servicios el apelante en su condición de piloto, en vuelos internacionales - al certificar que en el año 2015 tuvo en el mes de febrero 12 días fuera de base, en marzo 8 días, en abril, 12, en mayo 9, en junio, 12, en julio 11, en agosto 15, en septiembre 9, en octubre 15, en noviembre 14, en diciembre, 13, en enero 17 y en febrero, 16 días ambos estos últimos de 2016.

Estos son los datos relativos a la remuneración de la parte recurrente no constando que la interesada tenga ingresos o recursos propios derivados de su actividad profesional o rendimientos procedentes de bienes o patrimonios, generador de rentas o beneficios cuantificables, careciendo a estos efectos de entidad suficiente los anticipos recibidos de la herencia futura de doña Natividad por importe de 5500 euros mensuales, que en todo caso no consta, de forma cabal y rigurosamente probado, hubieran tenido continuación.

Ante aquella capacidad económica del obligado al pago las más elementales razones de equidad y pro-

porcionalidad y justicia material comportan la necesidad de mantener lo acordado en la sentencia apelada, en tanto en cuanto los hijos han de participar del estatus socio-económico disfrutado por el padre, lo que implica la improcedencia de reducir aquellos alimentos, teniendo en cuenta, asimismo, que el interesado ha de afrontar los gastos de alojamiento fuera del hogar familiar cubriendo así sus necesidades a tal fin, lo que sin duda tiene una considerable repercusión económica y que no constan especiales gastos de educación y formación de los hijos, que generan los propios y habituales de unos jóvenes de su edad, lo que conllevan en este segundo caso la imposibilidad de atender la injustificada pretensión de su incremento.

Se rechazan así ambos motivos de apelación, sin que procede acoger la solicitud en torno a la limitación temporal de la pensión, en cuanto dichos alimentos se extenderán hasta que los hijos alcancen, una vez finalizada su formación académica en condiciones de aprovechamiento y buena fe - incluidos los cursos de especialización en los ciclos universitarios,- la independencia económica lo que extinguirá dicha obligación.

Se propugna por la recurrente, asimismo, el pago de los gastos extraordinarios en su totalidad a cargo del padre, pretensión que (formulada ya en el escrito de contestación a la demanda formulada de contrario) ha de ser atendida, en parte, en atención a los condicionantes económicos de una y otro progenitor,

EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN: 22 AÑOS Y EN 2.º DE LA ESO

AP MADRID, SEC. 11.ª SENTENCIA DE 20/07/2018

El hijo mantiene un considerable y excesivo retraso en su formación académica, pues con 22 años aún se encuentra en el 2º curso de la ESO, además con asignaturas pendientes del curso anterior, sin que la prueba practicada evidencie que dicha deficiente marcha escolar se encuentre suficientemente justificada por necesidades de la familia, y en concreto por la atención a un hermano que, aún padeciendo de autismo y estando incapacitado, goza de una cierta autonomía en su desenvolvimiento diario. No puede mantenerse la obligación alimenticia a expensas de una hipotética cualificación profesional a obtener por el alimentista quien, por su escaso aprovechamiento escolar, vendrá obligado (art. 35 C.E.), a incorporarse al mercado de trabajo en puestos acorde con su preparación, máxime cuando no consta que carezca, a tal fin, de las necesarias aptitudes y condiciones.

Se alza la Sra. Alejandra contra el pronunciamiento de la Sentencia de instancia que declara extinguida la pensión alimenticia que, en pro del hijo común Luis Miguel, fue sancionada por la Sentencia que, en fecha 30 de marzo de 2005, puso fin al procedimiento de divorcio de los hoy litigantes, con la modificación cuantitativa operada en virtud de ulterior resolución de 29 de noviembre de 2010, y solicita de la Sala que la citada obligación se mantenga hasta que el hijo alcance independencia económica o, en su defecto, hasta que alcance la edad de 24 años.

Petitum revocatorio que encuentra la frontal oposición de la contraparte y del Ministerio Fiscal, en súplica de íntegra confirmación de la resolución impugnada.

Según viene manteniendo esta Sala, la institución de los alimentos entre parientes, que regula el Código Civil en sus artículos 142 y siguientes, descansa en principios de solidaridad familiar, alcanzando incluso rango constitucional en lo concerniente a los hijos, a tenor de lo prevenido en el artículo 39 de nuestra Carta Magna, que sin embargo viene distinguir entre la asistencia debida a los hijos “durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. En consecuencia de dicha matización, nuestra doctrina opina mayoritariamente que la obligación

respecto del descendiente menor de edad es uno los contenidos ineludibles de la patria potestad (art. 154-1º del Código Civil), por lo que nada tiene que ver con el deber señalado en los artículos 142 y siguientes, no pudiendo, por ende, acordarse el cese de tal obligación en tanto el hijo sea menor de edad, debiendo subsistir la misma incondicionalmente.

Tal tesis es asumida, con algunas matizaciones, por el Tribunal Supremo (S. 5-10-1993), en cuanto proclama que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad, por incardinarse precisamente en la patria potestad, derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 C.C.), no ha de verse afectado por las limitaciones propias de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una norma en gran parte sólo adecuada al caso de hijos mayores de edad o emancipados.

En tal línea es significativo que, a propósito de la regulación de la crisis matrimonial sometida a sanción por los tribunales, el párrafo 2º del artículo 93 C.C., en orden a los alimentos de los hijos mayores de edad o emancipados que, carentes de autonomía económica, conviven en el domicilio familiar, remita a los artículos 142 y siguientes, lo que no realiza el párrafo 1º del antedicho precepto en lo que afecta a la prole sometida la patria potestad, estableciendo en tal caso la obligación incondicional del Juez de fijar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos.

Tal aproximación legal y jurisprudencial a la problemática hoy sometida a la valoración de la Sala, ha de llevar a la conclusión de que la obligación alimenticia en pro de los hijos del matrimonio mayores de edad no puede tener un carácter incondicional e ilimitado temporalmente en cualquier hipótesis, esto es en tanto dichos descendientes carezcan de medios propios con los que atender sus necesidades, pues ello iría en contra de la filosofía inspiradora de los artículos 142 y siguientes, el primero de los cuales ya establece, en su párrafo 2º, que los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista, tras la mayoría de edad, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable; y siendo la preparación académica elemento imprescindible para acceder a un puesto de trabajo de cierta cualificación, no puede dejar de relacionarse el referido precepto con el número 5 del artículo 152, que establece como causa de cese de la obligación la circunstancia de que la necesidad del alimentista, descendiente del obligado, provenga de su mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa. Y lógicamente la falta de diligencia laboral es asimilable a la dedicación a los estudios necesarios para acceder a tal mundo laboral cualificado, pues será exigible al hijo en dicho supuesto, por su falta de aplicación escolar, el incorporarse a un puesto de trabajo no cualificado, de más fácil acceso, lo que igualmente determinaría la extinción del deber alimenticio, según dispone el artículo 152-3º.

En el caso que ahora analizamos, el hijo respecto del que se debate la subsistencia de la obligación alimenticia mantiene un considerable y excesivo retraso en su formación académica, pues con 22 años aún se encuentra en el 2º curso de la ESO, además con asignaturas pendientes del curso anterior, sin que la prueba practicada en el curso de la litis evidencie que dicha deficiente marcha escolar se encuentre suficientemente justificada por necesidades de la familia, y en concreto por la atención a un hermano que, aún padeciendo de autismo y estando incapacitado, goza de una cierta autonomía en su desenvolvimiento diario, que le tiene alejado del domicilio familiar durante gran parte del día.

En el escrito de contestación a la demanda se alega que el hijo respecto del que se debate el mantenimiento de la obligación de alimentos se encuentra actualmente estudiando, aportándose, en apoyo de tal aseveración, una certificación expedida por la Escuela Municipal de Adultos de DIRECCION000, pero en la que únicamente se hace constar que aquél está matriculado durante el curso 2016/2017 para la obtención del título de Graduado de Enseñanza Secundaria Obligatoria-Nivel 1 (equivalente a 1º y 2º de la ESO). Sin embargo, y contra lo que se expone en dicho escrito, ni en dicho momento procesal, ni en el curso ulterior del procedimiento, incluida su tramitación en esta segunda instancia, se justifica la efectiva dedicación a dicha tarea académica y, mucho menos, el resultado de la misma, que, de forma gratuita por su falta de todo respaldo probatorio, se califica en dicho escrito de excelente.

En la expuesta tesitura no puede mantenerse la obligación alimenticia a expensas de una hipotética cualificación profesional a obtener por el alimentista quien, por su escaso aprovechamiento escolar, vendrá obligado (art. 35 C.E.), a incorporarse al mercado de trabajo en puestos acorde con su preparación, máxime cuando no consta que carezca, a tal fin, de las necesarias aptitudes y condiciones.

En consecuencia, hemos de compartir, desde la perspectiva de esta alzada, el correcto criterio decisorio al efecto recogido en la Sentencia apelada.

Pensión compensatoria

NO EXTINCIÓN POR SUCESIÓN HEREDITARIA

NO PUEDE OTORGARSE LA PENSIÓN: LA ESPOSA OCULTA LOS DATOS ECONÓMICOS

SI NO SE PIDE NO PUEDE REDUCIRSE

NO EXTINCIÓN POR SUCESIÓN HEREDITARIA

AP MADRID, SEC. 22.ª
SENTENCIA DE 05/06/2018

La porción hereditaria finalmente adjudicada a la ex esposa, consistente en 318,57 € en metálico y una cuarta parte indivisa de dos inmuebles, valorados en la escritura de liquidación hereditaria en 92.259 y 69.438,18 €, respectivamente, supone que el patrimonio de dicha litigante se incrementa en un global de 40.742,87 €, lo que no implica la superación de desequilibrio económico que determinó el pacto sobre compensación económica.

Y es lo cierto que la porción hereditaria finalmente adjudicada a doña Celsa, consistente en 318,57 euros en metálico y una cuarta parte indivisa de dos inmuebles, valorados en la escritura de liquidación hereditaria en 92.259 y 69.438,18 euros, respectivamente, lo que supone que el patrimonio de dicha litigante se incrementa en un global de 40.742,87 euros, no implica la superación de desequilibrio económico que determinó el pacto sobre compensación económica.

Así, sin perjuicio de dicho incremento patrimonial, de carácter puntual y respecto del que no se acredita, por falta de toda solicitud de prueba al respecto, que tenga actualmente una cierta rentabilidad, ni que su valor sea notablemente superior al consignado en el cuaderno particional, como lo evidencia el propio planteamiento del recurrente al evacuar el trámite del artículo 458 L.E.C., la nueva situación que afecta a la esposa no ha implicado una aproximación de las economías de los litigantes susceptible de atraer las previsiones extintivas al efecto recogidas en el artículo 101 del Código Civil, al seguir siendo sustancialmente distintas las disponibilidades económicas de carácter periódico de uno y otro litigante, dado que las del Sr. Abel se cifran en más de 1300 euros netos al mes, según se infiere de su declaración de I.R.P.F. correspondiente al año 2015, en tanto que las de la esposa tan sólo alcanza los 400 euros mensuales, en cuanto derivados de la pensión por incapacidad permanente total de que es beneficiaria.

No puede tampoco desconocerse que la unión nupcial de los litigantes, fruto de la cual nacieron dos hijas, se prolongó durante más de 30 años, en los que la economía familiar se nutrió, de forma prácticamente exclusiva, de los recursos allegados por el esposo, lo que, de modo significativo, determinó el reconocimiento a favor de la Sra. Celsa del derecho a una pensión compensatoria "vitalicia", que sólo se dejaría de abonar, de modo temporal, ante situaciones de desempleo de don Abel, sin contemplarse entonces otras posibles causas de suspensión o extinción.

Por lo expuesto, hemos de compartir, desde la perspectiva de esta alzada, el correcto criterio decisorio al efecto plasmado en la Sentencia de instancia.

NO PUEDE OTORGARSE LA PENSIÓN: LA ESPOSA OCULTA LOS DATOS ECONÓMICOS

AP VALENCIA, SEC. 10.ª
SENTENCIA DE 12/07/2018

No se puede interesar una pensión compensatoria alegando desequilibrio sin aportar ningún otro dato y sólo, cuando a lo largo del procedimiento van apareciendo datos económicos, ir reconociéndolos, forzada por su aparición, ocultando otros que necesariamente se derivan de los mismo, por lo que la Sala estima que no ha quedado acreditado, por falta de veracidad en la aportación de los datos, que la esposa sufra un desequilibrio tan grande como el que relata la recurrente pues para ello habría sido preciso conocer la realidad total de los medios de la esposa, lo que solo por su ocultismo no ha podido saberse.

En cuanto a la pensión compensatoria, única cuestión objeto de debate, debe decirse que el presupuesto fáctico para el nacimiento de la pensión compensatoria, tal como expresa el artículo 97 del Código Civil, es el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges pueda significar la separación o el divorcio en relación con la posición del otro y que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, en cuanto que su fundamento descansa en el equilibrio que debe subsistir entre los cónyuges en los casos de ruptura matrimonial, de forma que ninguno de ellos se vea afectado, desde un punto de vista material, en el estatus que mantenía al tiempo de la convivencia, es decir, que dentro de lo posible cada uno pueda seguir viviendo a un nivel equivalente al que tenía antes de la separación o el divorcio, lo que conlleva la necesidad de comparar patrimonialmente la posición de los esposos a fin de evitar que la sentencia que recaiga origine ese desequilibrio económico, que constituirá la premisa a la que queda supeditada su concesión

Para valorar ése posible desequilibrio, hay que sopesar la posición del otro cónyuge, no sólo en la faceta económica sino también teniendo en cuenta la pérdida de beneficios, influencias, amistades o cualquier otra circunstancia, de forma que la consecuencia sea el empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, lo que en cierto modo viene a corroborar que la enumeración que efectúa el artículo 97 no es exhaustiva aunque sí de indudable importancia.

En el caso de autos concurren unas circunstancias especiales que, por su mayor trascendencia, deben tenerse muy en cuenta a la hora de decidir tanto la cuantía como la duración, y así: 1º el matrimonio ha durado 26 años, 2º al casarse tenían los dos 28 años, 3º en la actualidad tienen 54 años, 4º de dicho matrimonio hay tres hijos de 24 y 22 años los más jóvenes, 6º el esposo es autónomo, ignorándose qué gana 7º la esposa no trabaja, o, al menos, no consta lo haga, en la actualidad, si bien ha trabajado durante 21 años, 6 meses y 10 días, como se refleja en la vida laboral de la misma, declarando en los años 2008 a 2012 los ingresos que se especifican en la sentencia de instancia, y sin que conste haya percibido suma alguna en los años 2013 y 2014, 8º asimismo la esposa tiene el patrimonio que se detalla en la sentencia de instancia, 9º el esposo ha ayudado económicamente a los hijos, según se ha probado en el procedimiento, 10º el propio esposo manifiesta estar de acuerdo en abonar en concepto de pensión compensatoria la suma señalada en la sentencia de 1.000 euros mensuales durante dos años, en tanto la esposa solicita sean 2.500 de forma indefinida o, subsidiariamente, por cinco años.

Así las cosas es evidente que existe un desequilibrio para la esposa como consecuencia del divorcio, por propio reconocimiento del esposo, mas no en la cuantía y duración que la misma interesa, o, por lo menos, no ha quedado ello debidamente acreditado, por la dificultad para conocer los verdaderos ingresos y las reales posibilidades económicas de la misma, sin ocultación alguna, como acaece en el caso de autos, en el que, pese a los argumentos de la actora, la realidad documental acredita la tergiversación de sus verdaderas posibilidades; en efecto, la esposa, al relatar sus medios económicos en su demanda, e incluso en su recurso, omite todo lo relativo a sus verdaderos ingresos y posibilidades, salvo aquellas que procesalmente le interesan, según documentación aportada por la contraparte, a la que se le ha provocado prácticamente una prueba diabólica descargando sobre la misma toda la carga, cuando en

manos de la esposa descansa la misma al ser el mismo la única conocedora de la verdad económica que tiene.

Es cierto que determinadas profesiones o negocios, pueden conllevar, caso de así interesar, prácticamente, una total oscuridad acerca de los verdaderos medios económico, pero no lo es menos que tal oscuridad jamás puede, ni debe, favorecer a quien en su mano está evitar dicha oscuridad, por lo que por todo ello, estima la Sala que no ha quedado debidamente acreditado que el divorcio le ocasione un desequilibrio económico que deba dar lugar a una pensión compensatoria; en efecto, no se puede, válidamente, interesar una pensión compensatoria alegando desequilibrio sin aportar ningún otro dato y sólo, cuando a lo largo del procedimiento van apareciendo datos económicos, ir reconociéndolos, forzada por su aparición, ocultando otros que necesariamente se derivan de los mismo, por lo que la Sala estima que no ha quedado acreditado, por falta de veracidad en la aportación de los datos, que la esposa sufra un desequilibrio tan grande como el que relata la recurrente, como consecuencia del divorcio, pues para ello habría sido preciso conocer la realidad total de los medios de la esposa, lo que solo por su ocultismo no ha podido saberse, pues basta la lectura de la demanda reconvencional de la demandada para comprobar que la misma omite los datos relativos a sus medios, trabajos e ingresos, que solo luego pueden ser conocidos por la información y documental aportada por el propio actor a lo largo del procedimiento, cuando, como se ha dicho, compete a la misma aportar todos esos datos a fin de evidenciar la real situación y no la que se intenta aparentar, y dicha documental acredita que la recurrente posee un importante patrimonio, procediendo por ello la íntegra confirmación de la sentencia de instancia sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

SI NO SE PIDE NO PUEDE REDUCIRSE

AP MADRID, SEC. 22.ª SENTENCIA DE 05/06/2018

Si el actor pide en su demanda únicamente la extinción de la pensión compensatoria, no puede el Juzgado reducir su cuantía.

No puede desconocerse que, por el antedicho motivo, la hoy apelada ha experimentado un incremento patrimonial que, en principio, podría determinar la activación del mecanismo legal de revisión cuantitativa contemplado en el artículo 100 del Código Civil; pero al no postularse así por el demandante, queda necesariamente excluido un pronunciamiento que entraría en abierta y prohibida colisión con las ineludibles exigencias del artículo 218 L.E.C., habida cuenta además que nos encontramos ante una medida que, al contrario de lo que acaece con las que afectan a los hijos sometidos a la patria potestad, no admite su regulación de oficio por los tribunales.

En consecuencia, y a tenor de la estrategia diseñada por el recurrente, la cuestión que ha de dilucidarse es la concerniente a si dicha adquisición hereditaria ha supuesto la superación de desequilibrio económico causante del reconocimiento del derecho cuya extinción ahora se pretende.

Cuestiones procesales

LA INCOMPARENCIA NO DA LUGAR AL DESISTIMIENTO

LA RESOLUCIÓN EXTRANJERA NO HA SIDO RECONOCIDA EN ESPAÑA

HAY QUE SEGUIR LOS TRÁMITES DE LA J.VOLUNTARIA

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

LA INCOMPARENCIA NO DA LUGAR AL DESISTIMIENTO

AP BARCELONA, SEC. 12.ª
AUTO DE 24/10/2018

Ante la incomparecencia de la demandante, la regulación especial de la vista en los procesos de familia impone seguir los trámites para ellos previstos en lugar de tenerla por desistida. Debe por tanto ser estimado el recurso de apelación interpuesto frente al auto que tuvo por desistida a la parte actora, acordando en su lugar tenerla por interesada en seguir el procedimiento, debiendo volver a señalarse día para la continuación del juicio.

Es objeto de recurso de apelación el auto de fecha 25 de mayo de 2017, dictado en los autos de divorcio nº 988/12 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Terrassa, en el que ante la incomparecencia personal de Doña Violeta al acto de la vista, pese a que sí comparecieron tanto el letrado que le fue asignado por el turno de oficio como su procurador, se le tuvo por desistida del procedimiento y se acordó archivar los autos, sin perjuicio del derecho de la parte actora a promover nuevo juicio sobre el mismo objeto.

Ante esta incomparecencia el juzgador de instancia y en base al artículo 442.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acuerda tener por desistida a la parte actora. Se señala en el referido auto que la parte actora no acudió al acto del juicio, no habiendo podido localizarla su letrada, quien desconoce la voluntad de su cliente respecto a la demanda interpuesta y su situación actual, al haber transcurrido cinco años desde que se interpuso la demanda. Ante esta falta de información y su incomparecencia se le declaró por desistida de la prosecución del juicio.

Por la parte actora se interpone recurso de apelación frente al referido auto.

Los procesos de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas se encuentran regulados dentro del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula los procesos especiales. Este libro contiene normas procesales especiales aplicables a estos procesos, sin perjuicio de que en algunos aspectos no regulados específicamente se remitan a la regulación contenida en los títulos precedentes.

Así, el artículo 753.1 de la ley procesal, que regula la tramitación de estos procesos, establece que salvo que expresamente se disponga otra cosa, los

procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal. Dentro ya de la regulación específica de los procesos matrimoniales, y particularmente en la regulación de la vista, el artículo 770 en su apartado tercero señala que "a la vista deberán concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial".

Existe por tanto una regulación especial para las consecuencias de la incomparecencia al acto de la vista. En esta regulación específica se establecen unas consecuencias diferentes de las que el artículo 442 de la ley procesal dispone para el caso de la incomparecencia a la vista en los juicios verbales. En este precepto la consecuencia de la inasistencia es tener al demandante por desistido. En el caso del artículo 770.3º lo que se dispone es el deber de asistir las partes a la vista por sí mismas, pero la consecuencia de la incomparecencia es distinta. La incomparecencia de las partes puede determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que sí comparece. Se recoge como facultad del juez el tener por ciertos los hechos alegados por la parte contraria comparecida, si bien esto no es aplicable para todos los hechos, tan sólo lo es a aquellos que fundamenten sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.

Ante la incomparecencia de la demandante la regulación especial de la vista en los procesos de familia impone seguir los trámites para ellos previstos en lugar de tenerla por desistida. Debe por tanto ser estimado el recurso de apelación interpuesto frente al auto que tuvo por desistida a la parte actora, acordando en su lugar tenerla por interesada en seguir el procedimiento, debiendo volver a señalarse día para la continuación del juicio.

LA RESOLUCIÓN EXTRANJERA NO HA SIDO RECONOCIDA EN ESPAÑA

AP BARCELONA, SEC. 12.ª AUTO DE 08/10/2018

La resolución recurrida entiende que procede apreciar la cosa juzgada y acordar la inadecuación del procedimiento, puesto que se ha resuelto por el Juzgado de Sucre (Bolivia), que declara la disolución del matrimonio por divorcio y concede la guarda de la menor a la madre y se pronuncia sobre el régimen de visitas y pensión de alimentos a favor de la menor, sin tener en cuenta que dicha resolución extranjera no ha sido reconocida en España que a su vez es el lugar de residencia de ambos litigantes y de la hija común y han sido los propios litigantes los que han formulado sendas demandas de guarda y custodia en España, habiendo sido acumuladas en las presentes actuaciones.

La resolución recurrida, Auto de fecha 21 de junio de 2.017, recaída en los autos de Guarda y Custodia nº 545/16, del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Barcelona, seguidos a instancia de Don Alexis contra Doña Diana, aprecia la excepción de cosa juzgada y estima la de inadecuación de procedimiento, acordando el sobreseimiento de las actuaciones, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas originadas en la primera instancia.

Frente a la referida resolución, el demandante Sr. Alexis, interpone recurso de apelación, mediante el que mantiene la competencia de los tribunales españoles para conocer de las presentes actuaciones siendo además de aplicación la legislación española y en el presente caso la catalana, sin que proceda apreciar la existencia de cosa juzgada ni la de inadecuación de procedimiento.

La parte demandada, Sra. Diana, se opone al recurso de apelación interpuesto de contrario e interesa que se confirme la resolución recaída en la primera instancia.

El Ministerio Fiscal se opone de igual forma al recurso de apelación y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

No resulta controvertido en las presentes actuaciones que los ahora litigantes, Don Alexis y Doña Diana, de nacionalidad Boliviana, tienen adquirida la nacionalidad española por domicilio al igual que sucede con la hija común, Macarena nacida el NUM000 de 2.002, y han tenido su domicilio familiar en C/ DIRECCION000 de Barcelona, hasta el cese de la convivencia, habiendo adquirido la vecindad civil catalana.

Igualmente consta documentalmente acreditado y reconocido por los propios litigantes, que contrajeron matrimonio en fecha 6 de octubre de 2.012 en Bolivia, y que el demandante Sr. Alexis ha solicitado el divorcio ante las autoridades competentes de Bolivia, habiendo recaído Sentencia en fecha 22 de noviembre de 2.016.

Finalmente, consta igualmente acreditado que tanto una parte como la otra, formulan sendas demandas de guarda y custodia ante los tribunales españoles, con la finalidad de regular mediante las medidas definitivas correspondientes las obligaciones y derechos paterno filiales, acumulándose las mismas en el presente procedimiento.

Finalmente, debe ponerse de manifiesto que no se ha solicitado por ninguna de las partes el reconocimiento de sentencia alguna recaída en el extranjero.

El artículo 36.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinarán por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. Por otra parte el mismo precepto en su punto 2 establece que los tribunales españoles se abstendrán de conocer cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado.

Señala el artículo 21.1 de la LOPJ que los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte.

En cuanto a la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de las cuestiones relativas al divorcio y separación, cuando uno de los cónyuges es extranjero, debe tenerse en cuenta en primer lugar lo dispuesto en el Reglamento (CE) 2201/2003, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis), que establece un sistema completo en materia de competencia sobre divorcio y responsabilidad parental.

El Reglamento 2201/2003 fue aprobado el 27 de noviembre de 2003, con efectos en cuanto a su aplicación de 1 de marzo de 2005. Este deroga y sustituye al Reglamento (CE) nº 1347/2000 (Bruselas II), de 29 de mayo de 2000, también relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

El Reglamento 2201/2003 determina la norma de conflicto en el artículo 3.1 tomando como referencia la “residencia habitual”, que conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo es el lugar en que la persona ha fijado con carácter estable el centro permanente o habitual de sus intereses.

Se entiende por responsabilidad parental a los efectos de Bruselas II bis los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley, o por un acuerdo con efectos

jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor.

El término incluye, en particular: a) el derecho de custodia y el derecho de visita, b) la tutela, la curatela e instituciones análogas, c) la designación y las funciones de todas persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia, d) el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento, e) las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes.

En esta materia de responsabilidad parental el Reglamento 2201/2003 atribuye también como regla general la competencia de la residencia habitual.

Finalmente, debemos precisar que la Ley aplicable en el presente supuesto es la española conforme a lo que dispone el artículo 8 a) del Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, en vigor desde el día 21 de junio de 2012, que señala como ley aplicable la española por la residencia común de ambos, siendo

de aplicación a las cuestiones sobre responsabilidad parental en virtud de lo que establece el artículo 5.1 del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1.996, y a los alimentos conforme al artículo 3.1 del Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2.007, en atención a la residencia del menor. Por otro lado, el art. 5 del Reglamento establece que las partes podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio siempre que coincida con alguna de las siguientes leyes: la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos resida allí en el momento en que se celebre el convenio; la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio o la ley del foro.

La resolución recurrida entiende que procede apreciar la cosa juzgada y acordar la inadecuación del procedimiento, puesto que se ha resuelto por el Juzgado de Sucre (Bolivia), que declara la disolución del matrimonio por divorcio y concede la guarda de la menor a la madre y se pronuncia sobre el régimen de visitas y pensión de alimentos a favor de la menor, sin tener en cuenta que dicha resolución extranjera no ha sido reconocida en España que a su vez es el lugar de residencia de ambos litigantes y de la hija común, a la vez que han sido los propios litigantes los que han formulado sendas demandas de guarda y custodia en España, habiendo sido acumuladas en las presentes actuaciones.

En este sentido se ha pronunciado el T.S. en Sentencia de 29 de noviembre de 2.015. Básicamente el TS determina que, " tratándose de una sentencia de divorcio de Moldavia su reconocimiento en España habría requerido acudir al procedimiento de exequátur, al no ser aplicable ningún Reglamento de la UE ni convenio internacional, y habida cuenta de que la normativa interna aplicable hubiera sido todavía la de la antigua LEC y no la LCJI. Se trata de una conclusión acertada en contraposición con la confusión que subyace en la resolución de la Audiencia Provincial, pues sin reconocimiento la eficacia en España de la resolución extranjera básicamente se limitará a ser un documento relevante para probar un hecho o una situación, que el matrimonio ha sido disuelto en Moldavia, pero no para que los efectos procesales de la resolución extranjera puedan extenderse a España".

De lo expuesto se desprende la necesidad de estimar el recurso de apelación interpuesto por el recurrente, y en consecuencia se deja sin efecto la resolución recurrida y se acuerda que siga adelante el procedimiento instado por ambas partes litigantes.

HAY QUE SEGUIR LOS TRÁMITES DE LA J.VOLUNTARIA

AP VALENCIA, SEC. 10.ª AUTO DE 11/07/2018

Se estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y se decreta la nulidad de actuaciones, dado que aunque se trate solo de la renovación del pasaporte, debe tramitarse la solicitud conforme a las normas de la jurisdicción voluntaria.

Necesariamente ha de estimarse el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y decretar la nulidad del auto no sólo por haberse prescindido del procedimiento adecuado, como manifiesta el Ministerio Fiscal, sino, asimismo, por haberse adoptado inaudita parte, sin ni siquiera haberse intentado la búsqueda del progenitor, cuando para ello debe acudirse al correspondiente procedimiento de jurisdicción voluntaria al que hace referencia el Ministerio Fiscal.

Es cierto, como recoge la resolución de instancia, que se trata de una simple renovación del pasaporte, pero no lo es menos que ello no obsta para omitir el procedimiento adecuado ni la posibilidad de oir a la contraparte, cerciorándose de no conocerse su paradero.

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª AUTO DE 05/04/2018

El cauce del procedimiento de modificación de medidas es perfectamente válido para acordar la privación de la patria potestad que en una anterior sentencia se otorgó a ambos progenitores de forma compartida.

Cauce procedimental para la pretensión de privación de la patria potestad reconocida en situaciones de filiación no matrimonial. No constando previsión especifica en las disposiciones generales de la LEC, pudiere considerarse apriorísticamente, a la vista de los preceptos especiales de tal ley, que la pretensión ejercitada no aparece literalmente incluida entre las materias tasadas del artículo 748 LEC, única consideradas a los efectos del trámite general del juicio verbal correspondiente de los procesos especiales del Libro IV de la ley de enjuiciamiento civil, conforme al art. 753 LEC y del trámite particular de los artículos 770 y 775 LEC, ya dentro del marco de los procesos matrimoniales. Siendo además que estos últimos contemplan esencialmente pretensiones al amparo del Título IV del libro I del código civil (“ del matrimonio”), artículo 770 párrafo primero. No obstante, no cabe descartar de un lado que la regulación de la patria potestad (enmarcada en el Título VII del libro primero del código civil) no es sino un efecto de la filiación, -en este caso, de la filiación no matrimonial-, materia que si es expresamente considerada en aquel artículo 748.2 LEC. Teniendo cuenta además que el artículo 770.6 LEC, extiende la regulación procedimental propia de los procesos matrimoniales a las relaciones de unión de hecho, al menos en cuanto se trate de pretensiones de guarda y mucha de menores o de alimentos en favor de los mismos. Lo que comprendería tanto las medidas definitivas en ese orden, como la eventualidad de sus modificaciones o extinciones ulteriores.

De este modo, y considerándose de otro lado la eventualidad de lo que no es sino la modificación total sobre una medida que como efecto de la filiación (patria potestad) resultó en el caso de autos, previamente establecida en virtud de un anterior procedimiento conforma los trámite de el juicio verbal especial por reclamación de filiación no matrimonial entre partes, no cabría desdeñar en análoga coherencia que por virtud del presente nuevo juicio verbal especial, en este caso de modificación de medidas, pudiera dejarse sin efecto aquella patria potestad previamente reconocida y, por tanto, en ningún momento con un alcance de garantías menor sino con plena contradicción y desarrollo de la actividad probatoria de partes y de oficio, que resultaban en el presente caso, con el recurso igualmente al informe del Equipo Técnico Familiar.

De modo que aquellas dudas inicialmente manifestadas de oficio sobre la regularidad del trámite acontecido en las circunstancias del presente caso, debían despejarse finalmente de conformidad con las alegaciones de parte actora y del Ministerio Público, apreciándose desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva de ambas partes e intereses del menor afectado la validez del trámite actuado. Y así como igualmente y respecto de situaciones matrimoniales se advierte acogida tal posición por algunas Audiencias Provinciales (así en concreto, la mencionada SAP Barcelona Sección 12ª, S 26.6.15 número 452/2015, recurso 1019/2014, expresamente invocada por el ministerio Fiscal, que extractaba lo siguiente; “ sin que se realidad el procedimiento de separación, divorcio o nulidad matrimonial o el destinado a regular las relaciones paterno filiales y surge la causa para la privación de la patria potestad, se ha cuestionado el procedimiento adecuado para efectuar dicha petición. Si la sentencia matrimonial acordó atribuir ambos progenitores la patria potestad no parece que exista ningún obstáculo para efectuar dicha petición por los trámites del procedimiento de modificación de medidas conforme a las disposiciones del artículo 770 LEC, procedimiento hábil para efectuar el pronunciamiento relativo la privación de la patria potestad. Ahora bien, si la sentencia no se hizo pronunciamiento alguno en este sentido, no podrá solicitarse la modificación de algo que no se ha acordado, en cuyo caso parte de la doctrina entiende que habrá de acudirse al juicio ordinario “), no se advertía mayor obstativa para su consideración, igualmente, en el caso de situaciones no matrimoniales, como era el caso de autos, y con apoyo asimismo, en lo mas arriba expuesto. Debiendo distinguir de otro modo, si existe o no previa declaración judicial de reconocimiento o atribución de la patria potestad y, si ya fue declarada judicialmente el cauce procedimental que le sirvió de base, por razón elemental de coherencia formal señalada.

Valorándose así en definitiva, con el Ministerio Fiscal, que de lo que se trata en el presente caso es modificar una resolución anterior en el punto referente a la titularidad de la patria potestad y los derechos y obligaciones inherentes a la misma.

Ejecución de sentencias

ABUSO DE DERECHO: EL HIJO COMENZÓ A TRABAJAR

CUANDO DEJE DE TRABAJAR DEBE INTERESAR LA MODIFACIÓN

ABUSO DE DERECHO: EL HIJO COMENZÓ A TRABAJAR

AP BARCELONA, SEC. 12.ª
AUTO DE 18/10/2018

La reclamación de la ejecutante resulta inatendible por incurrir en abuso de derecho y propiciar la consumación de un enriquecimiento injustificado a su favor y en perjuicio del ejecutado: el beneficiario de la prestación alimenticia por la que se procede ejecutivamente ha dejado de precisarla desde el mes de julio de 2.015 en que se incorpora al mercado laboral, antes del período a que se refiere la demanda ejecutiva.

Son hitos procesales de interés para la resolución del recurso, los siguientes:

1.- Por Auto de fecha 28 de octubre de 2.016 el Juzgado despacha la ejecución solicitada por la sra. Adela en base al título tipificado en el art. 517.2.1º LE-Civil, Sentencia de fecha 26/3/09 dictada en el proceso de divorcio 125/09 : pensiones alimenticias actualizadas devengadas a favor del hijo común entre los meses de noviembre de 2.015 y julio de 2.016.

2.- El sr. Elias formuló puntual oposición invocando como causa que su hijo había alcanzado la mayoría de edad y la independencia económica lo que implicaba la extinción de la obligación alimenticia reclamada.

3.- Tramitado el incidente conforme a Derecho, el Juzgado lo desestima por Auto de fecha 25 de abril de 2.017.

4.- El ejecutado en la alzada interesó la apertura del juicio a prueba -que acordamos por Auto de 9/1/18 - y la revocación del Auto recurrido y acogimiento del motivo de oposición en su día invocado.

Revisada la causa, a la vista de la documental que ha accedido al Rollo de apelación, procede acoger el recurso.

Ante todo debemos señalar que no es objeto de discusión en la alzada que el progenitor del hijo mayor de edad a cuyo favor se estableció una pensión alimenticia en el proceso de familia -y que sigue siendo merecedor de la misma- ostenta plena legitimación para su reclamación. Así lo venimos reconociendo de manera reiterada, por ejemplo en Auto de fecha 14/11/12 (Rollo 119/12) con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2.000 (en igual sentido la STS 577/03, de 6 de junio); el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña igualmente ha admitido dicha legitimación en Sentencias 39/03 de 30 de noviembre, 12/06 de 16 de marzo, 17/08 de 8 de mayo y 30/09 de 27 de julio.

El debate se centra en la presunta pérdida de vigencia del título por haber alcanzado la mayoría de edad y la independencia económica el hijo común y como consecuencia de ello la improcedencia de fundar la ejecución en aquél so pena de incurrir la sra. Adela en una reprobable actitud de abuso de derecho que los tribunales no pueden amparar por mandato de los arts. 7.2 CCivil, 111.7 CCC, 247.1 LECivil y 11.2 LOPJ. Así lo hemos declarado con reiteración (p.ej. Autos de 22/10/10, 22/1 y 31/10 de 2.013), y entre las resoluciones más recientes en el Auto nº 274/18 de 13 de junio en el que leemos que: " El cauce procedimental adecuado para la alteración de las medidas definitivas de

los procesos matrimoniales, es el contenido en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si bien ello es así, este Tribunal ya ha indicado en diversas resoluciones dictadas con ocasión de determinados recursos de apelación, que es factible en los procesos de ejecución de títulos judiciales, aducir el instituto del abuso de derecho, no obstante existir causas tasadas de oposición al despacho de la vía ejecutiva, y como forma de evitar la continuación del proceso de ejecución. Piénsese en el caso de reclamación de pensiones compensatorias por cónyuge que ha contraído matrimonio con tercera persona, o de reclamación de alimentos por periodos posteriores al fallecimiento del alimentista o el acceso a la mayoría de edad de los hijos con independencia económica. En tales supuestos no es en el proceso de ejecución en donde debe efectuarse especial declaración de la extinción de tales prestaciones económicas, pues habrá de acudirse para ello al proceso de modificación de medidas, en que por sentencia se alteren los pronunciamientos del proceso principal. No obstante tal consideración jurisdiccional sí que pueden ser rechazadas las pretensiones ejecutivas si concurre abuso de derecho al que alude el artículo 7.2 del Código Civil, y el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicia, que determina que los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal".

Ahora bien, sentado lo anterior para abordar la cuestión controvertida debemos remarcar cuál es el principio general proclamado por el art. 18.2 LOPJ y consolidada doctrina emanada del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 32/1982, de 7 de junio : el derecho a la ejecución en sus propios términos de las resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 C.E.) para evitar que los derechos en ellas reconocidos -en este caso el percibo de una pensión alimenticia- se conviertan en meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (entre otras, SSTC 144/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 3/2002, de 14 de enero, FJ 4; 140/2003, de 14 de julio, FJ 6). Así las cosas es claro que quien invoca que la ejecutante incurre en abuso de derecho, el sr. Elias en nuestro caso como actor en el incidente de oposición (art. 217.2 LECivil), tiene la carga de probar de manera cumplida que se ha producido una causa de extinción de la pensión alimenticia cuyo abono se le reclama. Dicho de otro modo, hasta que no recaiga una nueva resolución firme en un eventual proceso contradictorio de modificación de medidas por cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para la expedición de dicha ejecutoria (art. 775 LECivil), quien aparece como acreedora en ella, como es el caso de la sra. Adela, tiene la presunción a su favor de legitimidad.

Pues bien, tal como anticipamos el ejecutado ha cumplimentado esa carga: la documental recibida en la alzada acreditativa de la vida laboral del hijo común - fechas de alta y emolumentos percibidos- evidencia que dentro del período objeto de reclamación de la pensión alimenticia, entre noviembre de 2.015 y julio de 2.016, aquél se había incorporado ya al mercado laboral, con mayor o menor continuidad en el tiempo y con una u otra categoría profesional.

Esta circunstancia, materialización efectiva de la capacidad laboral del hijo mayor de edad, ha sido considerada como causa extintiva de la obligación alimenticia en un procedimiento de familia, sin perjuicio de su derecho a reclamarlos a través del proceso previsto con carácter general en el art. 250.1.8º LECivil (art. 237- 13.d) CCCat. y SsAAPP de Barcelona, Sec. 12ª de 19/9/13, 12/2 y 4/3 de 2.015, 14/7/16 y 28/06/17, Sec. 18ª de 1/9/14, 24/7 y 9/6 de 2.015 y de Tarragona, Sec. 1ª de 5/5/14). Y en el presente incidente abierto en un proceso ejecutivo, sin posibilidad de verificar ese pronunciamiento declarativo, nos permite constatar que la reclamación de la ejecutante resulta inatendible por incurrir en abuso de derecho y propiciar la consumación de un enriquecimiento injustificado a su favor y en perjuicio del ejecutado: el beneficiario de la prestación alimenticia por la que se procede ejecutivamente ha dejado de precisarla desde el mes de julio de 2.015 en que se incorpora al mercado laboral, antes del período a que se refiere la demanda ejecutiva.

Por todo lo que antecede procederá estimar el recurso de apelación interpuesto por DON Elias, revocar el Auto de 25/4/17 y en su lugar se estimará la oposición a la ejecución entablada por el anterior por concurrencia de abuso de derecho y enriquecimiento injusto de la ejecutante de tal forma que en base al art. 561.1.1ª y 2 LECivil : - se deberá restituir al ejecutado a la situación anterior al despacho de ejecución, que queda sin efecto y - las costas del incidente serán impuestas a la ejecutante.

CUANDO DEJE DE TRABAJAR DEBE INTERESAR LA MODIFACIÓN

AP BARCELONA, SEC. 18.ª AUTO DE 11/10/2018

El padre se incorpora al mundo laboral mediante un contrato de trabajo, por lo que conforme se determina en la sentencia ejecutada, la pensión de alimentos de su hija pasa a ser de 300 Euros mensuales, y de existir un cambio sustancial de las circunstancias aquél deberá interesar la reducción de la cuantía de dicha pensión en función de las nuevas circunstancias concurrentes, ya que lo contrario, es decir seguir abonando solo los 115 euros fijados inicialmente, supondría dejar en manos del propio ejecutado la cuantía de la pensión alimenticia de su hija. No puede entenderse que de forma automática cada vez que suceda un cambio laboral del obligado la pensión suba o baje sin necesidad de pronunciamiento judicial, como se pretende por el recurrente.

La resolución recurrida, Auto de 27 de febrero de 2.018, recaída en la primera instancia en los autos incidentales de Oposición a la Ejecución nº 51/17, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 3 de Barcelona, en los que es parte ejecutante Doña María Rosario y ejecutado y actor incidental Don Alberto, desestima en su integridad la oposición formulada y ordena seguir adelante la ejecución despachada y condena al ejecutado al pago de las costas originadas en el incidente tramitado en la primera instancia.

Frente a la referida resolución, el ejecutado y actor incidental Sr. Alberto, interpone recurso de apelación mediante el que impugna el pronunciamiento desestimatorio de la oposición formulada y reitera la excepción de Pluspetición al valorarse de forma incorrecta el fallo de la sentencia de fecha 8 de abril de 2.014 recaída en los autos de guarda y custodia nº 18/14 del mismo Juzgado VIDO nº 3 de Barcelona, interesando que siga adelante la ejecución por la cantidad que resulte adeudada a razón de 115,00 Euros mensuales de las mensualidades impagadas.

La parte ejecutante Sra. María Rosario y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso de apelación interpuesto de contrario y solicitan la confirmación de la resolución recurrida.

El régimen de la ejecución de sentencias de pago de deudas dinerarias liquidas vencidas y exigibles de la LEC, se desarrolla sobre el principio de la responsabilidad del deudor que no da cumplimiento exacto y puntual a sus obligaciones, y genera con ello el perjuicio a la parte ejecutante de verse compelida a impetrar el auxilio de los tribunales, con los consiguientes perjuicios derivados de tener que proveerse necesariamente de letrado y procurador, indagar bienes y, especialmente, sufrir la incertidumbre derivada del incumplimiento. Aun cuando únicamente el incumplimiento sea parcial y consista en retrasos habituales en el pago completo de la pensión, el rigor de la norma es el mismo, máxime cuando, como ocurre en el caso de autos, éste incumplimiento es reiterado.

La parte recurrente viene obligada a pagar las cantidades fijadas por sentencia firme, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y por mensualidades anticipadas. Reiteradamente no lo ha hecho, acumulando una deuda, que fue objeto de la resolución ahora recurrida.

Alega el ejecutado la Pluspetición de la cantidad que se reclama por la ejecutante y objeto de la ejecución despachada lo que fundamenta en una interpretación incorrecta de la resolución base de la ejecución despachada en las presentes actuaciones, que no es otra que la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 3 de Barcelona de 8 de abril de 2.014, en la que se establece una pensión de alimentos de 115,00 Euros mensuales a favor de la hija menor, precisándose en la misma resolución que a partir de la incorporación de Don

Alberto al mercado laboral la pensión de alimentos se incrementará a 300,00 Euros mensuales. Es decir, el ahora ejecutado, viene obligado al pago por ese concepto de 115,00 Euros mensuales hasta el momento en el que se reincorpore al mercado laboral, que pasará a abonar de forma mensual la suma de 300,00 Euros mensuales, cantidad que lógicamente podrá ser modificada judicialmente de sufrir un cambio sustancial las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para el establecimiento de esa cantidad, pero sin que pueda entenderse que de forma automática cada vez que suceda un cambio laboral del obligado la pensión suba o baje sin necesidad de pronunciamiento judicial, como se pretende por el recurrente.

No se discute por el recurrente la realidad de que en el mes de septiembre de 2.016 se incorpora al mundo laboral y que estuvo trabajando hasta el 30 de noviembre de ese mismo año, razón por la que la ejecutante reclama la cantidad de 300,00 Euros mensuales a partir del mes de octubre de 2.016. Ahora bien, entiende el recurrente que al constar acreditado que en el mes de diciembre de 2.016 ingresa en un centro penitenciario y no encontrarse incorporado al mundo laboral, el importe de la pensión de alimentos debe quedar reducida de nuevo a la suma de 115,00 Euros mensuales, volviendo a estar de alta laboral en el mes de febrero de 2.017 y a partir de junio de 2.017 vuelve a estar en situación de desempleo.

La sentencia objeto de la ejecución despachada en las presentes actuaciones es de una gran claridad puesto que establece una pensión de alimentos a favor de la hija común de los litigantes de 115,00 Euros mensuales, precisando que dicha cantidad se abonará en la cuenta designada por la madre dentro de los cinco primeros días de cada mes y que se actualizará anualmente conforme al IPC según datos publicados por el INE u organismo público o privado que, pudiera en un futuro asumir sus funciones, precisando que, “A partir de la incorporación de Don Alberto al mercado laboral la pensión de alimentos se incrementará a TRESCIENTOS EUROS (300,00 Euros) mensuales, a abonar de la misma forma que la indicada anteriormente, y, con los mismos criterios de actualización”. Incorporación al mercado laboral que el propio ejecutado recurrente reconoce que tiene lugar en el mes de septiembre de 2.016, por lo que a partir de dicho momento la pensión alimenticia queda fijada en la cantidad de 300,00 Euros mensuales, pudiendo el Sr. Alberto solicitar su modificación en el caso de modificarse las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la sentencia de 8 de abril de 2.014, lo que evidentemente pudo suceder al ingresar en prisión en el supuesto de que se tratara de un cambio sustancial y duradero, lo que presenta dudas más que razonables habida cuenta que en el mes de febrero de 2.017 se encuentra dado de alta en la seguridad social con un contrato a tiempo parcial con un salario base superior a los 700,00 Euros mensuales.

En definitiva, una vez que el ahora ejecutado se incorpora al mundo laboral mediante un contrato de trabajo, conforme se determina en la sentencia ejecutada, la pensión de alimentos de su hija pasa a ser de 300,00 Euros mensuales, y de existir un cambio sustancial de las circunstancias el Sr. Alberto deberá interesar la reducción de la cuantía de dicha pensión en función de las nuevas circunstancias concurrentes, ya que lo contrario supondría dejar en manos del propio ejecutado la cuantía de la pensión alimenticia de su hija.

Regímenes económicos

INDEMNIZACIÓN PRIVATIVA INGRESADA EN CUENTA COMÚN

LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL

CARÁCTER GANANCIAL DE LAS MÁQUINAS Y UTENSILIOS DE LA EMPRESA

INDEMNIZACIÓN PRIVATIVA INGRESADA EN CUENTA COMÚN

AP MADRID, SEC. 22.ª
SENTENCIA DE 25/06/2018

Las dos partidas litigiosas, en cuanto traen causa de una misma realidad, cual es la declaración de una invalidez permanente absoluta, han de reputarse privativas y, una vez destinadas al abono de pagos comunes, integrarse como créditos a favor del esposo frente a la sociedad de gananciales en el inventario del pasivo de la misma.

Alega la parte apelante como único motivo del recurso su disconformidad con la inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales de sendos créditos a favor de la contraparte por las indemnizaciones abonadas a causa de su invalidez permanente absoluta, al no compartir que las mismas tengan el carácter de privativas.

El motivo debe desestimarse, y con él, íntegramente el recurso.

Efectivamente, una vez examinado el procedimiento, este Tribunal no puede sino concluir que la valoración global de la prueba y la aplicación e interpretación del derecho efectuadas por la Juzgadora a quo sobre el particular ahora apelado no resultan contrarias en absoluto a las reglas de la lógica y la razón (artículo 218.2 de la LEC), por lo que devienen inatacables en apelación de conformidad al principio funcional de soberanía que las sustenta cuando no incurren en arbitrariedad o error patente alguno, como es el caso, siendo cuestión distinta e inane que tal apreciación no se comparta por la parte apelante (por todas, la STS de 9 de junio de 2015, recurso número 1370/2013, que cita otras muchas, y, por su claridad, la SAP de Madrid, Sección 10.ª, de 8 de mayo de 2017, recurso número 1163/2016).

De esta forma, partiendo de que no se discute por las partes que el dinero percibido de tales indemnizaciones fue aplicado al pago de gastos comunes, y sí sólo la naturaleza de las mismas, no puede entenderse, como pretende la impugnante, que esta percepción derivada de invalidez permanente absoluta "sustituye a salarios u otras prestaciones derivadas del trabajo [por lo que hay que] calificarla de ganancial", sino que suple la capacidad para trabajar como derecho inherente a la persona, y con vocación claramente definitiva, por lo que ha de considerarse privativa (artículo 1346.5.º y 6.º del CC). Así viene declarado reiteradamente por esta Sala (por todas, sin necesidad de acudir a mayor cita, las propias sentencias invocadas por la parte apelada 598/2005, de 16 de septiembre, y 438/2015, de 4 de mayo) y recientemente por el propio Tribunal Supremo en su auto de fecha 6 de julio de 2016, recurso 2597/2014 ("elude la par-

te recurrente en su recurso que la indemnización percibida por la demandada lo fue en atención a la incapacidad permanente absoluta que le fue reconocida, al verse afectada por la enfermedad que padece y que limita su propia capacidad para el trabajo, en consecuencia viene a resarcir el daño inferido a su persona y por tanto, como mantienen las sentencias de instancia, tiene naturaleza privativa aunque fuera percibida constante la sociedad de gananciales"), y especialmente en la sentencia del Pleno 668/2017, de 14 de diciembre, donde, salvando su anterior de 25 de marzo de 1988, única que se ocupa del tema de la indemnización por invalidez permanente absoluta (las restantes, incluidas las mencionadas en el presente recurso, hacen referencia a otras pensiones e indemnizaciones de diferente naturaleza y función), puede leerse:

"Esta sala, por el contrario, apartándose del criterio de este precedente, entiende que concurren razones para sostener que la indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad en virtud de una póliza colectiva de seguro concertada por la empresa para la que trabajaba tiene carácter privativo.

Ello por las razones que se exponen a continuación.

1.ª) En ausencia de norma expresa sobre el carácter privativo o ganancial de determinado bien o derecho, la resolución de los conflictos que se susciten debe atender a la naturaleza del derecho y al fundamento por el que se reconoce, aplicando los criterios que la ley tiene en cuenta para supuestos semejantes.

2.ª) La invalidez permanente es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

En la legislación de la Seguridad Social, la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasifica en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado. En particular, lo característico de la incapacidad permanente absoluta es que el trabajador está inhabilitado por completo para toda profesión u oficio, con independencia de que la situación sea revisable y de que el cobro de la pensión vitalicia sea compatible, hasta la edad de acceso a una pensión de jubilación, con actividades lucrativas compatibles con la incapacidad absoluta (artículos 136, 137, 139 y 141 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, objeto de modificaciones puntuales en varias ocasiones y de desarrollos reglamentarios y, en la actualidad, de lo dispuesto en los artículos 193, 194, 196.3, 198 y disposición transitoria vigésima sexta del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

En consecuencia, por su propia naturaleza y función, la titularidad de esta pensión guarda una estrecha conexión con la personalidad (es inherente a la persona, artículo 1346.5.º del CC) y con el concepto de resarcimiento de daños personales (artículo 1346.6.º del CC, con independencia de que hayan sido «inferidos» por otra persona, sean consecuencia de un accidente o procedan de una enfermedad común).

Atendiendo, por tanto, a los criterios presentes en los apartados 5.º y 6.º del artículo 1346 del CC, la titularidad de la pensión derivada de una incapacidad permanente debe ser calificada como privativa. En efecto, la pensión derivada de una incapacidad permanente dispensa protección a quien ve mermada su capacidad laboral como consecuencia de una enfermedad o de un accidente: se dirige a compensar un daño que afecta a la persona del trabajador, la ausencia de unas facultades que tenía y que ha perdido, lo que en el futuro le mermará las posibilidades de seguir obteniendo recursos económicos por la aplicación de esas facultades.

El reconocimiento del carácter privativo de la pensión tiene como consecuencia que, después de la disolución de la sociedad, el beneficiario no debe compartir la pensión con su cónyuge (ni, en su caso, con los herederos del cónyuge premuerto).

Cuestión distinta es que, en ausencia de norma específica que diga otra cosa, las cantidades percibidas periódicamente durante la vigencia de la sociedad tienen carácter ganancial, dado que el artículo 1349 del CC no distingue en función del origen de las pensiones y atribuye carácter común a todas las cantidades devengadas en virtud de una

pensión privativa durante la vigencia de la sociedad, a diferencia de lo que hacen otros derechos, como el aragonés (artículos 210.2.g y 212 del Código del Derecho foral de Aragón).

3.ª) Junto a las prestaciones de la Seguridad Social básica o pública, son posibles mejoras voluntarias implantadas por la iniciativa privada, dirigidas a incrementar las coberturas. Una de las fórmulas para instrumentar los compromisos asumidos por las empresas es la del seguro. Así sucede en el presente caso, en que Telefónica tenía concertada con Antares una póliza de seguro colectivo.

La indemnización pagada por la aseguradora que cubre la contingencia de incapacidad permanente se dirige, al igual que el reconocimiento de la pensión derivada de la incapacidad, a reparar el daño que deriva de la merma de la capacidad laboral y sus consecuencias económicas respecto de los eventuales ingresos derivados del trabajo. Con independencia de que el pago de las cuotas del seguro lo realizara la empresa para la que trabajaba el beneficiario, el hecho generador de la indemnización es la contingencia de un acontecimiento estrictamente personal, la pérdida de unas facultades personales que en cuanto tales no pertenecen a la sociedad. Que la sociedad se aproveche de los rendimientos procedentes del ejercicio de la capacidad de trabajo no convierte a la sociedad en titular de esa capacidad.

El contenido económico de la indemnización y que, una vez percibida, resulte transmisible, no hace perder a la indemnización su carácter privativo e inherente a la persona. Puesto que la indemnización está destinada a asegurar una utilidad personal al cónyuge beneficiario no sería razonable, dada su función, que al disolverse la sociedad correspondiera una parte al otro cónyuge (o incluso, en su caso, a los herederos del cónyuge)".

Así pues, aplicando la doctrina transcrita, que consolida la mayoritaria proveniente de las Audiencias Provinciales, cabe concluir que las dos partidas litigiosas, en cuanto traen causa de una misma realidad, cual es la declaración de una invalidez permanente absoluta, han de reputarse privativas y, una vez destinadas al abono de pagos comunes, integrarse como créditos a favor del señor Gaspar frente a la sociedad de gananciales en el inventario del pasivo de la misma (artículo 1398.3.ª del CC), tal y como acertadamente resolvió la sentencia recurrida.

LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD POSTGANANCIAL

AP MADRID, SEC. 22.ª SENTENCIA DE 05/06/2018

La comunidad postganancial surgida después de la disolución de la sociedad de gananciales, y hasta la efectiva liquidación de la misma debe ser liquidada conjuntamente con la citada sociedad, y por los tramites de los arts. 806 a 810 de la Lec y ello por razones de económica procesal y porque hay que traer al activo y al pasivo la totalidad de bienes y deudas hasta el momento de la liquidación una vez disuelto el régimen económico matrimonial.

El recurso de apelación interpuesto cuestiona la resolución dictada en primera instancia que consideró que la disolución del régimen económico matrimonial se produjo con la sentencia de 7 de junio de 2000 en que se decretó la separación judicial del matrimonio. Pese a que las partes habían firmado el convenio regulador en un momento anterior, pues tiene fecha de 3 de abril del 2000, y en ese momento ya se pacta el cese de la convivencia, ambas partes asumen el pronunciamiento judicial, de forma que los efectos económicos de la disolución del régimen de gananciales ha de fijarse en esa fecha, pues así lo acordó la sentencia de primera instancia.

Sobre esa base, la parte demandante apelante entiende que deben incluirse como parte del pasivo ganancial sumas abonadas por ella por el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, por el IBI y por cuotas extraordinarias de la Comunidad de Propietarios desde esa fecha de 7 de junio del 2000 hasta el momento en que se celebró la vista ante el Juzgado de Primera Instancia en el año 2016, con-

siderando que fueron pagos asumidos por ella pero que debían ser abonados por la propia sociedad de gananciales, de forma que debe incluirse dentro del pasivo cada una de las sumas satisfechas por ella por cuenta de la sociedad ganancial.

La sentencia de primera instancia consideró que a partir del momento en que la sociedad de gananciales está disuelta, pendiente de liquidación, todas las sumas que hubieran podido ser abonadas por ella lo son por cuenta de la comunidad postganancial, cuyo régimen ya no es el de sociedad de gananciales sino el del conjunto de bienes de titularidad compartida en régimen ordinario, de forma que quedarían fuera del ámbito objetivo de la liquidación de la sociedad ganancial.

Pues bien, pese a lo alegado en esa resolución, este Tribunal ha venido entendiendo en sentencias como las de 24 de enero de 2017 o 30 de junio de 2016, a modo de ejemplo, que la comunidad postganancial surgida después de la disolución de la sociedad de gananciales, y hasta la efectiva liquidación de la misma, procede liquidarla conjuntamente con la citada sociedad, y por los tramites de los arts. 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativos al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, y ello por razones de económica procesal, y porque hay que traer al activo y al pasivo la totalidad de bienes y deudas hasta el momento de la liquidación una vez disuelto el régimen económico matrimonial.

Por ello, como señala nuestra sentencia de 30 de junio de 2016, en el plazo temporal que existe normalmente entre la disolución de la sociedad legal de gananciales y su definitiva liquidación transcurren con frecuencia largos periodos de tiempo, y en este periodo surge la llamada comunidad posmatrimonial sobre la antigua masa ganancial cuyo régimen ya no es el de la sociedad legal de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria que en caso de disolución ambos cónyuges mantienen su cuota abstracta mientras perviva la comunidad postganancial hasta que tras las oportunas operaciones de liquidación, se materialice su división y una parte concreta e individualizable para cada una de las partes; por lo que procede la valoración de los partidas que se producen en este periodo por razones de economía procesal.

En consecuencia, los pagos verificados para la conservación de los bienes inmuebles de titularidad ganancial que recaen sobre el derecho de propiedad, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1362 y 1367 CC son una carga de la sociedad ganancial y responden los bienes gananciales, y, acreditándose que se han abonado determinadas sumas tras haberse extinguido ya la sociedad legal de gananciales por sentencia firme, esta carga hipotecaria ha de ser soportada por esta sociedad de gananciales como carga de los bienes que componen el activo de la sociedad; y en consecuencia tal concepto ha de integrar el pasivo en la liquidación de la comunidad ganancial (STS 1-6-2006). Por tanto, no pueden compartirse los argumentos de la sentencia de primera instancia en el sentido de que las cantidades abonadas quedan al margen de la sociedad ganancial pues están íntimamente vinculadas por ella con ella, pues en definitiva se trata de deudas que correspondían a la sociedad hacia él y que han continuado generándose desde el momento en que se disolvió hasta que se produce la definitiva liquidación.

Sobre esa base, es claro que en este caso deben incluirse las cuotas satisfechas por el préstamo hipotecario, pues es indubitada la naturaleza ganancial tanto de la vivienda como del préstamo hipotecario contraído, así como las cantidades abonadas por el IBI. En este sentido, pese a que el apelado manifieste que el convenio regulador estipuló que cada una de las partes asumiría los gastos de los inmuebles cuyo uso y disfrute se atribuyó, debe precisarse que el convenio regulador en ningún caso llevó a cabo la liquidación, sino que se limita a reflejar los bienes que formaban parte de la sociedad ganancial atribuyendo su uso y disfrute en los términos que en el mismo se señalan, pero indicando expresamente que la liquidación quedaba pendiente y que ambos acordaban abonar al 50% las cuotas mensuales del préstamo hipotecario. Por ello, siendo el IBI un impuesto que recae sobre la propiedad del inmueble, y que no deriva del uso, como sí sucede con las cuotas ordinarias de comunidad de propietarios, debe entenderse que es una obligación a cargo de la sociedad ganancial que es, en definitiva, la titular de ambos inmuebles.

Por ello, todas las cantidades satisfechas por la apelante por IBI de cualquiera de los dos inmuebles de titularidad ganancial han de ser consideradas como deudas de la sociedad de gananciales, pues nada tienen que ver con el uso y disfrute se haya venido produciendo por una u otra parte. Lo mismo cabe decir en cuanto a las cuotas extraordinarias de la comunidad de propietarios, pues frente a las

cuotas ordinarias, que derivan del uso habitual de la vivienda, y que deberían ser satisfechas por aquél que hiciera uso de ese inmueble, las cuotas extraordinarias están vinculadas con la propia titularidad del inmueble que nuevamente debe reiterarse que correspondía a la sociedad de gananciales.

Determinada en esta resolución tanto la existencia de una obligación a cargo de la sociedad de gananciales de abonar todas las sumas derivadas del préstamo hipotecario, del IBI y de las cuotas extraordinarias de la comunidad, restaría por analizar la alegación introducida por la parte apelada en el sentido de que las cuotas del préstamo hipotecario estaban ya satisfechas hasta el año 2014, pues así se determinó en el auto de 7 de octubre de ese año que estimó la oposición formulada a la ejecución promovida por la ahora apelante.

En efecto, del examen del auto (folio 109) se desprende que doña Felicísima promovió un proceso de ejecución en el año 2013 que reclamaba diversas sumas por pensiones alimenticias impagadas, así como de cuotas del préstamo hipotecario que debían ser satisfechas por el apelado. En el tercer fundamento jurídico de esa resolución se señala en su párrafo primero que la demanda ejecutiva incluía la pensión alimenticia a favor del hijo común, Juan Carlos, desde 2 julio de 2008 hasta octubre de 2012, incluyendo el 50% del pago de la cuota hipotecaria. Así pues, en la medida en que en esa resolución fue estimada la oposición declarando el cumplimiento pleno por parte del ejecutado, aunque en la misma no se haga un desarrollo completo y expreso de los motivos por los que se entendió abonada o de qué forma se verificó el pago, lo cierto es que se trata de una resolución judicial firme en la que expresamente se ha reconocido que por parte del ejecutado se habían pagado la totalidad de sumas reclamadas, así como que lo reclamado no incluía todas las cuotas hipotecarias hasta el año 2014, como señala el apelado, sino exclusivamente las cantidades que debían ser abonadas por D. Edemiro entre julio de 2008 y octubre de 2012.

Así pues, deben quedar al margen de la reclamación formulada como parte del pasivo ganancial todas las cuotas abonadas entre julio de 2008 y octubre de 2012, es decir: 2467,26 euros en el año 2008; 4528,14 euros en el año 2009; 4169,88 euros en el año 2010; 4268,16 euros en el año 2011; y, finalmente, 3551,62 euros en el año 2012. El total que debe considerarse abonado por el demandado en ese período asciende a 18985,06 euros que, en consecuencia, deben ser descontados de la suma total reclamada por tal concepto por la parte apelante que ascendía (hasta junio de 2016) a 35892,04 euros, de forma que en el período comprendido desde la disolución del régimen económico matrimonial hasta el mes de junio de 2016 la deuda de la sociedad ganancial asciende a 16906,98 euros, por lo que debe ser en tal sentido parcialmente estimado el recurso de apelación interpuesto.

CARÁCTER GANANCIAL DE LAS MÁQUINAS Y UTENSILIOS DE LA EMPRESA

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª
SENTENCIA DE 13/07/2018

Las máquinas y utensilios de la empresa de construcción que se constituyó constante la sociedad de gananciales, tienen carácter ganancial y por tanto deben incluirse en el activo de la sociedad.

Discrepancia que se refiere a dos extremos: uno relativo a la indebida inclusión en el activo de la maquinaria de la empresa relacionada en el referido auto; y otro relativo a la indebida exclusión del activo del préstamo que el actor había recibido de sus padres, en fecha 23 de enero de 2012, por importe de 18.000 euros.

Delimitado el debate y revisado el contenido de las actuaciones, se ha de anticipar que el recurso debe ser desestimando.

En este sentido procede señalar:

A) Afirma la sentencia (penúltimo párrafo del fundamento tercero) la existencia de una empresa de construcción de carácter ganancial al amparo de lo previsto en el art. 1347 núm. 5 del C.C.; y dicha afirmación que es coherente con el criterio cronológico al que atiende dicho precepto (fundación de

la empresa y establecimiento durante la vigencia de la sociedad) y que igualmente es coherente con el criterio material establecido en los arts. 1347-1 º y 1359 del C.C. (que sustancialmente indican que la aportación de trabajo de uno de los cónyuges debe ser considerada como capital común), no es cuestionada en esta alzada.

Téngase presente, en convergencia con lo anterior, que aunque el T.S. reconoce que las capacidades y aptitudes laborales son privativas, ello no obsta a que el negocio profesional fundado durante la vigencia de la sociedad pueda tener carácter ganancial (S. de 20 de noviembre de 2002).

B) Sobre dicha base y en orden a la determinación de la existencia e indicación de la maquinaria que integra las pertenecías propias de la aludida empresa de construcción, no es de apreciar, pese a lo indiciado en el recurso, que la sentencia haya incidido en infracción de las reglas de la carga de la prueba ex art. 217 de Lec. a la hora de incluir determinada relación de maquinaria en el activo del inventario.

Es cierto, tal y como afirma el apelante, que no se le puede atribuir la carga de probar un hecho negativo y, más concretamente, la probanza de que las máquinas y utensilios incluidos en la relación presentada por doña Purificación no pertenecen o no están integrados en la empresa de construcción de carácter ganancial; pero esa inicial afirmación sustentada en la rigorista aplicación de las reglas que en orden a la carga formal y material de la prueba respectivamente se condensan en los número 2 º, 3 º y 1º del art. 217-1º de Lec., no puede linealmente prevalecer sobre los principios de disponibilidad y facilidad probatoria contemplados en el núm. 7 del citado precepto como parámetro para la aplicación de los preceptos antes indicados, ni en ningún caso obviar las elementales reglas de la buena fe procesal ex art. 247-1 de Lec.

En este sentido y teniendo presente, amén de que don Juan Pedro era el cónyuge dedicado a la empresa constructiva en cuestión (así se desprende de las alegaciones de las partes), que la relación de maquinaria y utensilios presentada por doña Purificación era racionalmente coherente con la propia actividad empresarial del negocio ganancial, así como que don Juan Pedro se limitó a afirmar su genérica disconformidad con las alegaciones efectuadas de contrario (pues no otra cosa se desprende del acta de formación de inventario que el apelante aduce para mostrar el error del juzgador); de forma, que teniendo facilidad y disponibilidad para indicar las máquinas y utensilios en cuestión, sin embargo, nada concretó ni preciso al respecto (salvo en relación a la maquinaria propiedad de un tercero por él poseída a título de arrendatario, que la sentencia efectivamente excluye del inventario) con olvido de la buena fe procesal y, por ende, incidiendo así en la posibilidad de considerar su silencio o respuesta evasiva en admisión de hechos y en la posibilidad de considerar que presta su conformidad a la relación presentada de contrario (analógica proyección al caso de lo establecido en los arts. 405-2 y 714); la consecuencia debe ser la antes indicada pues, en suma, dichas posibilidades y la proyección de las mismas, al correspondiente juicio de valoración probatoria, es lo que subyace en la sentencia apelada.

C) Basada en razonable certeza la existencia de las máquinas y utensilios en cuestión, mal puede considerase que los mismos tengan carácter privativo por razón de lo establecido en la proposición inicial del art. 1346-8º del C.C. (“instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio”), pues tal y como se desprende del integro contenido del precepto y de la salvedad que a continuación establece, la pretensión del recurrente pasaría por atribuir a dichos bienes el carácter de “personalísimos” y ello es objetivamente incompatible dada su naturaleza de máquina y utensilios relacionados de modo genérico con una determinada actividad empresarial y no con un personal y exclusivo uso por parte del apelante.

D) Se desprende de lo anterior que el concreto juicio de valoración probatoria realizado sobre los referidos bienes participa de un escalonado sustrato de objetividad y racionalidad determinante de una facilidad y disponibilidad probatoria que a todas luces pueden proyectarse sobre el crédito inicialmente atribuido en los términos pretendidos por el recurso; razón, en suma, por la que no existiendo igualdad de presupuestos, también procede la desestimación de este extremo del recurso.

Protección de menores

DENEGACIÓN DE LA ADOPCIÓN TRAS GESTACIÓN SUBROGADA

AP MADRID, SEC. 22.ª
SENTENCIA DE 25/06/2018

No puede constituirse la adopción por quien convive con el padre como pareja de hecho puesto que habiendo nacido el menor por gestación subrogada carece de eficacia que en el contrato apareciese que "Tres días después de dar a luz al niño la subrogada otorgará el derecho de tener la custodia al padre y renunciará a la patria potestad y finalizará su maternidad". Por lo tanto, la renuncia previa de la madre gestante, que en nuestra legislación vigente, ni tan sólo es posible antes de transcurridas 6 semanas desde el parto, es contraria a nuestro ordenamiento jurídico y en consecuencia, nula de pleno derecho por lo que carece de eficacia alguna en la posible adopción posterior. No consta que haya sido oída en el procedimiento ni que esté incursa en causa de privación de la patria potestad.

La resolución de instancia, declara no haber lugar a la adopción de los menores Secundino y Pablo por parte del Sr. Hilario, en su condición de pareja estable del identificado como padre Sr. Arcadio.

Disconforme con esta decisión, el solicitante Sr. Hilario formula el recurso de apelación que aquí se ha de resolver, recurso en el que de forma extensa y razonada, rechaza por una parte la aplicación del art. 10 de la Ley 1 4/2006 de 26 de mayo, e invoca la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación nacido mediante gestación por subrogación. La parte apelante estima que no es de aplicación al supuesto de autos el denominado fraude de ley, con cita de la Sentencia del TSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 2012, error en la interpretación de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, funda su derecho en lo dispuesto en ellos artículo 17 d, y 9 del Código Civil y 235-30, a 235 - 33 del Código Civil de Cataluña, y art. 175 del Código Civil y cita jurisprudencia, entre otras, de varios Juzgados de Primera Instancia y un Auto de esta misma Sección de 28 de mayo de 2013.

El Auto que se impugna se basa precisamente en lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Reproducción Asistida para rechazar la solicitud de adopción, acogiendo los argumentos expuestos por el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición y actuando como garante del principio de legalidad y de protección del menor.

El debate que se plantea en torno a una materia especialmente sensible por la entidad de los derechos que pueden entrar en colisión y las implicaciones de todo tipo que generan, exige un análisis ponderado de la legislación y jurisprudencia aplicables, así como de las circunstancias concurrentes.

Los datos objetivos de los que hay constancia

en autos son los siguientes:

En fecha 24 de febrero de 2017 se presenta por el Sr. Hilario demanda de Jurisdicción voluntaria, interesando la adopción de los dos menores citados anteriormente, y acompañando a su escrito Acta de Nacimiento librada por el Servicio Consular de España en Bangkok, Tailandia, de los menores Secundino y Pablo, nacidos el NUM000 de 2014, constando como padre Don Arcadio de nacionalidad española y, estado civil soltero, y como madre Sabina, de nacionalidad tailandesa y estado civil soltera. (documentos números 2 y 3)

Dichos documentos no aparecen debidamente legalizados, indicándose por el Encargado de Asuntos Consulares, Visto Bueno para legalizar las firmas de la Registradora del Distrito de Bungkum, Provincia de Bangkok, Tailandia, por ser al parecer auténticas, sin prejuzgar la veracidad del contenido del documento, ni ulterior destino que pueda dársele,, haciéndose constar igualmente, que el Ministerio de Asuntos Exteriores de Tailandia no legaliza prácticamente ningún documento tailandés salvo alguno muy concreto y solo coloca un sello de "Visto" que no puede considerarse como valido a efectos de legalización de firma. Se hace constar asimismo, que no ha sido posible colocar la Diligencia de legalización sobre el documento original por no figurar en la Diligencia de legalización del Ministerio de Asuntos Exteriores tailandés. Este documento está fechado a 19 de mayo de 2015.

b)Se acompaña asimismo,(doc.núm.12,) Traducción Jurada de Acuerdo de Intenciones, para un proceso de reproducción asistida, por gestación por subrogación y de la madre gestante Sabina, de nacionalidad tailandesa, renunciando a todos los derechos parentales y maternales sobre los menores Secundino y Pablo, en beneficio de su padre, declarando que lo es el Sr. Arcadio y declarando ser consciente de que el Sr. Hilario, pareja del Sr. Arcadio ha comenzado los trámites de adopción en los Tribunales de España, otorgando su expreso consentimiento para ello.(doc. Nº 14). Dichos documentos constan otorgados ante Notario, sin constar legalización.

c) Los menores Secundino y Pablo constan empadronados en DIRECCION001, en el, domicilio de los Sres. Arcadio y Hilario, desde el 8 de junio de 2015.

Tras dictarse el Auto y acompañando al Recurso de Apelación la parte apelante presenta sendos documentos (señalados como números 1 y 2), respecto a los que dice que se trata de pruebas genéticas realizadas en Tailandia con carácter previo a la inscripción de nacimiento ante el Consulado español, entre el Sr. Arcadio y los menores Secundino y Pablo,. Dichos documentos no se acompañan de la correspondiente traducción jurada, lo que dificulta la realización del pertinente control de contenido, ni están legalizados.

Se acompaña asimismo Informe de Análisis de Paternidad efectuado en España por la empresa "Laboratorio Genómica" En ambos casos se dice que acreditarían la paternidad biológica del Sr. Arcadio.

El Auto apelado considera necesario que, previamente a la adopción, se determine la filiación a favor del padre biológico de los menores, pareja del adoptante. Es decir, acoge la tesis del Ministerio Fiscal en cuyo escrito se decía que la gestación subrogada es una práctica prohibida en nuestro país hasta el punto de que la Ley considera nulos los contratos realizados en otros países en los que la gestación subrogada es legal.

Sin embargo, al no haberse impugnado por el Ministerio Fiscal discrepante la Inscripción registral de nacimiento practicada por el Registro Consular y de la que existe debida constancia en el Registro Central, identificando como padre de los menores al Sr. Arcadio, este Tribunal debe limitarse a examinar el que es auténtico objeto del proceso, la adopción de los pequeños Secundino y Pablo, por el Sr. Hilario en su condición de pareja del padre Sr. Arcadio, formulada al amparo de lo previsto en el art. 235-32.1, a) del Codi Civil de Catalunya. Ahora bien, precisamente en atención a lo que dispone el indicado precepto, la decisión no puede obviar la cuestión central sobre la que se sustenta la pretensión, esto es, el procedimiento por el que se origina el vínculo de filiación del que se trae causa

El punto de partida es el que se deriva de la Documentación aportada a los autos acreditativa de que los menores nacieron en Tailandia como consecuencia de un procedimiento de gestación subrogada o por sustitución y que la madre gestante no es parte en el procedimiento, ni ha comparecido en el mismo..

La gestación subrogada no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, y la ausencia de una legislación específica no permite la integración de la laguna legal al existir una norma que la prohíbe de forma expresa.

Efectivamente el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, dispone:

"1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales "

La claridad del precepto lleva a concluir que la gestación por sustitución es contraria al orden público español, como ha declarado la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencia de 6 de febrero de 2014 y posterior Auto de 2 de febrero de 2015, cuya doctrina pasaremos a exponer, así como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, con respecto a los permisos de paternidad derivados de estos nacimientos.

Aprecia la Sala 1ª del TS, en su sentencia de 6 de febrero de 2014, que ".- Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39).

También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución).

Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución).

Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión."

Y continúa añadiendo que " La decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia." Contraponiendo a los argumentos esgrimidos por los recurrentes en defensa de la corrección de la inscripción, que "la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. También prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico."

Es importante destacar que el Tribunal Supremo tiene en cuenta en su resolución la primacía del "interés del menor" pero dice al respecto que "La invocación indiscriminada del "interés del menor" serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas."

De forma inequívoca estima el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 6/02/204 que La aplicación del principio de la consideración primordial del

interés superior del menor, ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.".

Con posterioridad a esta resolución del TS, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en materia de gestación subrogada, casos Menesson, y Labassee y Caso Paradiso. En el caso Mennesson contra Francia, asunto 65192/11 dos niñas gemelas nacidas en California en el año 2000 y el caso Labassee, asunto 65941/11 una niña nacida en Minesota en 2001, casos resueltos en junio de 2014 en los que Francia había denegado la inscripción de las recién nacidas en el Registro Civil francés porque la gestión por sustitución es nula. El TEDH, no aprecia violación del citado art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño,, en relación con el derecho a la vida familiar, pero sí aprecia que se produce infracción del derecho a la vida privada de los hijos, porque el derecho a la identidad forma parte integral de la noción de vida privada, existiendo una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos a partir de la gestación por sustitución y la determinación jurídica de la filiación.

Ante tales supuestos entiende el Tribunal que la ausencia de reconocimiento por el Derecho de un Estado del vínculo de filiación con los padres intencionales puede tener como consecuencia la destrucción de la vida familiar del niño. Por todo ello el Tribunal concluye que el no reconocimiento de la filiación en favor de los padres intencionales no solo tiene consecuencias sobre ellos. También las tiene sobre el menor, al resultar afectado el derecho a que se respete su vida privada garantizado por el art. 8 de la Convención, pues este derecho implica que cada uno pueda configurar la "sustancia de su identidad", comprendida en ella su filiación. Se origina de esta forma "un grave problema de compatibilidad con el interés superior del niño, interés que debe guiar cualquier decisión que le concierna", y que debe resolverse en favor de este último.

A consecuencia de los precedentes Fallos del TEDH, habiéndose solicitado del Tribunal Supremo la nulidad de la previa sentencia de 6 de febrero de 2014, la Sala Primera del TS, en Auto de fecha 2 de febrero de 2015 (ROJ 335/2015)a la luz de la nueva doctrina del TEDH, declara que no ha lugar a la nulidad y que mientras que el Tribunal de Casación francés afirmaba la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (« fraus omnia corrumpit », el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés" y que por el contrario, " el ordenamiento jurídico español, y así lo afirmó nuestra sentencia, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, la formalización de las relaciones existentes si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar "de facto".

El debate se ha planteado también en el ámbito de las prestaciones sociales y laborales, afectando a la concesión de los permisos de paternidad o maternidad, lo que dio lugar a que recientemente se dictara sentencia por la Sala de lo Social del TS, en unificación de doctrina num 2770/2016, de 22 de marzo de 2018, en la que se declara que la "nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no puede perjudicar la situación del menor."

Y finalmente, con posterioridad a estos pronunciamientos, ha vuelto el TEDH a resolver sobre la materia, caso Paradiso y Campanelli contra Italia (asunto 25358/12), que tiene su origen en un matrimonio italiano con problemas de infertilidad que contrató una gestación por sustitución en Rusia. Tras el nacimiento del niño se inscribió en Rusia como hijo de ambos progenitores, sin mencionar el contrato del que traía causa. Realizadas las pruebas de paternidad en Italia, se constató que el señor Campanelli no era el padre. Italia recurrió la sentencia a la Gran Sala que en sentencia de 24 de enero de 2017 falla a favor de la decisión adoptada por el Tribunal italiano, declara que los menores nacidos en estos procesos de gestación no pueden ni deben quedar desprotegidos al mismo tiempo que destaca la importancia de garantizar la protección de los derechos de las madres gestantes y la conveniencia de adecuar la ley para ello, y subraya la relevancia de la legislación nacional a la hora de regular la maternidad subrogada correspondiéndole al Estado establecer las oportunas relaciones de filiación entre los progenitores y sus hijos.

A lo expuesto hemos de añadir, necesariamente y porque ello incide de manera directa en el acceso

al Registro de los nacimientos, determinando la filiación, que durante la tramitación del proceso que finalizó con la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, la Dirección General de los Registros y del Notariado, procedió a dictar la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, dirigida a los Encargados del Registro Civil. Esta Instrucción establece los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de estos nacimientos, atendiendo al interés superior del menor. Las Directrices con las siguientes:

Primera. - 1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Deberá aportarse el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.

Segunda. - En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Precisamente en aplicación de la precedente jurisprudencia del TS, de la Instrucción de la DGRN y las resoluciones del TEDH, ha tenido ocasión esta Sala de pronunciarse sobre determinados efectos de la gestación subrogada, siempre en interés del menor.

El apelante efectúa cita de un Auto de esta Sala de 28 de mayo del año 2013, dictado pues antes de crearse el cuerpo jurisprudencial al que nos referimos.

Además del invocado por el apelante, esta Sala dictó Auto de 18 de noviembre de 2014, otorgando el exequatur a sentencia dictada por el Tribunal Superior del Estado de California, estableciendo la filiación paterna de una menor nacida por gestación subrogada en ese Estado, pero desestimando el reconocimiento en lo referido a la filiación materna, declarándose en este Auto que " Conforme a la legislación y al estado actual de la doctrina jurisprudencial, la filiación materna queda determinada por el parto (art. 235-3 CCCat) y debe perdurar la aplicación de la excepción de orden público, sin perjuicio de que como recoge la meritada sentencia del Tribunal Supremo, la relación familiar de facto, lleva a la protección de la menor mediante otras figuras como el acogimiento familiar o la adopción".

Más recientemente en Auto de fecha 28 de julio de 2015, en el que se constituía la adopción de dos menores cuya filiación había sido declarada por resolución extranjera y en la que se había manifestado el consentimiento de la madre gestante ante la autoridad judicial del país de origen de la misma, esta misma Sala declaro que " En este caso la madre biológica de ambos menores D.ª B. K. ha asentido en un primer momento a la adopción conforme recoge el acta de testimonio notarial otorgada ante Notaria en la India, debidamente apostillada y traducida.... La Sra. K. ha ratificado su situación al cabo de dos años del nacimiento de los menores, mediante declaración jurada debidamente apostillada y traducida y asimismo ha declarado de forma voluntaria y libre ante la autoridad judicial indica su asentimiento a que los dos menores sean adoptados por P. X. marido del padre biológico de ambos menores, mediante el procedimiento legal necesario al efecto y con específica referencia al proceso que aquí se examina ".

Es decir que en uno y otro supuesto es determinante la existencia de una resolución judicial dictada por tribunal extranjero competente, a la que se le atribuyen efectos en España, de acuerdo con la legislación nacional y ateniéndonos tanto a las Directrices de la Instrucción de la DGRN como a lo resuelto por el TS y el TEDH.

Mientras el legislador, en el marco de las competencias que le son propias, no proceda a regular ésta técnica de reproducción asistida fijando los cri-

terios básicos sobre su admisión, limitación o prohibición, sólo dentro del margen de la legislación actual y de la interpretación que de ella ha efectuado la jurisprudencia, podrán resolverse las cuestiones derivadas de la gestación subrogada, como el presente proceso de Jurisdicción voluntaria de adopción. Como advertía el TEDH en el caso Paradiso y Campanelli, las situaciones que se originen en gestación subrogada en el extranjero podrían llegar a convertir las legislaciones nacionales en normas de carácter simbólico, vacías de contenido.

De ahí que, dado el estado actual de la materia, ante la necesidad de primar el interés del menor, debamos analizar cada uno de los supuestos que se vayan presentando con los instrumentos con que contamos, la norma, doctrina y jurisprudencia hasta aquí expuestas, teniendo muy presente 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 y que como ponía de relieve el TS, el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, el interés superior del menor tiene la consideración de primordial" recordando que este principio ha de conjugarse con la protección de otros bienes y principios jurídicos como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, la evitación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o garantizar que no se incurra en la mercantilización de la gestación y en última instancia de la filiación.

Como también declara la Convención : "el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos " y corresponde a los Estados Partes velar por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional, 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 (art. 8).

Por tanto, y a tenor de lo dispuesto en el Convenio de Derechos del Niño, si un país como España dispone que la filiación se determina por el parto, deberá evitar que los niños sean separados de sus madres y velará por que sean cuidados por ellas.

Y estos principios y sus concordantes guardan inmediata relación con aquello que dice el artículo 9.2 de la Convención sobre los Derechos del niño el cual prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres «se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones» (art. 9.2); y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que « los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero (LA LEY 2364/2001), FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados ".

En conclusión, la presente resolución debe ceñirse tanto a lo que dispone la Ley de Reproducción Asistida, como a la doctrina y jurisprudencia del TEDH y Tribunal Supremo, en la misma línea trazada en nuestra anteriores resoluciones, es decir, la constatación de que se trata de una materia de orden público, que resulta de aplicación el principio del interés del menor y que debe en todo caso quedar garantizado el derecho a la integridad física y moral de la madre gestante. Sin embargo, no podemos equiparar este supuesto a los anteriores pues se trata de dos niños nacidos en el extranjero, a través de gestación subrogada o por sustitución, filiación inscrita en el Registro Civil consular y sin que conste resolución judicial extranjera y subsiguiente exequatur que pese a ello no ha sido impugnada lo que impide a este Tribunal entrar a valorar su corrección.

De todo ello cabe concluir, por lo que a estos autos se refiere que, el proceso de constitución de la adopción de los menores Secundino y Pablo debe atenerse al cumplimiento de lo dispuesto en la legislación vigente, con escrupulosa observancia del principio del interés del menor pero con garantías respecto a los derechos de la madre gestante.

La ley aplicable para la constitución de la adopción, es el Codi Civil Catalán, Libro Segundo aprobado por Llei 25/2010. de 29 de julio y no el Código

Civil. Ello de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, según redacción dada por Ley 26/2015, de 28 de julio que establece las normas de conflicto al que se remite el art. 16 para resolver los conflictos entre leyes interterritoriales, vigente al momento de interponerse la demanda. En concreto el art. 9 del Cc en su apartado 4, párrafo 2, dispone que "La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996". El Convenio de la Haya se remite a la lex fori, a la ley del tribunal competente para adoptar la medida, por lo que la legislación aplicable para resolver sobre los requisitos para la adopción son los establecidos en el Codi Civil de Cataluña, lugar de residencia de los menores. Y en cuanto al procedimiento hemos de estar a lo que dispone la Ley de La Jurisdicción Voluntaria, aprobada por Ley 15 /2015, de 2 de Julio.

Por ello,

1.- En lo que al procedimiento se refiere hemos de hacer notar que la Documentación extranjera aportada no cuenta con la correspondiente legalización y que en cuanto a las pruebas genéticas supuestamente realizadas en Tailandia, tampoco se acompaña la traducción, lo que como se ha indicado dificulta el exacto conocimiento de su contenido.. De este modo, se están incumpliendo los preceptos legales contenidos en la LEC sobre la presentación y validez de los documentos presentados en juicio-. Los documentos públicos extranjeros a los que haya de atribuirse eficacia probatoria en los términos del art. 319 de la LEC, deberán cumplir con los requisitos formales exigidos en el art. 323, y entre estos que salvo supuestos concretos en que exista Convenio estableciendo exención de legalización para determinados documentos, todo documento público extranjero deberá ser previamente legalizado por vía diplomática o, en el caso de los Estados parte del Convenio de la Haya de 1961, rubricado con la Apostilla de la Haya, amén de venir traducido conforme a lo exigido por el art. 144 (. A todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, se acompañará la traducción del mismo.)

2.- En cuando al fondo del asunto, y puesto que como hemos indicado la Ley aplicable es el Codi Civil de Catalunya, estaremos a lo que dice el artículo 235- 32. 1, b) de éste Codi, es decir que se podrá adoptar a los hijos del cónyuge o persona con quien el adoptante convive en pareja estable y que en estos casos se requiere que la filiación no esté determinada legalmente respecto al otro progenitor o que éste haya muerto, haya sido privado de la potestad, este sometido a causa de privación de potestad o haya dado su asentimiento.

Respecto a los requisitos exigidos por éste art. 235-32. 1, b) CCCat, hemos de hacer las siguientes consideraciones:

El art. 37 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria dice de forma expresa que en el procedimiento para la constitución de la adopción, "También deberán ser citados, para prestar el asentimiento a la adopción ante el Juez, las personas indicadas en el apartado 2 del art 177 del CC ", en este caso y para Cataluña, las mencionadas en el art. 235.32, es decir los progenitores del menor, ambos.

De hecho el art. 35.3 de la LJV dice también que en los supuesto en que no se requiera propuesta de la Entidad pública para la adopción deberán expresarse en el escrito de solicitud las indicaciones contenidas en el apartado 2, esto es, las condiciones personales y domicilio de los progenitores, requisito que tampoco se ha cumplido en este caso pues la madre ni consta citada ni ha comparecido.

Como se recordaba en Auto de esta misma Sala de 24 de abril de 2018, "Es pacífico en la doctrina que si el padre biológico, no privado legalmente de la potestad, ni incurso en causa de privación (ni firme un acogimiento pre adoptivo) no presta su asentimiento, la adopción no se puede formalizar. Conforme a la vieja jurisprudencia (antes de que se inadmitieran los recursos extraordinarios contra los Autos que acuerdan la adopción), ya se dijo que el asentimiento era una conditio iuris de la adopción (STS, Civil sección 1 del 20 de abril de 1987 (ROJ: STS 2751/1987 - ECLI:ES:TS:1987:2751) y STS, Civil sección 1 del 19 de febrero de 1988 (ROJ: STS 1061/1988 - ECLI:ES:TS:1988:1061)".

En el contrato de gestación subrogada aportado por el solicitante, se dice de forma expresa que "Tres días después de dar a luz al niño la subrogada otorgará el derecho de tener la custodia al padre y renunciará a la patria potestad y finalizará su maternidad".

La filiación por naturaleza, en relación con la madre, resulta del hecho mismo del parto (art. 235-3)

y los derechos y deberes propios de la potestad empiezan a surtir efectos a partir del hecho mismo del nacimiento.Por ello resultaría una paradoja que mientras que el art 235-51 del CCCat dice que la adopción es irrevocable, permitiendo incluso a los progenitores que no hayan intervenido en el expediente de adopción por causa que no les es imputable que la impugnen en el plazo de dos años desde que fuera constituida, en el contrato de gestación subrogada se contemple un supuesto de "filiación revocable" previo al nacimiento, lo que vulnera de forma evidente tanto el art. 235-3, como lo dispuesto en el art. 235-41 del mismo CCCat, a tenor del cual el asentimiento de los progenitores deberá efectuarse ante la autoridad judicial, pero la madre no lo podrá otorgar hasta pasadas seis semanas del parto.

En el mismo sentido se pronuncia el art. 177.2 del Código Civil, al que se refería el art. 37 de la LJV cuando requería el asentimiento de los progenitores, de tal manera que en ningún caso cabría validar un consentimiento "prenatal", renunciándose a la filiación del concepturus o del nasciturus si se hubiera producido ya la gestación, compromiso que se pacta en el contrato de gestación subrogada a la que nos venimos refiriendo sin que conste que se haya emitido un consentimiento libre e informado, tanto en lo referente a las consecuencias de su renuncia para el hijo como a los propios riesgos que para su salud física y mental se pueden derivar de la gestación.

Por lo tanto, la renuncia previa de la madre gestante, que en nuestra legislación vigente, ni tan sólo es posible antes de transcurridas 6 semanas desde el parto, es decir, con posterioridad al mismo, es contraria a nuestro ordenamiento jurídico y en consecuencia, nula de pleno derecho por lo que carece de eficacia alguna en la posible adopción posterior.

Tampoco consta que se hubiera dictado Resolución por la entidad pública competente al respecto, ni se ha cuestionado el inadecuado ejercicio de la potestad por parte de la madre de los menores. La madre de los menores ni tan siquiera consta citada, infringiéndose lo dispuesto en el art. 37 LJV, el art. 235. 32 CCCat y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad del asentimiento de los progenitores y la forma en que se ha de garantizar el derecho de estos progenitores a participar en el proceso. El TC en sentencia 75/2005, de 4 de abril, razona al respecto « en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que "en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia [tanto] los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, [que] son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen" (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3). Es lógico, pues, que "dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado" (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres "se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones" (art. 9.2)»; y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que «los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. art. 1826 LEC)».

Esta doctrina no hace más que reiterar la expuesta en pronunciamientos anteriores como la STC 143/1990, de 26 de septiembre, recurso de amparo 373/1988, que se ha venido manteniendo con posterioridad (Sentencia 58/2008, de 28 de

abril de 2008. Recurso de amparo 2306-2005).

En esta misma línea se ha pronunciado recientemente la Dirección General de los Registros y del Notariado, (Resoluciones 88 y 89 de 1 de septiembre de 2017), en las que pone en valor la importancia de constatar que se han garantizado los derechos procesales de las partes, en particular de la madre gestante verificando que su consentimiento se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, que tiene capacidad natural suficiente y que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor..

No es éste tampoco un supuesto de adopción internacional, perfectamente regulado en nuestro ordenamiento, tanto en el CC., como en el CCCat, Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley 54/2008, de 28 de diciembre. El presente supuesto no se ajusta a los procedimientos legalmente previstos para ello y entre estos la declaración de idoneidad habilitante.

Ello nos ubica nuevamente en el núcleo de la cuestión inicialmente planteada, pues aun atribuyendo efectos a la inscripción registral de la paternidad, no constando suficientemente acreditado que la madre gestante tuvo la oportunidad de ser oída en un proceso contradictorio, con plenas garantías a sus derechos y que su renuncia o consentimiento a la adopción ha sido prestado con libertad y conocimiento de las consecuencias, presentes y futuras de su decisión para ella y para los hijos, no nos encontraríamos ante el asentimiento a que se refiere el art. 235-32 y el art. 235-41 del mismo CCCat. y por lo tanto no se cumplen los requisitos exigidos para la constitución de la adopción.

En consecuencia, y como ya se ha indicado, a salvo la posible impugnación por el Ministerio Fiscal de la inscripción de nacimiento, procede confirmar la resolución de instancia desestimando el recurso

Modificación judicial de la capacidad

AUTORIZACIÓN DE ENTRADA EN DOMICILIO DEL MÉDICO FORENSE

AP BARCELONA, SEC. 12.ª SENTENCIA DE 29/10/2018

Se acuerda autorizar la entrada del Médico Forense en el domicilio de una persona con el exclusivo objeto de valorar la situación médica en que se encuentra y adoptar las medidas urgentes que para la protección de su salud y su persona sean necesarias y emitir informe sobre posibles causas de modificación de capacidad.

La petición de entrada en el domicilio de la Sra. Benita se formula por el Ministerio Fiscal como medida necesaria para poder determinar si concurre en dicha persona causa de modificación de la capacidad. Consta que por parte de Fiscalía se han incoado unas diligencias denominadas "preprocesales civiles" al tener comunicación de unos hechos de los que deriva la posible concurrencia de causa de modificación de la capacidad de la Sra. Benita: diversas denuncias y escritos que contienen alegaciones o quejas sobre el funcionamiento de distintos servicios públicos de la población donde vive y referentes a distintas personas de las que se derivan incoherencias relevantes y reiteración de ideas de perjuicio; informe de los Servicios sociales de 22-1-2018 que indica que han intentado intervenir en este caso pero que no ha sido posible poder explorar la situación familiar de la señora porque ha denegado su intervención; escrito de la Policía local que informa de la imposibilidad de localizar a la Sra. Benita a los efectos de citarla y acompañarla para ser reconocida por el Médico Forense; e informe del Médico Forense de 21-2-2018 en el que informa que se personó en el domicilio junto con tres agentes de la policía local apreciando existencia de ratas muertas en el jardín, gatos en el interior y estado deplorable del interior de la vivienda y recoge la negativa de la Sra. Benita de ser explorada por el médico mostrando interés en saber quién es el superior del médico y la persona que ha puesto la denuncia y manifestando que una señora le hizo una propuesta deshonesta, que dentro de dos días tiene visita con el médico de Vilanova y que el Juzgado tiene la culpa de que esté perdiendo visión.

En base a los hechos anteriores por parte del Ministerio Fiscal al amparo de lo dispuesto en el art. 762 LEC solicita se autorice la entrada forzosa del médico forense acompañado de las Fuerzas de Seguridad necesarias para su protección en el domicilio de D.ª Benita a fin de valorar la situación médica en la que se encuentra, adoptar las medidas urgentes que para la protección de su salud y su persona sean necesarias y emitir informe sobre posibles causas de incapacitación.

El Auto ahora recurrido deniega la petición del Ministerio Fiscal por entender que no concurren los requisitos exigidos tradicionalmente por la Jurisprudencia y por la LEC: peligro de la mora procesal y la apariencia de buen derecho. En la resolución se afirma primero, que no hay proceso de incapacitación y que no se acredita que concurra causa; segundo, que el art. 734 LEC exige audiencia de la persona afectada salvo casos de urgencia; tercero, que la finalidad de la medida es el examen del Médico Forense entendiendo que no está encaminada a la protección de la persona o de su patrimonio y

cuarto, que no concurre apariencia de buen derecho al no aportarse documento médico que corrobore que la Sra. Benita padece alguna causa de incapacitación.

El artículo 762 LEC bajo la rúbrica de "Medidas cautelares" faculta al Ministerio Fiscal para pedir del tribunal, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, la inmediata adopción de las medidas necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio. Dispone que como regla general las medidas se acordarán previa audiencia de las personas afectadas y se remite a los artículos 734 y siguientes de la LEC.

La medida cautelar regulada en dicho precepto no requiere que se haya incoado el procedimiento de modificación de capacidad como parece entender la resolución apelada. La petición al Juzgado se lleva a cabo en sede de lo que Fiscalía denomina Expediente de preincapacidad que tiene como finalidad determinar si la persona afectada padece alguna patología que interfiere sus facultades. Los expedientes de preincapacidad suelen iniciarse cuando Fiscalía tiene conocimiento a través de familiares, servicios sociales u otros organismos, de la existencia de personas que pueden estar afectadas por alguna enfermedad o trastorno que modifica su capacidad antes de formular la demanda de modificación de la capacidad. En este supuesto existen indicios de que la Sra. Benita no se encuentra en una situación de normalidad en cuanto a sus facultades se refiere. El propio contenido de todos los escritos (quejas, denuncias, alegaciones) evidencia un discurso incoherente, alejado de la realidad y recurrente. Los servicios sociales no han podido intervenir ante la negativa de la Sra. Benita y no ha sido posible tampoco citarla para que compareciera a los efectos de ser examinada por el Médico Forense, no abre la puerta y no se relaciona con los vecinos. Y personado el Médico Forense en su domicilio, tampoco abre la puerta y ante la insistencia a través de la ventana de la casa, se niega a ser reconocida refiriendo de nuevo denuncias y responsabilizando al Juzgado de problemas de salud. No se ha podido acceder a la persona a quien se pretende proteger habiéndose agotado las opciones posibles por lo que entendemos que hay razones de urgencia que justifican la adopción de medidas cautelares sin audiencia previa, pues se ha intentado llevarlas a cabo previa citación y la citación no se ha podido realizar. La finalidad de la medida solicitada es claramente protectora por cuanto el examen del médico forense se interesa precisamente para determinar si la Sra. Benita puede estar o no incursa en causa de modificación de la capacidad para en caso positivo proceder a plantear la demanda para solicitar el mecanismo de protección más adecuado a su persona. Y no se aporta ningún documento médico por cuanto el Ministerio Fiscal no dispone de ninguno, razón por la cual solicita la medida destinada precisamente a obtener un documento médico que identifique si la Sra. Benita padece o no alguna enfermedad o deficiencia que afecte a su capacidad de obrar.

No compartimos por tanto los argumentos del Juzgado de Primera Instancia para denegar la entrada en el domicilio solicitada.

La inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 CE si bien no tiene carácter absoluto y precisa consentimiento de su titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito. La medida solicitada es necesaria, proporcionada o idónea. Se pide después de haber agotado sin resultado otras opciones menos gravosas de acceso a la persona que se niega a colaborar por lo que es necesaria y la finalidad es claramente protectora de la persona cuyo reconocimiento médico se pretende ya que con su negativa puede poner en peligro su propia salud. La medida solicitada es proporcional o idónea para dicho fin, primando el interés general y público de protección de la persona sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Estamos ante una cuestión de interés u orden público y ante la exigencia legal de adoptar las medidas que se consideren oportunas para proteger a personas que puedan estar incursas en causa de modificación de capacidad. En este caso los indicios de la concurrencia de causa son evidentes pero no suficientes para fundamentar una demanda de modificación de capacidad de la persona pues resulta preciso un informe médico que así lo determine.

Por todo ello procede autorizar la entrada del Médico Forense en el domicilio de D.ª Benita con el exclusivo objeto de valorar la situación médica en que se encuentra y adoptar las medidas urgentes que para la protección de su salud y su persona sean necesarias y emitir informe sobre posibles causas de modificación de capacidad. Se autoriza a la Fuerza Pública para que acompañe al Médico Forense en auxilio del desempeño de su función.

Casos prácticos

FILIACIÓN

¿Cuándo es obligatorio nombrar un defensor judicial en los procedimientos en los que se ejercita una acción de filiación?

En todos los casos en que se está reclamando una filiación y existe oposición a la demanda por parte de la madre, pues en estos casos se considera que existen intereses contrapuestos, ya que la madre puede entender que lo mejor para el hijo es que no se reconozca su filiación paterna, mientras que objetivamente el interés del menor pueda pasar porque se determine su verdadera filiación biológica. Desde la STS de 7 de noviembre de 2002 es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la necesidad de nombramiento de este defensor judicial acordando incluso la nulidad de actuaciones cuando se ha omitido la designación de defensor judicial (Sentencias de 4 de marzo de 2003, 6 de junio de 2004 y 30 de junio de 2016).

PENSIÓN ALIMENTICIA

Es frecuente que junto con la demanda de reclamación de paternidad se solicite al mismo tiempo la fijación de una pensión alimenticia. Así prevé expresamente el art. 768. 2 de la Lec "*Reclamada judicialmente la filiación, el tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado*". ¿Es siempre obligatorio establecer esta pensión como medida provisional?

La pensión se fijará cuando se acredite la necesidad de la persona que reclama la filiación (y si se hace por representación, la necesidad del hijo en nombre de quien se reclama), por lo que no estamos ante un supuesto de fijación automática, especialmente por los problemas que luego pueden surgir si la demanda se desestima por no lograr acreditarse la filiación paterna que se reclama.

Un ejemplo de ello es el Auto de la AP de Sevilla, Sec. 2.ª, de 24 de febrero de 2017 que desestimó la petición no acreditarse la necesidad de su adopción dado que los menores nacieron en el año 2000 y hasta ahora han sido atendidas sus necesidades materiales:

"De forma razonada el auto objeto del presen-

te recurso de apelación desestima la petición de la medida cautelar solicitada por la actora en el procedimiento de reclamación de filiación, de que se fije una pensión de alimentos en favor de los hijos de la actora Mariano y Melchor respecto de los que se solicita sea declarada la paternidad de D. Ezequías; el art. 768 L.E.C. recoge en el párrafo 2º que el Tribunal podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado, por lo que la decisión no es automática sino que está supeditada legalmente a que se constate la necesidad de esa medida dentro de la protección de los menores, máxime cuando de imponerse esa obligación provisional y no acogerse la demanda, resultaría de difícil devolución lo pagado de difícil recuperación, salvo que como también permite el art. ya citado se exigiera fianza; esa necesidad que justificaría la adopción de una obligación provisional frente a quien se reclama la paternidad no se demuestra sin que pueda obviarse el dato de que los menores nacieron en el año 2000, y han sido atendidos en sus necesidades materiales. Procede confirmar el auto de 1 de Abril de 2016".

No obstante, hay que tener en cuenta que declarada la filiación y establecida en la sentencia una pensión alimenticia a cargo del progenitor, sus efectos se retrotraerán a la fecha de interposición de la demanda. En estos términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de julio de 2016 y 27 de noviembre de 2013.

Información bibliográfica

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO APLICABLES EN LAS CRISIS FAMILIARES

LA VOLUNTAD PRIVADA EN LAS RELACIONES JURÍDICO-FAMILIARES

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO APLICABLES EN LAS CRISIS FAMILIARES

Joaquín Bayo Delgado
Editorial SEPÍN
Madrid 2019

La obra, en curso de publicación, recoge el texto de todas las normas pertinentes, con sus artículos comentados, interrelacionados y complementados con la jurisprudencia que los interpreta. Pretende ser un instrumento de orientación y consulta para los operadores jurídicos que se enfrentan a casos en los que el elemento internacional o transfronterizo impone la aplicación de normas de distinta procedencia legislativa (Unión Europea, convenios internacionales y derecho interno) y jurisprudencial (Tribunal de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo español …), que no son las fuentes de derecho habitualmente manejadas en el ámbito de familia cuando deben resolverse los distintos aspectos de una crisis. La primera duda surge siempre sobre qué norma aplicar y, después, cómo interpretarla y hacerla coherente con otras normas supranacionales y nacionales, especialmente las procesales. Una breve introducción general pretende resolver esa primera aproximación, destacando los conceptos esenciales que deben manejarse en todo caso.

Esa orientación global se complementa con los cuadros ya publicados por la Editorial SEPIN en la Revista Familia y sucesiones (nº 120, 3er. Tr. 2017), actualizados, en el capítulo §2. Siempre es recomendable iniciar con ellos el análisis del caso concreto. Los demás capítulos, se podría decir, solo pretenden ser una explicación detallada de los instrumentos legales recogidos en los cuadros.

Cada materia (declaración del divorcio, separación o nulidad matrimonial, responsabilidad parental y protección de menores, alimentos y pensiones compensatorias, regímenes económicos matrimoniales y parejas estables) tiene a su vez un comentario introductorio también breve, que pretende destacar las ideas esenciales para orientarse en ella y distinguirla de las otras. Las notas a los artículos de los textos legales (eventualmente también a algunos

considerandos y a algún título o capítulo de un texto legal) están inspiradas en la idea de ser un instrumento práctico, sin más pretensión que analizar y explicar el precepto y relacionarlo con otros. Como se trata de una obra esencialmente de consulta, no se ha evitado la reiteración de ideas en aquellos lugares donde fuera útil.

El último capítulo, §7, recoge las disposiciones de aplicación común siempre que haya un elemento internacional, destacadamente las que facilitan la notificación y traslado de documentos y la práctica y obtención de pruebas en el extranjeros, pero también otras normas generales para la articulación de declinatorias, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, etc.

El índice analítico está pensado para que los aspectos más recurrentes, según la experiencia práctica, puedan localizarse sin esfuerzo y de forma intuitiva.

La obra se ha cerrado a 17 de diciembre de 2018, coincidiendo con la publicación de los últimos formularios de los Reglamentos de regímenes económicos matrimoniales y de efectos patrimoniales de uniones registradas, que entran en vigor el 29 de enero.

LA VOLUNTAD PRIVADA EN LAS RELACIONES JURÍDICO-FAMILIARES

Camino Sanciñena Asurmendi
Julio Carbajo González
Editorial Aranzadi
Pamplona 2019
Páginas: 276

La evolución y constante transformación de las relaciones familiares, especialmente a lo largo de los últimos años, hacen del Derecho de Familia una rama dentro del Derecho civil especialmente dinámica y proclive a cambios normativos.

La presente obra ofrece al lector un análisis detallado y de máximo interés de alguno de las principales cuestiones que las relaciones entre familiares suscitan actualmente. Así, en el marco del Derecho matrimonial, se abordan tanto la privatización de las formas de celebración del matrimonio y de separación, como los importantes efectos tras el ceso del vínculo matrimonial a la luz de las últimas modificaciones legislativas, sin olvidar las situaciones familiares de hecho y sus efectos económico-patrimoniales. En las relaciones paterno filiales derecho de filiación se analizan algunas cuestiones especialmente litigiosas como la reclamación de la paternidad y la filiación, o la protección de los hijos mayores y menores de edad a través del derecho/deber de alimentos. Asimismo, se analiza el acogimiento de mayores como instrumento de protección a caballo entre el Derecho público y el Derecho privado.

Próximas Jornadas

Córdoba, 25 y 26 de abril de 2019

Málaga, 13 y 14 de junio de 2019