REVISTA
Abogados de Familia

Asociación Española de Abogados de Familia

JUNIO 2019

98

03 **Editorial** La familia y... ¿algunos más?

06 **Jurisprudencia comentada** Temas analizados

■ **Patria potestad**: La madre elegirá la ciudad donde el hijo cursará los estudios universitarios. Denegación de la autorización para viajar al extranjero ■ **Guarda y custodia**: Custodia para los tíos maternos. Las falsas imputaciones aconsejan atribuir la custodia al progenitor denunciado. Custodia individual para menor afectado de TDH. Se mantiene la custodia compartida: la mala relación también existía cuando se acordó ■ **Régimen de visitas**: Atribución de funciones al Punto de Encuentro para ir modulando las visitas. 40 días en verano para compensar. Adaptación de las visitas a la actividad laboral del padre. No restricción de visitas a un fin de semana al mes ■ **Vivienda familiar**: Procedencia del lanzamiento cuando se extingue el uso. El sistema de casa-nido ha causado graves problemas al menor ■ **Pensión alimenticia**: Presunción de ingresos por los medios externos de riqueza. La hija está incorporada al mundo laboral aunque siga ampliando su formación ■ **Pensión compensatoria:** No procede ya que la esposa nunca dejó de trabajar. No puede fijarse en prevención de percibir la pensión de viudedad ■ **Convenio Regulador:** Ejercicio de la acción resolutoria ■ **Cuestiones procesales:** Improcedencia de la prueba del informe del equipo psicosocial. Grabaciones de un progenitor y los hijos. No existe litispendencia ni prejudicialidad civil ■ **Ejecución de sentencias:** Validez del pacto que consta en documento privado. No concurre prejudicialidad civil por haber impugnado la paternidad ■ **Regímenes económicos matrimoniales**: No puede discutirse el carácter ganancial frente a terceros. Reintegros por obras en bienes privativos. No queda acreditado el préstamo entre familiares ■ **Acciones de filiación**: Filiación paterna a pesar de que caducó la acción ■ **Cuestiones penales**: Apropiación indebida por venta de bienes gananciales sin consentimiento del otro cónyuge.

51 **Casos prácticos**

52 **Noticias**

68 **Información bibliográfica**

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

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.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

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

Editorial

La familia y… ¿algunos más?

CRECIENTE PREOCUPACIÓN SOCIAL POR LA SITUACIÓN EN QUE QUEDAN LAS MASCOTAS TRAS LA RUPTURA DE LOS MATRIMONIOS Y PAREJAS

Desde tiempos inmemoriales, la Literatura y la Historia han dejado muestra de la especial y benéfica relación entre el ser humano y los animales, no solo de lealtad y fidelidad, sino de cortesano exotismo[1] o de humanización animal[2]. Ya en la Odisea, de Homero, escrita allá por el siglo VIII a. de C., se relata el caso de Argos, el fiel perro de Ulises, que, achacoso, aguardó su venida, tras veinte años de ausencia, para morir a sus pies, habiéndolo reconocido a pesar de que la diosa Atenea había disimulado sus facciones con las de un mendigo. Ulises, al advertir la lealtad canina de Argos, sin poder manifestar su identidad, no puede reprimir derramar una lágrima.

Parece, pues, sorprendente que, tras siglos y siglos de historia, aún haya quien se extrañe de que, en los actuales, con su preocupación por legislarlo todo, se pretenda dotar a esa relación de un estatuto jurídico singular.

Desde hace algún tiempo, y sobre todo en los últimos meses, las noticias publicadas en prensa y redes sociales están evidenciando la creciente preocupación social por la situación en que quedan las mascotas tras la ruptura de los matrimonios y parejas, demandando su expresa regulación dentro del entorno jurídico familiar.

Tal solicitud parece ser el culmen de la ancestral

1. Catalina de Aragón, hija de los Reyes Católicos y primera esposa de Enrique VIII de Inglaterra, acostumbraba a pasear por la Corte inglesa acompañada de un mono traído de las Colonias españolas.

2. Baste como ejemplo el antropomorfismo de Cipión y Berganza, los picarescos perros de la inmortal novela cervantina.

vinculación afectiva entre el ser humano y su animal de compañía, premiando curiosamente su lealtad y apego mediante la integración en el núcleo familiar, justo en el preciso momento en que este se dispersa y dichos valores de lealtad y apego en la pareja pueden resultar cuestionables.

Hasta épocas relativamente recientes, nunca se había considerado al animal como sujeto de derechos. Concretamente, en nuestra legislación civil actual se mantiene su régimen jurídico de "cosa", es decir, se considera un bien mueble, semoviente, por su capacidad

EN ESPAÑA CASI LA MITAD DE LOS HOGARES (49,3%) TIENEN, AL MENOS, UNA MASCOTA

para desplazarse con autonomía. Algo que no se compadece con la necesidad de protección ni con la prohibición existente, tanto a nivel administrativo como penal, del maltrato y abandono de los animales[3]. Y menos aún, con la adaptación a la normativa europea, que ya en el año 1987 elaboró el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los animales de compañía, inédito en el BOE hasta el 11 de octubre de 2017.

No solo han sido necesarios más de treinta años, sino seguir la estela reguladora de los países de nuestro entorno, así como ver publicadas resoluciones judiciales innovadoras, arriesgadas y valientes[4], que han resuelto las demandas legítimas en relación con los animales domésticos cuando se ha producido la separación de vida o el divorcio, para que, con la unanimidad de todos los grupos parlamentarios, hayamos visto publicado el informe de la ponencia de la Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen Jurídico de los animales que, tras su tramitación, iniciará el deseado proceso de erradicación de la cosificación de los animales, siendo considerados seres vivos dotados de sensibilidad, tal como exige el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Es indudable que la sociedad cambia a pasos agigantados y que las mascotas, en numerosos casos, favorecen la educación del menor, incentivando sentimientos nobles, desarrollando valores de responsabilidad, solidaridad, higiene, lealtad, sociabilidad; y, en otros, acompañan a los mayores y a personas con discapacidad, proporcionándoles seguridad o mitigando su soledad. Y que al ser la protección del interés del menor y de las personas con especiales necesidades objetivos prioritarios del Derecho de Familia, la determinación de la convivencia con el animal doméstico ha de ser considerado un pronunciamiento a tener en cuenta al dictarse cualquier medida en relación con los mismos, sin olvidar que, tratándose de un ser sensible, también el bienestar de la mascota, según su naturaleza animal, habrá de ser valorado.

Pese a la falta de aceptación de un sector de la profesión de regular en el entorno del Derecho de Familia los derechos de los animales que habitan en el domicilio familiar, la realidad es que en España casi la mitad de los hogares (49,3%) tienen, al menos, una mascota y que, cuando se produce el cese de la convivencia de los miembros de la pareja, se hace necesario determinar quién o quienes cuidarán de la mascota, en qué domicilio vivirá, quién sostendrá sus gastos y garantizará su atención veterinaria, cómo se relacionará con los menores

3. Desde el 1 de julio de 2015 está en vigor el nuevo Código Penal introducido por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, que reforma los artículos 337 y 337 bis, en los que penalizan el maltrato por acción y por omisión y la explotación sexual de los animales domésticos y amansados.

4. Auto de 5 de abril de 2006 de la AP Barcelona; Sentencia 813/2010, de 7 de octubre del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Badajoz; Sentencia 430/2011, de 25 de noviembre, de la Sección 1ª de la AP de León; Sentencia 455/2012, de 29 de octubre, de la Sección 5ª de la AP de Mallorca; Sentencia 182/2012, de 12 de abril, de la Sección 6ª de la AP de Málaga; Sentencia 465/2014, de 10 de julio, de la Sección 12ª de la AP de Barcelona; Sentencia 818/2016, de 24 de noviembre, de la Sección 6ª de la AP de Málaga; citadas, entre otras, por doña Blanca Sillero Crovetto en la ponencia "Divorcio con mascotas", impartida en las Jornadas AEAFA-Málaga, de 2019. Ítem,; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Valladolid, de 27 de mayo de 2019.

y con el otro miembro de la pareja, cómo y en qué procedimientos se adoptarán estas medidas, cómo se vinculará documentalmente su tenencia y, en su caso, de qué manera se harán cumplir las disposiciones que se adopten.

Con ese propósito, la Proposición de Ley que ha de tramitarse pretende modificar algunos de los artículos del Código Civil[5] que permitirán regular algunas de dichas cuestiones.

Aunque en nuestro foro, es una obviedad manifestar que el Derecho de Familia tiene una regulación incompleta, dispersa e inadecuada y que los Juzgados, incluso los especializados, carecen de recursos y medios para dar respuestas puntuales y oportunas a los conflictos subyacentes tras las crisis familiares y añadir que, pese a ello, cada día debemos estar preparados para afrontar nuevos retos, no puedo resistirme a reiterar que, en esta nueva oportunidad para realizar una reforma sustantiva y procesal de la materia a la que dedico estas líneas, debería haberse recabado un informe de la abogacía especializada que conoce, por su dedicación diaria, los problemas prácticos que se ocasionarán en los casos en que las partes no logren consensuar la redacción y el desarrollo de las medidas que afecten al animal: valoración del bienestar animal en conjunción con el de los miembros de la familia y especialistas necesarios para realizarla; segundos domicilios que permitan la admisión y residencia de las mascotas; coordinación de entrega y recogida; naturaleza jurídica de los gastos que ocasione...

En definitiva, mientras esperamos la llegada de la Ley, no sería descabellado ir redactando en los convenios reguladores cláusulas más precisas para facilitar su cumplimiento voluntario, a expensas de su aprobación judicial. Como tampoco lo sería, aprovechar las vacaciones para estudiar posibles soluciones a los seguros problemas que, por esta materia, tendremos que solucionar.

"*Llegará el día en que el resto de la creación animal podrá adquirir esos derechos que nunca pudieron ser alejados de ellos más que por la mano de la tiranía*". Jeremy Bentham

Inmaculada Marín Carmona
Vocal de la AEAFA

5 Reforma del Código Civil: nuevo art. 333, modificación del art. 90, introduciendo una nueva letra c); introducción de un nuevo art. 94 bis y adopción de una nueva medida 2ª en el art. 103.

Patria potestad

LA MADRE ELEGIRÁ LA CIUDAD DONDE EL HIJO CURSARÁ LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

DENEGACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN PARA VIAJAR AL EXTRANJERO

LA MADRE ELEGIRÁ LA CIUDAD DONDE EL HIJO CURSARÁ LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

AP BALEARES, SEC. 4.ª
AUTO DE 26/02/2019

Se atribuye a la madre la facultad de decidir la ciudad donde el hijo debe cursar sus estudios universitarios que, conforme a lo establecido en el convenio, deberán ser abonados por el padre, tanto se realicen en la Isla o en la península. Ese el es deseo del hijo y supone un trato equivalente al de los dos hijos habidos en el matrimonio que cursan sus estudios en Madrid y en universidad privada. El padre quería imponer el criterio de estudiar en una universidad de la Isla.

En la sentencia de divorcio dictada en fecha 15 de enero de 2018 ya se hace constar el compromiso del padre de contribuir a los gastos universitarios de su hijo Segundo, tanto en una universidad de las Islas como en una fuera, y así se acuerda que se hará cargo de forma íntegra de los gastos universitarios de su hijo, bien sea en una universidad privada o pública, incluyendo los traslados a Palma, lo que supone la posibilidad de que los estudios los desarrolle fuera de la Isla.

Esta decisión no fue modificada en la apelación, en la que sí se afectó al importe de la pensión de alimentos una vez el hijo Segundo hubiera alcanzado la mayoría de edad.

Entiende este tribunal que la decisión adoptada en primera instancia sobre la facultad de la madre para la decisión de la controversia sobre el lugar en el que Segundo debe iniciar sus estudios, en un momento en que el era menor de edad, debe ser confirmada por las siguientes razones:

1.- Es la voluntad manifestada por el hijo, en un contexto económico que, según se deriva de la lectura de las sentencias dictadas en el procedimiento de divorcio, lo permite. No consta justificado que, en la situación actual, tras el divorcio, las circunstancias económicas se hayan visto modificadas de una forma sustancial que impidan esa decisión.

Cabe reseñar aquí lo que se indica ya en la resolución de instancia. El traslado para estudiar fuera de la Isla reportará al hijo cierta independencia en la situación de un proceso de divorcio de sus padres conflictivo y una relación escasa y difícil con el padre.

2.- Supone un trato equivalente entre los dos hijos habidos en el matrimonio. Es el padre quien, según se acordó en la sentencia de divorcio y ha sido asumido por el padre, se hace cargo de la totalidad de los gastos de los estudios de su hija Marisa en una universidad privada de Madrid. Si se realiza el esfuerzo para permitir unos estudios de la hija en una universidad privada al no haber obtenido la nota

suficiente para hacerlo en una universidad pública, lo que supone unos elevados gastos que ascienden a unos 3.500 euros mensuales, no está justificado que se insista en la permanencia del otro hijo en la Isla, privándole de un deseo de realizar sus estudios fuera, con independencia de que tales estudios se encuentren también en la UIB y puedan tener una calidad equivalente a la que ofrece la ....

3.- Teniendo en cuenta la edad en la que se inician los estudios universitarios, no puede considerarse que la salida del ámbito familiar resulte un elemento relevante para tomar la decisión, es especial cuando, según se deriva del procedimiento, la relación del padre con su hijo no es regular, de manera que no mantienen unos contactos establecidos de forma semanal que incluyan la convivencia en un mismo domicilio durante los periodos de visitas.

4.- Aun cuando manifiesta su queja el apelante sobre la actuación de la parte demandante en relación a la solicitud de matrícula o al mantenimiento del piso en el que ya residía la hija Marisa, lo cierto es que no consta que, en el ejercicio de la patria potestad, haya iniciado actuación alguna destinada a facilitar a la hija un lugar de residencia en la ciudad en la que desarrolla sus estudios universitarios, gasto del que debe hacerse cargo, ni ha prever la matrícula de Segundo en la universidad en la que deseaba que cursara sus estudios, a pesar de que, dada la fecha en la que se presentó la petición que dio origen al procedimiento, debían iniciarse ya tales trámites.

DENEGACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN PARA VIAJAR AL EXTRANJERO

AP BARCELONA, SEC. 12.ª AUTO DE 29/01/2019

Se deniega a la madre la autorización para obtener el pasaporte y viajar con sus hijos a Ecuador donde tienen vínculos familiares, dado que no solo debe acreditar las condiciones del viaje y del regreso, sino también lo mas importante, que el mismo suponga un beneficio para las menores teniendo en cuenta que estamos ante un mes lectivo en el que no hay vacaciones escolares y que las menores están en la Educación Secundaria Obligatoria. No se ha aportado ningún informe del colegio donde se indique que pueden faltar a las clases durante todo el mes de febrero, y ello debió realizarse previamente a la resolución de la controversia. La Sala considera que las menores disponen de periodos vacacionales amplios para poder realizar el viaje y visitar a la familia materna sin que ello suponga alterar los periodos lectivos.

A tenor del artículo 236.13 del Código Civil de Cataluña, se ha instado expediente de jurisdicción voluntaria, por D.ª María Antonieta contra D. Maximiliano con la finalidad de que se autorizase a la instante a expedir pasaporte en favor de las hijas comunes menores de edad Claudia y Constanza al objeto de poder viajar con ella a Ecuador donde tiene vínculos familiares. El padre de las menores ingresado en centro penitenciario para el cumplimiento de condena se opuso a dicha petición manifestando en el interrogatorio que en las fechas previstas para el viaje, comienza el nuevo curso escolar en Ecuador y teme que no regrese a España con sus hijas.

El auto recurrido desestima la concesión de la autorización basándose en que a pesar de que la instante tiene el arraigo en nuestro país no ha acreditado de forma fehaciente las condiciones del viaje, fecha de regreso, lugar de alojamiento de las menores y forma de comunicarse con su padre cuando estén fuera y por otro lado no se acredita el interés para las mismas teniendo en cuenta que febrero es un mes lectivo y que las menores deben acudir al colegio aquí.

Contra la decisión denegatoria dictada en primer grado se alza la apelante Sra. María Antonieta ale-

gando que el motivo del viaje a Ecuador que tendrá una duración de 25 días es visitar a la abuela materna, que tiene arraigo en nuestro país, nueva pareja, y que no ve problema si el colegio lo autoriza.

El Ministerio Fiscal, en defensa de los intereses de las menores, ha formulado oposición al recurso interesando la confirmación de la resolución recurrida.

La acción dirigida a dirimir las controversias en el ejercicio de la potestad parental conjunta deriva del derecho/deber inexcusable de cuidar, velar y decidir lo más beneficioso para los hijos menores, en cada momento, que atañe en régimen de igualdad a ambos progenitores salvo que en sentencia se establezca que su ejercicio debe ser atribuido a uno de los progenitores en exclusiva.

La legislación parte del principio de que lo más conveniente para los menores es que sus progenitores decidan conjuntamente en cuestiones como la educación, la formación y los valores culturales que desean transmitir, las opciones religiosas, la apreciación de la mayor o menor conveniencia de fijar su residencia en uno u otro lugar, que hagan o no extraescolares o vayan a unas colonias u otras, que viajen o no al extranjero, ya que estamos ante cuestiones que no son de carácter eminentemente jurídico (art. 236-8 CC Cat). El recurrir a la decisión dirimente judicial es un signo de la incapacidad de los progenitores a la hora de ejercer sus responsabilidades y por tal razón el tratamiento legal de los procesos para dirimir las discrepancias, en ausencia de criterios jurídicos, fue resuelto por el legislador en el sentido que expresa el artículo 236-13 del CCCat, es decir, promoviendo procesos de mediación para introducir dinámicas de racionalidad en los enfrentamientos o, subsidiariamente, con la regla de marcado carácter neutral, de que se asigne la responsabilidad de la decisión a uno de los progenitores.

Se parte de la base de que cualquier decisión puede ser buena. De hecho, hasta la reforma introducida por la Ley 15/2015 estas discrepancias se resolvían en primera instancia y sin posibilidad de recurso de apelación, habida cuenta de que no existe una dimensión jurídica que pueda sustentar una decisión en derecho.

Para resolver la cuestión del presente caso hay que partir del principio general de derecho aplicable por el que cualquier decisión relativa a las medidas que afectan al libre desenvolvimiento de la personalidad de los menores, al régimen de vida de los mismos y a su integridad física y moral ha de ser adoptada en beneficio de los mismos, por lo que es necesario analizar la realidad social, con las peculiares circunstancias de cada caso y de cada menor.

La Sala comparte los argumentos del Auto de primer grado: la instante no solo debe acreditar las condiciones del viaje y del regreso, sino también lo mas importante, que el mismo suponga un beneficio para las menores teniendo en cuenta que estamos ante un mes lectivo en el que no hay vacaciones escolares y que las menores están en la Educación Secundaria Obligatoria. No se ha aportado ningún informe del colegio donde se indique que pueden faltar a las clases durante todo el mes de febrero, y ello debió realizarse previamente a la resolución de la controversia. La Sala considera que las menores disponen de periodos vacacionales amplios para poder realizar el viaje y visitar a la familia materna sin que ello suponga alterar los periodos lectivos.

Con el fin de evitar nuevas controversias en el futuro, las partes teniendo en cuenta la separación de hecho y el archivo del procedimiento iniciado en los juzgados de DIRECCION000, deberán regular las relaciones parentales con sus hijas bien de mutuo acuerdo o bien a través de un procedimiento contencioso donde también podrá ser discutido el ejercicio de la potestad parental sobre las menores Claudia y Constanza, bien sea compartido (art 236-8 y 236-11 CCCat), bien ejercitado exclusivamente por un progenitor en caso de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro (art 236-10 CCCat), o por concurrir causa de privación (art.236-6,1 CCCat).

En base a las consideraciones dichas, procede la plena confirmación del Auto apelado.

Guarda y custodia

CUSTODIA PARA LOS TÍOS MATERNOS

LAS FALSAS IMPUTACIONES ACONSEJAN ATRIBUIR LA CUSTODIA AL PROGENITOR DENUNCIADO

CUSTODIA INDIVIDUAL PARA MENOR AFECTADO DE TDH

SE MANTIENE LA CUSTODIA COMPARTIDA: LA MALA RELACIÓN TAMBIÉN EXISTÍA CUANDO SE ACORDÓ

CUSTODIA PARA LOS TÍOS MATERNOS

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª
SENTENCIA DE 21/01/2019

Se mantiene la custodia en favor de los tíos maternos de la menor dadas las circunstancias concurrentes en las que existe una falta de conexión emocional entre la hija y el padre.

Frente a la resolución de primera instancia, que estima parcialmente la demanda interpuesta por D. Emiliano sobre modificación de medidas adoptadas respecto de su hija menor Josefa (nacida en 2005), se alza el Sr. Emiliano, esgrimiendo (1) error en la valoración de la prueba, y (2) vulneración del artículo 9, artículo 24, artículo 39 de la Constitución Española, el artículo 438 de la LEC, y la L.O. 8/2015 de 22 de julio.

Respecto del error en la valoración de la prueba, se pueden sintetizar sus alegaciones del siguiente modo: (1) en la instancia sólo se ha tenido en cuenta el informe psicosocial, sin valorar el resto de las pruebas aportadas por esa parte, (2) la relación con su padre no es tan nula como se recoge en dicho informe, (3) no se ha tenido en cuenta la manipulación que los demandados tienen sobre Josefa y la mala fe de los mismos, y (4) lo más beneficioso para Josefa es que la guarda y custodia la tenga su único progenitor vivo en lugar de sus tíos.

Por su parte, la representación procesal de la parte apelada y el Fiscal interesan la íntegra confirmación de la resolución de la instancia, por estar plenamente ajustada a derecho y a la prueba practicada.

Previamente a entrar en el fondo del asunto debe resolverse una cuestión de forma que no es otra la de que el Juzgado de Primera Instancia resuelve la cuestión indebidamente mediante auto.

Ello infringe lo dispuesto en las reglas 2 ª y 3ª del artículo 206.1 LEC, conforme al cual se dictan sentencias para poner fin al proceso en primera o segunda instancia y el artículos 770 y 753 LEC que determina que tratándose de modificación de medidas (en realidad, el procedimiento ha versado sobre la guarda y custodia de una menor), el trámite a seguir es el del Juicio Verbal, que termina con Sentencia (artículo 447 LEC). Por ello, aún cuando el artículo 465.1 LEC establece que la resolución que resuelva la apelación deberá adoptar la misma forma que la apelada, ello ha de entenderse en el sentido de que deberá adoptar la misma forma que legalmente de-

bió adoptar la apelada, que en el caso que nos ocupa y conforme a lo argumentado es la de sentencia.

Aclarada la anterior cuestión ha de señalarse que la medida ha de adoptarse en beneficio de los hijos. Así lo establece el artículo 39.2 de la Constitución Española, en cuanto impone a los poderes públicos una actuación que asegure la protección integral de aquellos. Lo propio hace el Código Civil (artículo 154), en cuanto exige un ejercicio de la patria potestad en interés de los mismos.

En efecto, el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos del progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste.

Nos encontramos, por tanto, ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

Respecto a la conformidad esgrimida (que en un principio se mostró entre los guardadores de la menor y el progenitor hoy apelante sobre lo que es objeto del recurso), conviene recordar que el artículo 752 LEC es claro al determinar que la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá este decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad.

Por lo demás, el Tribunal Supremo, en sentencias de 21 de julio y 27 de septiembre de 2011, ha incidido en la nota de derecho dinámico que caracteriza el derecho de familia e insiste en la posibilidad de efectuar un seguimiento del modelo de guarda establecido. En la primera de las citadas recuerda que “en esta materia las decisiones judiciales pueden ser modificadas mediante el procedimiento de modificación de medidas, siempre que las nuevas circunstancias sean favorables al interés del menor “, y en la segunda citada señala que “ este tribunal no puede decidir sobre la conveniencia general o no de esta forma de protección del hijo en los casos de separación de los padres sino de si ello es conveniente para aquel menor en el concreto momento y todo teniendo en cuenta que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando han cambiado las circunstancias por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas“.

El recurso debe ser desestimado, y para ello vamos a sintetizar los motivos que aconsejan en este caso -ciertamente peculiar- que la guarda y custodia de la menor Josefa siga estando atribuida a sus tíos maternos D. Estanislao y Dña. Felicisima con el mantenimiento del amplio régimen de visitas establecido a favor del padre.

I.- Ha de tenerse en cuenta el Informe Psicológico de abril de 2017 obrante en autos (folios 189 a 201), cuyo objeto precisamente es la “ valoración de la mejor opción de guarda y custodia de la menor Josefa, entre sus tíos maternos, el Sr. Estanislao y la Sra. Felicisima y su progenitor, el Sr. Emiliano, valorando las circunstancias actuales y teniendo en cuenta el interés de la menor así como la evaluación de la relación paterno filial y la valoración de la relación de la menor con sus tíos maternos y el entorno familiar y vivencial hasta la fecha”.

Su autora se entrevistó no sólo con los hoy litigantes sino también con la tutora y directora del colegio de la menor y a los litigantes se les aplicó distintos cuestionarios y test, e incluso se hizo una entrevista individual con la menor, a quien también se le sometió a distintos test y se le hizo una observación de la interacción de la menor con el padre y con los tíos maternos.

Conviene recordar que un importante sector de la doctrina considera que el denominado dictamen de especialistas o informe emitido por los miembros del “Equipo Técnico Judicial” (artículo 92.6 del Código Civil), es decir, por los psicólogos y trabajadores sociales integrantes de los conocidos como equipo pericial psicosocial, no es en realidad una auténtica prueba pericial ya que la misma no se ajusta a los trámites de designación judicial de perito previstos en el artículo 341.1 (sistema de lista corrida); tampoco la delimitación del objeto de la pericia se reserva a las partes, sino al juez; se lleva a cabo sin la intervención de los letrados de las partes contemplada en el artículo 345 de la LEC, y, por último, se emite y ratifica de manera distinta a la prevenida en los artículos 346 y 347 LEC. Pero se trate o no el dictamen de especialistas de una auténtica prueba pericial, lo que es claro que no cabe obviar dicho informe pues uno de los elementos a tener en cuenta son los informes de los especialistas a los que se refiere el ya mencionado artículo 92 del código sustantivo.

Así en el examen de la valoración de la prueba obviamente ha de destacarse el resultado del informe practicado, pues como indica la sentencia de 10 de noviembre de 2.006 dictada por la Audiencia Provincial de Granada " no es licito rechazar las conclusiones del informe psicosocial, reseñando aspectos parciales y aislados del mismo, sino que ha de verse dicho informe en su conjunto, y tenerse en cuenta que, por la dificultad de la materia, es la propia norma la que remite a este tipo de medios probatorios para orientar la decisión judicial, de modo que si el Juez se ha acogido a las conclusiones del mismo, no ha infringido las reglas de la valoración probatoria que, como se sabe, es facultad privativa del Juzgado o Tribunal, debiendo ser respetado su resultado en tanto no se demuestre que el Juzgador incurrió en error de hecho, o que su valoración resulte ilógica, opuesta a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana critica (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1.981, 23 de septiembre de 1.996, 29 de julio de 1.998, 24 de julio de 2.001, 20 de noviembre de 2.002 y 7 de julio de 2.004) ".

Por tanto, ha de partirse de la especial relevancia de los dictámenes o pruebas periciales psicológicas que aportan a los Juzgadores una información que, ante situaciones conflictivas, precisan sobremanera para atender al beneficio del menor en tales circunstancias, y que tales informes exceden de un simple informe pericial ordinario sobre cosas, pues se refieren a personas y más aún si se trata de niños o adolescentes, de ahí su importancia.

Pues bien, en el caso de autos se ha tenido en cuenta, no sólo la conclusión alcanzada (lo más adecuado es que los tíos maternos continúen siendo los cuidadores de la menor) sino también los siguientes hechos:

(1) La falta de conexión emocional entre el padre y la hija, destacando interpretaciones personalísimas sin tener en cuenta los sentimientos de la menor y el sufrimiento que la misma ha tenido durante la enfermedad y posterior fallecimiento del la madre, lo que le ha llevado a un distanciamiento emocional entre ambos impidiendo un desarrollo normalizado de la interacción padre e hija.

No sólo ha habido un distanciamiento físico entre padre e hija (así el progenitor manifestó que la pareja estaba rota cuando se entera del embarazo, que la menor nace en agosto de 2005 y la ruptura se produce en febrero de 2006, quedándose la menor con la madre quien cuenta con la ayuda de sus hermanos con los que tiene una relación muy estrecha; desde el año 2012, en que la progenitora cae enferma la menor viven en casa de los guardadores, con los que convive hasta diciembre de 2018) sino un distanciamiento emocional.

De hecho, cuando interactúa con su hija, ésta se muestra fría y distante, a quien trata como un extraño, ya que no se siente ni querida ni aceptada por él.

(2) El progenitor muestra un desconocimiento total sobre la educación de la menor, no sabe responder sobre quiénes son los tutores de su hija o, preguntado por temas más cercanos, los gustos de ésta.

El tiempo que pasa junto a su padre, según la menor, en realidad suele estar con su abuela paterna, siendo escasas las actividades lúdicas realizadas entre ellos.

(3) No se han observado signos de manipulación de la menor por ambas partes, y

(4) La menor sufre de estrés emocional cuando piensa que puede irse a vivir con su padre y dejar la situación de convivencia familiar que actualmente tiene con sus tíos maternos.

La actitud de la menor hacia su progenitor es de rechazo. Por el contrario, los tíos de la menor se observan por la profesional como una pareja responsable y sin dificultades para la crianza de la niña, habiéndose cargo de ella desde que su madre enfermara y arropándola bajo un espacio armónico familiar.

Un cambio de la guarda podría suponer un riesgo o desprotección en la menor ya que no vería satisfechas las necesidades psicológicas y afectivas que necesita en la actualidad.

II.- Con ello se siguen los deseos expuestos por Josefa.

En la alzada se ha practicado la exploración judicial de la menor, que ha tenido lugar el día 15 de enero, que ha manifestado -con sus palabras- un profundo desconocimiento de su padre (de donde vive, cuales son sus intenciones), que no puede comunicarse con él y que en el régimen de visitas muchas veces ni lo ve. También ha exteriorizado cuales son sus deseos (que ella sería feliz si le dijeran que no se tiene que ir a ...).

Es cierto que el interés del menor puede, en determinados casos, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, pero ha de reconocerse, no sólo la decisiva importancia que siempre ha

de tener ésta, y de hecho el deber procesal de oír judicialmente a los hijos antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación (art. 777.5 y 770.4.2 de la LEC) permite considerar la voluntad manifestada de los mismos como un criterio legal relevante a la hora de acomodar tales medidas, y lo que es más importante, lo acordado en la instancia favorece la estabilidad emocional y afectiva de la menor.

III.- Debe mantenerse la guarda y custodia establecida en la resolución apelada, aún cuando desde diciembre del pasado año, Josefa haya pasado a residir temporalmente con sus tíos Genaro y Ruth.

Dada la flexibilidad procesal existente en la materia (y siendo conscientes que el artículo 752 LEC habla de alegaciones, que no de pretensiones), no se observa obstáculo procesal alguno que permitiera a este Tribunal atribuir la guarda y custodia de la menor a sus tíos Genaro y Ruth, en la medida que los principios rectores de protección familiar, que define el artículo 39 de nuestra Constitución, permiten al juzgador una mayor intervención en aras a la búsqueda de la solución que sea más idónea y menos perjudicial en orden a los derechos de los menores, pues se debe ponderar (como indica la S.A.P. Castellón de 8.3.2012) que " el niño, en cuanto individuo en formación, precisa de una protección especial en los órdenes fisiológico y psicológico, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo, que es necesario, en la medida de lo posible, salvaguardar, en este sentido en el derecho alemán se viene hablando del principio de promoción de su personalidad, como esencial a la hora de adoptar las decisiones de las autoridades públicas sobre los menores. La infancia conforma un periodo de la vida fundamental en la formación futura de la personalidad del ser humano, de ahí la importancia que alcanza desarrollar un adecuado sistema jurídico de protección del mismo, que incluso tiene su refrendo en el art. 10.1 de la Carta Magna, en cuanto proclama el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En definitiva, quien no puede por su edad defenderse por sí mismo, velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas que han de cuidar por que aquéllos sean debidamente respetados ".

Por ello, y como quiera que no se hubiera causado indefensión al progenitor (al igual que el resto de los parientes, han sido oídos sobre este extremo), y tal atribución ha sido interesada por la parte apelante y por el Ministerio Fiscal, hubiera sido posible sustituir la guarda de unos tíos maternos por otros. Piénsese que el art. 3, 6 ° y 7º de la Ley 50/1981, de 31 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal atribuye al Fiscal la condición de parte con legitimación propia para "6º Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley ". Y actuará en representación y defensa del menor para " 7º Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación ".

No obstante, este Tribunal considera que no concurren circunstancias que aconsejen el cambio de las personas que tiene atribuida la función de guardadores.

No se trata de que éstos (D. Estanislao y Dña. Felicisima) hayan renunciado o hayan delegado el ejercicio de la guarda a un tercero, sino que permitiendo que la menor se traslade dentro de la localidad a casa de otros tíos maternos, precisamente pone de relieve la magnífica labor que están haciendo con la menor. A juicio de este Tribunal, con ello han demostrado la capacidad que tienen para ejercer responsablemente el cuidado de la menor, de modo que cuando el comportamiento de Josefa no ha sido el adecuado (precisamente por encontrarse en la etapa de la adolescencia pero ya dispone de cierta madurez e independencia física suficiente) los guardadores han actuado corrigiéndola pero con cierta flexibilidad, permitiendo que se traslade a otra casa muy cerca a la suya, pero sin cortar la comunicación y el contacto con ella, con quienes -sin duda- mantiene el necesario afecto y apago que permitirá a Josefa (cuando se le pase el enfado) seguir viviendo con plena estabilidad familiar, escolar y en todo orden, siguiendo su crecimiento como persona.

No debemos olvidar que la menor, en la entrevista mantenida con la psicóloga, manifestó sentir un fuerte arraigo en el domicilio de sus tíos, a quienes la menor, según sus palabras los quiere "como si fueran sus padres", ya que el contacto con ellos ha sido continuo desde que nació.

En conclusión, el superior interés de la menor, nos impone la prudencia, con mantenimiento de la opción de guarda que se ha desarrollado hasta ahora.

En cuanto al segundo motivo del recurso, somos conscientes que no reconociendo la guarda y custodia de la menor al hoy apelante, que con esta re-

solución se viene a mantener, podría parecer (por las notas de permanencia y subordinación a la remoción de la causa que la motivó) una verdadera privación de la patria potestad prevista en el art. 170 CC. En modo alguno, cabe equiparar ambas situaciones.

La institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil. No se trata de resaltar ahora cuales de los deberes paternos son lo que no ha cumplido el hoy apelante, o sí se ha mostrado hasta ahora una conducta de desatención y falta de interés con respecto al cuidado de la menor. Ni siquiera es necesario examinar sí ello responde al comportamiento obstruccionista de la familia materna (lo que sinceramente se duda). Lo cierto y verdad es que ha existido hasta ahora una cierta pasividad del progenitor hacia su hija por la que se hace necesaria proteger a la menor. No se trata de sancionarle, y menos por acciones pasadas, pero sólo será posible un cambio de la guarda de la menor sí hay un cambio de la relación paterno-filial que hasta ahora no lo ha habido.

En conclusión, no es lo mismo que se mantenga la guarda y custodia de la hija a favor de sus tíos maternos para superar las dificultades que derivan del hecho objetivo de la ausencia de efectiva relación entre la hija y su padre (la relación de pareja con la madre de la menor terminó cuando la menor tenía seis meses y actualmente, en apenas unos meses, cumplirá catorce años), que se prive a éste de la patria potestad.

No se otorga indefinidamente la guarda y custodia a los tíos, sino que -hasta que con un respeto escrupuloso del régimen de visitas vigente - se logre el deseado y necesario contacto entre padre e hija, se mantiene su atribución de la guarda y custodia de su sobrina. De modo, que cuando se alteren las circunstancias ahora vigentes y al amparo del Principio del “favor filii”, pueda instarse por el Sr. Emiliano un nuevo procedimiento de modificación.

Por ello se considera necesario advertir a todos los implicados, e incluso a la propia menor, que el régimen de visitas ha de realizarse, pues de no se ser así, se olvidaría que la comunicación fluida de Josefa con su padre constituye uno de los elementos imprescindibles para su correcta formación y desarrollo. A ambos le es necesario esa conexión emocional que ahora no tienen.

En no pocas ocasiones hemos mantenido que no se entiende que pueda justificar el incumplimiento del derecho de visita, que el que tiene la guarda y custodia de la menor, impute la voluntad de ésta la negativa del cumplimiento de las visitas, lo que es inadmisible, puesto que pone en evidencia la incapacidad del custodio de imponer a la menor de cuya educación es responsable el sentido del deber de cumplir esta obligación natural y de orden público, e implantar los criterios de racionalidad que debe presidir la conducta de los niños y adolescentes. Es decir, aún cuando se ha mantenido la guarda y custodia en base a que el hoy apelante ha sido un padre emocionalmente ausente con una participación e interés insuficiente en satisfacer las necesidades de su hija, de lo que no cabe duda es que se debe potenciar el que exista una vinculación futura afectiva adecuada entre padre e hija.

Todos deben esforzarse. La familia materna con Josefa para inculcarle una comunicación frecuente con su padre, y éste -dada la edad y el temor que tiene Josefa - debe relacionarse con las pautas temporales que se han marcado. No sólo es el guardador o custodio -como figura principal- es el que tiene que preocuparse o esforzarse sino también el progenitor, que sin duda podrá solicitar colaboración de los Organismos Públicos que dispone de Equipos Técnicos y de ayuda psicológica, para ayudar a su hija.

Por ello, no se debe ampliar el régimen de visitas (lo que se ha interesado con carácter subsidiario), sino que el establecido ha de cumplirse, pues este derecho ha de ser ejercitado y de nada serviría que la menor pasara de forma forzosa todos los fines de semana o todas las vacaciones con su padre. Éste es comercial, y sin duda podrá buscar el modo de poder cumplir (aunque sea parcialmente) con el régimen de visitas intersemanales establecido. Entre ... y ... hay 40 kilómetros, y según los calculadores de ruta al uso, el tiempo en que se recorre dicha distancia en coche es de 35 minutos (30 minutos según el propio apelante), y aún cuando se deba respetar las clases extraescolares que pueda tener Josefa, no le perjudicará al estudio si su padre y/o abuela paterna le ayudan en ese menester.

Razones todas que determinan el rechazo del recurso planteado y conllevan la confirmación de la resolución recurrida.

LAS FALSAS IMPUTACIONES ACONSEJAN ATRIBUIR LA CUSTODIA AL PROGENITOR DENUNCIADO

AP ASTURIAS, SEC. 1.ª SENTENCIA DE 06/03/2019

Las falsas imputaciones de la madre contra el padre acusándolo de un delito de abuso sexual frente al hijo, y las denuncias por malos tratos, todas archivadas, aconsejan, siguiendo las conclusiones del informe psicosocial, atribuir la custodia al padre, especialmente cuando facilita sin problemas la relación del menor con la madre.

Constan como antecedentes que mediante Sentencia de 28 enero 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Oviedo en el Juicio Verbal 299/2013 se declaró que Don Paulino es el padre del menor José Augusto (nacido en 2011) fruto de la relación extramatrimonial con Doña Leticia.

Consta seguidamente que en Sentencia de 20 febrero 2015 dictada en el Procedimiento 918/2014 se aprobó un acuerdo de visitas progresivos para el padre que las partes habían convenido durante el curso del proceso. A partir de aquí comienzan las desavenencias entre los progenitores, y así aparecen denuncias interpuestas por Don Paulino los días 4 abril, 10 septiembre, 1 octubre, 7 octubre y 10 octubre 2015 con motivo del incumplimiento del régimen de visitas por parte de Doña Leticia. Esta última a su vez presenta el 28 marzo 2015 una denuncia frente a Don Paulino en la que le imputaba unos supuestos malos tratos que habrían tenido lugar cinco años atrás, lo que dio lugar a la incoación de las Diligencias Urgentes 96/15 seguidas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer y que finalizaron mediante Auto de 30 marzo 2015 con el sobreseimiento provisional de la causa.

El día 7 febrero 2016 Doña Leticia acude al HUCA manifestando que su hijo José Augusto ha sido objeto de abusos sexuales por parte de su padre, lo que dio lugar a las diligencias previas 299/2016 seguidas ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Oviedo en las que se acordó mediante Auto de 10 febrero 2016, a solicitud de la madre, la suspensión del régimen de visitas del padre y la prohibición de aproximarse y comunicarse con su hijo. Finalmente el Juzgado de Instrucción nº 5 de ..., que terminó conociendo de la causa, acordó mediante Auto de 2 septiembre 2016 el sobreseimiento provisional de la causa que resultó confirmado por la Audiencia Provincial. En esa causa penal se emitió por el psicólogo forense un informe pericial en el que se dice que "el contexto de revelación o informe original de los supuestos abusos es cambiante y revela una conducta instrumental en la madre".

El día 20 mayo 2017 Doña Leticia interpone nuevamente una denuncia frente a Don Paulino por un supuesto delito de amenaza y maltrato de obra, dando lugar a la Diligencia Urgentes 227/2017 seguidas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en las que la denunciante solicita la suspensión de las visitas al progenitor no custodio, petición que fue rechazada mediante Auto de 22 mayo 2017 que acordó el sobreseimiento provisional de la causa.

En el presente procedimiento se ha emitido informe psicológico por la perito designada judicialmente. En este informe se concluye que el menor José Augusto se ha visto sometido a exploraciones médicas, a una evaluación forense y a un tratamiento de salud mental como consecuencia de un supuesto abuso sexual cuyo testimonio apunta a la falta de credibilidad del relato. Por ello el menor se ha visto expuesto a un claro conflicto de lealtades desde el inicio de las relaciones con su padre, conflicto trasladado por Doña Leticia al menor. Esta situación persiste hasta el presente con riesgo para el bienestar y desarrollo adaptativo de la personalidad futura del menor pues su comportamiento, cognición, afectividad y relaciones interpersonales podrían verse negativamente afectadas si el menor continúa educándose en ese patrón de conducta. Por todo ello la perito recomienda que la custodia la asuma el padre y se conceda a la madre un régimen de visitas igual que el que hasta ahora venía disfrutando aquél, todo ello con un seguimiento para evaluar la adaptación del niño al cambio de custodia y que las situaciones que han generado la recomendación del cambio no persisten.

En atención a la situación anteriormente descrita la Sentencia de 13 abril 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo en el Procedimiento 838/2017 acuerda estimar la demanda de

modificación de medidas presentada por Don Paulino para atribuir al padre la guardia y custodia del menor, estableciendo un seguimiento por el equipo psicosocial para evaluar tanto la adaptación del niño al cambio de custodia como que las situaciones que han generado ese cambio no persisten. Asimismo se fija un régimen de visitas para el progenitor no custodio consistente en fines de semana alternos desde el sábado a las 12 horas hasta el domingo a las 18 horas y un día intersemanal, siendo repartidas las vacaciones escolares del niño por mitad. Por último se fija una pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio por importe de 200 euros al mes.

El primero de los motivos del recurso de apelación presentado por Doña Leticia viene a combatir la decisión del cambio de custodia del menor, para lo que se alega que el niño desde su nacimiento ha estado bajo la guarda y custodia de su madre, residiendo en la vivienda de ésta sita en ...donde cuenta con el apoyo del núcleo familiar materno y donde acude al colegio contiguo al domicilio (colegio público ..., en ..., Oviedo), habiendo informado el centro escolar que su rendimiento académico es satisfactorio. Frente a ello el domicilio del padre se encuentra en ..., pasa los fines de semana con los abuelos paternos que residen en el concejo de ..., y ha pasado a estudiar en el colegio público de ... Sostiene la apelante que el interés del menor no justifica un cambio de custodia que ha llevado consigo semejante alteración en sus hábitos, pues hubiera bastado con la adopción de la medida de seguimiento y control por parte del equipo técnico.

Los datos expuestos en el fundamento de derecho primero ponen de manifiesto una situación de conflicto de lealtades que afecta muy negativamente al desarrollo adaptativo del hijo común de la pareja y que ha sido provocada únicamente por la madre -pues a ello conducen las conclusiones del informe psicológico de la perito judicial- debiendo tener presente la gravedad de su actuar al tratar de influir en la vinculación afectiva del menor mediante la falsa imputación al progenitor paterno de un delito de abuso sexual que se reveló posteriormente como una conducta instrumental de aquélla. Cabe añadir a todo ello la reiterada conducta obstruccionista de la madre para el normal desarrollo de las visitas paternas (el padre estuvo sin ver a su hijo desde el 10 febrero hasta finales de noviembre 2016 en que se reanudó el régimen de visitas) así como las repetidas denuncias presentadas por parte de aquélla frente al padre del niño por supuestos delitos de malos tratos que resultaron todas ellas archivadas posteriormente en sede judicial.

Ante este escenario esta Sala -compartiendo el criterio expresado tanto por la Sentencia recurrida como por el Ministerio Fiscal- considera procedente atender a las recomendaciones del informe pericial psicológico en el que se destaca como más idónea la opción del padre, quien en el test CUIDA muestra unos resultados elevados en las escalas de altruismo, equilibrio emocional y reflexibilidad, pues constituye una prioridad dirigida preservar la estabilidad emocional del niño, todo ello dentro de la labor de ponderación que para la defensa del superior interés del menor ordena lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Existe además otro factor relevante cual es el posibilitar que el niño pueda relacionarse indistintamente con ambos progenitores, y ello habida cuenta de la facilidad que presta Don Paulino para dar cumplimiento al nuevo régimen de visitas del menor con su madre, comunicación que no existía anteriormente en la situación inversa.

Con carácter subsidiario solicita la apelante en su recurso que las visitas en los fines de semana alternos lo sean desde los viernes a la salida del centro escolar, o desde las 16 horas, hasta el domingo a las 18,00 horas, pues no existen razones para limitar estas visitas en los términos que se establecen en la Sentencia apelada. Olvida la apelante que el cambio en el régimen de custodia del menor, con el consiguiente establecimiento de un régimen de visitas para la madre, ha sido debido tan solo a su exclusivo comportamiento que ha desencadenado un factor de riesgo para su hijo. Las visitas acordadas por la Juez se ajustan a los términos recomendados en el informe pericial psicológico y por ello mismo deberán ser confirmadas, sin perjuicio de su futura ampliación a la vista de cómo evolucione el seguimiento establecido por la Sentencia.

CUSTODIA INDIVIDUAL PARA MENOR AFECTADO DE TDH

AP MADRID, SEC. 24.ª SENTENCIA DE 30/01/2019

La custodia materna es la que mejor tutela el interés del menor que está diagnosticado de un TDH que le está afectando a su evolución escolar y social. Si bien existe una buena relación del menor con ambos progenitores, ha sido la madre, la que tras solicitar una reducción de jornada, se ha ocupado principalmente de él, siendo por tanto la figura referencial para el menor. El padre parece que pretende delegar en los abuelos paternos la mayor parte de los cuidados de su hijo, al no poderlos llevar a cabo él, por motivos laborales, dada su actividad de taxista.

Por la representación procesal de D. Conrado, se formula recurso de apelación frente a la sentencia de 24 de enero de 2018, dictada en proceso de divorcio, tramitado en el juzgado de 1ª Instancia nº 23 de Madrid, que establece una custodia monoparental a favor de la madre, D.ª Gregoria, un régimen de comunicaciones amplias para el padre, y las medidas relativas a uso de la vivienda, alimentos y gastos extraordinarios. Recurso, en el que solicita la revocación de dicha sentencia y pide que se acuerde una custodia compartida, respecto de su hijo, al considerar que dicho régimen es mejor para Jesús Carlos, y permitirá que exista una comunicación y relación fluida padre e hijo, que en la actualidad se ve obstaculizada por la madre. Por la representación de D.ª Gregoria y el Ministerio Fiscal, se oponen al recurso formulado, y consideran que la sentencia apelada es ajustada a derecho y protege el interés superior del menor Jesús Carlos, por lo que debe ser confirmada,

A fin de resolver la cuestión debatida en esta apelación, que se centra en el régimen de custodia a establecer; se debe tener presente que el Tribunal Supremo, en relación a la custodia compartida ha venido fijando una doctrina favorable a la misma siempre y cuando se den las circunstancias necesarias en el caso concreto, que justifiquen que dicho régimen de custodia protege mejor el interés superior del menor, que una custodia monoparental. De hecho, en diferentes sentencias dice: 1.- La toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia, está en función y se orienta en interés del menor; y así la jurisprudencia de dicho tribunal viene a concretar la necesidad de un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones, de crisis familiar que acaba con un cese de convivencia de los progenitores, se resuelvan en un marco de normalidad familiar, que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del progenitor 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. Sentencias de 19/5/17, 17/2/17, 3/6/16 y 5/12/16 entre otras. 2.- Pese a la redacción del art. 92 del C.C., el régimen de custodia compartida, debe ser considerara como una medida normal, no excepcional, e incluso deseable siempre que sea posible y en tanto lo sea. STS 28/1/16, 28/2/17 y 22/2/17. 3.- Con el sistema de guarda y custodia compartida, si es posible aplicarla, se consiguen diversos objetivos, como dicen, entre otras, las sentencias de 25/11/13, 9/9/15, 17/11/15, 12/9/16 y 17/2/17, en concreto: 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.

Es decir, en esta apelación, no es cuestión de decir si la custodia compartida es mejor que la monoparental, sino de determinar, tras valorar todas las pruebas practicadas, cuál es la mejor solución para los menores, desde la perspectiva del Interés Superior del Menor, tal y como está regulado en el actual art 2 de la LO 1/1996 y ha señalado el TS entre otras en la reciente sentencia de 10/10/18, que las discusiones sobre guarda y custodia de los menores deben contemplar y resolverse siempre desde el prevalente del interés de los niños. De hecho el TS entre otras en sentencia de 25/9/18, deniega la custodia compartida y mantiene la monoparental de la madre, al considerar que no se acredita, la necesidad/conveniencia en interés del menor de fijar en ese caso una custodia compartida. También la sentencia del TS de 23/7/18

mantiene la custodia monoparental fijada a favor del padre, en base al interés superior del menor y la valoración ponderada que hace la Audiencia del informe psicosocial que aconseja dicha solución.

En cuanto a las premisas que el TS dice que deben ser tenidas en cuenta y valoradas, para tomar una decisión, están: 1.- La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor. 2.- Sus aptitudes personales 3.- Los deseos manifestados por los menores afectados. 4.- El número de hijos. 5.- El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos. 6.- El respeto mutuo en sus relaciones personales. 7.- El resultado de los informes previstos por el legislador. 8.- La distancia entre los domicilios actuales de los progenitores. 9.- Plan de parentalidad. 10.- En definitiva, cualquier otra 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.

A la vista de estos precedentes, en el presente caso, tras valorar el conjunto de pruebas practicadas, considera este tribunal que se debe confirmar la sentencia de 1ª Instancia, por entender que el interés del menor Jesús Carlos, nació el NUM000 /2010, por tanto tiene 8 años, pasa por seguir bajo la custodia exclusiva de la madre, con un régimen muy amplio de comunicaciones y estancias con su padre, como así se ha fijado en la sentencia apelada, al establecerse fines de semana alternos de viernes a lunes, dos tardes intersemanales y mitad de vacaciones escolares, que permitirán consolidar y fortalecer las relaciones paterno-filiales.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

Y si bien es cierto, que la doctrina del TS aboga por el sistema de custodia compartida, como el más beneficioso y recomendable, también es cierto que dicho tribunal considera que no siempre se debe fijar el mismo, si el interés superior del menor aconseja fijar una custodia monoparental.

En este caso, consta acreditado que:

1.- El menor Jesús Carlos, esta diagnosticado de un TDH, que le está afectando a su evolución escolar y social.

2.-Si bien existe una buena relación del menor con ambos progenitores, ha sido la madre, la que tras solicitar una reducción de jornada, quien se ha ocupado principalmente de él. Por lo tanto se puede decir que la figura referencial para Jesús Carlos es la madre.

3.- Es cierto que ambos progenitores, tras su separación, residen en domicilios muy próximos, haciéndolo el padre en casa de los abuelos paternos de Jesús Carlos, en quien parece ser pretende D. Conrado delegar la mayor parte de los cuidados de su hijo, al no poderlos llevar a cabo él, por motivos laborales, dada su actividad de taxista.

4.- El padre, en su demanda, realmente no justifica ni formula alegaciones detalladas, del beneficio que puede conllevar para su hijo el establecer una custodia compartida. De hecho su demanda, y la mayor parte de la prueba, se centran en las medidas de índole económica.

5.- No consta en las actuaciones, ningún plan de parentalidad realizado por el padre, que explique cómo se va a desarrollar esa custodia compartida que pide.

6.- Se ha hecho un informe social, folios 202 y ss., en el que se constata que: a) la relación entre ambos progenitores es conflictiva. Circunstancias que este tribunal deduce también de los WhatsApp aportados, b) la actitud de D. Conrado y D.ª Gregoria ante la realidad de su hijo es diferente, lo que puede ser perjudicial para Jesús Carlos, al ser sus criterios dispares, c) tampoco la comunicación entre los progenitores es muy fluida, en cuestiones referentes a su hijo, en especial en temas escolares. Por otro lado, las circunstancias especiales del menor, hacen preciso que se le marquen unas pautas de conducta, claras y sencillas, y comprobar de forma sutil que las mismas se vayan cumpliendo. Labor que este tribunal, a la vista de las pruebas practicadas, entiende que realizará de forma más eficaz la madre.

En resumen, este tribunal entiende que no se ha demostrado por parte del padre, que el establecimiento de una custodia compartida, en estos momentos, después de que Jesús Carlos lleve viviendo más de dos años solo con su madre, suponga un cambio beneficioso para el menor. Más bien, dicho cambio podría producir todo lo contrario, es decir una posible desestabilización y empeoramiento de su comportamiento. Por ello, entendemos que se debe mantener la custodia exclusiva a favor de la madre. Considerando que el amplio régimen de comunicaciones fijado a favor del padre, permitirá que sus relaciones vayan mejorando y consolidándose; y que en un futuro más o menos próximo, en función de su evolución, puedan derivar en una custodia compartida.

SE MANTIENE LA CUSTODIA COMPARTIDA: LA MALA RELACIÓN TAMBIÉN EXISTÍA CUANDO SE ACORDÓ

AP MADRID, SEC. 24.ª
SENTENCIA DE 17/01/2019

No puede dejarse sin efecto la custodia compartida dado que la mala relación entre los padres ya existía en 2015 cuando se fijó este modelo de custodia que ahora se quiere modificar. Son numerosos los SMS, correos electrónicos y WhatsApp que reflejan que entre los progenitores existe comunicación fluida en relación a las cuestiones que afectan a la menor de 4 años de edad.

En relación al recurso de apelación formulado por D.ª Adolfina, que se basa en la solicitud de modificar la custodia compartida vigente hasta la fecha, a una custodia exclusiva a su favor, este tribunal no puede llegar a una conclusión diferente a la alcanzada por la juzgadora de Instancia; pues a la vista de documental aportada a las actuaciones, este tribunal considera que:

La mala relación entre los hoy litigantes, ya existía en 2015 cuando se fija la custodia compartida que ahora se quiere modificar. Pese a ello, son numerosos los SMS, correos electrónicos y WhatsApp, que reflejan que entre los progenitores existe comunicación fluida en relación a las cuestiones que afectan a la menor, Raquel de 4 años de edad.

En su día, se constató, incluso vía informe psicológico, que ambos progenitores tenia las habilidades y capacidades parentales adecuadas y necesarias, para convivir y cuidar de la menor. Existiendo una clara implicación de ambos, en los problemas médicos que padece la niña. Situación que no consta haya variado en estos años. De hecho, han llegado en alguna ocasión a acuerdos.

No existe aportado a las actuaciones, ningún informe médico, social, escolar o pericial, que acredite que esa mala relación invocada por la madre, haya afectado negativamente a la menor.

Los intercambios, es decir recogidas y entregas de la menor no son conflictivas realmente. Y ambos progenitores, siguen teniendo disponibilidad horaria y apoyo familiar, para el cuidado de la menor.

El domicilio del padre en ... y el de la madre en Madrid, tampoco ha quedado probado que constituye un obstáculo para mantener el régimen de custodia compartida, como fundamenta la sentencia apelada, y acepta el padre en sus conclusiones realizadas en la vista.

Por lo tanto, no existiendo como dice la sentencia apelada, ningún cambio sustancial de circunstancias, que justifique en interés de la menor un cambio en el régimen de custodia compartido, que rige a esta fecha, procede desestimar el recurso de apelación formulado por D.ª Adolfina y confirmar en este punto la sentencia apelada; pues para acordarse una modificación de medidas de este alcance, es necesario que se acredite debidamente que dicho cambio va a conllevar una mejoría en la vida de la menor; prueba que en estos autos no existe.

Régimen de visitas

ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES AL PUNTO DE ENCUENTRO PARA IR MODULANDO LAS VISITAS

40 DÍAS DE VISITAS EN VERANO PARA COMPENSAR

ADAPTACIÓN DE LAS VISITAS A LA ACTIVIDAD LABORAL DEL PADRE

NO RESTRICCIÓN VISITAS A UN FIN DE SEMANA AL MES

ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES AL PUNTO DE ENCUENTRO PARA IR MODULANDO LAS VISITAS

AP BARCELONA, SEC. 12.ª
SENTENCIA DE 29/01/2019

Régimen progresivo de visitas para el inicio de la relación paterno filial, dado que la separación de los progenitores se produjo cuando la madre estaba embarazada. Se delega en el Punto de Encuentro la decisión de ir modulando las visitas (con presencia de familia extensa, o su desarrollo fuera del centro).

En cuanto a la enfermedad del progenitor, el Sr. Borja estaba diagnosticado desde los 19 años de esquizofrenia paranoide, con buena adherencia al tratamiento; la Sra. Micaela se casó con él y tuvo sus dos hijos con total conciencia de esta circunstancia; desde los 19 años sufrió tres episodios de descompensación psicótica que fueron tratados ambulatoriamente con reestructuración del tratamiento, el último a raíz de la separación en 2014, que se recondujeron de forma inmediata; posteriormente ha sufrido dos descompensaciones más graves, una en 2016 y otra en 2017; la primera precisó de un ingreso del 17 de febrero al 7 de marzo de 2016 (folio 79 de las actuaciones del juzgado) y según consta en el informe médico fue por aumento de estresores a nivel ambiental (económicos), y la madre de sus hijos tuvo conocimiento de ello, sin que se limitaran las estancias con la familia paterna (abuela y tíos); durante la tramitación del rollo de apelación se planteó como hecho nuevo que había tenido otro ingreso en el verano de 2017, del que no dio datos a la madre, la cual tuvo conocimiento por los comentarios de su hija María Dolores de que había ido a ver a su padre al hospital.

En cuanto a la exploración de María Dolores practicada en esta segunda instancia cuando ya tenía 11 años de edad, se aprecia que se lleva bien con su padre y con su abuela y tíos, que pasa las vacaciones con todos en ... (Huesca) ya que allí viven sus tías Felicisima y Loreto, mientras que su tío Ruperto vive en Barcelona; explicó que este último esperaba un niño y que sería su primer primo por parte de padre (en la vista oral la abuela paterna indicó que ya había nacido pero prematuro); en cambio por parte de madre tenía dos primas más pequeñas que ella y con Segundo (el marido de su madre) hacían muchas cosas y habían ido a Madrid y a Toulouse, además que en casa tenía a su hermano Hernan y a su nuevo hermano Teodosio, de ocho meses de edad al tiempo de la exploración; con su padre en cambio sólo iban a ...; en cuanto a las estancias con él mostró un cierto rechazo a la pernocta de los viernes, no así a la

de los martes, alegando que en casa de su padre se aburría porque la abuela hacía las cosas de la casa y su padre estaba sentado en el sofá y ella se metía en su habitación, pero también explicó que su padre le dejaba subir amigos a casa y que a veces salía a pasear con estos amigos y que le dejó celebrar su cumpleaños en un bar cerca de casa con ellos.

No se aprecia por tanto ningún rechazo a la relación paternofilial más que la natural diferencia entre una casa en la que hay niños y se realizan actividades pensando en ellos y otra en la que los adultos de referencia son su abuela y un padre que por razón de su enfermedad y de la medicación que toma tiene un carácter más pasivo. Sí mostró disgusto por el hecho de que su padre fumara en casa por el mal olor que se queda pegado a la ropa, aunque dijo que ahora fuma menos que antes.

En la vista oral y en la entrevista previa del tribunal con las partes y sus letrados respectivos se pudo apreciar que la madre en realidad no se opone al régimen establecido en la sentencia de 2017 para la relación paternofilial sino que su preocupación eran las posibles descompensaciones del padre y el inicio de la relación con Hernan ya que éste no conoce a su padre que sólo lo había visto el día después de nacer y el régimen establecido en la sentencia no lo tuvo en cuenta pese a contar sólo con dos años de edad, iniciando sin más los contactos y sin ayuda de ningún profesional; en este sentido solicitó que los primeros encuentros tuvieran lugar en un Punt de Trobada mostrándose totalmente de acuerdo tanto el padre como la abuela paterna; de las manifestaciones de los tres quedó patente que aunque todos se veían en la puerta del colegio, el padre y la abuela no salían del coche al que se subía María Dolores, pues no eran capaces de salir para ir a buscar a Hernan y, en cuanto a la madre, estaba allí con Hernan pero no tomaba ninguna iniciativa para acercárselo a su padre, lo que pone de manifiesto una falta de recursos en todos ellos para saber cómo comenzar a cumplir la sentencia.

En la vista oral el progenitor y la abuela paterna se han comprometido a avisar inmediatamente a la madre en caso de que el primero sufra alguna otra descompensación; se han comprometido también los tres a estar en contacto de cara a saber qué cosas le gusta hacer a María Dolores pues la abuela ha explicado que cuando está con ellos aunque le dicen de salir ella contesta que está cansada y no quiere hacerlo y que cuando han querido llevarla al cine les ha dicho que ya iría con sus primas maternas y ellos no pueden hacer nada; en este sentido se le ha indicado a la madre la conveniencia de tener una actitud más positiva con María Dolores cuando le corresponde ir con el padre y a este último se le ha animado a tener una postura más activa y a informarse de las cosas que se pueden hacer en su ciudad para adolescentes de la edad de su hija.

La señora Micaela ha explicado que cuando Hernan tenía tres o cuatro meses inició su relación con el que actualmente es su marido y padre de su tercer hijo, Teodosio y que actualmente viven en Barcelona, desde hace un año y medio; aseguró que tanto María Dolores como Hernan llaman a su marido “Segundo “ y no papá, extremo que en la exploración se pudo comprobar respecto de la hija mayor.

40 DÍAS DE VISITAS EN VERANO PARA COMPENSAR

AP MADRID, SEC. 24.ª SENTENCIA DE 17/01/2019

El padre podrá disfrutar de la compañía del menor cuarenta días de vacaciones en verano compensándose de esta forma la disminución del régimen de visitas ordinario, por razones económicas y falta de proximidad de los domicilios del padre y del hijo.

Por la representación de doña Patricia se interpuso recurso de apelación impugnando el régimen de visitas establecido, cuando se establece que podrá estar en compañía del menor 40 días en las vacaciones de verano y la mitad de las vacaciones de Navidad en las fechas y períodos que acuerden de común acuerdo y en caso de desacuerdo la que se establece en la resolución, donde se establecía que si no hay acuerdo, el padre lo tendría desde el día uno de julio hasta el día 10 de agosto y para evitar conflictos debían de ser las mismas que se establecieron en la sentencia de medidas paterno filiales y a falta de acuerdo los años pares elegiría la madre y los años impares del padre.

La resolución judicial manifestó expresamente que se había solicitado una modificación de medidas que se había solicitado además la privación de la patria potestad, y en relación al régimen de visitas que se llevaría a cabo en un punto de encuentro,

que en el acto del juicio se avino a que fuera en los periodos establecidos para encargarse el progenitor de recogerle y de entregarlo en el domicilio de la madre.

Y examinó la resolución en cuanto a la privación de la patria potestad por el progenitor, y en donde se constató las malas relaciones existentes entre las partes y del padre y la familia materna, que obstaculizaban el buen funcionamiento del régimen de visitas, asimismo examinaba el traslado de este a Pontevedra y procede conforme la situación a la supresión por motivo del traslado del progenitor de residencia y por sus circunstancias económicas a suprimir las visitas entre semana y la semana Santa complementándolo con 40 días de vacaciones en verano y la mitad de las vacaciones de Navidad que se establecerían de común acuerdo y en caso de disconformidad conforme la parte dispositiva de tal resolución y estableció en caso de desacuerdo respecto del verano a disfrutar por el padre del día 1 de julio hasta el día 10 agosto.

Esta Sala comparte en su totalidad el criterio que ha establecido la resolución judicial, en primer lugar porque se trata de una compensación a la disminución del régimen de visitas ordinario, por razones económicas y falta de proximidad de los domicilios del padre y del hijo y a su vez, en primer lugar prima el acuerdo de las partes en caso de desacuerdo y si no se produce ello, establece un orden en el disfrute que evitaría y pretende evitar todos los problemas que el régimen de visitas pueda suscitar entre las partes, donde se parte en todo momento de una malas relaciones entre estas y con la familia extensa y por ello y en base a evitar a salvo de acuerdos, elecciones, aceptaciones, traslados, etc., se fija el régimen establecido que evitan todas estas circunstancias en un razonamiento y en unas valoraciones ya analizadas que sólo beneficiará el desenvolvimiento del régimen de visitas.

ADAPTACIÓN DE LAS VISITAS A LA ACTIVIDAD LABORAL DEL PADRE

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª SENTENCIA DE 28/01/2019

Es necesario adaptar las visitas de fin de semana a la disponibilidad laboral del padre, de modo que en el caso de que padre tuviere que trabajar el fin de semana que le corresponde disfrutar de la compañía del menor, quedará en suspenso la alternancia, y le corresponderá tenerlo en su compañía el fin de semana siguiente. Por razones organizativas se impone al padre la obligación de facilitar a la madre custodia el cuadrante laboral del mes siguiente por cualquier medio que garantice su recepción y con antelación adecuada que en todo caso de al menos un mes.

El recuso dedica dos puntos concretos a la impugnación de la sentencia apelada en relación al pronunciamiento sobre el régimen de visitas, así en el primer punto alega que la sentencia ni es precisa ni congruente y que pese a instarse la aclaración y complemento de la misma en relación a: a) la suspensión de la alternancia de fines de semana cuando el padre que tuviere que trabajar el fin de semana en que le correspondía disfrutar de la compañía de su hijo, de modo que le correspondiere su compañía el fin de semana siguiente, b) que se concretase el horario de inicio y fin de las vacaciones estivales y c) que se fijase igualmente la necesidad de un plazo de preaviso del periodo de elección para el disfrute de las vacaciones se verano y Semana Santa; en segundo lugar, en el motivo tercero del recurso insta que las vacaciones estivales sean repartidas por meses y no por quincenas y que se estableciese un fin de semana de vistas en favor de progenitor que no estuviere con él ese mes y que el sistema de determinación del progenitor a quien le correspondiera disfrutar fuere que “correspondiese al padre la primera mitad y a la madre la segunda mitad en los años pares y, a la madre la primera mitad y al padre la segunda en los años impares”, igualmente que el recurrente pudiere recoger al menor a las 20.00 horas

Analizadas las pretensiones de las partes oportunamente deducidas y el contenido de la sentencia

esta Sala considera que en efecto la resolución impugnada ha incurrido en algunas omisiones o que no ha introducido las aclaraciones necesarias a fin de lograr la plena efectividad de régimen de visitas, por lo que revisar el régimen de visitas establecido, aclarando,precisando y complementando los extremos necesarios.

...En este caso debemos de partir de dos circunstancias esenciales que concurren en el presente caso y que dificultan la articulación de un régimen de visitas; a saber: que el padre reside en Huelva y el menor junto con su madre en ...y, en segundo lugar, que el padre tiene un trabajo por turnos que le exige trabajar algunos fines de semana. Pues bien, estas circunstancias deben necesariamente tomarse en consideración al regular el régimen de visitas, el cual debe aplicarse siempre en defecto de un acuerdo entre los padres y siempre ha de ser objeto de una aplicación e interpretación flexible en aras a su efectividad, para que el menor pueda relacionarse con el progenitor no custodio.

Sentado lo anterior en cuanto las visitas de fin de semana es necesario adaptar las mismas a la disponibilidad laboral del padre, de modo que tal y como instaron el Ministerio Fiscal y el recurrente, en el caso de que padre tuviere que trabajar el fin de semana que le corresponde disfrutar de la compañía del menor, quedará en suspenso la alternancia, de modo que le corresponderá tenerlo en su compañía el fin de semana siguiente. No obstante, por razones organizativas se impone al padre la obligación de facilitar a la madre custodia por cualquier medio que garantice su recepción y con antelación adecuada que en todo caso de al menos un mes el cuadrante laboral del mes siguiente.

En cuanto al horario de recogida y restitución del menor en el domicilio materno, por razón de la distancia entre ... y lugar donde reside el padre, así como el horario laboral del padre, se fija la hora de recogida a las 20.00 horas del viernes y de restitución a las 20.00 hora del domingo.

En cuanto las vacaciones de verano, ningún motivo concreto esgrime el apelante para tratar de modificar el sistema quincenal de vacaciones de verano, que por respeto la Juzgador de distancia debe ser mantenido. No obstante a lo cual si resulta necesario completar el mismo concretando el horario a fin de evitar cualquier incertidumbre. Así el primer periodo comprenderá desde el 1 de julio a las 10.00 horas hasta las 20.00 horas del día 15 de julio; el segundo desde las 20.00 horas del día 15 de julio hasta las 20.00 horas del 31 de julio; el tercero desde las 20.00 horas del 31 de julio hasta las 20.00 horas de 15 de agosto y el último desde las 20.00 horas de agosto hasta las 20.00 horas del 31 de agosto. Correspondiendo el disfrute al padre la primera quincena de julio y agosto y a la madre la segunda quincena de los meses de julio y agosto en los años pares y, a la madre la primera la primera quincena de julio y agosto y al padre la segunda quincena de los meses de julio y agosto en los años impares.

Por otro lado, al igual que como estableció para la vacaciones de Navidad, para las pacciones de Semana Santa los cónyuges deberán avisar al otro progenitor el periodo de disfrute elegido al menos con quince días de antelación.

NO RESTRICCIÓN VISITAS A UN FIN DE SEMANA AL MES

AP MADRID, SEC. 24.ª SENTENCIA DE 23/01/2019

Que el padre resida en Oviedo y los hijos en Madrid no es motivo para fijar un régimen de visitas reducido a un solo fin de semana al mes.

La representación procesal de Doña Rocío interpone el presente recurso de apelación, mostrando su disconformidad en primer lugar, con el régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia, solicitando que se reduzca a un fin de semana al mes. Los alegatos que se aducen en el recurso a favor de esta restricción, se fundan en el que, al haber trasladado el padre su domicilio a Oviedo, los viajes que se efectúan son excesivos y resultan una carga para los hijos.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que este régimen de visitas es un régimen ordinario que permite dar fluidez a la relación paterno filial en unos tiempos y con un alcance que están previstos como criterio General como adecuados para obtener esta relación con el progenitor que no ejerce la custodia. En este sentido pretender una limitación del régimen de visitas a un fin de semana al mes, simplemente porque el padre reside fuera de Madrid no puede prosperar por no estar justificado objetivamente.

Vivienda familiar

PROCEDENCIA DEL LANZAMIENTO CUANDO SE EXTINGUE EL USO

EL SISTEMA DE CASA NIDO HA CAUSADO GRAVES PROBLEMAS AL MENOR

PROCEDENCIA DEL LANZAMIENTO CUANDO SE EXTINGUE EL USO

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª
AUTO DE 21/01/2019

Aunque la sentencia recaída en el procedimiento de modificación de medidas no contiene un pronunciamiento expreso que ordene el desalojo de la vivienda, dicho pronunciamiento debe entenderse implícito en el que acuerda la extinción del uso de la vivienda.

El ejecutante D. Simón interesa la revocación de la resolución recurrida y pide se ordene admitir a trámite la demanda de ejecución de la sentencia dictada por esta Audiencia Provincial de Bizkaia de 16 de junio de 2016, que "limita la atribución del uso del domicilio que fue familiar a favor de la D.ª Elsa, al periodo de dos años desde la fecha de su establecimiento", y habiendo transcurrido el citado plazo, se interesa se requiera a la Sra. Elsa a fin de que proceda a dejar libre y expedita la vivienda familiar en el plazo de quince días naturales desde el dictado del auto despachando ejecución, y se le aperciba de que en el supuesto de que no proceda dejar libre y expedita la referida vivienda en plazo, se adoptarán las medidas pertinentes para el lanzamiento judicial, todo ello bajo apercibimiento de incurrir en un posible delito de desobediencia a la autoridad judicial y de imposición de multas judiciales por importe de 500 euros mensuales.

El recurso de apelación debe ser estimado.

Sabido que las resoluciones han de ser cumplidas en sus propios términos según lo previsto en el artículo 18 de la LOPJ, hay que recordar lo que declara el Tribunal Constitucional, que la coherencia o armonía entre las decisiones o acuerdos para el cumplimiento y el objeto del mismo, es decir, el fallo de la sentencia no puede interpretarse restrictivamente, sino más bien a favor de una ejecución satisfactoria, es decir que el Juez de la ejecución ha de apurar siempre, en virtud del principio pro actione, del de economía procesal y, en definitiva, de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la causa petendi, es decir de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes que aunque no pasan literalmente al fallo si son su fundamento y causa determinante. Ello no supone que se puedan ampliar en fase de ejecución de sentencia los términos del debate, sino que la interpretación y aplicación del fallo de la sentencia no ha de ser estrictamente literal sino finalista y en armonía con todo lo que constituye la sentencia. Así pues, la exigencia constitucional de la ejecución de la sentencia en sus propios términos no puede ser entendida como la ejecución estrictamente literal de la misma, en forma que desnaturalice e incluso contradiga el alcance y la naturaleza de la decisión judicial que trate de ejecutarse, sino que implica una interpretación razonada del fallo en función de los fundamentos de la sentencia y de las pretensiones de las partes, sin modificación y cambio del contenido del fallo y sin que con ello se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva (Ss. 21-9-1989 y 26-11-1990).

Dicha jurisprudencia avala la revocación de lo resuelto en la instancia, debiéndose seguir adelante en el despacho de la ejecución solicitada, por considerar que aunque la sentencia recaída en apelación de la dictada en la instancia del procedimiento

de modificación de medidas no contiene un pronunciamiento expreso que ordene el desalojo de la vivienda, dicho pronunciamiento debe entenderse implícito en el que acuerda la extinción del uso de la vivienda, al ser su consecuencia jurídica necesaria, pues entender lo contrario supondría privar de efecto de la decisión judicial, si la persona que venía disfrutando de la vivienda no la abandona voluntariamente; el hecho de que la vivienda sea de titularidad ganancial no impide esta conclusión, porque la sentencia que el demandante trata de ejecutar pone fin a la atribución a la demandada del uso exclusivo del inmueble, que es lo que después de dicha sentencia la ejecutada está ejerciendo indebidamente, privando de sus derechos al ejecutante, quien podría incluso ser imputado en un proceso penal si quisiera entrar en la casa en contra de la voluntad de la ejecutada, al ser el lugar donde ésta desarrolla su intimidad familiar; por ello es procedente acceder a la pretensión ejecutiva del apelante, sin perjuicio de que, una vez desalojado el inmueble, y en defecto de acuerdo de las partes, puedan éstas impetrar por el procedimiento adecuado, la adjudicación de la titularidad exclusiva de la vivienda.

Téngase en cuenta que se observan los requisitos legales que exige el art. 551 en relación con los art. 545.1 y 549.2, todo ellos de LEC, puesto que el acto de ejecución que se solicita es el desalojo de la vivienda familiar de la Sra. Elsa una vez transcurrido el plazo de uso y disfrute acordado en sentencia judicial firme, por lo que ante el incumplimiento voluntario procede la ejecución forzosa con apercibimiento de lanzamiento de no verificarse en el plazo conferido, de conformidad con lo dispuesto en los arts.703 y demás concordantes de la LEC, lo que es conforme con el contenido del título ejecutivo, es decir, la sentencia de esta Audiencia Provincial de 16 de junio de 2016 que acuerda expresamente la atribución del uso del domicilio familiar por plazo de dos años, que ha transcurrido con exceso.

EL SISTEMA DE CASA NIDO HA CAUSADO GRAVES PROBLEMAS AL MENOR

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª
AUTO DE 14/01/2019

El sistema de casa nido ha dado lugar a graves problemas de convivencia que han causado un perjuicio emocional a la menor derivado de la conflictividad existente entre sus progenitores. El padre convivía en dicho domicilio con la nueva pareja en las semanas que ejercía la custodia. En su lugar se acuerda atribuir el uso exclusivo a la madre con obligación de compensar al padre en 150 euros mensuales.

D. Eleuterio ha interpuesto demanda de modificación de medidas definitivas de la mencionada sentencia de 17 de julio de 2014, interesando, entre otros pronunciamientos que no son objeto de esta alzada, la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar o subsidiariamente a la demandada con limitación temporal y con la obligación de compensar al actor por tal uso en la cantidad que resulta procedente a la vista de la prueba que se practique en el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 7/2015 de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, alegando que el nido compartido está resultado perjudicial para la menor además de la imposibilidad de su ejercicio desde el punto de vista económico.

A lo que se opuso D.ª Asunción alegando que la extinción del régimen de casa-nido no va a resolver la problemática existente con la menor debiendo acontecer una modificación sustancial de todas las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio. En todo caso, solicita la atribución del uso del domicilio a la menor y a la madre, en exclusiva y sin compensación alguna para el actor, al presentarse como el interés más necesitado de protección, al ser perceptora de ayudas sociales y siendo que la situación económica del actor es más desahogada.

...La sentencia de instancia, tras haberse acreditado un cambio en la vida personal del actor Sr. Eleuterio, que tiene nueva pareja con la que convive en el domicilio que fue familiar cuando ha de ejercer la custodia, y que el nido compartido constituye una fuente de conflictos entre los progenitores que redunda en perjuicio de la menor, llega a la conclusión que la casa nido no cumple con su objetivo, que es salvaguarda del superior interés de la menor. Atendiendo a la imposibilidad económica de hacer frente al pago de tres viviendas (el actor gana unos

1.400-1500 euros, haciéndose cargo de la cuota hipotecaria de 723,41 euros, apoyado por ayudas sociales, mientras que la demandada no trabaja y carece de ingresos por actividad laboral, viviendo de ayudas sociales), acuerda la extinción de condominio, a través de la correspondiente liquidación, que debe iniciarse en el plazo de seis meses, pero mientras tanto mantiene el actual régimen de casa-nido, por semanas alternas.

La demandada D.ª Asunción ha interpuesto recurso de apelación interesando la revocación de la sentencia de instancia en el sentido de solicitar se atribuya el uso y disfrute de la vivienda familiar a la hija y a la madre con quien convivirá con carácter permanente, y solo subsidiariamente, si fuera la atribución con carácter temporal se atribuya a la hija y a la madre con quien convivirá por un periodo de dos años, que se prorrogará mientras la hija sea menor de edad y aun después mientras persista la obligación de recibir alimentos y la madre no puede sufragarse otra vivienda.

Alega una errónea valoración de la prueba y que la sentencia dictada no se ajusta a derecho por vulneración de lo establecido en el art. 90 en relación con el art. 103 y art. 96 del Código Civil y art 12 de la LRFPV. Reconoce que el uso alternativo de los progenitores en la vivienda familia está siendo perjudicial para la menor, pero disiente de que deba de extinguirse el uso y disfrute de la vivienda, que debe seguir atribuida a la menor, sin que se pueda ordenar la extinción del condominio.

Está de acuerdo con que el uso alternativo de la vivienda está siendo perjudicial para la menor, pero no analiza la causa de dicha afectación a la menor, haciendo hincapié en que el actor tiene nueva pareja con la que convive, residiendo ambos en el domicilio nido, siendo por sí solo causa suficiente para privar al actor del uso y disfrute de la vivienda familiar, según el art. 12.11.d) de la LRFPV, además de que el padre incumple su obligación de entregar la vivienda en perfecto estado de conservación, siendo igualmente causa de extinción del uso de la vivienda, en virtud de art. 12.11.b) de la LRFPV.

Denuncia que debe aplicarse el art. 12.4 de la LRFPV y atribuirse al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda, si ello fuera compatible con el interés superior de la hija, que lo es la apelante Sra. Asunción, ya que el domicilio de sus padres, donde se traslada a vivir cuando la menor queda bajo la guarda de su padre, viven en ..., y siendo que carece de recursos económicos al no acceder al mercado laboral y vive de ayudas sociales. Por el contrario, el actor trabaja en la empresa de sus padre, con la sospecha de que sus ingresos son superiores a los que declara, siendo que la empresa es gestionada por el actor, y ello atendiendo al nivel de vida que lleva, y destacando que asumió de forma voluntaria el pago íntegro de cuota hipotecaria "a cuenta", además de tener alquilada una vivienda en .... Interesa que el uso y disfrute de la vivienda se realice con carácter permanente por la minoría de edad a la demandada, y subsidiariamente, se realice por un periodo de dos años prorrogables como establece el art. 12.5 de la LRFPV mientras permanezca las circunstancias de necesidad que la motiva, esto es, exista una hija menor de edad con derecho a alimentos y la apelante no pueda sufragarse otra vivienda.

Resalta que la LRFPV en su art. 12.11 regula los supuestos de extinción del derecho de uso y disfrute de la vivienda, pero no regula la extinción de la propiedad, que queda al margen de la mencionada LRFPV.

El actor D. Eleuterio se opone al recurso de apelación, solicitando la confirmación de la sentencia de instancia. De la valoración de la prueba resulta el nefasto efecto que sobre la menor tiene la atribución conjunta del uso de la vivienda familiar así como la inviabilidad económica de atribuir a la madre el uso de la vivienda, sin perjuicio del interés de la menor, toda vez que ambos progenitores resultan igualmente necesitados, lo que precisa de la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar, con la finalidad de favorecer su liquidación, y, en consecuencia, la autonomía de ambos progenitores para aumentar sus posibilidades de acceder a una vivienda propia donde poder ejercer la custodia compartida de forma exitosa.

Manifiesta que la propia apelante reconoce el perjuicio que la custodia compartida "en nido" ocasiona a la menor, siendo que el art. 12.4 de la LRFPV no excluye que no se efectúe atribución de la vivienda a los progenitores, toda vez que ambos se encuentra en similar situación de necesidad, siendo que ninguno de los dos progenitores tiene más dificultades que el otro para acceder a una vivienda donde poder desarrollar la custodia de la menor, por lo que no cabe sino confirmar el fallo de la sentencia apelada.

De la modificación de la casa nido acordada en sentencia de divorcio:

En base a lo expuesto, y operando una modifica-

ción sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la sentencia de divorcio dictada el 17 de julio de 2014, como es el hecho reconocido que el régimen de casa-nido de la vivienda familiar, está resultando perjudicial para la menor Juliana, procede revocar lo acordado en la sentencia de instancia que, a pesar de ello, mantiene el régimen de casa-nido fijado en la sentencia de divorcio, por semanas alternas, durante la tramitación legal para abordar la extinción del condominio sobre la vivienda.

Se ha reconocido que desde la atribución de la vivienda familiar en la forma de casa-nido (art. 12.4 de la LRFPV admite dicha atribución del uso de la vivienda familiar por periodos alternos entre ambos progenitores), ha dado lugar a graves problemas de convivencia, que causan grave perjuicio emocional a la menor derivada de la conflictividad entre sus progenitores respeto a las cuestiones suscitadas con motivo de la vivienda familiar, como señaló el TSJC en sentencias de fecha 5-9-2008 y 3-3-2010, que ha mantenido la improcedencia de la atribución de forma alterna a los progenitores coincidiendo con los periodos de guarda y lo ha calificado de incomodidad y fuente de conflictos; pero sin que se repute suficiente para prescindir de la custodia compartida. No cabe duda que la solución a dicho problema, que afecta a los progenitores y no a los menores de edad, pasar por el hecho de que esta atribución del uso de la vivienda que fue familiar sea de carácter transitoria, dejando constancia de que lo aconsejable es que se ponga fin lo antes posible a esta posible fuente de conflictos.

En consecuencia debe ser de aplicación lo dispuesto en el art 12.4 de la Ley 7/2015, del Parlamento Vasco, que establece en los casos en que no pueda acordarse el uso de la vivienda por periodos alternos a ambos progenitores en los supuestos de guarda y custodia compartida "se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fueron compatible con el interés superior de los hijos e hijas".

Y ateniendo a las circunstancias personales y económicas de los progenitores, no cabe duda que debe atribuirse a la Sra. Asunción, por representar el interés más necesitado de protección, ateniendo a que vive de ayudas sociales sin acceso al mercado laboral y la vivienda de sus padres está en ..., alejada de la localidad sita en ...; a diferencia del Sr. Eleuterio que tiene ingresos económicos por su actividad laboral, al trabajar en la empresa de su familia, además de haber ya celebrado alquiler de vivienda en periodo en que no vive con la menor en el domicilio familiar y siendo que sus padres residen en ..., destacando que ha asumido mientras no se ponga fin a la situación de copropiedad de la vivienda familiar de forma unilateral el pago íntegro de la carga hipotecaria sobre dicha vivienda en la cantidad de 723,41 euros, que desde luego es inasumible atendiendo a los ingresos económicos declarados, y toda vez que en su situación personal tiene nueva pareja con la que convive en las semanas alternas en el domicilio familiar, causa de extinción del uso del domicilio familiar por mor del art. 12.11d) de la LRFPV.

Por tanto, la Sra. Asunción se encuentra en "mayores dificultades de acceso a una vivienda", previsión del art. 12.4 de la Ley 7/2015 del Parlamento Vasco, al no tener ingresos económicos por actividad laboral, viviendo de ayudas sociales.

En lo atinente a la duración de esta atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a D.ª Asunción, viene determinada por el art. 12.5 de la LRFPV que establece que "deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantiene las circunstancias que la motivaron"

Expuestas las circunstancias concurrentes, y atendiendo el criterio legal, se fija que la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a D.ª Asunción se realice por el plazo en un año, tiempo que se estima prudencial para que se procede a poner fin a la situación de condominio de la vivienda familiar y se procede bien a su venta a tercero o la adjudicación de la misma a alguno de los progenitores en el liquidación del régimen económico matrimonial.

Pedida en el suplico de la demanda de modificación de medidas, la fijación de una compensación por pérdida de uso, en el caso de su atribución a la Sra. Asunción, se estima su procedencia para el periodo en que se hace la atribución del uso y disfrute a la parte apelante, de conformidad con el art. 12.7 de la Ley 7/2015 que establece que "se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja".

Y, atendiendo a lo pedido por el Ministerio Fiscal, sin que consten datos sobre las rentas por alquiler de viviendas similares, se considera prudente y razonable una compensación por dicho concepto de 150 € mensuales.

Pensión alimenticia

PRESUNCIÓN DE INGRESOS POR LOS MEDIOS EXTERNOS DE RIQUEZA

LA HIJA ESTÁ INCORPORADA AL MUNDO LABORAL AUNQUE SIGA AMPLIANDO SU FORMACIÓN

PRESUNCIÓN DE INGRESOS POR LOS MEDIOS EXTERNOS DE RIQUEZA

AP BALEARES, SEC. 4.ª
SENTENCIA DE 08/05/2019

Aunque el padre ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total y se ha dado de baja en la actividad económica que realizaba, percibiendo una pensión de escasa cuantía, existen serias dudas de su capacidad económica por elevado numero de vehículos y motocicletas que tiene a su nombre, siendo también indicativo los gastos que tiene en función de la escasa pensión que percibe. No procede en consecuencia reducir la cuantía de la pensión alimenticia.

Partiendo del innegable hecho de que el demandante ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total y que se ha dado de baja en la actividad económica que realizaba, lo que ha determinado que perciba una pensión de escasa cuantía, comparte este tribunal la valoración que hace la juez a quo acerca de la dudas que plantea la capacidad económica del demandante y que le conducen a la desestimación de la demanda:

1.- Pese al cese de la actividad no ofrece una explicación suficiente, a juicio de este tribunal, de la razón por la que se mantiene la titularidad de cinco vehículos que parecen destinados a ella y que figuran en la información de la Dirección General de Tráfico que aportó la parte demandada de fecha 26 de octubre de 2017.

Figura también como titular de tres motocicletas. La mera titularidad de ese número de vehículos resulta contradictorio con el hecho de percibir unos ingresos tan limitados, pues el mantenimiento de los vehículos y el pago de los seguros suponen un gasto y no se ha justificado que se hayan dejado de abonar. Tampoco se ha acreditado la venta de ninguno de ellos.

2.- Examinados el extracto de cuenta bancaria aportado, se observan diversos ingresos en efectivo y transferencias que no han sido explicadas de forma alguna. Es en esta alzada que se realiza la afirmación de que se corresponden a pagos por trabajos anteriores al cese de la actividad, manifestación carente de prueba alguna.

3.- Mantiene el demandado su residencia en una vivienda por la que no paga renta dineraria, sino que la ocupa a cambio de determinados trabajos de mantenimiento y en modo alguno se ha justificado que esta situación haya variado.

4.- Se han reconocido viajes a la Península por razones familiares con los hijos, viajes que suponen un gasto que difícilmente puede afrontarse con los muy limitados ingresos que se reconocen, por más que la madre del demandante haya manifestado que se hizo cargo de ellos, manifestación que no ha venido acompañada de prueba documental que lo corrobore.

Todo ello es indicativo de que sus ingresos económicos superan lo que percibe en concepto de pensión de incapacidad. Es cierto que es la suma de 150 euros en la que esta Audiencia Provincial ha venido fijando el mínimo vital de alimentos (sentencias de este tribunal de 17 de enero de 2019 o 6 de febrero de 2019). La cantidad fijada en la sentencia que se pretende modificar es de 200 euros por hijo, esto es, una cantidad que no se aleja de este mínimo vital, que se consideró adecuado a las necesidades de los hijos, necesidades que no se ha acreditado que hayan disminuido desde que se fijaron mediante acuerdo de las partes que fue recogido en la sentencia de 29 de abril de 2016.

LA HIJA ESTÁ INCORPORADA AL MUNDO LABORAL AUNQUE SIGA AMPLIANDO SU FORMACIÓN

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª
SENTENCIA DE 2/12/2018

La hija, de 25 años de edad, finalizó sus estudios de magisterio en el año 2016, ha impartido desde hace años clases particulares y ha trabajado como profesora auxiliar, por lo que se confirma la extinción de pensión de alimentos por haber finalizado su formación universitaria, estando incorporada al mercado laboral, aunque a tiempo parcial y eventualmente por decisión propia, siga ampliando su formación.

Sabido es por todos que el fundamento de la concesión de pensión alimenticia a los hijos en caso de crisis matrimoniales de sus progenitores no es otro que garantizar una estabilidad económica para sufragar alimentos, vestido, asistencia médica, educación, y en definitiva que los hijos puedan lograr el pleno desarrollo de su personalidad conforme a los usos y circunstancias de cada familia y que no se vea frustrado de golpe por la ruptura convivencial de sus padres.

Por su propia naturaleza la pensión de alimentos fijada en sede de un procedimiento matrimonial necesariamente tiene vocación temporal y una vez que los hijos finalizan o cesan en sus estudios y se incorporan al mundo laboral o están en condiciones de acceder al mercado laboral, la pensión otorgada en sede del procedimiento matrimonial de sus padres, carece de fundamento y se extingue. Todo ello de conformidad con los art. 91, 93, 94, 142, 147 y demás concordantes del CC y doctrina jurisprudencial que los desarrolla (Sentencia de esta Sala de 3 de noviembre de 2006 y de 2 de febrero de 2007).

Es por ello por lo que la obligación de los padres de prestar alimentos carece de justificación para los hijos mayores de edad cuando éstos han alcanzado la posibilidad de proveer por sí mismos sus necesidades, siendo que el artículo 152-3º del Código Civil recoge como causa de cese de la obligación de alimentos “cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria..., de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.”

En resumen, la perpetuación en el tiempo de la pensión alimenticia acordada judicialmente como medida derivada de la separación matrimonial es vista con desconfianza por los Tribunales, y así la STS 1 marzo 2001 señala a propósito de los hijos mayores de edad, con preparación académica y con plena capacidad física y mental que “no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un “ parasitismo social “”.

Del resultado de las presentes actuaciones consta efectivamente que la hija común Flor, de 25 años de edad, finalizó sus estudios de magisterio en el año 2016, habiendo impartido desde hace años clase particulares y habiendo trabajado como profesores auxiliar, por lo que se confirma la extinción de pensión de alimentos a su favor y a cargo del padre, y ello por haber finalizado su formación universitaria, estando incorporado al mercado laboral, aunque a tiempo parcial y eventualmente por decisión propia, al tener interés en seguir ampliando su formación, por lo que puede alcanzar vida independiente, en el concepto de “la capacidad” que tiene una persona para atender a su sostenimiento, habitación y prestación sanitaria de forma independiente, por sí mismo, sin ayuda alguna.

Pensión compensatoria

NO PROCEDE YA QUE LA ESPOSA NUNCA DEJÓ DE TRABAJAR

NO PUEDE FIJARSE EN PREVENCIÓN DE PERCIBIR LA PENSIÓN POR VIUDEDAD

NO PROCEDE YA QUE LA ESPOSA NUNCA DEJÓ DE TRABAJAR

AP BARCELONA, SEC. 12.ª
SENTENCIA DE 29/01/2019

No se fija pensión compensatoria ya que aunque a nivel de estudios (acudiendo a tutorías) y médicos (llevándolos a las consultas) la madre se ocupara más de los hijos que el padre, lo cierto es que nunca dejó de trabajar por razón de la maternidad y ha mantenido la misma profesión para la que se preparó en la Universidad.

Conforme al art. 233-14 del Código Civil catalán se tiene derecho a esta pensión siempre que la situación económica de uno de los cónyuges, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada que la del otro; dicha prestación compensatoria no excederá el nivel de vida del que se disfrutaba durante el matrimonio, ni el que pueda mantener el cónyuge obligado al pago teniendo en cuenta, en su caso, el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario. Para fijar su cuantía y duración la autoridad judicial debe valorar especialmente (art.233-15), la posición económica de los cónyuges, teniendo en cuenta, si procede, la compensación económica por razón de trabajo o las previsibles atribuciones derivadas de la liquidación del régimen económico matrimonial; la realización de las tareas familiares u otras decisiones tomadas en interés de la familia durante la convivencia, si eso ha menguando la capacidad de uno de los cónyuges de obtener ingresos; las perspectivas económicas previsibles de los cónyuges, teniendo en cuenta su edad y estado de salud y la manera como se atribuye la guarda de los hijos comunes; la duración de la convivencia y los nuevos gastos familiares del deudor, si procede.

Como reiteradamente ha indicado la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con la pensión compensatoria se prolonga la solidaridad matrimonial después de la ruptura de la convivencia, con la finalidad de reequilibrar en la forma más equitativa posible la situación económica en que queda el cónyuge más perjudicado económicamente por la separación o el divorcio en relación con aquella que mantenía constante matrimonio, si bien con una vocación inequívoca de caducidad, conforme al art. 233-17.4 del CCC, que indica que la prestación compensatoria en forma de pensión se otorga por un período limitado salvo que concurran circunstancias excepcionales que justifiquen fijarla con carácter indefinido.

En el caso que nos ocupa la juez a quo no la concede y la sala debe compartir su criterio ya que aunque a nivel de estudios (acudiendo a tutorías) y médicos (llevándolos a las consultas) la madre se ocupara más de los hijos que el padre, lo cierto es que nunca dejó de trabajar por razón de la maternidad y ha mantenido la misma profesión para la que se preparó en la Universidad; los nuevos gastos de vivienda que tiene el demandado hace que su situación económica en la práctica sea bastante pareja y tampoco puede olvidarse que los bienes que poseen en común lo son por mitad con independencia de que los ingresos de ella hayan sido más bajos que los de él.

NO PUEDE FIJARSE EN PREVENCIÓN DE PERCIBIR LA PENSIÓN POR VIUDEDAD

AP MADRID, SEC. 24.ª SENTENCIA DE 23/01/2019

No puede fijarse pensión compensatoria en prevención de que, ante el fallecimiento del exesposo, pueda la solicitante recibir una pensión de viudedad. Ambos son pensionistas, él percibe 923 euros mensuales y ella 705,96 euros mensuales, y por tanto, no existe desequilibrio económico.

No procede fijar pensión compensatoria a favor de D.ª Elsa, pues en la actualidad, ambos son pensionistas, percibiendo D. José Daniel unos 923 euros mensuales y D.ª Elsa 705,96 euros mensuales. Ambos cónyuges son titulares del 100% o parte de las sociedades ... y ... de carácter ganancial. Además consta acreditado que D.ª Elsa percibió una importante cantidad de dinero, 480.000 euros, por la compraventa de 76.000 participaciones sociales de la sociedad ..., cuyo destino actual o posible remanente, no ha sido acreditado, folios 54 y ss. Suma que se pagó mediante 24 pagares de 20.000 euros cada uno de ellos. Las consecuencias de ese vacío probatorio, aplicando las normas sobre la carga de la prueba, art. 217 LEC, deben recaer sobre la parte que más fácilmente podría haber probado dicho extremo, en este caso D.ª Elsa. También se habla de que D. José Daniel ha cobrado unos planes de pensiones, pero no consta prueba alguna, que corrobore esa alegación.

Se plantea, así mismo por la solicitante de pensión compensatoria, que se debe conceder la misma, por perdida de expectativas, en concreto la perdida de derecho a obtener pensión de viudedad, en un futuro más o menos próximo, si no se le fija a su favor dicha pensión. Pretensión que no puede admitir este tribunal, toda vez que en función de la actual redacción del art. 174 de la LGSS, salvo determinadas excepciones, la pérdida del derecho a la pensión de viudedad en todos los casos de separación o divorcio, donde no se fija pensión compensatoria que se extinga por el fallecimiento del obligado a su pago, se produce ex legue; artículo que así mismo vincula el importe de la posible pensión de viudedad a la cuantía de la pensión compensatoria fijada. Por lo tanto no existe perdida de expectativa por esta causa que de derecho a pensión compensatoria; entenderlo de otra manera sería conceder siempre por esa causa pensión compensatoria. Cuestión distinta, que no se da en el caso de autos, es cuando quien solicita la pensión compensatoria, es una persona de edad, que al casarse nuevamente ha perdido una pensión compensatoria vitalicia y una expectativa de obtener una pensión de viudedad por razón del matrimonio anterior, y que tras el nuevo matrimonio pierde esa pensión y esa expectativa de pensión de viudedad, y al divorciarse tras un breve periodo de convivencia, pierde también esa expectativa de derecho a obtener una nueva pensión de viudedad, unido ello a su edad, que imposibilita su acceso al mercado laboral; situación en la que el TS, sentencia de 9/10/18, sí ha dicho que procede conceder pensión compensatoria.

Por lo tanto, debemos confirmar la sentencia de 1ª Instancia, al considerar que no se ha acreditado que el cese de la convivencia haya generado a D.ª Elsa un desequilibrio económico, que es requisito esencial para poder conceder la pensión que ella solicita.

Convenio regulador

EJERCICIO DE ACCIÓN RESOLUTORIA

AP BALEARES, SEC. 4.ª
SENTENCIA DE 05/02/2019

Estimación de la acción formulada por un excónyuge ejercitando la condición resolutoria expresa contenida en el Convenio Regulador y en su virtud, queda resuelta la adjudicación en su día efectuada a favor de la demandada de la mitad indivisa de un inmueble. Se condena a la demanda al pago al actor de una determinada cantidad por las cargas posteriores inscritas en el Registro de la Propiedad.

Por D. Pablo se interpuso demanda de juicio ordinario en la que solicitaba que se dictara sentencia por la que:

"1. En relación a la acción de resolución se declare: a) Ejercitada la opción de resolución del convenio regulador del divorcio entre el actor y la demandada principal, la mitad indivisa de la vivienda descrita en el punto primero de esta demanda, se restituye al actor D. Pablo, dejando sin efecto los asientos registrales contradictorios con dicha resolución, siendo la propiedad de dicha vivienda habida, por mitades indivisas entre el actor y la demandada principal; b) Las cargas posteriores a la condición resolutoria inscrita en el registro de la Propiedad, constituidas por la codemandada principal D.ª Adolfina o impuestas a la misma, afectan únicamente a la mitad indivisa perteneciente a la Sra. Adolfina con total indemnidad para la mitad indivisa del Sr. Pablo, sobre la que ha ejercido la condición resolutoria.

Condenando en definitiva a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, siendo el testimonio de la Sentencia que se dicte, título suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la titularidad sobre la indicada mitad indivisa a favor del Sr. Pablo.

2. En relación a la acción de reclamación de cantidad, se declare: a) Que la demandada D.ª Adolfina adeuda al actor la suma de 46.015,55 euros, por los pagos efectuados por éste del crédito con garantía hipotecaria que grava la vivienda antes indicada entre el día 1 de mayo de 2007 y hasta el día 1 de septiembre de 2013, correspondientes a la mitad de las cuotas vencidas y pagadas por él, el pago de cuya mitad debía ser atendido por la demandada principal Sra. Adolfina, más sus intereses legales desde la interposición de la demanda hasta su total pago; b) Que respecto de la cantidad reclamada, el actor se subroga en la posición del crédito hipotecario, gozando de la prelación que corresponde a dicho crédito, por lo que, una vez satisfecha la deuda a la entidad bancaria acreedora, seguidamente deberá pagarse el crédito de mi mandante, con preferencia al resto de créditos que han motivado los asientos registrales posteriores; c) Que el pago de la mitad de las cuotas del crédito hipotecario que eventualmente deba satisfacer el actor, después del día 1 de septiembre de 2013 y hasta el total pago del crédito, gozarán igualmente de la condición de crédito subrogado en la posición de la garantía hipotecaria que ostenta la entidad bancaria acreedora.

Condenando en definitiva a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y además a D.ª Adolfina, al pago de las cantidades reclamadas, más los intereses indicados.

Todo ello con expresa imposición de las costas causadas en este procedimiento a la Sra. Adolfina, en cualquier caso y en cuanto a los terceros registrales, en la medida que se opongan al ejercicio de la condición resolutoria o, en su caso, a la subrogación

de mi mandante en la posición del crédito que está satisfaciendo por la demandada principal".

En la sentencia dictada en primera instancia se estima la demanda en cuanto al ejercicio de la condición resolutoria expresa, declarando resuelta la adjudicación a favor de la demandada, D.ª Adolfina, la mitad indivisa de la finca registral NUM002, que se debe restituir al demandante; se declara que las cargas posteriores a la condición resolutoria inscrita y constituidas por D.ª Adolfina afectan únicamente a la mitad indivisa de la que es titular; se condena a la demandada, Sra. Adolfina, a satisfacer al actor la suma de 61.297,64 euros, correspondientes a los pagos efectuados por el demandante de la mitad de las cuotas correspondientes al préstamo con garantía hipotecaria devengadas desde el 1 de septiembre de 2007 hasta el 1 de septiembre de 2016. No se estima la total pretensión en cuanto a la reclamación de cantidad, que se formula en la demanda desde mayo de 2007.

Se desestima la petición de que se declare que, respecto a la cantidad reclamada así como a las cuotas que abone hasta la total devolución del préstamo que correspondan a la Sra. Adolfina el crédito del Sr. Pablo gozará de la condición de crédito subrogado en la posición de garantía hipotecaria, y ello al considerar que frente a la entidad prestamista el Sr. Pablo y la Sra. Adolfina son deudores solidarios, por lo que no se da el supuesto contemplado en el artículo 1.210 del Código civil y que, aunque se considerase la subrogación, con ello no podría alterarse el régimen de concurrencia de créditos según las reglas de preferencia y prelación que expresamente contemplan los artículos 1.913, 1.927 y concordantes del Código civil.

Frente a esta resolución interpone recurso de apelación la parte demandante que se centra en los siguientes puntos:

1.- Consecuencias jurídicas en la sentencia del allanamiento de la Sra. Zaira.

La Sra. Zaira presentó escrito en fecha 12 de septiembre de 2014 por el que se allanaba a la demanda, fecha en la que, se afirma, es la titular de los pagarés y es, por tanto, parte procesal legítima al amparo del artículo 10 de la LEC, ya que es la tenedora legítima de la totalidad de los pagarés garantizados por la hipoteca constituida en su garantía.

Entiende la parte apelante que el derecho de disposición sobre los pronunciamientos referidos al ejercicio de la condición resolutoria, a que las cargas constituidas por la Sra. Adolfina afectan exclusivamente a su mitad indivisa y a que el demandante, vía el artículo 1210 del Código civil, se subroga en la misma posición de la hipoteca de La Caixa en relación con los pagos efectuados por cuenta de la Sra. Adolfina, no contraviene ninguna disposición legal y no supone renuncia contra el interés general o en perjuicio de tercero. El allanamiento debía haber sido homologado.

2.- Subrogación del Sr. Pablo en la deuda pagada por cuenta de la Sra. Adolfina.

Reconoce la parte apelante que frente a la entidad crediticia el Sr. Pablo es deudor solidario del crédito, pero esta solidaridad rige exclusivamente frente ésta. Una vez efectuado el pago, no puede negarse el derecho de repetición, vía artículo 1145 del Código civil, del Sr. Pablo frente a la otra deudora solidaria por cuanto haya pagado en exceso a su cuota alícuota. Considera que nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 1210.3 del Código civil, al tener el demandante interés en el cumplimiento de la obligación, quedando subrogado en la parte de la deuda que correspondía a la Sra. Adolfina y esta subrogación se produce con todos sus derechos accesorios, de manera que gozará de la misma prelación y derecho hipotecario de la que gozaba el acreedor a quien el Sr. Pablo ha pagado por cuenta de la Sra. Adolfina.

3.- Enriquecimiento sin causa.

Afirma la parte apelante que la sentencia provoca una situación de enriquecimiento injusto de los terceros hipotecarios por hipotecas y embargos posteriores a la hipoteca de La Caixa, quienes esperando a que el Sr. Pablo pague la totalidad del crédito, incluso la parte del crédito que corresponde a la Sra. Adolfina, ven mejorada su posición sobre el crédito de ésta, al llevar la reclamación del Sr. Pablo para la recuperación del importe pagado de este crédito preferente de la Sra. Adolfina a una posición posterior en el Registro de la Propiedad. De esta manera, los únicos beneficiados de los pagos efectuados por el Sr. Pablo son los terceros acreedores de la Sra. Adolfina, cuyos créditos son posteriores a la deuda que el demandante está pagando.

4.- Dies a quo de la obligación del pago de la deuda de la Sra. Adolfina.

Entiende la parte apelante que en el importe de la condena deben incluirse las cuotas que el Sr. Pablo pagó por cuenta de la Sra. Adolfina correspondientes a los meses de mayo a septiembre de 2007 que también se reclaman en la demanda.

5.- Costas.

Considera que correspondía la condena al pago

de las costas, al haberse producido el allanamiento de la Sra. Zaira con posterioridad a la contestación y por haberse estimado la demanda en su integridad.

Los efectos del allanamiento.

Este complejo procedimiento se inició por demanda interpuesta por D. Pablo contra D.ª Adolfina, quien fue su esposa; contra D. Jeronimo, a cuyo favor figura incrita una hipoteca constituida por la Sra. Adolfina sobre el total de la finca en garantía del pago de los pagarés emitidos de la clase 8ª, números NUM000 a NUM001; contra D. Ricardo, quien ha instado procedimiento de ejecución hipotecaria con fundamento en el impago de cuatro de esos pagarés; contra la Tesorería General de la Seguridad Social, a favor de quien consta inscrita una anotación preventiva de embargo; contra D. Sixto, a favor de quien consta una anotación preventiva de embargo; así como contra los eventuales tenedores futuros de los pagarés.

En fecha 21 de febrero de 2014 tuvo entrada en el juzgado escrito presentado por D.ª Zaira en el que solicita que se la tenga por comparecida y como parte codemandada en su calidad de legítima tenedora de los pagarés números NUM006 a NUM001.

En fecha 20 de marzo de 2014 se dictó auto por el que se admitía su intervención en el procedimiento como demandada.

En fecha 25 de abril de 2014 tuvo entrada escrito presentado por la Sra. Zaira por el que contestaba a la demanda, como titular de cuatro pagarés, los números NUM000 al NUM007.

En fecha 15 de septiembre de 2014 presentó nuevo escrito por el que solicitaba que se le tuviera por desistida de la contestación y por allanada a la demanda.

En septiembre de 2016 presentó nuevo escrito en el que solicitaba que se diera por terminado el procedimiento en relación con ella, dado que carecía ya de interés directo en el procedimiento, al no habérsele entregado los pagarés en los que fundaba su legitimación.

Del examen de los documentos aportados al procedimiento, resulta que la Sra. Zaira se personó como legítima tenedora de los pagarés números NUM000 a NUM001 y en justificación de esa legitimación se aportaba la escritura de elevación a público de contrato privado de fecha 28 de enero de 2014 por el que D. Teodosio transfería a la Sra. Zaira los créditos emanados de esos pagarés. Son esos y no otros los que fundan su legitimidad, pese a las confusas manifestaciones de los escritos presentados con posterioridad.

Se trataría del allanamiento presentado por uno de los codemandados, respecto al que el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de febrero de 2009 ha señalado:

"el allanamiento de parte de los demandados, con oposición de los demás a las pretensiones de la demanda, podrá dar lugar a dos resultados distintos, cuales son: 1º) Que se estime, sin más, la demanda respecto de los allanados y se resuelva el proceso en cuanto a los restantes según lo alegado y probado por las partes mediante la aplicación de las normas jurídicas procedentes, en los supuestos en que quepa la consideración separada de las pretensiones dirigidas contra unos y otros; y 2º) Que no quepa escindir las distintas relaciones jurídicas afectantes a los demandados, allanados o no allanados, o se dé una situación de solidaridad entre los mismos, supuesto en que el allanamiento será ineficaz y resultará posible la desestimación de la demanda frente a todos, pues en caso contrario la sentencia resultaría contradictoria, e inejecutable un pronunciamiento que, como el que se daría en el caso presente, resolviera la división de la cosa común sólo en cuanto a determinados partícipes y no frente a otros".

No se le podría otorgar, por tanto, el valor para la estimación plena de la demanda, cuando, además, se ha reconocido en el procedimiento la legitimación de D. Ricardo.

De la subrogación y de sus efectos.

No se ha discutido que el Sr. Pablo, el demandante, y la Sra. Adolfina, la codemandada, son deudores solidarios frente a la entidad La Caixa de un préstamo con garantía hipotecaria que grava la finca que es objeto de este procedimiento, ni que el Sr. Pablo se ha hecho cargo en exclusiva del pago de las cuotas del préstamo. Reclama en este procedimiento la condena de la Sra. Adolfina a restituirle el importe de la mitad de las cuotas abonadas, pago que le correspondía a ella. También se interesa la declaración de que el actor se subroga en la posición del crédito hipotecario, gozando de la posición que le corresponde a dicho crédito, de manera que una vez satisfecha la deuda a la entidad bancaria acreedora, seguidamente deberá pagarse el crédito del Sr. Pablo, con preferencia al resto de créditos que han motivado los asientos registrales posteriores.

El deudor solidario que hizo el pago (al acreedor que, al amparo del art. 1144 CC, se dirigió exclusivamente contra él), extinguiendo la obligación (todos

los codeudores quedan liberados frente al acreedor), "sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses (legales) de anticipo" (art. 1145 pfo. 2 CC en relación con la presunción de subrogación del art. 1210.3º CC, es decir, no nace una nueva obligación sino que "se liquida" la relación obligatoria existente, SSTS. 12.12.1988, 10.7.1990, 31.12.1992, 25.1.1993, 10.3.1993, 21.4.1993, 19.12.1994, 16.3.1995,....), lo que es expresión de la solidaridad pasiva o de la acción de regreso contra los codeudores, en el sentido de que, con el cumplimiento de la obligación la solidaridad desaparece, y desde ese momento, en el ámbito interno de los deudores, ha de considerarse dividida entre todos (deudores exclusivos de la parte de la deuda proporcional a la cuota que a cada uno corresponda en la obligación, y para determinar esta participación ha de estarse a lo que derive del negocio constitutivo de la obligación solidaria o de las relaciones internas entre los codeudores y, en último término, al criterio de la división por partes iguales), pues ese ámbito interno está presidido por las ideas de división o mancomunidad y de mutua garantía.

El Tribunal Supremo en sentencias de 11 de octubre de 2007, 23 de octubre de 2008 o 13 de octubre de 2009 ha considera que la posición del deudor solidario que satisface el total de la deuda es la prevista como de subrogación del artículo 1210.3 del Código civil, precepto que establece la presunción de que hay subrogación cuando pague el que tiene interés en el cumplimiento de la obligación. Como señala la primera de las citadas "la subrogación, a diferencia de la acción de reembolso o regreso del artículo 1158 del Código Civil, que supone el nacimiento de un nuevo crédito contra el deudor en virtud del pago realizado, el cual extingue la primera obligación, transmite al tercero que paga el mismo crédito inicial, con todos sus derechos accesorios, privilegios y garantías de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1212 del Código Civil - Sentencias del Tribunal Supremo de 16 junio 1969, 12 junio 1976, 29 mayo 1984, 13 febrero 1988 y 15 noviembre 1990 -".

El crédito que se transmite, por razón de la subrogación, es el mismo, y en toda su integridad, extensión y contenido, sin que sufra, la más mínima alteración, salvo en la exclusiva del cambio de personas, la del cedente por el cesionario subrogado como nuevo acreedor, el que podrá exigir su cumplimiento en los propios términos en los que les hubiere podido ejercer su anterior acreedor del que es sucesor, manteniendo el titulo todo su valor y eficacia, sin alteración alguna, pues en nada le ha de afectar aquel cambio en la persona de su titular. En consecuencia, se ha de desestimar el recurso de apelación formulado, con plena ratificación de la resolución dictada en primera instancia.

Ha señalado también el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de febrero de 1999 que "la subrogación opera extinguiendo el derecho de cobro del primitivo acreedor, al quedar satisfechos sus intereses, pero el crédito queda subsistente, adquiriendo el solvens el derecho de crédito del acreedor pagado -escritura de 23 de enero de 1986-, por lo que accede a su propio crédito, con todos sus accesorios, anexos y garantías, conforme al art. 1212 CC (sentencias de 23-6-1969, 13-2-1988 y 15-11-1990) y por tanto con los privilegios que ostentaba, lo que determina que pueda exigir el pago llevado a cabo en la postura de acreedor, por lo que le corresponde también el privilegio preferencial que establece el número tercero del art. 1923 CC respecto a los créditos de su número cuarto".

Todo ello lleva a la estimación del recurso, a la revocación de la sentencia de instancia y a declarar que el demandante se subroga, en cuanto a las cantidades abonadas y que abone del préstamo cuyo pago corresponde a la Sra. Adolfina, en la posición del acreedor hipotecario, gozando de la prelación que corresponde a dicho crédito, por lo que, una vez satisfecha la deuda a la entidad bancaria acreedora, seguidamente deberá pagarse el crédito del demandante, con preferencia al resto de créditos que han motivado los asientos registrales posteriores.

Importe de la reclamación.

Aun cuando del convenio regulador se deriva que la Sra. Adolfina debía hacerse cargo en exclusiva de las cuotas del préstamo con garantía hipotecaria desde el mes de septiembre de 2007, hasta ese momento debía abonar el 50% que le correspondía.

De la documentación aportada con el escrito de demanda resulta que el Sr. Pablo abonó la integridad de la cuota con anterioridad, desde el mes de mayo de 2007, lo que incluye la parte que correspondía a la Sra. Adolfina, lo que le legitima a reclamar la cantidad que ella debía haber abonado.

El recurso debe ser estimado en este punto e incrementar el importe de la condena en la suma correspondiente al 50% de las cuotas pagadas entre los meses de mayo y agosto de 2007, ambos inclusive, esto es, 2.637,17 euros, salvo error u omisión. De esta manera, la cantidad a cuyo pago debe ser condenada la demandada asciende a 63.934,81 euros.

Cuestiones procesales

IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA DEL INFORME PSICOSOCIAL

GRABACIONES DE UN PROGENITOR Y LOS HIJOS

NO EXISTE LITISPENDENCIA NI PREJUDICIALIDAD

IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA DEL INFORME PSICOSOCIAL

AP A MADRID, SEC. 24.ª SENTENCIA DE 10/01/2019

No procede acordar la práctica de informe psicosocial en un procedimiento de modificación de medidas en el que se pide el cambio de custodia individual por compartida, pues no se ha probado el primer requisito, esto es, una alteración de las circunstancias.

Por la representación de don Narciso se interpuso recurso de apelación manifestando una indebida negación de la práctica del informe del equipo psicosocial, que vulnera el artículo 92 del Código Civil y del interés superior del menor.

Se había solicitado la modificación de medidas y se había solicitado un cambio de custodia de la madre a una custodia compartida y se interesó esta prueba esencial y no se da cumplimiento para escuchar a la menor y se impide que quede probada una variación sustancial de las circunstancias respecto del divorcio y un beneficio de la custodia compartida.

...Centrado en los anteriores términos al recurso de apelación en lo que constituye el primer motivo sobre la indebida denegación de un informe psicosocial, se remite esta Sala a todo lo actuado en el procedimiento y sobre lo que constituye la admisión de pruebas y de la prueba que queda establecida en el artículo 281 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, siendo facultad del juez su admisión, pudiendo este en su caso, inadmitir o admitirla, no siendo admisible cuando no tiene relación con lo que es objeto del proceso, o se considere pertinente, ni tampoco aquellas que sean inútiles o prohibidas por la ley.

Nos encontramos con una solicitud de modificación de medidas y como premisa previa para su estimación ha de acreditarse una modificación o alteración sustancial de las medidas adoptadas, ya por esta Sala con igual criterio y mediante auto de fecha 21 de marzo de 2018 estimó que no era necesario, ni conducente el recibimiento del pleito a prueba para la práctica de lo que se proponía, que fue objeto de recurso de reposición y su tramitación y se acordó mediante auto de fecha 13de junio la desestimación del recurso y la confirmación de no haber lugar al recibimiento del procedimiento a prueba.

Por lo que sin perjuicio de lo que con posterioridad se expresara y se manifestara no se ha hecho ninguna infracción, ni indebida denegación de un informe psicosocial, porque no se ha considerado probado el primer elemento que debe de dar y probar que es la circunstancia de una alteración sustancial de las circunstancias para la modificación solicitada.

GRABACIONES DE UN PROGENITOR Y LOS HIJOS

AP A CORUÑA, SEC. 6.ª
SENTENCIA DE 25/03/2019

La prueba es ilícita, pues se ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que consagra el art. 18.3 de la Constitución. Son conversaciones que mantenían el padre con sus hijos que por su propia naturaleza forman parte de la relación de intimidad entre ellos, sin que la madre tenga derecho a interferir las mismas salvo que dispusiese de la necesaria autorización judicial si la hubiese solicitado por existir algún indicio delictivo.

Se plantea la ilicitud de la prueba consistente en la reproducción de la grabación captada supuestamente entre la recurrente y sus hijos.

...Conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, será ilícita la prueba de una grabación de una prueba si se graba por terceros (cuando los interlocutores no son parte en el procedimiento) y cuando trata de aspectos que se refieren a la vida íntima de la persona a quien se graba.

En tal sentido, la sentencia de la de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 20 de noviembre de 2014, dice:

"Al ser indiscutible que la demandada grabó la conversación que mantuvo con el demandante, pese a que sea difícil la reproducción porque la grabación es casi inaudible, según se afirma en la instancia, debe decidirse si la conversación grabada afectaba a la esfera de la intimidad personal del demandante, requisito necesario para que se haya producido una vulneración de la intimidad.

Para responder a esta cuestión hemos de acudir a la doctrina del Tribunal Constitucional, que en su STC 170/2013, de 7 de octubre declara lo siguiente: "según reiterada jurisprudencia constitucional, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), "implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana". A fin de preservar ese espacio reservado, este derecho "confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido". Así pues, "lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada" (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 93/2013, de 23 de abril, FJ 8). En cuanto a la delimitación de ese ámbito reservado, hemos precisado que la "esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena"; en consecuencia "corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno" (STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 3), de tal manera que "el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad" (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2). Asimismo, también hemos declarado que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 5) ".

... En el presente caso, en la sentencia se limita el régimen de comunicaciones y visitas del progenitor no custodio porque este ha vendido utilizando las mismas con sus hijos para realizar averiguaciones sobre relaciones personales y sociales de la madre de forma obsesiva, dado que no ha asumido oportunamente la separación.

La prueba en que se ha sustentado tal afirmación es la declaración de la demandante, grabaciones de las conversaciones del padre con los hijos y correos y conversaciones de WhatsApp entre el recurrente a D. ª Inmaculada.

En primer, en cuanto a la cuestión planteada res-

pecto a la licitud de la prueba de las grabaciones, cabe considerar que, a través de dicha prueba, se ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que consagra el artículo 18.3 de la Constitución. Son conversaciones que mantenía D. Fructuoso con sus hijos que por su propia naturaleza forman parte de la relación de intimidad entre los mismos, sin que la madre tenga derecho a interferir las mismas salvo que dispusiese de la necesaria autorización judicial si la hubiese solicitado por existir algún indicio delictivo. El contenido de la patria potestad no alcanza al desvirtuar ni limitar el derecho fundamental a la libertad y secreto de las comunicaciones que pertenece, esencialmente, a los propios hijos y, en este caso, al padre de los mismos, que ostenta un pleno derecho fundamental a mantener conversaciones íntimas con los mismos de carácter confidencial. Las únicas excepciones establecidas por la jurisprudencia a este respecto se refieren a las conversaciones en las que interviene la propia persona que interviene en la misma, lo que tampoco es el caso de autos.

Por otra parte, ambas partes, tal y como se señala en la sentencia están conformes en que se establezca un régimen de visitas con el progenitor paterno. Y se señala en la sentencia que redunda en interés de los menores el establecimiento de un régimen de visitas con el progenitor no custodio, de forma que permita desarrollar su relación paterno - filial con él, adecuadamente.

Además, si se estima conveniente el régimen de visitas y comunicación con el progenitor paterno, si en este último existe una voluntad controladora sobre su excónyuge, la solución no es restringir las visitas y las comunicaciones; hecho que, en último extremo, perjudica a los hijos. Si tal régimen daña a los menores, entonces lo que procede es suspenderlo. No cabe establecer una restricción del mismo con el progenitor paterno como un castigo a este último. Tampoco, se entiende como puede corregir la conducta errónea del padre. Además, se sigue manteniendo la comunicación, con lo cual no se garantizaría la voluntad controladora. Las medidas a adoptar serían otras.

El acta de exploración del menor Indalecio ponen de manifestó el deseo del mismo de estar con su padre.

En todo caso, el padre debe de cesar en cualquier tipo de conducta expuesta por la actora. Es inapropiada. El riesgo de su permanencia es, como mínimo, la posibilidad de la suspensión del régimen de visitas y comunicación con sus hijos.

NO EXISTE LITISPENDENCIA NI PREJUDICIALIDAD

AP A BALEARES, SEC. 4.ª SENTENCIA DE 25/02/2019

No existe litispendencia ni prejudicialidad entre el procedimiento de modificación de medidas en el que se pretende la extinción del uso de la vivienda familiar, y el procedimiento ordinario en el que se ejercita una acción derivada de un negocio fiduciario.

En la alegación o motivo tercero del recurso, la parte apelante impugna el Fundamento de Derecho tercero, por infracción de lo establecido en los artículos 217 y 218 de la LEC y 43 de la misma Ley. Y ello habida cuenta que considera que en el presente caso se da el requisito previsto en el art. 43 al estar pendiente la resolución del litigio entre las partes sobre la titularidad del inmueble cuyo uso se discute.

Dicha alegación o motivo del recurso también debe ser desestimado. Y ello habida cuenta que lo razonado por la Juez " a quo" en el Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de instancia es totalmente correcto y ajustado a derecho. Por cuando conforme se indica acertadamente en el mismo la atribución del uso del domicilio familiar cuando no existen hijos menores de edad, puede hacerse a favor de un cónyuge con independencia de quién sea titular de la vivienda (también cuando es propiedad de ambos), por lo que lo que se resuelva en el procedimiento ordinario en el que se ejercita una acción derivada de un negocio fiduciario no afecta a la decisión adoptada en el procedimiento, no existe litispendencia ni prejudicialidad.

En el supuesto que ahora nos ocupa lo único que se ha resuelto es una cuestión de derecho de familia, la aplicación del párrafo tercero del art. 96 del CC, por lo que para dicha resolución no es necesario que se decida antes la cuestión que constituye el objeto del procedimiento ordinario al que se refiere la parte apelante.

Ejecución sentencias

VALIDEZ DEL PACTO QUE CONSTA EN DOCUMENTO PRIVADO

NO CONCURRE PREJUDICIALIDAD CIVIL POR HABER IMPUGNADO LA PATERNIDAD

VALIDEZ DEL PACTO QUE CONSTA EN DOCUMENTO PRIVADO

AP BALEARES, SEC. 4.ª
AUTO DE 12/04/2019

Es cierto que el pacto suscrito con posterioridad a la sentencia de mutuo acuerdo no parece documentado en escritura pública pero no por ello debe rechazarse su consideración en este procedimiento de ejecución pues la escritura pública sólo es exigible, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 556.1 de la Lec, cuando se trate de pactos o transacciones a que se hubiese llegado para evitar la ejecución de la sentencia.

Destaca la parte apelante que la contraria ocultó deliberadamente al Juzgado el acuerdo suscrito entre los litigantes el 31 de julio de 2.014 y que modificó el convenio regulador del divorcio, de fecha 4 de noviembre de 2.013, en concreto su cláusula segunda del pacto tercero. Así, concluye que si bien inicialmente el convenio regulador del divorcio preveía que la Sra. María Dolores residiese y utilizase en exclusiva, hasta su venta, los inmuebles comunes, encargándose igualmente ella sola de abonar las cuotas correspondientes de los préstamos hipotecarios, mientras el Sr. Norberto asumía íntegramente el pago de las cuotas de dos préstamos personales y, en caso de liquidación de alguno de ellos o si llegase a percibir un salario superior, contribuyera con unas cantidades concretas al pago de las citadas cuotas hipotecarias a fin de rebajar o disminuir la obligación de la Sra. María Dolores, las partes, el 31 de julio de 2.014, de común acuerdo y de conformidad con el propio convenio regulador del divorcio, decidieron arrendar los inmuebles y destinar al pago de las cuotas de los préstamos hipotecarios las rentas obtenidas, asumiendo la Sra. María Dolores cualquier diferencia que pudiera haber para cubrirlas, así como las situaciones de impago.

Se opone al recurso la parte contraria, advirtiendo que lo pretendido por el apelante no es sino sustituir por su criterio el más objetivo de la juzgadora. Niega la ocultación del acuerdo de 31 de julio de 2.014 y sostiene que éste no extingue ni modifica el convenio regulador del divorcio, sino que tan solo atañe a la atribución de uso del domicilio familiar y atribuye a la ejecutante el Sr. Norberto la facultad de arrendar dicho inmueble. Sostiene asimismo que nos hallamos ante un procedimiento de ejecución de título judicial, con las consecuencias que ello tiene en cuanto a la oposición a la ejecución.

La juzgadora considera que la lectura del acuerdo de 2.014 desvela que la diferencia que pudiera

existir entre la renta abonada y la cuota hipotecaria a satisfacer por la ejecutante debe ser asumida por ella, lo que está referido exclusivamente a la parte de cuota hipotecaria que no quede cubierta con la renta, pero no a otros gastos como el del pago de la tasa de residuos sólidos urbanos, cosa que no aparece expresada en el mencionado acuerdo, no resultando posible deducirlo de forma implícita. Por otra parte, sostiene la juez de primera instancia que no se han refinanciado los préstamos personales han sido cancelados por el Sr. Norberto, por lo que debe aplicarse el convenio de divorcio de 2.013, sin que éste resulte tampoco alterado por el hecho de que a partir del acuerdo de 2.014 se cubran las cuotas hipotecarias con lo obtenido por renta.

Por consiguiente, el núcleo de la discusión se encuentra en el pretendido incumplimiento que deriva del convenio de divorcio de 4 de noviembre de 2.013, homologado por sentencia de 20 de noviembre del mismo año, según el cual en caso de que alguno de los préstamos personales, de los que se hace cargo en exclusiva Don Norberto, se liquidaran antes de la venta de los inmuebles, éste se obliga hasta que se produzca tal enajenación, a ingresar en la cuenta corriente designada por D.ª María Dolores una cantidad igual a la última cuota pagada del préstamo o préstamos liquidados, haciendo notar la ejecutante que el Sr. Norberto canceló los dos préstamos personales por los que se giraban unas letras mensuales respectivas de 221,84 euros (cancelado en septiembre de 2.016) y 106,11 euros (cancelado en abril de 2.016), sin que haya cumplido voluntariamente con el pacto de abonar mensualmente a la Sra. María Dolores la cantidad igual a la última cuota pagada del préstamo liquidado.

Nos hallamos en sede de procedimiento de ejecución de un título judicial (art. 517.1º de la Lec.), cuyas causas de oposición se encuentran rigurosamente tasadas. Así, el art. 556.1º de la Lec. las reduce al pago o cumplimiento de lo ordenado, la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones a que se hubiese llegado para evitar una ejecución, siempre que los mismos consten en documento público. Es cierto que el pacto de 2.014 no aparece documentado en escritura pública - circunstancia a la que no hacen referencia alguna las partes ni la juzgadora- pero no por ello debe rechazarse su consideración en este procedimiento, pues como expone el A.A.P. de Barcelona (Sección Duodécima) nº 285/2.006, de 11 de diciembre, cuyo criterio asumimos, cuando sucede, como en este caso en que el Sr. Norberto alega que no ha incumplido el convenio de divorcio y que se ha ceñido al pacto posterior al mismo, tal causa de oposición a la ejecución puede sustentarse en documento privado, sin necesidad de que se haya elevado a público, pues tal forma instrumental sólo es exigible, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 556.1 de la Lec., cuando se trate de pactos o transacciones a que se hubiese llegado para evitar la ejecuc ión de la sentencia.

Por otra parte y desde una perspectiva general, conviene recordar con la S.T.S. nº 217/2.011, de 31 de marzo, que se refiere a la sentencia del mismo Tribunal dictada el 23 de diciembre de 1.988, la distinción entre convenio regulador y acuerdos transaccionales posteriores, habiendo reconocido el alto Tribunal que "(...)una vez homologado el convenio (...), los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial". Del mismo modo, la S.T.S. de 22 abril 1.997 declaró que "es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes". "No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez", teniendo en cuenta que el hecho de que no hubiera sido homologado por el juez, sólo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no por ello pierde eficacia procesal en cuanto negocio jurídico, que se regirá de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1.255, 1.256, 1.258, 1.261 y concordantes del Código Civil.

Llegados a este punto y dejando igualmente constancia de que no se discuten materias de orden público, sino propias de la libre disposición de las partes, afrontamos desde este momento la argumentación de fondo del recurso.

Comprobamos que en el convenio regulador del divorcio, de 4 de noviembre de 2.013, se atribuyó a la ejecutante el uso exclusivo de los inmuebles comunes (vivienda familiar, dos plazas de aparcamiento y un trastero). Se acordó también la venta de dichos inmuebles, así como que las cuotas de sendos préstamos hipotecarios identificados se abonarían, desde diciembre de 2.013 y hasta la enajenación de los mencionados inmuebles, exclusivamente por D.ª María Dolores. Fue pactado igualmente que los dos préstamos personales también identificados en el convenio serían asumidos en exclusiva y hasta la venta de los inmuebles comunes por Don Norberto y en el caso de que alguno de estos préstamos per-

sonales fuera liquidado antes que la enajenación de dichos inmuebles, el Sr. Norberto se comprometía a ingresar mensualmente en la cuenta que designara D.ª María Dolores una cantidad igual a la última cuota pagada del préstamo o préstamos liquidados, que aquella destinaría obligatoriamente a abonar las cuotas de los préstamos hipotecarios y, si antes de la venta de los inmuebles Don Norberto llegara a percibir un salario neto superior a 1.000 euros se obligaba, hasta la venta de los inmuebles, a ingresarle a D.ª María Dolores el importe de 150 euros al mes, suma que también con carácter obligatorio, debería dedicar aquella a pagar los préstamos hipotecarios.

A la vista de tales acuerdos, la Sala considera que se estableció en el convenio la distribución proporcional para cada una de las partes de las correspondientes cargas económicas que afectaban a los inmuebles comunes que, como hemos dicho, se adjudicaron para uso exclusivo de D.ª María Dolores, así como las referidas a los dos préstamos personales de asunción exclusiva por Don Norberto, aunque previendo que éste fuera liberándose de alguna de estas cargas o cobrara un sueldo mayor, circunstancias que justificaban un trasvase dinerario a la Sra. María Dolores para aliviar su gravamen hipotecario.

Acudiendo ahora al acuerdo posterior, de 31 de julio de 2.014, observamos que los contratantes determinaron que cualquier otra solución frente a terceros diferente de la venta, como el alquiler con o sin opción de compra de los bienes comunes, deberá ser consensuada y el contrato estaría documentado y suscrito por ambos litigantes, y acordaron que D.ª María Dolores quedaba facultada para que pudiese arrendar los inmuebles comunes en las condiciones que se expresan, así como que las rentas percibidas fuesen destinadas obligatoriamente al pago de las cuotas de los dos préstamos hipotecarios, asumiendo la Sra. María Dolores cualquier diferencia que existiese para cubrirlas y los impagos de la parte arrendataria, así como los costes y honorarios del proceso judicial de desahucio y reclamación de cantidades.

Atendiendo a tales pactos considerados en conjunto -los del convenio regulador del divorcio y los contenidos en el pacto de 2.014-, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1.281 y 1.285 del Código Civil, no considera la Sala que los acuerdos de 2.014 supongan únicamente la modificación del convenio regulador del divorcio en relación con la atribución de uso de los inmuebles comunes, porque se recoge en este último acuerdo una forma de explotación de los mismos no prevista en el convenio de divorcio, a fin de que resulten económicamente productivos con objeto de que las rentas obtenidas sirvan para satisfacer las cuotas de los préstamos hipotecarios. Por ello, se incluye en el acuerdo de 2.014 la regulación de las consecuencias de los posibles impagos de la renta y posteriores acciones judiciales, gastos que debe asumir exclusivamente la Sra. María Dolores.

Por otra parte, los préstamos personales no han sido cancelados, sino refinanciados, hipótesis no contemplada por los litigantes en sus pactos, pero tal refinanciación no pone fin a la carga financiera derivada de los mismos aun cuando tal carga financiera se haya visto disminuida. Ahora bien, el convenio de 2.013 se refiere a la liquidación de alguno de estos préstamos, porque es ésta y no su mera refinanciación la que supone propiamente la liberación de recursos económicos propios del Sr. Norberto y comporta que éste participe, en la forma que el propio convenio de divorcio concreta, en el abono de las cuotas hipotecarias que gravan los inmuebles comunes, situación que como decimos, no se ha producido.

En concreto, por lo que respecta a la suma de 58,75 euros, que corresponde a la tasa de residuos sólidos urbanos del año 2.015, debemos acoger el recurso asumiendo en este punto las alegaciones del Sr. Norberto. No debe perderse de vista que este gasto se establece en el acuerdo de 2.014 como cantidad asimilada a la renta y a cargo del arrendatario; en los contratos arrendaticios incorporados a autos se establece efectivamente que corresponde su pago al arrendatario, sin olvidar que el pacto segundo de dicho acuerdo de 2.014 determina que es D.ª María Dolores quien asume los impagos de los arrendatarios, entre los que se encuentra como cantidad asimilada a la renta la tasa indicada. Además, no consta que los arrendatarios hubiesen dejado de abonarla.

De la misma forma, hemos de acoger el recurso respecto de las cantidades de 1.379,43 euros y 1.774,72 euros, puesto que, como dijimos, no pueden considerarse liquidados los préstamos personales, sino refinanciados y sin olvidar la nueva fuente de financiación de los préstamos hipotecarios que gravan las viviendas comunes a través del alquiler.

NO CONCURRE PREJUDICIALIDAD CIVIL POR HABER IMPUGNADO LA PATERNIDAD

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª AUTO DE 14/01/2019

No puede apreciarse la prejudicialidad civil en el proceso de ejecución por impago de pensiones alimenticias porque se haya interpuesto un procedimiento de impugnación de la paternidad.

D.ª María Inmaculada formuló demanda de ejecución de título judicial frente a D. Eusebio virtud de la sentencia de divorcio de 17 de junio de 2005 por la que se establecía una pensión de alimentos por importe de 240 euros mensuales a cargo del padre y en favor del hijo común. Mantiene la parte ejecutante que se ha producido el incumplimiento del pago de la pensión de alimentos desde junio de 2016 a febrero de 2017. Acordado el despacho de ejecución, la parte ejecutada formuló oposición alegando la existencia de prejudicialidad civil y litispendencia en cuanto que se había formulado demanda de impugnación paternidad que ha dado lugar a los autos de juicio de filiación 728/17 de Juzgado de 1ª Instancia Único de DIRECCION000 y los autos de modificación de medidas nº 1268/16 de Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Córdoba.

El auto del juzgado de instancia desestimó la oposición planteada y frente la misma la procuradora Sra. Calero Serrano en representación de D. Eusebio formuló recurso de apelación en el que invocaba la infracción del principio de protección a la tutela judicial efectiva.

El único motivo de apelación se refiere a la infracción del principio de protección a la tutela judicial efectiva, en el cual se reiteran nuevamente los argumentos de la demanda de oposición a la ejecución en la que se planteaba la existencia de prejudicialidad civil y litispendencia como consecuencia de los procedimientos de de impugnación de la paternidad nº 728/17 seguido en el Jugado de 1ª Instancia Único de DIRECCION000 y el procedimiento de modificación de medidas nº 1268/16 del Juzgado de 1ª instancia nº 5 de Córdoba.

Con carácter previo hay que señalar que en los procedimientos de ejecución existe un régimen especial para la suspensión en los artículos 565 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no resulta aplicable el régimen contemplado en los artículos 43 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fase declarativa. En el artículo 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se establece que:

"Solo se suspenderá la ejecución en los caso en que la Ley lo ordene de modo expreso, o así lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución".

Por lo tanto, nos encontramos que el especial régimen de la suspensión en la fase de ejecución presenta un carácter restrictivo. Pero es que además, por lo que se refiere a la existencia del procedimiento de impugnación de la paternidad, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015 ha reconocido la procedencia del abono de la pensión de alimentos por quien aparecía como progenitor hasta el momento de la resolución judicial por la que se estima la impugnación de la paternidad. Por otro lado, la posible modificación o extinción del importe de la pensión de alimentos a través del procedimiento de modificación de medidas sólo produciría sus efectos a partir de la fecha de la firmeza de la resolución judicial que acuerde la minoración o extinción de la pensión de alimentos tal y como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2014.

Por lo tanto, a tenor de lo expuesto procede desestimar este motivo de apelación.

Regímenes económicos

NO PUEDE DISCUTIRSE EL CARÁCTER GANANCIAL FRENTE A TERCEROS

REINTEGROS POR OBRAS EN BIENES PRIVATIVOS

NO QUEDA ACREDITADO EL PRÉSTAMO ENTRE FAMILIARES

NO PUEDE DISCUTIRSE EL CARÁCTER GANANCIAL FRENTE A TERCEROS

AP CUENCA, SEC. 1.ª
SENTENCIA DE 19/02/2019

El debate en el procedimiento de liquidación podrá extenderse a la consideración o no de un determinado bien o deuda como ganancial o privativa, pero no cabe discutir el carácter ganancial o no de determinados bienes frente a terceros que aparecen como titulares de los mismos, sin perjuicio de las acciones que frente a éstos puedan ejercitar los cónyuges, o cualquiera de ellos.

Respecto de las cuentas bancarias y los vehículos, procede desestimar el recurso, con la salvedad de la cuenta bancaria que más adelante se indicará, pues la titularidad de tales partidas por parte de terceros ajenos al pleito impide su inclusión en este trámite.

En este sentido, la SAP de Cuenca de 11-05-2005 dice: "Discrepa la parte apelante de los términos que se contienen en la resolución recurrida por considerar que ciertos bienes excluidos del activo de la sociedad legal de gananciales deberían haberse incluido en el mismo. Antes de proceder, empero, al análisis de cada una de las quejas de la parte apelante, importa poner aquí de manifiesto cual es el verdadero objeto del presente procedimiento. En efecto, entre los procesos especiales a los que se refiere el Título IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, concretamente, en el capítulo segundo del título segundo, se regula el iter procesal que ha de darse a los procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial. Así, desde el momento mismo en que se admite la demanda de nulidad, separación o divorcio (también con posterioridad al dictado de la sentencia) podrá cualquiera de los cónyuges solicitar la formación de inventario, debiendo acompañar una propuesta en la que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deben incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil (especialmente, artículos 1.397 y 1.398 del Código Civil). Citado el cónyuge contrario, procederá el Sr. Secretario judicial a formar el meritado inventario, sujetándose, como es lógico, a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico matrimonial de que se trate (en nuestro caso, sociedad legal de gananciales). Si se suscitare, como así ha sido, controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, se citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. Así pues, el objeto del presente procedimiento no es, no ha sido, otro que la formación del correspondiente inventario relativo a los bienes, derechos, cargas y obligaciones que conformaban el patrimonio ganancial, de conformidad con las

reglas de derecho material referidas, de tal suerte que el debate podrá extenderse a la consideración o no de un determinado bien (o deuda) como ganancial o privativa. Desde luego, sin embargo, no es éste un proceso apto para discutir en el mismo el carácter ganancial o no de determinados bienes frente a terceros que aparecen como titulares de los mismos, aunque solo fuera porque, como es obvio, éstos no forman parte de tan singular proceso especial y carecería de todo sentido su inclusión en el activo patrimonial de la sociedad de gananciales frente a aquéllos (inaudita parte), frustrando, además, la posterior liquidación de aquélla sociedad legal ante la absoluta precariedad de dicha declaración. Cosa distinta es que los cónyuges, o uno cualquiera de ellos en beneficio de la comunidad, ejercite las correspondientes acciones frente a terceros, procediéndose, en su caso, a una posterior liquidación complementaria".

Bajo tales parámetros, únicamente procede la inclusión de la cuenta bancaria NUM001, pues de la documental aportada se desprende su carácter ganancial, como así viene a reconocerse por la parte apelada en su escrito de oposición al recurso.

REINTEGROS POR OBRAS EN BIENES PRIVATIVOS

AP CIUDAD REAL, SEC. 1.ª SENTENCIA DE 04/02/2019

Los reintegros por obras en bienes privativos los limita al art. 1359.1 CC a si merecen la calificación de mejoras o impensas útiles, dado que las de pura conservación y administración ordinaria son de cuenta de la comunidad, según lo así establecido en el art. 1362 CC, y de no llevarse a cabo darían lugar a la inclusión en el pasivo de un crédito favorable al titular del bien privativo por el demérito sufrido debido al uso en beneficio de la comunidad (art. 1398.2 CC). Las obras necesarias para dotar de habitabilidad al inmueble, en cuanto tales, corresponde su abono al consorcio ganancial, en justa contraprestación por el uso y consiguiente deterioro del bien privativo.

Por lo demás, pretende subsidiariamente en su recurso D. Luis que se tengan en cuenta a la hora de cuantificar el crédito de la esposa las cantidades abonadas con dinero ganancial para financiar distintas obras realizadas en la vivienda que se detallan y cuantifican en su escrito de recurso.

Vaya por delante que no estamos en el momento de cuantificar las distintas partidas del activo y del pasivo si lo hubiera, lo que es propio de la fase de avalúo, limitándonos en este momento a determinar el inventario ganancial.

En liquidación de gananciales, los reintegros por obras en bienes privativos los limita al art. 1359. 1 CC, si merecen la calificación de mejoras o impensas útiles, dado que las de pura conservación y administración ordinaria son de cuenta de la comunidad, según lo así establecido en el art. 1362 CC, y de no llevarse a cabo darían lugar a la inclusión en el pasivo de un crédito favorable al titular del bien privativo por el demérito sufrido debido al uso en beneficio de la comunidad (art. 1398.2 CC). Las obras necesarias para dotar de habitabilidad al inmueble, en cuanto tales, corresponde su abono al consorcio ganancial, en justa contraprestación por el uso y consiguiente deterioro del bien privativo (Sentencia de AP Asturias de 24 de febrero de 2014).

El párrafo segundo del citado art. 1359 CC, para el caso de que la mejora o incremento patrimonial haya sido realizado con fondos comunes o la actividad de cualquiera de los cónyuges ordena el reembolso a la sociedad de gananciales, no del valor satisfecho, sino del aumento de valor del bien mejorado, como señala la Senten cia del TS de 23 de octubre de 2003, aumento que ha de medirse en el momento de disolución de la sociedad de gananciales o en el momento de la enajenación del bien mejorado (Sentencias del TS de 4 de noviem-

bre de 1998, de 30 de marzo de 1999, de 18 de septiembre de 1999 y, así como las Sentencias de AP Valencia de 25 de junio de 2009, de AP Alicante de 7 de octubre de 2010 y de AP Albacete de 3 de febrero de 2014).

Por tanto, en nuestro caso una vez concluido el carácter no ganancial de la vivienda que constituyó domicilio de la familia se habrá de reembolsar a la sociedad no solo el importe invertido para la construcción sino el incremento de valor consecuencia de las mejoras introducidas en la misma, al margen de las obras de mera conservación y de administración ordinaria que, como hemos dicho, son de cuenta de la comunidad.

NO QUEDA ACREDITADO EL PRÉSTAMO ENTRE FAMILIARES

AP CIUDAD REAL, SEC. 1.ª SENTENCIA DE 18/01/2019

La retirada del dinero por el padre de la esposa no es prueba suficiente que determine que se realizó un préstamo al matrimonio. El contrato de préstamo requiere para su perfección la entrega de la cantidad que constituye su objeto, y a estos efectos no puede considerarse suficiente prueba la manifestación del padre, que además de ser imprecisa no recuerda siquiera la forma de entrega.

Con similares argumentos relativos a la concurrencia de infracción procesal, aludiendo a la carga de la prueba, así como error en la apreciación de la misma, en cuanto entiende que debió contemplarse en el pasivo el préstamo que afirma le entregó su padre por valor de treinta mil euros en fecha 23 de junio de 2009, ya que si se parte del reconocimiento de la existencia de prueba de que dicho préstamo existió y este es coincidente con la adquisición de la vivienda de la CALLE001, entiende suficientemente acreditada la procedencia de su inclusión.

La Sentencia de Instancia no reconoce la prueba de la existencia del préstamo, pues, aunque considera el documento aportado y que solo evidencia que el padre de la apelante retiró 30.000 euros de la cuenta de su titularidad, no entiende suficiente dicho dato, añadiendo que incluso el padre no recuerda si lo entregó en mano o mediante transferencia.

La retirada del dinero por el padre de la demandante no es prueba suficiente que determine se realizó un préstamo. El contrato de préstamo requiere para su perfección la entrega de la cantidad que constituye su objeto, y en este aspecto no puede considerarse suficiente prueba la manifestación del padre, que a la par es imprecisa en cuanto no recuerda siquiera la forma de entrega, ni la de la propia parte. Insertas tales declaraciones en un litigio sobre la liquidación de la sociedad de gananciales y tras un contexto de crisis matrimonial, tal manifestación no puede, valorada conforme a las reglas de la sana crítica (art.376 de la LEC), ser suficiente prueba.

Se incide por la apelante, como elemento de hecho que la retirada de cantidad sea fue un día antes a la compra de la vivienda. Con dicho argumento entiende que dicho dato o elemento constituye como presunción suficiente de la existencia de un contrato de préstamo, pero dicho dato no puede ser tenido como suficiente a tales efectos, al no conllevar con enlace preciso y directo la conclusión que pretende. Así dispone el art. 386 de la LEC que “A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”

No existe, pues, errónea valoración de la prueba practicada, ni infracción de las reglas de la carga de la prueba, pues corresponde a la demandante quien insta tal inclusión acreditar la existencia de la deuda que pretende integrar en el pasivo. Por lo expuesto, no existe inaplicación del art. 217 del código civil, sino una valoración de la insuficiencia de la prueba de la demandante que ha de ratificarse.

Acciones de filiación

FILIACIÓN PATERNA A PESAR DE QUE CADUCÓ LA ACCIÓN

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª
SENTENCIA DE 09/01/2019

La acción de reclamación de filiación paterna ejercitada por el actor está caducada en virtud de lo dispuesto en el art. 133.2 CC, pero ello no impide de que pueda declararse la filiación conforme a lo dispuesto en el art. 131 CC aplicando el principio "iura novit curia".

Resultan de relevancia para la resolución del presente pleito los siguientes antecedentes:

En 2.008 nace Pedro Francisco.

El actor se considera padre de Pedro Francisco, afirma que la demandada se lo reconoció hace tiempo.

La Diputación Foral concedió a la abuela del niño, María Cristina, la custodia del menor, retirándosela a la madre.

Tomás ha conseguido mantener visitas esporádicas con el menor, con el consentimiento de la abuela materna, manteniendo así la relación con el niño.

En la presente demanda solicita el reconocimiento de la paternidad y el establecimiento de un régimen de visitas para comunicarse con Pedro Francisco, ejercita la acción prevista en el art. 133 CC, sin citar cual de sus párrafos resulta de aplicación.

La prueba de ADN practicada en el procedimiento no permite excluir a Tomás como padre biológico de Pedro Francisco, existe una probabilidad del 99,99999999 %; de que es su padre. El índice de paternidad de Tomás es 64.687.539.834 veces mayor que el de cualquier otro varón.

La sentencia de instancia estima la demanda declarando la paternidad de Tomás, argumenta que no resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 133.2º CC, acción que está prescrita, sino el art. 131 del mismo texto legal, "cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado", exceptuando el supuesto que exista otra legalmente determinada. La posesión de estado ha quedado acreditada, Tomás ha actuado públicamente como padre del menor, se le ha reconocido incluso institucionalmente el derecho de visitas, ha estado presente en la vida del menor desde el primer momento, constatándose la relación efectiva entre ambos.

La madre (demandada en el procedimiento) se alza contra la sentencia alegando infracción de la normativa jurídica y error en la valoración de la prueba. Analizaremos los motivos de recurso siguiendo el orden del escrito.

Sobre la norma jurídica aplicable, la jurisprudencia es firme cuando declara que no se produce incongruencia porque el Tribunal cambie el punto de vista jurídico mantenido por los interesados, siempre que observe un respeto absoluto a los hechos alegados, ya que éstos pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, y de ahí que la calificación jurídica realizada por ellas no vincula a los Tribunales en atención al principio "iura novit curia", pudiendo aplicar normas diferentes a las invocadas e incluso otras no citadas, siempre que ello no produzca una mutación o alteración del objeto del proceso, lo que aquí no ha ocurrido.

El apartado segundo del art. 133 CC, en su actual redacción, establece el plazo de un año para el ejercicio de la acción de filiación, contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación. La entrada en vigor de ésta nueva redacción se produce el 18 de agosto de 2.015, por lo que resultaría de aplicación en el presente procedimiento el plazo de un año previsto, ya que la demanda lleva fecha de 28 de junio de 2.017. Procede añadir que la Disposición Transitoria

primera de la Ley 26/2015 indica “los procedimientos y expedientes judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y que se encontraren en tramitación, se continuarán tramitando conforme a la legislación procesal vigente en el momento del inicio del procedimiento o expediente judicial”.

Sobre la retroactividad de la Ley la STS de 18 de julio de 2.018 indica “ La Ley 26/2015, que reconoció legalmente la legitimación activa del progenitor biológico, tal y como con anterioridad había venido haciendo la doctrina de esta sala, somete la acción al plazo de un año desde el conocimiento de los hechos en que se base la reclamación. El legislador asume así la necesidad de establecer un límite a la acción del progenitor en aras de guardar un equilibrio entre los valores constitucionales y los intereses en presencia, tal y como había reclamado el Tribunal Constitucional (sentencias 273/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero) y esta sala en sentencia 707/2014, de 3 de diciembre.”

“La aplicación del plazo de un año previsto en el art. 133.2 CC a las demandas interpuestas después de su entrada en vigor no comporta la retroactividad de una ley. La imprescriptibilidad de la acción no estaba declarada en norma alguna y fue resultado de una interpretación jurisprudencial. Esta jurisprudencia, como tal, puede ser modificada cuando exista un motivo que lo justifique y, sin duda, es suficiente justificación la introducción en la ley de un límite temporal al reconocimiento de la legitimación del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial cuando no existe posesión de estado, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional.”

“La Ley 26/2015 no contiene una disposición transitoria que se ocupe expresamente de la aplicación de la nueva norma contenida en el art. 133.2 CC a las demandas de reclamación de la filiación de nacidos con anterioridad a su vigencia.”

La acción ejercitada por el actor está caducada en virtud de lo dispuesto en el art. 133.2 CC, por el transcurso de un año desde que tuvo conocimiento de su paternidad, en este caso el actor reconoce que lo supo desde un principio, Pedro Francisco nació en el año 2.008, la demanda se interpone en junio de 2.017, luego la acción está caducada. Esto no impide que pueda aplicarse lo dispuesto en el art. 131 CC. conforme el principio “iura novit curia”.

El concepto de “posesión de estado” al que se refiere el artículo 131 del CC se plasma en una actuación ininterrumpida y reveladora de la libre voluntad del padre de prestar asistencia, cuidado y compañía a la actora a través de actos continuados y públicos y de carácter personal, habiendo concurrido los requisitos relativos al “ nomen “, “ tractatus”, fama o “ reputatio”.

Como señala el Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, S 30-6-2016, nº 441/2016, rec. 1957/2015, citando la STC de 27 de octubre de 2005: “... De esta forma, el Código Civil establece una amplia legitimación (“cualquier persona con interés legítimo”) para reclamar la filiación manifestada por una constante posesión de estado (artículo 131), esto es, cuando existe una situación en la que, pese a no contar con una paternidad o maternidad no matrimonial reconocida formalmente, se tiene el concepto público de hijo con respecto al padre o la madre, formado por actos directos de estos o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo (SSTS de 10 de marzo y 30 de junio de 1988), situación que también se ha identificado doctrinalmente a través de la concurrencia de alguno de los requisitos de nomen, tractatus y fama o reputatio.(...)”.

Y en nuestro caso existen suficientes indicios de que ha existido constante posesión de estado desde el nacimiento del menor Pedro Francisco, concurre un reconocimiento de hecho de la paternidad del menor desde su nacimiento, habiendo estado el demandante presente en la vida del menor en calidad de padre, desde el principio se establecieron visitas entre el padre y el menor acordadas por el actor y la abuela, que ahora mantiene la custodia del niño.

La Diputación Foral hace constar en su informe de 11 de enero de 2.017 que le consta la existencia de una relación afectiva entre el demandante y el menor y que aquél ha estado presente en la vida de ése desde su nacimiento, acordando en consecuencia establecer un régimen de visitas.

Y por si esto no fuese suficiente para declarar la paternidad de Tomás, el resultado de la prueba de ADN (folios 207 y ss), concluye que Tomás es el padre biológico de Pedro Francisco, con un índice de probabilidad de 64.687.539.834 veces más que cualquier otro varón. La probabilidad de paternidad es del 99,99999999 %.

No podemos analizar la posesión de estado como un hecho aislado, a las circunstancias existentes desde el nacimiento de Pedro Francisco debe unirse la prueba biológica, lo contrario no sería justo para el actor y tampoco para el niño, la madre omite la prueba de forma deliberada. El recurso no puede prosperar.

Cuestiones penales

APROPIACIÓN INDEBIDA POR VENTA DE BIENES GANANCIALES SIN CONSENTIMIENTO DEL OTRO CÓNYUGE

APROPIACIÓN INDEBIDA POR VENTA DE BIENES GANANCIALES SIN CONSENTIMIENTO DEL OTRO CÓNYUGE

AP GUADALAJARA, SEC. 1.ª
SENTENCIA DE 22/03/2019

Se condena a la esposa por un delito de apropiación indebida al haber vendido sin el consentimiento ni intervención del esposo, un inmueble y un vehículo, ambos de carácter ganancial. No se estima la excepción de prejudicialidad civil planteada por la esposa por encontrarse en trámite diversos procedimientos civiles entre los cónyuges.

En fecha 19 de septiembre del 2018, se dictó sentencia, cuyos hechos probados son del tenor literal siguiente: "PRIMERO.- Probado y así se declara que doña Esther, casada con don Samuel desde el día 4 de agosto del año 2000, en régimen de gananciales, separada de hecho desde febrero de 2010, y a sabiendas de ello, en fecha 16 de julio de 2010, con intención de obtener dinero para sí misma y, en perjuicio de la sociedad matrimonial y de don Samuel, concertó un contrato, por su cuenta y riesgo, constando en el mismo como soltera y única propietaria y sin autorización de don Samuel, para la venta del inmueble, adquirido como ganancial, en los años 2007 y 2008, cuyo valor de adquisición fue de 2.200.000 pesos dominicanos, (unos 37. 950 euros aproximados en el año 2007), más gastos de titulación, a doña Soledad, por valor de 1.000.000 pesos, (unos 17.200 euros aproximados en el año 2010), integrando este valor en su propio patrimonio.

Que el inmueble objeto se encuentra sito en República Dominicana, Solar No. NUM000, manzana NUM001, parcela n.º NUM002 Distrito NUM003, c/ DIRECCION000, Residencial Don Oscar, 207.

Que el pago de la adquisición del inmueble por el matrimonio se hizo en dos partes, en primer lugar, en fecha 11 de septiembre de 2007, concertando dos contratos, uno de adquisición del solar, el cual estaba pendiente de deslindar por el anterior propietario, adquiriendo solo una porción del mismo, por valor de 1.675 euros aproximados, y otro contrato de opción a compra del inmueble, por valor de 17.094 euros aproximados. Y la segunda parte, adquisición del inmueble completo y ya reformado, en fecha 11 de enero de 2008, por valor de unos 20.890 euros, se hizo mediante transferencia bancaria en fecha el día 14 de enero de 2008, desde la cuenta de don Samuel y Esther, en Banco Popular, de España a República Dominicana, siendo el importe de la transferencia 20. 592 euros, que deducidas las tasas del país receptor quedó en 17.500 euros, y mediante efectivo.

Que en fecha 24 de junio de 2010 se adquirieron los documentos correlativos a la propiedad y posesión del solar (que se encontraba pendiente de deslindar por el anterior propietario don Juan), por valor de 2.051 euros, que en este último contrato sólo intervino doña Esther, quien hizo constar que estaba soltera.

Que la pareja había iniciado ya el tramite el divorcio en fecha 24 de junio de 2010, siendo la sentencia 103/ 2011, Juzgado de Primera Instancia 6

de Guadalajara, el 19 de abril de 2011, la que declaraba la disolución del matrimonio y del régimen económico matrimonial, que se encuentra pendiente de liquidación.

Que doña Esther, vendió a don Octavio, el vehículo Renault Clio 1.2 matrícula....- HLS, por importe de 400 euros, adquirido por 6.800 euros por don Samuel, desde la cuenta común, en fecha 3 de abril de 2006, a don Saturnino, a sabiendas y con intención de obtener una ganancia para sí y en perjuicio de la sociedad, antes de la liquidación del régimen de gananciales, integrando esta cantidad a su patrimonio privativo.

Que doña Esther carece de antecedentes penales computables.", y cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "1. Debo condenar y condeno a doña Esther por un delito de apropiación indebida, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena. En concepto de responsabilidad civil, la Esther deberá indemnizar a don Samuel en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia conforme a las bases fijadas en el Fundamento Jurídico Quinto. Condenar a doña Esther a las costas causadas en este proceso. ".

... Se interpone recurso de apelación a instancia de la acusada, condenada como autora de un delito de apropiación indebida por la venta de bienes gananciales, interesando su libre absolución.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular se oponen al recurso.

El primero de los motivos se formula por no haberse apreciado "prejudicialidad civil devolutiva", lo que infringiría -según la formulación del motivo- los artículos 24.1 y 9.3 CE en relación con los artículos 4 LECR y 10.1 LOPJ, artículos 852 LECR y 5.4 LOPJ.

Se alega que se encuentran en tramitación tres procedimientos civiles de los que podría resultar que, la recurrente no debería cantidad alguna al esposo en la liquidación de la sociedad de gananciales y aquel no habría resultado perjudicado. Concretamente se sigue ante el J.I. nº 6 de esta Ciudad, un procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, LSG 915/2012, promovido con fecha 21.11.2012 por el denunciante contra D.ª Esther -denunciada y esposa de aquel-. Asimismo, se encuentra en trámite, un procedimiento promovido por la denunciada frente al denunciante, con objeto de integrar el caudal ganancial que se dice omitido por Don Samuel en el procedimiento de LSG 915/2012, quien habría hecho suyos numerosos bienes gananciales. Asimismo, consta una demanda civil formulada por D. Samuel en la República Dominica con objeto de anular la venta efectuada por Dª Esther. Se dice finalmente, aunque sin reflejo en el suplico del escrito de recurso, que debería haberse acordado la suspensión de la causa hasta la resolución de los procedimientos civiles relacionados.

Al respecto señala la reciente Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, sec. 1ª, S 06-02-2019, nº 64/2019, rec. 2568/2017 que es pacífica y reiterada la jurisprudencia de esta Sala que declara que " a partir de la entrada en vigor del art. 10 LOPJ, como premisa, no son admisibles cuesti ones prejudiciales devolutivas en el proceso penal ".

Añade esta resolución: " Nuestra sentencia 599/2018, de 27 de noviembre lleva a cabo un detallado examen de la jurisprudencia en la materia, con cita expresa de la STS 104/2013, de 19 de febrero, señalando que: "Como ya ha recordado esta Sala en relación con el tema de las cuestiones prejudiciales en el proceso penal (STS 24 de julio de 2001, entre otras) el art. 3.1º de la LOPJ de 1985 dispone que "La Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos". Como consecuencia de este principio de "unidad de jurisdicción", que no permite hablar de distintas jurisdicciones sino de distribución de la jurisdicción única entre diversos "órdenes" jurisdiccionales, el art. 10.1 de la citada L.O.P.J. establece el principio general de que, a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.

Esta regla viene también avalada por el reconocimiento en el art. 24.2 de la Constitución Española de 1978 del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso -con todas sus instancias- ante otro orden jurisdiccional.

El párrafo segundo del art. 10 de la L.O.P.J. añade como excepción que "no obstante, la existen-

cia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca".

En consecuencia la regla general del art. 10.1º de la L.O.P.J. -que deroga las denominadas cuesti ones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdiccional- tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuesti ón prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda (STS 13 de julio, 24 de julio y 29 de octubre de 2001, 27 de septiembre de 2002 y 28 de marzo de 2006, entre otras).

El mantenimiento exclusivo de las cuestiones prejudiciales devolutivas de naturaleza penal en el sistema jurisdiccional establecido por la LOPJ se encuentra además limitado por el condicionamiento consignado en el último apartado del precepto. La suspensión de los litigios seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales para la resolución de las cuesti ones prejudiciales de naturaleza penal tampoco será necesaria en los casos en que la ley así lo establezca.

Ahora bien, la regla contenida en el párrafo 1º del art. 10º de la L.O.P.J. no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4º de la decimonónica Lecrim.

Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del Derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc.

Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento.

Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado art. 4º de la Lecrim impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo -y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado- dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal.

El análisis de la práctica jurisdiccional penal y de la propia jurisprudencia de esta Sala revela el efectivo respeto del principio contenido en el art. 10.1º de la L.O.P.J. en detrimento de lo anteriormente establecido por el art. 4º de la Lecrim, atendiendo a la generalizada inadmisión en la práctica de las cuestiones prejudiciales pretendidamente devolutivas, (Sentencias de 22 de marzo de 2001, 28 de marzo de 2001, 1688/2 000, de 6 de noviembre, 1772/2 000, de 14 de noviembre, 1274/2 000, de 10 de julio, 363/20 06, de 28 de marzo, etc.).

El Tribunal Constitucional, por ejemplo en la Sentencia 278/2000, de 27 de noviembre, destaca que "en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejud icialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de un cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente".

Esta doctrina sobre la resolución en el ámbito penal de las cuesti ones prejudiciales se reitera en la STS 363/2006, de 28 de marzo, entre otras, con extensa cita de las anteriores. En definitiva, el Tribunal penal, a los efectos de determinar la con-

currencia de los elementos integrantes del delito de apropiación indebida, puede analizar y resolver previamente las cuestiones civiles necesariamente implicadas en dicha valoración, sin necesidad de deferir la cuestión al orden jurisdiccional civil".

Además, el art. 3 de la LECrim, establece que "Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación".

Aplicando la jurisprudencia expuesta el motivo debe ser desestimado, pues a los efectos de determinar la concurrencia de los elementos integrantes del delito de apropiación indebida por el que se ha condenado a la recurrente, no es preciso deferir la cuestión al orden jurisdiccional civil. Como señala la Sentencia apelada: "En el presente caso únicamente se necesita como dato principal la titularidad del inmueble sito en República Dominicana y del vehículo Renault, a los efectos de determinar si los mismos eran gananciales o privativos, por lo que no es precisa la liquidación del régimen para determinar si ha existido o no un hecho delictivo. El artículo 6 de la citada ley establece que para estos casos en los que la cuestión orbite sobre el derecho de propiedad sobre un inmueble u otro derecho real, el juez podrá resolver acerca de las mismas, siempre que tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión y el artículo 7 obliga a atender a la ley civil para resolver estas cuestiones. De la prueba documental aportada existen datos más que suficientes para entender que tanto el inmueble como el vehículo son bienes de carácter ganancial, puesto que fueron adquiridos de forma conjunta constante el matrimonio y el matrimonio se celebró sin especificar el régimen económico que debía aplicarse, por lo que de conformidad con el Código Civil rige el sistema de gananciales y los bienes pertenecen a tal sociedad".

Y no cabe resolver otras cuestiones civiles con carácter prejudicial, distintas a la resuelta por la sentencia recurrida, porque no fueron planteadas por el recurrente al limitarse a interesar la suspensión del procedimiento penal hasta la conclusión de los juicios civiles en trámite, pero sin plantear cuestiones concretas para su resolución en la sentencia penal, por lo que habría perdido la oportunidad procesal de someter tales cuestiones al conocimiento de este Tribunal de apelación, ya que ha hecho imposible el examen contradictorio del asunto en la instancia.

El motivo se desestima.

El segundo de los motivos se formula por "inexistencia del tipo penal por el que se acusa al no concurrir fin apropiativo o incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver.

El motivo tampoco puede prosperar desde el momento en que la acusada vendió la vivienda ganancial sita en República Dominicana, así como el vehículo ganancial, por lo que ambos bienes salieron de forma definitiva del patrimonio ganancial, independientemente de que puedan prosperar o no las acciones de nulidad que haya podido ejercitar el denunciante, lo que podrá afectar en su caso a la responsabilidad civil, pero no al tipo penal aplicado. Resulta asimismo irrelevante que ambos cónyuges hayan incluido en el inventario de bienes gananciales la vivienda y el vehículo; esos bienes no forman parte del patrimonio ganancial, por lo que su división, reparto y/o entrega a los cónyuges, es imposible; podrán incluirse en el activo los derechos de crédito de la sociedad frente al cónyuge que los vendió, pero la inclusión de los bienes no es posible porque no pertenecen a la sociedad ganancial al haber salido de la misma.

Casos prácticos

VIVIENDA FAMILIAR

Al tramitarse el procedimiento de divorcio se acordó la custodia compartida sin atribución de uso de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores, vivienda que era propiedad exclusiva del padre. Con el paso del tiempo, la madre ha interpuesto una demanda de modificación de medidas solicitando la custodia materna y pidiendo al mismo tiempo la atribución del uso de la vivienda familiar ¿Puede tener éxito esta última pretensión?

Entendemos que no, dado que la vivienda perdió el carácter de familiar con ocasión de tramitarse el procedimiento de divorcio, por lo que en la actualidad no existe vivienda familiar, por lo que no puede atribuirse el uso al progenitor custodio.

EJECUCIÓN

Tras la oposición al despacho de ejecución, el ejecutado se opuso y el Juzgado consideró procedente la celebración de vista. Señalado el día y la hora, no compareció la parte ejecutante, haciéndolo el ejecutado que solicitó que se le tuviese por desistido al ejecutante de su demandada con expresa condena en costas. ¿Lleva razón la parte ejecutada?

La norma especial que regula la vista en ejecución es el art. 560 de la Lec y a estos efectos indica que “Cuando se acuerde la celebración de vista, si no compareciere a ella el ejecutado el tribunal le tendrá por desistido de la oposición y adoptará las resoluciones previstas en el artículo 442. Si no compareciere el ejecutante, el tribunal resolverá sin oírle sobre la oposición a la ejecución”, por tanto, no se puede tener al ejecutante por desistido de su demanda de ejecución. Y en cuanto a las costas, ni en el mencionado art. 560 ni en 561 de la Lec, que regula el contenido del Auto resolutorio de la oposición por motivos de fondo, se contiene norma alguna de la que resulte la imposición de las costas a la parte ejecutante por razón de su incomparecencia, por lo que a efectos de costas habrá que estar a si se estima o no totalmente la oposición a la ejecución.

Noticias

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN CÓRDOBA

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN CÁCERES

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN MÁLAGA

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN ALBACETE

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN CÓRDOBA

CRÓNICA:

Delegación AEAFA en Córdoba

Los días 25 y 26 de abril de 2019 la Delegación de AEAFA de Córdoba, en colaboración con la Comisión de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba y Ediciones Libertas, han celebrado en Córdoba en el Real Círculo de la Amistad, unas magníficas jornadas, dirigidas a especialistas del derecho de familia que a diario se desenvuelven en asuntos relacionados con esta materia, con un elevado nivel de asistencia y participación, habiendo convocado a más de 140 asistentes, entre los que se encontraban Abogados especialistas en derecho de familia, las Juezas de Familia Doña María Revuelta Merino y Doña Carmen Gema González Miaja y el Fiscal Don Fernando Santos Urbaneja, siendo aperturadas por nuestra Presidenta de AEAFA Doña Mª Dolores Lozano Ortíz y Vicepresidenta de AEAFA Doña Mª Dolores Azaustre Garrido, y clausuradas por nuestra presidenta Doña Mª Dolores Lozano, que amablemente hicieron un hueco en sus respectivas agendas para poder estar con todos los asistentes.

Han sido dos días de aprendizaje jurídico sobre mate-

rias de máxima actualidad de esta especialidad y de la que seguimos reivindicando la creación de una jurisdicción de familia independiente.

Se han impartido cuatro ponencias, la primera desarrollada por Doña Ana Mª Saravia González, Magistrada-Juez Titular del Juzgado de Instrucción nº 8 de Córdoba, que nos ilustró sobre "Análisis penal derivado de la convivencia familiar", ponencia en la que de forma muy elocuente y magistral abordó los incumplimientos más frecuentes de las medidas acordadas o establecidas en los procesos de separación y/o divorcio matrimonial, por los cuales se recurre a la vía penal, y que son el impago de pensiones denominado delito de abandono de familia contemplado en el artículo 227 del CP y el incumplimiento del régimen de visitas que tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/15 de 30 de marzo se reconduce al delito de desobediencia grave a la autoridad judicial del artículo 556 del CP.

Una segunda ponencia impartida por nuestro compañero Don Gonzalo Pueyo Puente, Abogado matrimonialista y Ex Presidente de la AEAFA, quien a través de una exposición brillante y clarificadora, ha abordado con detalle en su ponencia "Ejecución de Convenios Reguladores en relación a los pactos liquidatorios de la Sociedad Legal de Gananciales", todo lo relativo a la inscripción del Convenio Regulador en el Registro de la Propiedad en base a la exigencia derivada del principio de titulación auténtica y del principio de legalidad y que si bien el convenio regulador aprobado judicialmente es un título hábil para inscribir las adjudicaciones derivadas de la liquidación del régimen económico-matrimonial, no lo es para registrar la aportación de un bien privativo a la SLG, siendo necesario al efecto otorgar la correspondiente escritura pública ante Notario.

Asimismo, trató de las dificultades a la hora de ejecutar lo pactado en el convenio regulador respecto de la liquidación de la sociedad legal de gananciales llevada a cabo en el Convenio Regulador, cuando se haya pactado la venta de un inmueble sea o no domicilio conyugal o familiar, existiendo algunas fórmulas como la subasta, venta privada, intervención de entidad especializada, todas ellas encaminadas a la realización forzosa del bien.

Finalizó su magnífica exposición con un interrogante ¿en caso de no venderse la vivienda en un plazo determinado, que impide que se pueda acudir a la subasta voluntaria de bienes de los artículos 108 a 11 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria? Es más podría dar solución a los problemas que plantea la subasta ordinaria en los procesos de familia.

Una tercera ponencia impartida por Don Antonio Javier Pérez Martin, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Córdoba, quien a través de una magnifica y detallada exposición acerca de la "Problemática de los expedientes de Jurisdicción Voluntaria en Derecho de Familia" abordó cuestiones relativas a la competencia del Juzgado para resolver estos asuntos, así como la problemática de las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad.

Desgranó la abundante casuística que cada vez con más frecuencia se plantea en los Tribunales, como cuestiones relativas a la discrepancia de elección del colegio del menor, o cuando no están de acuerdo en que el hijo celebre la Primera Comunión, así mismo en relación con las redes sociales o cuando uno de los progenitores quiere cambiar de domicilio y trasladarse con el menor a otra ciudad, en relación a la formación religiosa, en relación con la salud física o psíquica del menor, obtención del pasaporte, etc…, problemas que cada día se suscitan en nuestros despachos y a los que hay que dar solución a través de este cauce legal.

También planteó el ponente la posibilidad de que el Juez atribuya la facultad de decidir al padre o a la madre cuando el grado de conflictividad es elevado y la discrepancia en el ejercicio de la patria potestad es constante y reiterado.

Finalmente, trató la cuestión de acudir a procedimiento de modificación de medidas y no al de Jurisdicción Voluntaria cuando la discrepancia sobre la que versa el ejercicio de la patria potestad repercuta negativamente en el otro progenitor como puede ser la solicitud de cambio de residencia de la madre que tiene atribuida la guarda y custodia de la menor y ello va a repercutir en el régimen de visitas y pensión de alimentos (traslados, gastos de desplazamientos, merma de días y horas de visitas, etc.), cuestión resuelta por la AP de Córdoba en Autos de fechas 4 de febrero y 4 de marzo de 2019.

Continuaron las jornadas con una mesa del TS formada por los Magistrados de la Sala de lo Civil Don Eduardo Baena Ruiz y Doña Mª Angeles Parra Lucán, que analizaron la Jurisprudencia en materia de familia, haciendo un recorrido sobre última y más reciente Jurisprudencia del TS, tratando supuestos resueltos tales como la eficacia de Convenios Reguladores firmados pero no ratificados por los cónyuges, solicitud de la extinción del pago de tos resueltos tales como la eficacia de Convenios Reguladores firmados pero no ratificados por los cónyuges, solicitud de la extinción del pago de alimentos por la falta de relación entre el padre e hijo, de los afectos y del derecho de las visitas que debe incluir el derecho de las visitas de los abuelos, del maltrato físico y psicológico como posibles causas de desheredación imputables al beneficiario, de la ineficacia de la institución como heredero el cónyuge del testador cuando en el momento de la apertura de la sucesión se ha producido el divorcio, colación en las donaciones que se puede dispensar pero revocarla en el testamento, etc.

Y una cuarta y última ponencia a cargo de nuestro compañero Don José Manuel Guerrero, Abogado y Administrador de Fincas, que trató en su ponencia del “Derecho de familia: propiedad horizontal y arrendamientos urbanos”. Tema muy novedoso y que suscita mucho interés en el derecho de familia, pues afecta a aspectos fundamentales; cuando se efectúa atribución de uso de la vivienda a favor de los menores hijos y del cónyuge al que se atribuye la guarda y custodia de los mismos, así como en el ámbito de la liquidación de la sociedad de gananciales entre los cónyuges.

Don José Manuel Guerrero desarrolló de forma clara y amena, en primer lugar, los aspectos más relevantes de la propiedad horizontal que afectan con frecuencia al derecho de familia, como quien está obligado a abonar tanto los gastos de comunidad ordinarios como los extraordinarios, quien debe ejercitar el derecho de representación en la junta de comunidad, asunción de la presidencia de la comunidad de propietarios en el supuesto de atribución de uso de la vivienda, en caso de que la propiedad de la misma la ostenten ambos cónyuges.

Asimismo abordó la problemática que en la actualidad presenta esta materia de propiedad horizontal en el derecho de familia y las posibles

soluciones jurídicas que se vienen dando, así como la jurisprudencia más reciente al respecto, concluyendo con un esbozo del tratamiento de los arrendamientos urbanos y su repercusión en el derecho de familia.

Las Jornadas finalizaron con un Foro Abierto muy interesante y muy práctico el que magníficamente dirigió nuestra compañera y Vicepresidenta de la AEAFA Doña Mª Dolores Azaustre Garrido, y en el cual intervino junto con Don Pedro Roque Villamor Montoro Magistrado de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, y nuestra compañera de Barcelona, Doña Carmen Varela Álvarez y nuestro compañero de Bilbao, Don Gonzalo Pueyo Puente, en el que resolvieron las preguntas formuladas por los asistentes sobre temas relacionados con los asuntos tratados en las diferentes ponencias, resolviendo cuestiones con las que a diario los Abogados de Familia nos encontramos en los Tribunales tales como los equipos psicosociales de los Juzgados, exploración de los menores, se comentó la reciente Sentencia del tabaquismo dictada por la AP de Córdoba, diferentes posturas ante la custodia compartida cuando hay un hijo menor lactante, la licitud o ilicitud de grabar a los menores cuando se encuentran con el otro progenitor a fin de acreditar la interferencias negativas sobre el menor respecto al otro progenitor, etc.

Al finalizar la jornada del jueves tuvimos la cena en el Restautante “El Bandolero” donde pudimos de forma distendida disfrutar de un lugar y entorno emblemático enclavado en el barrio de la Judería y del reencuentro con buenos y queridos amigos y amigas a los hemos ido sumando gracias a la AEAFA y con los que vamos creando y estrechado inquebrantables lazos de afecto y amistad.

Unas magníficas y fructíferas Jornadas de Derecho de Familia, con un balance absolutamente satisfactorio, no sólo por el éxito total de convocatoria y participación sino porque se ha impartido ponencias de un alto nivel y con unos ponentes brillantes, y como broche final la satisfacción y el reconocimiento de todos los compañeros y compañeras que sin su asistencia y presencia las Jornadas de Derecho de familia no serían posibles. Muchas gracias.

JORNADAS DE DERECHO
DE FAMILIA EN CÁCERES

CRÓNICA:
M.ª Isabel Sánchez Martín.
Abogada de la AEAFA
Diputada 2ª del ICA Cáceres.
Presidenta de la Comisión de Familia, Sucesiones y Discapacidad.

Los días 6 y 7 de junio se celebraron en Cáceres en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de Cáceres, las Primeras Jornadas Cacereñas de Derecho de Familia organizadas por el Colegio de Abogados de Cáceres en colaboración con la Asociación Española de Abogados de Familia.

El acto de inauguración corrió a cargo del Sr. Decano del Ica Cáceres, don Juan José Flores Gómez agradeciendo la colaboración prestada desde Aeafa que ha hecho posible este proyecto que se inicia desde la Comisión de Familia con gran ilusión y entusiasmo desde hace meses y poder así ofrecer al colegiado la necesaria formación y actualización en materia de Derecho de Familia, y la Sra. Presidente de Aeafa, doña María Dolores Lozano Ortiz que nos entusiasma, como es habitual en ella, con su discurso y ánimo en esta materia.

A continuación, el Sr. Vicedecano del Ica Cáceres, don Juan Ramón Corvillo Repullo, recuerda a los numerosos asistentes, el novedoso formato de participación que presidirán estas Jornadas, el llamado “Foro Abierto”. Junto al ponente, durante los dos días de celebración, estará colocada de manera permanente, una urna donde se podrá depositar en cualquier momento las papeletas anteriormente repartidas entre todos los asistentes, formulando cualquier cuestión o pregunta relacionadas con las Ponencias que serán respondidas en la Mesa Redonda del último día. La idea es la máxima participación y que nadie se quede sin ninguna duda al término de las mismas. En todo caso, tras cada intervención, se abrirá un espacio de coloquio con el mismo fin.

La primera ponencia bajo el título “Patria potestad y régimen de visitas cuando el progenitor no custodio está interno en centro penitenciario –especial atención al interés del menor y supuestos de violencia de género-“ es impartida por doña Clara Sánchez Urbano , Magistrada

Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Coria del Río (Sevilla). Analiza con gran claridad y exponiendo numerosos casos prácticos, cómo ha de regir la patria potestad y régimen de visitas estando uno de los progenitores en prisión, así como las Sentencias últimas más importantes en este tema.

Tras un breve descanso para un café e iniciar primeros contactos entre asistentes y ponentes, continuamos con la segunda Ponencia, "La necesaria intervención del abogado en procesos notariales de familia" a cargo del Notario en Cáceres, don José Carlos Lozano Galán que nos aclara con absoluta brillantez muchas de las cuestiones que se nos plantean acerca de nuestro papel en los procesos notariales de divorcio. Prueba de ello, es el intenso coloquio que tiene lugar tras su intervención en el que los compañeros pudieron despejar todas sus dudas gracias al Sr. Lozano Galán.

Iniciamos la Jornada de tarde del día 6 de junio ya con la sensación tras finalizar la de la mañana, que se están cumpliendo las expectativas creada entre los asistentes, entre los que se ha surgido ya un ánimo de compañerismo que reinará los dos días. A estas Jornadas Cacereñas han acudido más de 200 compañeros no sólo de Cáceres, sino también de otros puntos de España, como Badajoz, Toledo, Granada, Salamanca o Madrid y, Jueces de Cáceres y otras provincias.

La tercera ponencia, "El uso de la vivienda familiar en la custodia compartida" es a cargo de don Francisco Salinero Román, Magistrado-Juez y Presidente de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid. Nos desgrana al detalle las

cuestiones más controvertidas en materia del uso de la vivienda familiar y para mayor claridad, relacionándolas con numerosos casos prácticos. Como dice el Sr. Salinero Román, limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar facilita en gran medida, los acuerdos a adoptar en los procesos de Familia. Esta ponencia despierta la expectación de los asistentes generándose, tras su intervención, un coloquio rico en preguntas y respuestas.

Finalizamos el día 6 con la cuarta ponencia programada, "Aspectos Fiscales prácticos de la disolución del régimen económico matrimonial" por don Isaac Merino Jara, Magistrado de la sala Tercera de lo Contencioso del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Financiero de la Universidad del País Vasco. Son muchas las dudas que se nos plantean a los abogados en todo lo relativo a la fiscalidad a la hora de disolver y liquidar el régimen económico matrimonial y por ello, este tema siempre se planteó desde la Comisión de Familia del Ica Cáceres, de obligado en el cartel de estas Jornadas, y el ponente para resolver estas cuestiones, no podía ser mejor que el Sr. Merino Jara, como quedó demostrado esa tarde.

La mañana del día 7 de junio, viernes comienza con "El interrogatorio de parte en procesos de Familia: Técnicas de litigación" a cargo de don Óscar Fernández León, abogado en ejercicio en Sevilla, Formador y escritor. De forma amena, dinámica y eminentemente práctica, como es habitual en él, imparte la referida ponencia. Todos los asistentes atienden a su exposición con máximo interés, aprendiendo técnicas a la hora de interrogar que muchos desconocíamos y, más concretamente, en Derecho de Familia, pues como bien precisó el Sr. Fernández León, hay particularidades específicas en esta materia que hay que tener en cuenta para el éxito del interrogatorio.

Y el broche final para estas Jornadas Cacereñas organizadas por el Ica Cáceres en colaboración con Aeafa, es la Mesa Redonda donde se darán respuestas a todas las papeletas depositadas en la urna que ha estado disponible los dos días para todos los asistentes. Esta Mesa Redonda es moderada por el Vicedecano del Ica Cáceres, don Juan Ramón Corvillo Repullo. En la misma, intervienen abogados y jueces en la que en unos diez minutos cada uno de ellos expone, antes de dar respuesta a las referidas papeletas, un tema de gran interés en Derecho de Familia y así poder iniciar un intenso debate, como tuvo lugar la mañana del viernes.

Participan y con los siguientes temas, don Juan Francisco Bote Saavedra, Presidente de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres (Visitas de pa-

rientes y allegados; acerca de la STS de 1 de marzo de 2019); doña María del Ara Sánchez Vera, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Cáceres y Violencia sobre la Mujer (artículo. 49 bis LEC); doña Ana Mª Domínguez Flores, abogada con despacho en Navalmoral de la Mata (La hasta poco casi desconocida compensación del artículo 1.438 CC) y doña María Pérez Galván, abogada con despacho en Sevilla y Miembro Junta Directiva Aeafa (Alimentos y Derecho de Familia).

No podía haber mejor cierre para estas Jornadas, que esta Mesa Redonda y Foro Abierto. Durante más de dos horas que a todos los asistentes nos pareció mucho menos por lo ameno de lo debatido y tratado, tiene lugar un intenso coloquio entre ponentes y asistentes. Finalmente, clausuramos con unas breves y cariñosas palabras de la Sra. Presidente de Aeafa, doña Mª Dolores Lozano.

Y estas Primeras Jornadas Cacereñas de Derecho de Familia llegan a su fin con un vino de honor y un pequeño catering en el patio interior de la Facultad de Derecho de Cáceres en el todos los participantes compartimos un espacio de conversación y ocio tras los dos días tan intensos de reciclaje y formación que hemos vivido a cargo de jueces, notarios y compañeros abogados. El compañerismo y buen ambiente originado en estas Jornadas, es digno de resaltar.

Estamos seguros que estas excelentes Jornadas organizadas por el ICA Cáceres en colaboración con Aeafa, serán las Primeras de otras muchas que esperamos celebrar con el mismo éxito.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA
MÁLAGA

CRÓNICA:
Matilde M.ª Ripoll Pérez-Curiel,
Delegación AEAFA - Málaga

Con el título de "Avances en la Resolución de los Conflictos Familiares" celebramos los días 13 y 14 de junio las Jornadas organizadas por la Delegación de Málaga de la AEAFA en la sede del Ilustre Colegio de Abogados de la capital de la Costa del Sol, que haciendo honor a su fama nos recibió con un tiempo espléndido.

Con la asistencia de numerosos profesionales de la Judicatura, Fiscalía, cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia y Abogacía, llegados desde toda España, se impartieron ponencias interesantísimas sobre diversos aspectos relacionados con las novedades jurisprudenciales y legislativas que se están produciendo en el Derecho de Familia.

El acto de inauguración contó con la participación de Don Francisco de la Torre Prados, Alcalde de la ciudad, Doña Lourdes García Ortiz, Presidente de la Audiencia Provincial de Málaga, nuestra Presidente Doña María Dolores Lozano Ortiz y la Delegada de Aeafa en Málaga y vocal de la Junta directiva, Doña Inmaculada Marín Carmona.

Desde el inicio quedó patente que el Derecho de Familia debe adecuarse a los continuos cambios que está experimentando nuestra sociedad, aunque muchas veces se vea forzado hacerlo mediante la interpretación jurisprudencial, evidenciando la urgente necesidad de cambios legislativos.

La primera ponencia, a cargo de los Magistrados del Tribunal Supremo, Don Eduardo Baena Ruíz y Don Francisco Javier Arroyo Fiestas, estuvo arropada por Dª. Inmaculada Suárez- Bárcena, Magistrada de la Sala especializada en Familia de Málaga, como coordinadora y por Dª. Rosa de Castro, Magistrada de la Audiencia Provincial de Cádiz, que realizó una entrañable presentación de los compañeros a los que conoció cuando ejercía sus funciones en el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

El contenido formativo versó sobre las últimas sentencias

dictadas por el Alto Tribunal en temas tan controvertidos, hasta hace poco tiempo, como la validez de los pactos prematrimoniales, el derecho a indemnización en caso de despido de uno de los cónyuges que trabaja en una sociedad familiar, la atribución del uso de la vivienda familiar cuando pertenece a uno de los miembros de la pareja con carácter privativo, el concepto de trabajo para la casa a efectos de la compensación prevista en el art. 1438 del Código Civil, los límites del derecho de relación de los nietos con sus abuelos, el contenido de las actas de exploración de los menores, el momento desde el que es exigible la pensión de alimentos, la legitimación para exigirla, o el valor del convenio regulador firmado y no ratificado, entre otros, destacando que ambos Magistrados alabaron el trabajo de los abogados especializados al ser el que provoca los cambios jurisprudenciales, al plantear las diversas cuestiones.

El Magistrado Don Francisco Ruiz-Jarabo Pelayo, nos ilustró sobre los problemas con la retroactividad en Derecho de Familia, en especial con el art. 148 del Código Civil, con la sentencia de apelación revocatoria, con la fijación del momento de disolución de la sociedad de gananciales, con la reclamación de pensiones antiguas o extinguidas, con los de modificación de medidas y con las ejecuciones ante situaciones de abuso de derecho. Esta última cuestión, en concreto, generó un interesante debate por los distintos puntos de vista que, sobre el particular, mantienen distintos tribunales.

El magnífico ambiente reinante prosiguió en la posterior cena, que concluyó con las ya tradicionalmente conocidas actuaciones musicales de compañeros.

La mañana del viernes comenzó con la ponencia del Magistrado Don Javier Pérez Martín sobre las nuevas parejas de los progenitores y su relación con las medidas. Sobre la guarda y custodia desgranó las solicitudes de cambio de custodia por diversos motivos relacionados con el traslado del progenitor custodio a la ciudad donde reside su pareja, con la mala relación de los hijos con la pareja del progenitor custodio, con casos por delegación excesiva de las funciones de custodia en otras personas tras iniciar una nueva relación de pareja el progenitor custodio, con tener una nueva relación estable el progenitor no custodio que está interesado en ese momento en la custodia compartida… llegando a tratarse incluso el caso de la posible atribución de la custodia al cónyuge o pareja del progenitor custodio que fallece en los casos en que han existido varios años de convivencia que han creado un fuerte vínculo entre la nueva pareja y el hijo del fallecido. También trató sobre las peticiones de extinción del uso de la vivienda por convivencia con un tercero en la misma, sobre los problemas que puede crear la existencia de nueva pareja de uno o de los dos progenitores en los casos custodia compartida en casa nido y la posibilidad de ejercitar acciones de desahucio frente a las nuevas parejas de excónyuges o de reclamación de cantidad por enriquecimiento injusto. Realizó un completo estudio sobre cómo puede afectar la existencia de una nueva pareja de uno o de ambos progenitores a la pensión alimenticia, a la compensatoria, a la patria potestad y filiación paterna. Todo ello con un exhaustivo estudio de la jurisprudencia existente relativa a cada una de las cuestiones.

La segunda ponencia despertó a priori gran curiosidad y no defraudó las expectativas, fue impartida por la Profesora Titular de Derecho Civil Doña Blanca Sillero Crovetto, quien bajo el expresivo título de "Divorcio con mascotas" disertó sobre el asunto con el análisis tanto de la Proposición de Ley de modificación de diversas leyes sobre el régimen jurídico de los animales como de la todavía escasa jurisprudencia al respecto, concluyendo que los animales son seres vivos que merecen nuestro respeto, un trato adecuado y una especial protección que exige que la Ley se adecúe a la realidad y a las demandas sociales para su protección.

La última ponencia trató el tema de las cuestiones prácticas

de los divorcios con elemento internacional y fue impartida por Don Javier Carrascosa González que, en su línea de explicar de forma amena e interesante lo complejo, consiguió que, pese a lo avanzado de la hora, nadie se moviera de su asiento.

Comenzó recordando que el concepto de divorcio no es el mismo en todos los ordenamientos jurídicos como no lo es el de matrimonio, para continuar con la competencia judicial, la ley aplicable en cada caso y los efectos en España de sentencias extranjeras, haciendo para todo ello un itinerario por los distintos Reglamentos y comentando sentencias importantes y casos prácticos de aplicación del Reglamento Bruselas II-bis y la LOPJ y del Reglamento Roma III. También trató la ley aplicable a la nulidad matrimonial, los convenios bilaterales y la ley de cooperación jurídica.

La última tarde se dedicó al ya habitual foro abierto, en el que participaron los Magistrados Don Francisco Salinero Román, Don Roberto Rivera Miranda y Doña Marta Alonso Azuaga, planteándose interesantes cuestiones por los asistentes, que se abordaron en profundidad por los miembros de la mesa, generando un debate de gran riqueza jurídica y práctica con el que todos culminamos con broche de oro la formación y reciclaje recibidos en unas excelentes jornadas, que fueron clausuradas por nuestra Presidente y por Don Roberto García Alfonso, coordinador de la Sección de Familia del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN ALBACETE

CRÓNICA:

Estrella Toribio Maldonado
María Amparo Domenech Pico

El día 5 de julio se celebró en Albacete, la primera Jornada de Derecho de Familia, organizada por la Asociación Española de Abogados de Familia y el Ilustre Colegio de la Abogacía de Albacete en el Salón de Actos de la Diputación de Albacete

La presentación y apertura de la Jornada corrió a cargo de las siguientes autoridades el Vicepresidente de la Diputación de Albacete: don Francisco Valera que abrió el acto como anfitrión de las jornadas y a su vez como compañero letrado, interviniendo tras el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Castilla la Mancha don José Martínez, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha don Vicente Rouco, nuestro Decano don Albino Escribano y finalizando la presentación nuestra Presidenta doña María Dolores Lozano, que tras los oportunos agradecimientos,en especial a nuestro decano don Albino Escribano por la implicación del Colegio de la Abogacía de Albacete en esta jornada de especialización en el Derecho de Familia no desaprovechó la ocasión para seguir indicando la importancia y la necesidad de la jurisdicción de Familia

El Decano también tuvo palabras de agradecimiento para nuestra Asociación y valoró el esfuerzo compartido para que Albacete acogiese esta primera Jornada de Derecho de Familia titulada “visión especializada”

Y con un poco de retraso comenzó la jornada con la primera ponencia “La vivienda familiar en la liquidación del Régimen económico matrimonial”, a cargo de don Ángel Luis Rebolledo Varela, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. Gran ponente y excelente exposición de la problemática referida. Ponencia minuciosa y muy útil, ya que se desarrollan aspectos del día a día de los despachos.

La segunda ponencia fue a cargo de Don José Antonio Seijas Quintana, Magistrado del Tribunal Supremo recientemente jubilado. Comentó con la brillantez y sentido común que le caracteriza diferentes sentencias que han clarificado y adaptado el Derecho de Familia a los tiempos Y como siempre hace este excelente jurista animando a los asistentes a mejorar y plantear cuestiones novedosas, ya que es la inquietud de los letrados la que hace que la Jurisprudencia se actualice.

Tras esta ponencia se hizo una pausa para comer y por la tarde comenzó la tercera a cargo de don Javier Carrascosa González, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia con el título Divorcio Internacional .Cuestiones prácticas .Y como es su sello de identidad realizó una exposición tan importante como divertida, manteniendo la expectación y la atención de todos sobre cuestiones cada vez más comunes en nuestros despachos por la movilidad de las personas. Dejando claro que ahora somos ciudadanos europeos y que cualquier despacho se va a ver con temas de derecho internacional privado y hay que tener claro la importancia de la residencia habitual en la legislación aplicar.

Para concluir la jornada vino el FORO ABIERTO, con la participación de don César Monsalve Argandoña.Presidente de la Audiencia Provincial de Albacete, doña María Dolores Lozano Ortiz, nuestra Presidenta y nosotras Estrella Toribio Maldonado y María Amparo Dómenech Pico, Abogadas y miembros de la AEAFA. Se plantearon diversas cuestiones de interés y como tales fueron debatidas por los presentes (escuchas a menores, como calcular la indemnización de la compensación posible en el sistema de separación de bienes, custodia compartida en adolescentes …)

Acabando las jornadas con nuestra presidenta, que como siempre nos deleita con la dulzura y a su vez rigor de su discurso.

Y para concluir, hemos de señalar la gran acogida de todos los asistentes a las Jornadas, valorando la importancia de contar en Albacete con juristas de tal nivel, a quienes estamos muy agradecidas, y también muy especialmente a nuestro decano, don Albino Escribano Molina por haber organizado junto a la AEAFA las “I JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA”: “Una visión especializada”.

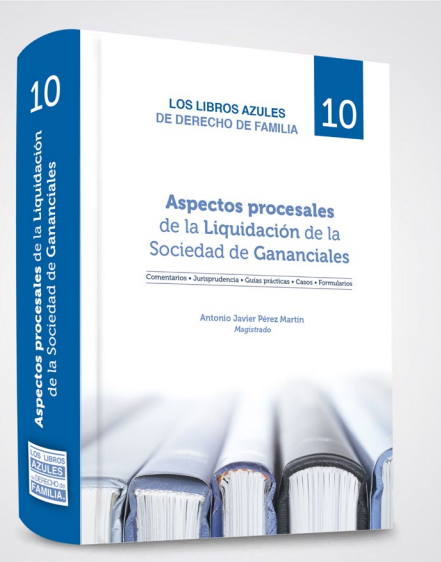
Información bibliográfica

ASPECTOS PROCESALES DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

LA ACTUAL CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL INTERÉS DEL MENOR

MEMENTO CRISIS MATRIMONIALES

ASPECTOS PROCESALES DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES



Antonio Javier Pérez Martín
Editorial Lexfamily
Córdoba 2019
Pág.: 752
www.loslibrosazules.es

Con esta obra, el Magistrado Antonio-Javier Pérez Martín, reconocido especialista en esta rama del derecho, inicia su nueva obra: **"Los libros Azules de Derecho de Familia"**, en la que a lo largo de 17 volúmenes analizará con detalle todas las cuestiones sustantivas y procesales del Derecho de Familia.

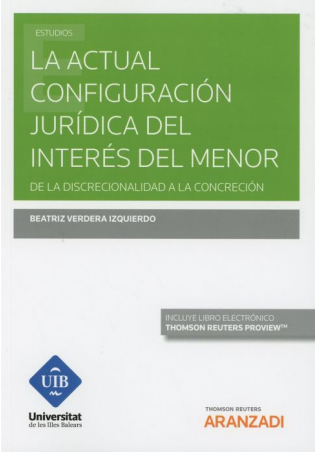
La crisis del matrimonio termina, en su aspecto legal, con una sentencia de divorcio en la que se regulan las medidas paterno filiales y las relaciones económicas entre los cónyuges. Pero, para terminar de verdad, hay que repartir los bienes y las deudas que existan en ese momento.

Liquidar la sociedad de gananciales puede ser fácil, si se pone sentido común y se mira con perspectiva. Mantener procedimientos abiertos a lo largo del tiempo genera un desgaste personal y económico que no compensa. Por ello, la primera recomendación es siempre la liquidación consensual y en esta obra se comentan todas las cuestiones que deben conocerse para finalizarla de manera eficaz.

Si no se consigue ese acuerdo no queda más opción que iniciar el temido procedimiento contencioso de liquidación de la sociedad de gananciales que puede eternizarse en el tiempo si uno de los cónyuges decide recurrir todo.

En la presente obra se estudian con precisión todas las incidencias procesales que pueden presentarse en el curso de las dos fases del procedimiento: la de inventario y la propia de liquidación. Un mundo jurídico en el que, a veces, la realidad supera a la ficción, y donde la improvisación está a la orden del día ante la ausencia, en numerosas ocasiones, de una regulación legal que es suplida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

LA ACTUAL CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL INTERÉS DEL MENOR



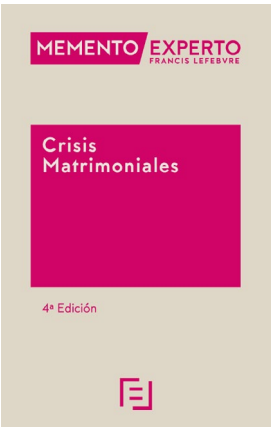
Beatriz Vereda Izquierdo
Editorial Aranzadi
Pamplona 2019

La obra aborda de forma global y pormenorizada uno de los conceptos base, pilar y fundamento del Derecho de familia como es: el interés del menor. La adaptación de nuestro Ordenamiento, en el año 2015, a las pautas que otorgan las Observaciones del Comité de los Derechos del niño hacía imprescindible realizar un estudio completo y actual de la temática.

Tras una presentación de la figura, se analiza la institución partiendo de su naturaleza jurídica con un carácter general, para pasar a concretar su configuración actual desde su triple contenido (derecho sustantivo, principio general de carácter interpretativo y norma de procedimiento). A continuación, son objeto de estudio derechos fundamentales que son reflejo de aquel interés del menor como: el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de los menores. Para pasar a analizar pormenorizadamente el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor y con ello: cada uno de los criterios normativos que otorga el legislador a los efectos de su concreción y, los elementos de valoración de aquellos criterios. La monografía termina tratando los supuestos de colisión del interés del menor con otros intereses legítimos como puede ser: el interés general, el interés familiar, el interés de los progenitores o su propio interés.

Todo ello se realiza desde un análisis hermenéutico, con rigor, preciso y crítico, sin soslayar su carácter y orientación práctica otorgando: pautas, medios, mecanismos para la detección del mismo y propuestas de solución.

MEMENTO CRISIS MATRIMONIALES



Editorial Francis Levebre
Madrid 2019

- Un estudio detallado y eminentemente práctico de la regulación del divorcio y la separación matrimonial, sus causas y efectos, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales.

- Aborda el estudio de la normativa tanto estatal como autonómica.

- Una obra rigurosamente actualizada con las más recientes novedades normativas, doctrinales y jurisprudenciales, que han afectado a esta materia.

- Incluye la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y jurisprudencia menor.

- Una herramienta imprescindible elaborada por expertos del más alto nivel.

BOLETÍN DE INSCRIPCIÓN

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

D./D.ª .....

Fecha de nacimiento NIF ....

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

Del Ilustre Colegio de Abogados de .....

con domicilio en .....

Provincia CP ....

Calle/plaza .....

Teléfono ..... Fax .....

E-mail .....

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

DOMICILIACIÓN BANCARIA

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

Titular de la cuenta .....

Banco .....

Dirección .....

CP ..... Población .....

Cuenta BIC __ __ __ __ __ __ __ __

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

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

Fdo: .....

.....

Próximas Jornadas