REVISTA
Abogados de Familia

Asociación Española de Abogados de Familia

JUNIO 2018

92

03 **Editorial** Mejorando la ley

07 **Artículo doctrinal** La app Eataf-Orienta - *Carmen Varela Álvarez*

12 **Tema de debate** ¿Cuál es tu experiencia práctica sobre las consecuencias jurídicas de la convivencia de un tercero en la vivienda familiar?

24 **Jurisprudencia comentada** Temas analizados

■ **Patria potestad**: Deber de información entre los progenitores. Elección de colegio: decisión cuando el curso ha comenzado ■ **Guarda y custodia**: El apoyo de los abuelos paternos permite la custodia compartida. La mala relación de la madre con una hija impide la compartida. La jornada laboral del padre: obstáculo para la custodia compartida ■ **Régimen de visitas**: Suspensión del régimen de visitas con la abuela. Punto de Encuentro: solo para situaciones de riesgo ■ **Vivienda familiar**: Precario: Aunque existan dudas en el título de propiedad. Extinción del uso tras acordarse la custodia compartida ■ **Pensión alimenticia**: La enfermedad de la hija le impide una actividad laboral normal. El gasto farmacéutico no tiene carácter extraordinario ■ **Pensión compensatoria:** Extinción por matrimonio: no se conceden efectos retroactivos ■ **Cuestiones procesales:** Nulidad de actuaciones: pidió abogado tras la rebeldía. Medidas previas: aclaración del auto y cómputo de plazo ■ **Ejecución de sentencias:** Negativa del hijo a cumplir el régimen de visitas. Imposibilidad de ejecutar la custodia materna. Abuso de derecho y ejecución de sentencia ■ **Regímenes económicos matrimoniales**: Efectos de la disolución desde la fecha de admisión de la demanda. Carácter privativo del inmueble: no hubo precio en la compra ■ **Uniones de hecho**: Carácter común del negocio de taxi ■ **Sucesiones**: Legado de usufructo vitalico a la esposa y posterior separación.

58 **Casos prácticos**

59 **Noticias**

62 **Información bibliográfica**

aeafa

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

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

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

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

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

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

Editorial

Mejorando la ley

Para mi nieta Alaia

LOS CAMBIOS Y LA EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD SON MUCHO MÁS RÁPIDOS QUE LA LEY

La expresión de título de este artículo, define la conducta de los profesionales que intervenimos en el Derecho de Familia. Los cambios y la evolución de la sociedad son mucho más rápidos que la Ley. Ésta siempre va con retraso.

Ello es tan evidente que la propia Ley lo reconoce, en el artículo 3 del Código Civil. Este artículo nos pide evolución y cambio en positivo de acuerdo con la realidad social de cada momento, evolución que debe estar basada en el espíritu y finalidad de la norma.

Es decir, nos está afirmando que nada es inmutable. Este mero matiz de evolución, nos llevará a un mejor servicio a los ciudadanos y a un mayor respeto y tutela de los derechos y obligaciones de las personas.

Sabemos que la Ley, la hacen los legisladores. Pero todos los legisladores no son iguales, pues tienen una visión diferente de la misma realidad. Es decir, los legisladores aplican la famosa “Ley Campoamor” en la que nos decía Don Ramón: En este mundo traidor, nada es verdad, ni mentira, todo es según el color del cristal con que se mira.

Luego, tenemos que trabajar con una Ley-herramienta que tendrá un solo “color” o “múltiples colores”. Dependerá del “cristal”, lo que implica que puede ocurrir que no sea una “fotografía” de la realidad social, que le falte alguno o algunos colores, que salga movida, que no se contemplen las situaciones que sufrimos y padecemos todos los ciudadanos o que no se aplique a todos por igual o que esté “desenfocada”. Todo ello debe corregirse.

A los profesionales nos toca mejorar esa Ley-herramienta y adaptarla a la realidad.

En esa aplicación y mejora, algunos profesionales se limitarán a aplicar el "texto" de la Ley-herramienta. Otros, irán más allá y profundizarán e intentarán llegar al "espíritu de la Ley".

Otros intentarán "ampliar" el contenido del "texto" basándolo en la finalidad de la misma. Otros intentarán "adecuarlo" al caso concreto. Otros "dinamizarán" el "texto" para asimilarlo al cambio social, etc.

A LOS PROFESIONALES NOS TOCA MEJORAR ESA LEY-HERRAMIENTA Y ADAPTARLA A LA REALIDAD

Para justificar ese difícil trabajo, por la mejora de la Ley-herramienta, quiero poner un ejemplo que nos anime. Sabemos que todos los pintores tienen los mismos colores para trabajar. Sin embargo, sólo los Maestros hacen obras de arte. Esa es nuestra finalidad, deben existir esos "maestros" que con su trabajo y constancia, muchas veces contra corriente, se atrevan a mejorar la Ley-herramienta.

La evolución y mejora de la Ley-herramienta, se puede ir consiguiendo mediante las peticiones de los escritos de Demanda y Contestación o Reconvención o mediante la Sentencia o Informe del Ministerio Fiscal. Exige un duro y constante trabajo, ya que normalmente nos encontraremos con la fría incomprensión. Sin embargo, el tiempo prueba que hay evolución y mejora.

En esa dinamización de la mejora de la Ley-herramienta, el mayor trabajo y el mayor empuje lo dan los profesionales de la Abogacía. Ellos están en contacto directo con la realidad social, reciben y comparten el sufrimiento de las personas y ellos comprueban y, también, sufren las resoluciones imperfectas, que se alejan de las soluciones terapéuticas y pacificadoras del conflicto.

Los Abogados son los que deben "pedir" y argumentar su petición para que los Jueces y Fiscales puedan resolver mejorando la Ley-herramienta.

Los Abogados pueden resolver en caso de acuerdo, en los casos de conflictos los resuelve el Juez.

Como consecuencia de esos dos extremos, debemos trabajar, ampliar y conocer que hay "caminos intermedios" con los que pueden disminuir o resolver la conflictividad. Estos "caminos" deben recorrerse y fomentarse.

Estos "caminos intermedios" pueden ofrecer soluciones más adecuadas que una Sentencia en los casos de crisis familiares, pues se pueden conseguir soluciones terapéuticas y pacificadoras en el respeto a la voluntad de las partes y del derecho de los hijos.

El "camino intermedio" más seguro y amplio es el establecido en el Principio de la Autonomía de la Voluntad. Es el "camino" del fututo.

Este Principio permite a las personas decidir sobre muchas cuestiones que les afectan. Cada vez tiene un contenido más amplio y universal, aunque estemos en Derecho de Familia. Ello es así, porque está permitido todo aquello que no esté prohibido.

Los interesados que lo utilicen, pueden llegar a acuerdos en los que se definan y concreten las normas que en el futuro regularán los múltiples campos que existen en la unión que van a formar entre ellos. Por ejemplo los Acuerdos Prematrimoniales o de Preconvivencia.

Igualmente esas personas pueden acordar las medidas que regulen su ruptura, su divorcio, su separación o su nulidad. Por ejemplo en el Convenio Regulador. Su contenido puede ser mucho mayor que el señalado en el artículo 90 del CC, lo que permite redactar Convenios adaptados a las necesidades de cada familia en el momento de la crisis y con-

templar el futuro.

También se pueden determinar las normas que regulen hechos futuros que no sabemos si se producirán. Por ejemplo la escritura de Previsión de Tutela, disposiciones testamentarias, donaciones, legados, poderes, etc.

Esos documentos, únicamente tienen el límite de no ir contra la Ley. Con ellos somos nosotros quienes manifestamos al Juez o a la Administración, las normas y medidas que queremos que sean aplicables y que regulen la situación contemplada. Circunstancia capital y básica, pues despliega el imperio del Principio de la Autonomía de la Voluntad enriqueciendo el concepto de persona.

EL "CAMINO INTERMEDIO" MÁS SEGURO Y AMPLIO ES EL ESTABLECIDO EN EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ES EL "CAMINO" DEL FUTUTO.

En la redacción de estos documentos es necesario tener en cuenta las diferentes legislaciones o culturas, debido al creciente número de uniones de personas de diferentes culturas, Países o Comunidades con distintas y, en ocasiones, contradictorias Legislaciones. Muchas veces esos documentos serán válidos en un País y no en otro. Esas diferencias, nos llevan a dinamizar, mejorar y universalizar el contenido del Principio de la Autonomía de la Voluntad.

Otros "caminos intermedios", para mejorar la Ley-herramienta, pueden ser los Procesos Colaborativos y de Mediación. Ambos extrajudiciales y con soluciones que tienden a ser terapéuticas y pacificadoras del conflicto, pues reconocen las diferencias, las exclusividades, el enfoque o solución diferente, la originalidad de cada familia, etc., y, además, en ocasiones, permiten trabajar y solucionar el origen y fondo del mismo.

Los "caminos intermedios" mencionados son voluntarios y exigen la aceptación de las partes.

Los acuerdos a que se llegue, en esos "caminos intermedios" pueden redactarse en documento privado o público. Es recomendable que se firmen en escritura pública. En otros casos es necesario que consten en escritura pública.

Cuando esos acuerdos se pretenden utilizar como medidas que regulen los efectos de las crisis familiares, necesitarán de la aprobación judicial y del Ministerio Fiscal en caso de que existan menores.

Lo manifestado hasta ahora es aplicable en caso de acuerdo entre las personas intervinientes. Ello debe ser fomentado y es la solución más inteligente.

Por el contrario, la realidad es muy distinta en numerosos casos. En los Procesos de Familia cada vez existe mayor conflictividad y enfrentamiento. Las partes o alguna de las partes, en muchas ocasiones, adoptan unas posturas y conductas de violencia o conflicto, ocasionando grave perjuicio a los menores que quedan desprotegidos.

La Ley-herramienta ha intentado solucionar esa conflictividad en caso de violencia sobre la mujer. Sin embargo, no contempla, con esa inmediatez y contundencia, la protección de los derechos de los menores, circunstancia verdaderamente chocante, pues ellos son quienes necesitan de mayores garantías y soluciones inmediatas.

Ellos son el centro del Derecho de Familia. Sin embargo, no hay un Procedimiento específico y concreto con la inmediatez, urgencia y medios que garanticen esos derechos, de un día para otro, tal como ocurre en el otro caso mencionado.

Nuestra Constitución dispone que todos somos iguales ante la Ley- art. 14-, que todos tenemos derecho a la tutela judicial efectiva- art. 24- y que los poderes públicos aseguran la protección jurídica de la familia, la protección integral de los hijos menores quienes incluso

gozarán de la protección prevista en la Acuerdos Internacionales – art. 39.

Tristemente ello no es así. Basta la aplicación del "Código Postal" para romper todos esos derechos constitucionales. Ese "Código Postal" es imperativo, rompiendo el espíritu y finalidad de los derechos constitucionales. Pese a ello, nos quedamos insensibles ante esa violenta e injusta situación.

Sabemos que en función del domicilio de las personas, éstas tendrán derecho a un Juzgado de Familia o a un Juzgado no especializado cuya función es diferente, su sensibilidad puede ser distinta, sus medios son diferentes o no especializados.

BASTA LA APLICACIÓN DEL "CÓDIGO POSTAL" PARA ROMPER TODOS ESOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.

Además, a cada persona se le aplicará la Legislación propia de su Comunidad, lo que supone que existan diferencias respecto a la custodia de los hijos, a los medios que se aplican y a la sensibilidad de los profesionales que intervienen, etc. Y así, podríamos citar numerosas e interminables circunstancias que son conocidas por todos.

Reiteradamente se ha manifestado por los profesionales del Derecho de Familia que esa injusta situación no puede mantenerse y que hay que conseguir que todos seamos iguales ante la Ley, que todos tengamos la tutela judicial efectiva y que los menores sean protegidos de verdad y en igualdad.

El Derecho de Familia, es una rama del Derecho autónoma, con vida propia, donde las personas que lo trabajen necesitan de una vocación y sensibilidad especial. Es una especialidad del Derecho que intenta regular un mundo que se mueve a una velocidad social muy intensa y que exige unos medios especializados y dinámicos, para llegar a soluciones adecuadas.

La mejor forma de conseguir el cumplimiento de los mencionados derechos constitucionales y de dejar en el casi "vacío" las diferencias que ocasiona la aplicación del "Código Postal" es la creación de una Jurisdicción de Familia. Con ello conseguiremos que este Servicio Público sea lo más completo, igualitario, tuitivo y eficaz.

Nos toca trabajar, conocer y conseguir ese "camino".

Santiago de Miota Navarro
Abogado de Familia
Vocal de la AEAFA

Artículo
Doctrinal

LA APP EATAF-ORIENTA

Carmen Varela Álvarez
Abogada

Hacia mucho tiempo que entre los abogados de familia catalanes se había difundido un rumor: el equipo psicosocial de la Generalitat de Cataluña (denominado EATAF) estaba desarrollando una app para orientar y recomendar periodos de estancias de los menores entre los progenitores.

El rumor se confirmó hace unos meses y el pasado 15 de junio se hizo la "presentación en sociedad" de la app llamada EATAF ORIENTA que, de momento, solamente puede descargarse en versión ANDROID, invitándome Merce Cartie (responsable del EATAF en Cataluña) a participar en la mesa redonda que se celebró con posterioridad a la presentación.

Estructura de la APP:

En cuanto a diseño y accesibilidad de la app, debe decirse que es acertado: fácil de manejar y muy intuitiva, lo que facilita su utilización.

La primera pestaña que nos encontramos es la de Presentación, en la que se indica que su objetivo es *sensibilizar a los operadores que intervienen en los procesos judiciales de familia con hijos de 0 a 6 años sobre las características básicas del desarrollo infantil en cada etapa y los procesos de vinculación* ofreciendo orientaciones básicas "*en aquellas situaciones de ruptura con un alto grado de conflictividad*".

Y aquí surge mi primera preocupación: si bien durante la presentación de la app se repitió en muchas ocasiones que la aplicación iba dirigida a los operadores jurídicos, lo cierto es que, desde el pasado 14 de junio, el acceso es libre pues puede descargarse desde el Play Store de Android.

Esta libertad de acceso significa que la limitación a los operadores jurídicos, en realidad, se ha eliminado y cualquier progenitor "altamente conflictivo" puede querer utilizarla para solicitar u oponerse, por ejemplo, a la introducción de una pernocta con anterioridad al año como recomienda la app lo que, sinceramente, me parece un riesgo innecesario que podría evitarse impidiendo que el uso de dicha aplicación saliera del sector jurídico.

¿Y por qué? Pues porque, de ese modo y como mínimo, los abogados de familia podríamos explicar el verdadero alcance de la misma, insistiendo en que solo se contienen recomendaciones que, en ningún caso, va a sustituir a la emisión del dictamen o del estudio del caso en concreto así como la interpretación que debe dársela y las cautelas a adoptar.

El segundo problema que se plantea es que en el apartado Presentación no se define el término conflicto o la expresión "alto grado de conflictividad", por lo que puede interpretarse que cualquier progenitor que no alcanzara un acuerdo a la hora de regular medidas paternofiliales y tuviera que acudir a los tribunales, podría entender que su situación es conflictiva y recurrir a las orientaciones de la APP si le favorece.

No obstante, si continuamos explorando la app dicha definición la encontramos en el apartado de preguntas frecuentes concretando que por familia con un nivel alto de conflictivo el Eataf entiende "familias cuyos progenitores presentan un patrón de interacciones disfuncionales, dinámicas de enfrentamiento sostenidas en el tiempo, reiterado conflicto verbal, comunicación nula o insuficiente, rabia, desconfianza, valoraciones negativas con respecto al otro progenitores" etc.

Y en sentido, además de las dispares interpretaciones que puede darse a la citada definición, tampoco acabo de comprender porque ha decidido aplicarse a progenitores con alto nivel de conflictividad y no en cambio a procesos contenciosos sobre guarda que no tengan una especial conflictividad pues, sinceramente creo que, en estos supuestos, podría ser mucho mas útil establecer una criterios generales y orientativos, pues los supuestos de alta conflictividad merecen un detenido estudio e individualización.

Descripción de capacidades y etapas evolutivas

Creo que los apartados en los que se explican las necesidades de los menores y la descripción de sus características físicas y emocionales, son una información útil para los cuidadores y operadores jurídicos y comparto plenamente el criterio de que los bebes necesitan un contacto frecuente con el progenitor no primario, pues de lo contrario podría convertirse en un extraño.

Dicho esto, la app contiene diferentes pestañas que se refieren a las siguientes etapas evolutivas:

1) Etapa 0-6 meses: Máxima dependencia del bebe con respecto a los cuidadores primarios. Ante la ruptura, necesitan tranquilidad y seguridad, siendo importantes las rutinas y los tiempos del bebé, que no deben modificarse en caso de ruptura.

El bebé necesita contacto frecuente con el progenitor no primario para forjar el vinculo, pues de lo contrario podría convertirse en un extraño.

Se recomienda una frecuencia tan elevada como sea posible y duración limitada a las necesidades del bebé. La app propone de 3 a 4 horas diarias o cada 2 días, sin contemplar las pernoctas lo que puede provocar la instrumentalización de la APP por parte del progenitor que quiere impedir las pernoctas provocando un conflicto artificial para apelar, posteriormente, a las recomendaciones de la APP.

2) Etapa 7-12 meses: Se desarrolla la ansiedad hacia el extraño y se recomienda, por lo tanto, que el niño haya convivido con los dos progenitores aunque se hayan separado. Para que esto tenga éxito, debe forjarse la alianza parental y la confianza mutua. Como el bebé tiene ritmos de sueño diurnos, se recomienda que el progenitor no primario aproveche los momentos para dormirlo para afianzar el vínculo ("iguala a los padres en el proceso de desarrollo del apego"). Se permite la inclusión de diversos cuidadores estables.

La APP propone 3-5-7 horas diarias o cada 2 o 3 días.

Con respecto a esta etapa me preocupa especialmente que se establece que "*Las pernoctas son muy perturbadoras "especialmente si los progenitores no se llevan bien"* y que se efectúe una recomendación general de no introducción de una pernocta hasta los 2 años en todos los casos, pues podría

suponer una ruptura en las rutinas del niño en caso de que ambos progenitores fueran cuidadores principales.

Imaginemos que un bebé de 9 meses ya haya estado pernoctando con ambos progenitores durante la separación de hecho previa a la regulación legal ¿Podría utilizarse las recomendaciones de la app para que uno de los progenitores pudiera oponerse a las pernoctas? Mi opinión es que sí y, es más, incluso algún juez podría acordarla, rompiendo así con la rutina previa del bebe.

Tras plantear dicho supuesto en la presentación del pasado 15 de junio, el EATAF aclaró que la app hacia referencia a "introducir" pernoctas, lo que suponía que partían de la premisa de situaciones no reguladas previamente, por lo que si ya existían pernoctas no iban a recomendar la no continuidad de las mismas si el menor estaba adaptado.

Pese a ello, creo que este extremo no está suficientemente clarificado pero me consta que el EATAF los va a valorar para introducir mejoras en la misma.

3) Etapa 1-2 años: Desarrollo motor y sensorial, pero no del habla. En familias separadas y con grave conflicto entre los progenitores, debe evitarse un ambiente estresante. Empiezan a desarrollar las coordenadas espacio-temporales y empiezan a ser conscientes de que son seres independientes al cuidador primario. Se consolidan las relaciones con las personas conocidas.

Si todo esto se produce con éxito, el sistema de contacto admitiría la introducción de una jornada completa o una pernocta semanal al alcanzar los 2 años, siempre que se den los siguientes condicionantes:

a) que el niño esté acostumbrado a dormir fuera de casa;

b) que tenga un hermano mayor que pueda acompañarlo en las transiciones entre los hogares;

c) comunicación mínima entre los progenitores y

d) que se haya construido el aferramiento con las dos figuras.

En ese sentido, si bien puedo compartir e incluso he defendido judicialmente en varias ocasiones que en supuestos de progenitores muy periféricos o poco presentes y vínculos muy fuertes y dependientes con el primario, podría no estar recomendadas las pernoctas, la generalización que en la app se contempla de INTRODUCIR SOLO UNA PERNOCTA SEMANAL A LOS DOS AÑOS y con los condicionantes que en la misma se contemplan pueden suponer la introducción de nuevas formas de conflicto que, a día de hoy parecían superados.

Por otro lado, se destaca que los niños de 0-2 años que pernoctan una o más veces por semana fuera del hogar habitual y separados del progenitor primario presentan ansiedad por separación. "Estudios recientes concluyen que las pernoctas en esta etapa pueden estar relacionadas con un "apego inseguro" con la figura de cuidador principal. Por lo tanto, las pernoctas están contraindicadas, en términos generales, A MENOS QUE SEA NECESARIO PARA EL CUIDADOR PRINCIPAL Y EL OTRO PROGENITOR SEA UNA FIGURA QUE APORTE SEGURIDAD".

Es cierto que como no soy psicóloga sino abogada no puedo contradecir manifestaciones basadas en "Estudios recientes ", pero si tengo que hacer varias puntualizaciones:

- Seria conveniente concretar a qué estudios hacen referencia y si la muestra estadística eran familias con alto nivel de conflicto o no. Aparentemente, las conclusiones se refieren a todo tipo de familias, apartándose del objetivo de la APP.

- Uno de los requisitos para la introducción de pernoctas es que el niño esté acostumbrado a dormir fuera de casa con tan poca edad. Y mi pregunta es ¿como van a estar acostumbrados si se presupone

que no ha habido introducción de pernoctas con el progenitor no primario con anterioridad?

- Se habla de exigencia de una mínima comunicación pero... ¿esto no contradice la premisa de existencia de alta conflictividad?

- El hecho de establecer que los estudios concluyen que las pernoctas están contraindicadas de forma general parece no estar vinculado a una situación familiar muy conflictiva, lo que puede llevar a los jueces a no acordar ninguna pernocta, aunque la situación sea favorable, o, incluso, a no aprobar un Convenio de mutuo acuerdo que las introduzca.

4) Etapa 2-3 años: Dominio del cuerpo y autonomía y consciencia de ser niño o niña. Imitación de escenas de la cotidianidad jugando y representación de los conflictos familiares. Entienden que, aunque los adultos con los que están aferrados no estén físicamente con ellos, continúan existiendo (permanencia del objeto: representación mental). Estas herramientas les permiten vivir con menos ansiedad la separación.

La recomendación general son contactos con frecuencia cada 2 o 3 días y evitar las separaciones prolongadas, extremos con los que estaría de acuerdo pues permitiría pautas de lunes/martes con un progenitores y miércoles /jueves con el otro y fines de semanas alternos.

Sin embargo no comparto el hecho de que no puedan introducirse de norma general "no más" de dos pernoctas y que de nuevo se haga referencia a diversos estudios sin detallar cuales son ni las muestras estadísticas en las que se basan.

5) Etapa 3-4 años: utilización del lenguaje y mayor desarrollo de su capacidad simbólica, por lo que pueden referirse a personas y situaciones que no están en el aquí y ahora. Razonamiento abstracto limitado. No pueden afrontar las separaciones largas. Ansiedad cuando la separación de las figuras de referencia supera los 3 o 4 días. Incluso cuando los niños están bien vinculados, los periodos vacacionales no pueden durar más de 1 semana.

La APP recomienda fines de semana extensos con el progenitor no custodio y la introducción de una pernocta intersemanal, además de tiempo adicional entre semana que pueda ser compartido con el niño, todo ello con progresividad, si bien alerta que hay estudios que defienden que los niños se adaptan mejor a las pernoctas a partir de los 4 años, lo que puede llevar a defender la introducción del menor número de pernoctas hasta que el menor alcance dicha edad.

Otro de los conceptos que me preocupan es que se recomienda el mantenimiento de un hogar principal, lo que podría interpretarse como un impedimento para la guarda compartida hasta esa edad pues en este sistema de de custodia no hay solo un hogar principal sino dos.

6) Etapa 4-5 años: los niños no son capaces de ordenar correctamente de forma temporal los acontecimientos que les pasan porque no tienen consciencia espacio-temporal completa. No se recomiendan separaciones largas de más de 4 días consecutivos. La propuesta de tiempo es la misma que en la etapa anterior.

Problema: contradicción entre la inexistencia de diferencias significativas entre el número de pernoctas y la recomendación del número de pernoctas a 4.

7) Etapa 6 años: el niño reconoce los días de la semana, las horas y la secuencia de actividades a realizar para alcanzar sus objetivos. Tiene una memoria consolidada y tiene integradas las coordenadas espacio-temporales. Los niños tienen herramientas suficientes para tolerar una mayor separación de las figuras de referencia. Si no hay incidencias, puede incluirse otra pernocta intersemanal, si bien se recomienda que la separación no dure más de 4 días. No se recomienda en esta etapa la alternancia semanal.

Estoy de acuerdo en que en esta etapa no se recomiende la alternancia semanal en la custodia, pues

dicho criterio parece ser coincidente en todas las periciales y estar avalado por la doctrina científica.

Problema: ¡! Parece que a los 6 años que se recomienda la guarda compartida… Pero también parte de un escenario en el que no haya incidencias ni retardos, por lo que podría concluirse que ésta es una nueva recomendación general apartada de la premisa de la conflictividad, pues, evidentemente, si hay una alta conflictividad entre los progenitores, no va a recomendarse una guarda compartida.

Otros comentarios:

Como los criterios que contempla la aplicación son los que ya está aplicando los equipos técnicos en sus informes, considero que es positivo que los hagan públicos para que los abogados, al conocerlos y tenerlos plasmados en una app, podamos defenderlos o cuestionarlos con una herramienta nueva que hasta la fecha no teníamos, pero me preocupa que la generalización y mala interpretación de la misma pueda incrementar los procesos de guarda compartida contenciosos.

Otro problema puede darse en los supuestos en que el juez disponga de un dictamen pericial de parte que concluya un reparto de tiempo que se aparte de unas recomendaciones generales, no lo valore y se base en las generalizaciones de la APP.

Concluyendo, y a la espera de ver como continua evolucionando la aplicación, creo que, a día de hoy, es necesario ser muy cauteloso en su aplicación y que nuestro colectivo y el resto de operadores jurídicos transmitan al EATAF todas las dudas, recelos y problemas que vean en su aplicación pues, nos guste o no, parece que EATAF ORIENTA ha venido para quedarse.

Tema de Debate

¿Cuál es tu experiencia práctica sobre las consecuencias jurídicas de la convivencia de un tercero en la vivienda familiar?

PILAR CUNCHILLOS

Abogado. Pamplona

Si existen hijos menores no puede extinguirse el uso

La experiencia en relación con la pregunta, en Pamplona, por parte del Juzgado Familia, en una demanda de Modificación de Medidas, solicitando la extinción del derecho de uso, por convivir un tercero mantuvo un criterio diferente que lo decretado por la Audiencia Provincial de Navarra.

En su resolución, el Juzgado de 1ª Instancia considera que la imperatividad del Art. 96-1º, en cuanto al uso, cuando se ejerce una custodia monoparental, puede moderarse con circunstancias del caso, para la consecución de una justicia material, que permita medidas más adecuadas a las condiciones de las partes en su conjunto y pueda conseguirse un resultado conforme a derecho.

Se produciría, por ello, la extinción del derecho de uso de la vivienda, siempre que se garantice, que el menor puede tener una vivienda.

En cambio, la Sala mantiene la discrepancia, entendiendo que la aplicación del Art. 96-1 del C.C. es de aplicación obligatoria, cuando existen en el matrimonio hijos menores de edad.

Se trataría de una especial protección jurídica, que se dispuso en la ley, a la vivienda familiar cuando hay menores, que es completamente independiente de la clase de titularidad o cualquiera que fuese el régimen económico.

En este caso, aparece claramente que la Sala entiende imperativo el Art. 96-1º y su correspondiente aplicación obligatoria, especialmente cuando existan hijos menores e incapacitados siendo una concesión del favor filii.

Indica la Sala que no se puede aplicar el principio de equidad según se entiende por parte del T.S., en Sentencias de 21 de noviembre de 2003 y de 23 de diciembre de 2002. En éstas se mantiene, de manera reiterada y uniforme, que el principio de la equidad, sería supletorio de la aplicación de las leyes. Por tanto, se consideraría solo en la eficacia aplicativa ante la

existencia de vacío legal, algo que no ocurre con el Art. 96-1, en relación al derecho de uso de la vivienda familiar.

Resulta evidente que no puede entenderse que, en esa situación, exista un abuso de derecho, ya que no resulta contrario a la ley.

Debería comprenderse, consecuentemente y desde un punto de vista humanitario, la queja, pero jurídicamente se consideraría inatendible.

Por mi experiencia personal, la Audiencia Provincial de Navarra no procede la extinción del derecho de uso, por la convivencia de un tercero, entendiendo que debe aplicarse con carácter imperativo el Art. 96-1º. Valora que el hecho de que resida un tercero en la vivienda no es causa de extinción del derecho de uso.

Se mantiene la discrepancia con el Juzgado de Familia, al entender que se puede moderar dicha condición imperativa, siempre que se analicen las circunstancias de necesidad del caso y se pueda proveer de una vivienda al menor.

CARMEN LÓPEZ-RENDO

Abogado. Cantabria

La respuesta y soluciones están llenas de matices, pues va a depender de si existió pacto o no en el Convenio Regulador entre los progenitores o cónyuges y, en caso negativo, si en el domicilio conviven o no hijos menores.

En la práctica nos encontramos con problemas, derivados de la introducción de un tercero, nueva pareja del progenitor, a quien se ha atribuido el uso de la vivienda, en la vivienda que fue familiar, y que es propiedad privativa del ex cónyuge no usuario de la misma al 100% o al 50% en pro indiviso, aunque también se producen en supuestos en que la vivienda familiar pertenece a la sociedad de gananciales. Los problemas son amplísimos.

Esta situación, en ocasiones, provoca que el tercero se vaya a residir a la vivienda familiar, e incluso ponga en alquiler otra vivienda que tenga, percibiendo ingresos por dicho alquiler, y viviendo gratis en una vivienda, en la que ha sido introducido sin consentimiento de su propietario, quien, en muchas ocasiones, se ve obligado a pagar la hipoteca, que grava la vivienda familiar, al ser deudor hipotecario, o se ve obligado a abonar un alquiler para solventar su problema de necesidad de vivienda.

La respuesta y soluciones están llenas de matices, pues va a depender de si existió pacto o no en el Convenio Regulador entre los progenitores o cónyuges y, en caso negativo, si en el domicilio conviven o no hijos menores.

En el IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios de Familia con la Asociación Española de Abogados de Familia celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2009 (EDO 2010/487) se aprobó, por mayoría de los participantes, la siguiente conclusión, relativa al derecho de uso de la vivienda familiar:

«Quinta.- Uso de la vivienda familiar. (…) c) No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas

en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar.

En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido.»

Si se pactó en el Convenio regulador homologado judicialmente, la prohibición de introducir a un 3º en el uso y la extinción automática del uso de la vivienda familiar, ¿podría presentarse demanda de ejecución?. Estimo que sí pues consistirían en la ejecución de una obligación de no hacer, pero las soluciones no son unívocas.

Los tribunales no alcanzan a ver los problemas que esta situación genera, y que provocan un enriquecimiento injusto, y un abuso de derecho, que debe ser evitado, al estar proscrito por el artículo 7 del Cc, aunque nuestro Tribunal Supremo ha empezado a marcar un camino, tras la STS de 19 de enero de 2017, en la que se acude a la reducción de la pensión de alimentos al obligado al pago, titular de la vivienda, al no haberse solicitado en la demanda la extinción del derecho de uso.

A mi juicio, no es admisible que al amparo de una norma (art. 96 CC), que pretende proteger a los menores, puedan terceros enriquecerse a costa del propietario de la vivienda, solo por haber iniciado una relación con una persona separada o divorciada que tenga la custodia de sus hijos. Si se genera una nueva unidad familiar, o bien se procede a una desafectación de la vivienda familiar, o se compensa económicamente al propietario, pero los tribunales han de proporcionar una solución a este problema real.

El hecho de que el cónyuge, a quien se haya atribuido el uso de la vivienda privativa del otro ex cónyuge, desee fundar con otra persona una nueva familia es muy legítimo, pero implica la extinción del uso, al perder la vivienda el carácter de familiar, ya que, en otro caso, estaríamos ante un enriquecimiento injusto, y un abuso del derecho proscrito por nuestro ordenamiento jurídico, pues no es ajustado a derecho que la vivienda sea propiedad privativa de una persona, a quien se le estaría obligando a abonar un alquiler para establecer su domicilio o pagar la hipoteca que grava el mismo, y por el contrario su vivienda fuera usada por una tercera persona que ha sido introducido sin su consentimiento por el no titular, sin abonar renta o merced, y sin límite temporal alguno, privándole del contenido de su derecho de propiedad.

Por todo ello, en estos supuestos ha de procederse a la extinción de la atribución del uso de la vivienda realizado, al ha-

berse cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para efectuar la atribución.

En este sentido de extinguir el uso de la que fue vivienda familiar cuando se ha introducido en la vivienda terceras personas, ya se han pronunciado, entre otras, la SAP Palencia 3-10-2001. SP/Sent/31166, la SAP Almería, Sección 1ª de 19 de marzo de 2007. SP/Sent/107714. SAP Valladolid, sección 1ª, de 15 de enero de 2018, Ponente: Francisco Salinero Román, reitera el criterio de extinguir la vinculación de la vivienda familiar cuando se introduce una tercera persona en la vivienda. Establece la Audiencia que una vez probado que una tercera persona se ha introducido en a vivienda familiar, y tiene convivencia marital con la esposa que tiene atribuido el uso de la misma, junto con los hijos, por razones de equidad y justicia, no se puede seguir manteniendo el derecho de uso de una vivienda cuando de dicho derecho se beneficia un tercero ajeno al matrimonio y sin ninguna relación. Esto son los términos del FJ 1º de la sentencia:

"La sentencia da por probada la alteración sustancial de las circunstancias producidas en el caso enjuiciado por la convivencia marital con la esposa de un tercero que ha pasado a residir en la que fue vivienda familiar. La cuestión debatida entre las partes es pues de naturaleza jurídica para determinar las consecuencias que dicha entrada debe producir respecto a la asignación del uso de la vivienda familiar que en la sentencia de divorcio se atribuyó a esposa e hijos. La solución adoptada en la sentencia apelada de rebajar la pensión alimenticia de los hijos a 200 euros para cada hijo en lugar de los 250 fijados en la sentencia de 16 de enero de 2014, que en la medidas relativas al uso de la vivienda y cuantía de las pensiones alimenticias de los hijos se ha tratado de modificar en el presente proceso se apoya en la sentencia de la Sala Primera de 19 de enero de 2017 . Pero esta resolución no resolvió una pretensión de extinción del uso como el que ahora se pretende sino simplemente si la introducción de un tercero en la vivienda familiar podía tener esa repercusión de rebaja del importe de las pensiones alimenticias de los menores. La Juzgadora "a quo" deniega la pretensión principal con el argumento de que la introducción de un tercero en el domicilio familiar no tiene porqué afectar al derecho de los hijos de seguir utilizando la vivienda. Pero por el mismo argumento tampoco tendría porqué influir en la reducción del importe de la pensión alimenticia de los menores ajenos a la relación de la madre con una nueva pareja, pareja que no tiene ninguna obligación alimenticia con los hijos y que además al no haber contraído matrimonio en un régimen como el de sociedad de gananciales por la vía de esta sociedad tampoco tendría que hacerse cargo de la alimentación y educación de los hijos del actor y demandada (art. 1362 del Código Civil) La sentencia de la Sala Primera cuya tesis se aplica al supuesto enjuiciado lo hace invocando razones de equidad y justicia. Las mismas razones pueden utilizarse para no seguir manteniendo el derecho de uso de una vivienda cuando de dicho derecho se beneficia un tercero

ajeno al matrimonio y sin ninguna relación, por lo mismo, con el actor que ha de seguir contribuyendo a sufragar el importe correspondiente de la cantidad financiada para su adquisición y de los impuestos que la gravan de manera que si el cónyuge a quien ha sido asignado el uso desea iniciar, como ha sucedido, una relación de convivencia con una tercera persona lo justo y equitativo es que proceda a liquidar la sociedad ganancial a la que pertenece la vivienda y a instalarse con su nueva familia en una vivienda o inmueble diferente con el que el cotitular de la primera vivienda no tenga ninguna obligación ni vinculación. Respecto a la atribución del uso de la vivienda que se contempla en el primero de los apartados del art. 96 del Código Civil la Sala Primera ha sentado el criterio (por todas las sentencias de 19 de noviembre de 2013 o de 23 de enero de 2017) de que uno de los factores para eliminar el rigor de la norma del art. 96. 1 es que la vivienda no tenga el carácter de familiar. Aplicando el criterio expuesto al caso enjuiciado considera esta Sala que la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando como vivienda familiar en cuanto servía a un determinado grupo familiar aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero precisamente por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente. Por ello la sentencia de la Sala Primera de 19 de noviembre de 2013 solo considera vivienda familiar aquella en que la familia haya convivido, con una voluntad de permanencia de manera que usando este criterio consideramos que desaparecida esa familia, bien unida o disgregada, la vivienda ha de perder también la consideración de vivienda familiar. Porque como señala la sentencia citada no puede calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio y estimamos que no tiene sentido que los hijos y el custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad ganancial."

Una vez, que parece que los tribunales van asimilando la necesidad de extinguir el derecho de uso, cabe preguntarse si con esta extinción se ha evitado el enriquecimiento injusto, o es preciso también que los tribunales se pronuncien, y reconozcan al perjudicado una indemnización por los perjuicios ocasionados, por la convivencia de un tercero en el domicilio que fue familiar, y que es propiedad privativa al 100% o al 50% del titular.

Para evitar el abuso del derecho y el enriquecimiento injusto, es preciso además de proceder a la extinción del derecho de uso, reconocer una indemnización de daños y perjuicios con fundamento en el artículo 1.101 del CC, la cual procede, desde el momento en que el titular o cotitular reclame que finalice el uso exclusivo por introducción de un tercero en la vivienda, y se compense económicamente por dicho uso no consentido. Indemnización que desde mi punto de vista ten-

dría que comprender el daño emergente, y el lucro cesante, tal como establece el art. 1106 del Cc.

Respecto a la indemnización de los perjuicios ocasionados por la convivencia en el domicilio familiar de un tercero cabe citar el auto de AP de Madrid, de fecha 5 de mayo de 2000, en el que se declaró la procedencia de la indemnización de los perjuicios ocasionados al cónyuge propietario de la vivienda por la ocupación de ésta por el segundo marido de su ex cónyuge. Entiende esta resolución que no exonera de toda responsabilidad civil a quien venía obligado a no hacer extensivo el derecho de uso a personas ajenas al entorno originario constituido por la ex esposa e hijas comunes.

La convivencia marital sobrevenida con un tercero, supondría un caso claro de incumplimiento de una obligación de no hacer (si se ha pactado en el convenio regulador que la introducción de un tercero conlleva la extinción del derecho de uso), y el no custodio, propietario o copropietario de la vivienda, podría reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, que consistirían en la cuota parte de renta, que correspondería percibir al propietario del tercero si la vivienda hubiera sido objeto de arrendamiento en el mercado libre de alquileres. Así ocurrió en el caso resuelto por los Autos de AP Madrid, Sec. 22ª, de 5 de mayo de 2000, ponente Eduardo Hijas Fernández y de 22 de julio de 2002, rec. 75/2002, ponente Eladio Galán Cáceres. La fórmula utilizada por estos dos Autos de la Sec. 22ª de AP Madrid, me parece la vía jurídicamente ortodoxa para evitar situaciones de abuso de derecho y/o enriquecimiento sin causa por parte del tercero que convive maritalmente con el custodio en la vivienda familiar.

En conclusión, la introducción de un tercero en el uso de la vivienda, que fue familiar, ha de tener como consecuencia la extinción del derecho de uso, la reducción de pensiones alimenticias, y la indemnización de los perjuicios causados al propietario titular o cotitular. Peticiones que estimo han de dilucidarse mediante el procedimiento de modificación de medidas, en los casos en que no se haya pactado esta hipótesis y soluciones en el convenio regulador, en el que los tribunales deberían de pronunciarse sobre estas peticiones.

JORGE A. MARFÍL

Abogado. Madrid

Debe extinguirse el uso sin perjuicio de que si hay hijos menores de edad se fije la pensión alimenticia que corresponda.

Cumplidos ya los 40 primeros años en esta Especialidad era previsible pensar que este asunto tenía que haberme aparecido más de una vez. Reconozco que es un tema por el que he sentido siempre un especial interés y que he seguido imparablemente, tal es el desprecio que me produce el abuso que supone el que un progenitor/a --por el hecho de ostentar la custodia-- introduzca en la que fue vivienda conyugal a su nueva pareja o incluso cónyuge, con toda impunidad.

Entresaco algunos ejemplos vividos en primera persona:

- 2004.- Dictada la Separación mi cliente descubre, un par de años después, que su ex ha introducido a un ciudadano

en la casa ganancial cuya hipoteca ambos pagan. Interpongo la Modificación y en 2006, adelantándose a toda la serie de Sentencias que vinieron después, aquel Juez de Móstoles dictó una resolución tan valiente como modélica, tan rompedora como justa, en la que ese joven juzgador apreció un abuso de derecho manifiesto, entre otros fundamentos, y le dió a la ex dos años de uso más. Los hijos tenían 15 y 13 años. No recurrió. A los dos años salió y la casa pudo ser vendida. ¡ Que los dioses guarden por muchos años a aquel juez de Móstoles !

- 2006.- Vivienda propiedad de mi cliente, de 350 m2, en una zona preferente de Madrid. Su ex–esposa primero introduce a su entonces novio (hay dos hijos del matrimonio de 16 y 18 años) y luego se casa con el ciudadano. Mi cliente seguía pagando una hipoteca alta por su casa, en la que por mor de la custodia sobre los hijos se aposentó aquel hombrecillo, ya casado con la ex–esposa. Cuatro años intensísimos de pelea. Pedí la custodia de los hijos y la vivienda a través de una Modificación. Se ganaron las dos instancias. Mi cliente falleció repentinamente cuando iba a tomar posesión, por fin y legalmente, de su casa.

- 2018.- En este caso no es que un despreciable tercero/a esté viviendo gratis en casa ajena; se trata de un tema inusual pero con el mismo fondo: ex–esposa que se adjudica la custodia de dos hijos (vivienda de lujo junto al Retiro madrileño, de unos 270 m2). Ante tal hecho decide alquilar su despacho de procuradora, en el que siempre ejerció hasta el Divorcio, obteniendo un beneficio inesperado, y montarlo ahora en el que fue domicilio conyugal, en el que, como es de ver, le sobra superficie, y sacando por tanto un rendimiento de una vivienda cuya naturaleza era solo la de proporcionar habitación. Es en definitiva, también, la " introducción de un tercero " ajeno a la relación jurídica que nació con la disolución vincular. Ahora, esta ciudadana, tiene oficina gratis en la vivienda de su ex. Otro abuso flagrante.

Son tantas las situaciones parecidas que he vivido que aún me sigue pareciendo tímida la decisión del TS (por ejemplo la Sentencia de 19. Enero. 2017 (RJ 2017, 924)) en la que sólo se resuelve que " el tercero que entra en escena necesariamente debe contribuir a esos gastos… "

Hay que acabar con las situaciones en las que, prevaliéndose de la concesión de la custodia, el o la ex introduce a un tercero en el que fue domicilio familiar, ya que de hecho deja de serlo una vez dictada la Sentencia, y obligar a que las partes liquiden la vivienda. Si en una Sociedad Mercantil se liquidan y reparten los bienes entre los socios, ¿por qué no puede hacerse igual en una Sociedad Ganancial (ese esperpento)? Pues que se haga.

Y si hay hijos, claro, que se le fijen pensiones adecuadas a su favor. Y punto final. Y ya no habrán más impresentables viviendo gratis del esfuerzo de otro/a.

ISIDRO NIÑEROLA

Abogado. Valencia

Debe extinguirse la atribución del uso aunque tenga que elevarse la cuantía de la pensión alimenticia

Esta cuestión es de rabiosa actualidad, pues es ciertamente frecuente que el adjudicatario del uso, cuando el bien pertenece a ambos, conviva con tercero, o bien que el derecho de uso que se concedió, además lo sea de una vivienda privativa del no adjudicatario del uso.

Ante estas situaciones, nos encontramos ante un claro abuso de derecho, y lo abordamos en la AEAFA en el II y III Encuentro de Jueces y Abogados de Familia, en el sentido de que cuando exista concedido un derecho de uso y esa atribución haya quedado alterada en su composición familiar, ello da lugar a una nueva unidad familiar respecto del uso inicialmente atribuido.

De hecho, ha quedado escindida la primitiva familia a la que se le concedió el derecho de uso, y por tanto, existe en puridad dos familias y por tanto, no puede seguir quedado afectado dicho uso, en este supuesto, y así se pronuncian innumerables Audiencias Provinciales, sin perjuicio que el derecho de uso, ya ha dejado sentado el Alto Tribunal Supremo, que salvo casos muy excepcionales, el uso a favor de los hijos, finaliza a la mayoría de edad.

No obstante, esta cuestión sí que se ha abordado por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de Enero de 2017, indicando que esa nueva situación, sí que puede llevar a una modificación en la cuantía de los alimentos.

La Audiencia Provincial de Valencia, cuando ha tratado esta cuestión, y entre otras la de 18 de Julio de 2012, Rollo de Sala 254/12, ha entendido que si el esposo, propietario de la vivienda, recupera ésta y se le hace salir a la madre y al hijo, se tendrá que elevar la contribución de alimentos a cargo del padre.

Es evidente que la nueva familia de la madre, no podría beneficiarse de ese inmueble, pero por ello el padre, en ese caso, debería contribuir en mayor cantidad al pago de alimentos del hijo, pues la madre sigue ostentando la custodia y el padre debe seguir contribuyendo al concepto de habitación del hijo.

MARIA PÉREZ GALVÁN

Abogado. Sevilla

Mi experiencia es que estos casos provocan situaciones injustas, violencia y agravios comparativos, no deseables que deben encontrar amparo legal y justicia material.

Cada vez más los clientes nos plantean la consulta de que, divorciado o regulada la crisis de pareja en su día y acordado el derecho de uso de la vivienda familiar a los menores y a la madre en virtud del primer párrafo del artículo 96 de nuestro Código Civil, entra a vivir en la que fue vivienda familiar un tercero y nos preguntan qué pueden hacer porque entienden que es una situación nueva que crea, como mínimo, agravios comparativos.

El caso real más duro que se me ha planteado es el de: matrimonio que se divorcia hace cinco años. Acuerdan que la custodia de las dos hijas menores sea para la madre, porque entonces ella no trabajaba y las niñas eran muy pequeñas y el

uso de la vivienda familiar, privativa del padre, se otorga a las menores y a la madre.

Pasados unos años, la madre tiene una relación con un señor divorciado con un hijo menor que tiene una vivienda propia. Este decide alquilarla y trasladarse a vivir con ella.

Hasta ahí todo bien. Cada uno es libre de convivir con quien quiera, si bien, en mi opinión, no en la vivienda del padre de tus hijos que además es privativa de él.

Hay que armonizar los intereses contrapuestos en estos casos, pues provoca situaciones verdaderamente injustas.

Así pues la situación es que, en la que fue vivienda familiar privativa de mi cliente, que no tiene otra vivienda y está pagando un alquiler donde tener a las hijas en los periodos que conviven con él, un tercero se toma la libertad de vivir y disfrutarla, hasta el punto de que se ha empadronado en ese domicilio con su hijo menor, para tener acceso a colegio público en la zona.

Sin duda, esta nueva situación, unida a que esa madre ahora trabaja y cuenta con ingresos propios, que su pareja se supone que aporta sus ingresos a esa nueva relación y permite a esta nueva "composición familiar" tener un nivel de vida cómodo y disfrutar de viajes, ropa cara y determinados caprichos, etc.etc, se contrapone a la de mi cliente, que se ve privado de su vivienda que está siendo disfrutada por un tercero ajeno a su familia, sigue pagando un alquiler y ve sus ingresos mermados.

¿Qué consecuencia jurídica tiene este hecho nuevo?. ¿ Cómo lo estamos planteando los abogados?. ¿Qué solución están dando los Tribunales?

Por lo que he analizado, si no hay custodia compartida, en caso de desacuerdo de las partes, el artículo 96 opera automáticamente y la mayoría de las sentencias lo justifican en base al "interés del menor", concepto que admite tantas interpretaciones.

Considero que, en estos casos, hay que hacer una interpretación correctora del artículo 96, similar a la que se regulaen el 101 del Código Civil, que da la posibilidad de extinguir el derecho a convivir con otra persona, y ello ante esta nueva realidad social tan frecuente y el vacío legal existente.

Otra salida puede ser, solicitar Modificación de Medidas por cambio de circunstancias, incluso pedir la custodia compartida para eliminar la adscripción inicial del uso de la vivienda. Ambos progenitores deben proporcionar vivienda a los menores para atender las necesidades de los mismos en los periodos de guarda.

Soy de la opinión de que, liquidado el matrimonio, se liquide el patrimonio para evitar problemas como éste a sabiendas además de que, tras el divorcio, los niños necesitan dos vi-

viendas, la que fue familiar en la que normalmente se queda la madre y, otra donde convivir con el padre.

Ya nos está diciendo el Tribunal Supremo en recientes resoluciones al temporalizar el derecho de uso en custodias compartidas que con ello se facilita, en casos de proindiviso o vivienda común, la transición a la nueva situación de custodia compartida.

Algún abogado ha pedido en supuestos similares, rebaja o reajuste de la pensión de alimentos del obligado al pago, por entender que ese tercero tendrá que aportar alguna partida económica por estar beneficiándose del uso de la vivienda.

En otros casos han planteado un desahucio por precario, etc., pero hasta ahora he visto Sentencias del Tribunal Supremo que resuelvan supuestos similares, aconsejando la lectura de las de 19 de noviembre de 2013, 19 de enero de 2017 y 23 de enero de 2017.

Se hace necesario atender estos casos, ante la falta de regulación legal, para evitar situaciones de abuso de derecho, fraude de ley y agravios comparativos que causan verdaderas situaciones de indefensión y de impotencia al titular, que ve indefenso y frustrado su interés al no permitírsele disponer de su vivienda para proporcionarle a los hijos una digna en los periodos que conviven con él. Como solución a considerar apunto, el que los abogados de familia, al elaborar los convenios incluyamos expresamente pactos que regulen estos supuestos.

Lo ideal es que, siendo ambos progenitores titulares de la patria potestad, se comprometan tras la crisis de pareja, a proporcionar a los hijos menores alimentos y vivienda, entendiendo que, el interés del menor, pasa también porque tengan una vivienda digna cuando conviven con el padre.

Mi experiencia es que estos casos provocan situaciones injustas, violencia y agravios comparativos, no deseables que deben encontrar amparo legal y justicia material.

RAMÓN TAMBORERO

Abogado. Barcelona

El CCCat regula de forma detallada estas situaciones. Es deseable que en las resoluciones judiciales se especifique el motivo que lleva a atribuir el uso de la vivienda.

Debemos comenzar por aclarar que la experiencia de temas como el que se nos plantea, a quienes desarrollamos nuestra actividad en Catalunya, difiere sobremanera de quienes trabajan habitualmente aplicando el Código Civil especial.

En efecto, nuestro Código Civil en Catalunya, establece la distinción de que se puede otorgar el derecho de uso sobre la vivienda familiar por razón de la guarda de los hijos de los litigantes, o bien si tal derecho de uso es debido a una mayor necesidad económica de la persona a quien se le otorga el indicado derecho de uso.

En el primer caso, la experiencia demuestra que la existencia de un tercero en la vida de aquel a quien se le otorgó el derecho de uso de la vivienda, poca o nula incidencia tiene a la hora de dictar la resolución Judicial.

Desde luego en absoluto tenemos un criterio sancionador de que convivencia (o matrimonio con tercero) implique perdida de Derecho de uso de la vivienda habitual, toda vez que la praxis de los Juzgados de Instancia, así como las Audiencias Provinciales, es de que por encima de todo prima el interés del menor, manteniéndoles a estos el derecho de uso.

Lo máximo que suele tenerse en consideración es la posibilidad de revisar la Pensión de Alimentos de los hijos, en base a que en el mantenimiento de vivienda (suministros, alquiler, etc), se supone que colaborará la tercera persona que conviva en el domicilio familiar, pero no se suelen pronunciar las Sentencias en cuanto a la posible desposesión o extinción del derecho de uso de la vivienda familiar.

Distinta cuestión resulta ser cuando el derecho de uso sobre el domicilio familiar, se ha otorgado a uno de los litigantes por el hecho de ser acreedores del mismo por una peor situación económica.

El Código Civil de Catalunya, (ex.art.233-20) establece de forma expresa que la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda conyugal al cónyuge más necesitado, si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad, o incluso habiendo hijos, es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de llegar los hijos a la mayoría de edad.

De ser así, forzosamente deberá otorgar tal derecho durante un periodo concreto de tiempo, siendo susceptible de prórroga también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivó, aunque tal prórroga se deberá solicitar, cuanto menos, seis meses antes del vencimiento del término fijado.

De la misma manera, el artº 233-24 del Código Civil de Catalunya establece como causas de extinción del derecho de uso, y sólo cuando ha otorgado tal derecho por razón de la necesidad del cónyuge, “por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del derecho de uso con otra persona”.

Así pues inicialmente, la existencia de un tercero en el domicilio familiar, solo queda regulado en el caso de que no haya hijos menores de edad. El mayor problema con el que se encuentra la aplicación del artículo 233-24, es la mala praxis en la presentación de las Demandas, cuando ninguna de las partes, a la hora de defender sus respectivas posturas procesales, no acota de forma expresa el motivo por el que el Juez debe otorgar el derecho de uso, es decir, si por razón de los hijos o bien peor posición económica.

Ello unido a que tampoco los Tribunales son suficientemente cuidadosos para justificar los motivos de otorgación del uso, hace que después sea más complicado ejercer el derecho de extinción del uso a quien se le concedió cuando éste convivía ya con tercera persona.

Mi experiencia en esos casos ha sido en general poco po-

sitiva, ya que a pesar de solicitarlo reiteradamente en la forma ya expuesta, pocas veces encuentro en las Sentencias una justificación clara del porqué se otorga tal derecho o no al que no es propietario de la vivienda, lo que dificulta enormemente después la intención del propietario de exigir la finalización del derecho de uso como consecuencia de la nueva relación con un tercero por parte de quien disponía del mismo.

FRANCISCO VEGA SALA

Abogado. Barcelona

Si existen hijos menores nula incidencia tendrá en el uso de la vivienda la entrada de un tercero en la vivienda familiar.

Mi experiencia práctica sobre las consecuencias jurídicas es escasísima sobre este tema. Recuerdo algunos convenios en los que se prohibía que vivieran terceros en la vivienda familiar atribuída a uno de los cónyuges y otros en los que se pactaba el pago de una cantidad o la reducción de los alimentos y/o pensión compensatoria. Creo recordar que alguno de estos convenios fueron aprobados pero otros no, al menos el pacto en cuestión.

Pienso que la entrada de un tercero es indudablemente una variación de circunstancias que permite interesar una modificación, pero también pienso que a veces no deja de nacer un derecho y no se ve, por otra parte, la necesidad de una modificación. Pensemos, por ejemplo, en este supuesto: Matrimonio con hijos menores 2 y 3 años, que viven en piso propiedad del esposo. La mujer no trabaja; el marido es directivo de una multinacional con buen sueldo, pero continuos desplazamientos. El matrimonio fracasa y se divorcian. La Sentencia declara el divorcio, deja los hijos bajo la guarda de la madre, no porque el padre sea un mal padre, sino a causa de sus viajes profesionales, y en aplicación del art. 96 CC atribuye “el uso de la vivienda familiar….a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”. Al cabo de dos o tres años (los hijos tienen ya 5 y 6 años) la esposa se vuelve a casar. Nada de ello es causa de pérdida automática del uso por lo que, teniendo ella vivienda y no teniéndola el nuevo esposo , para cumplir con la obligación que les impone el art. 68 CC (la de vivir juntos) entra a vivir a casa de la esposa, propiedad del primer marido

Patria potestad

DEBER DE INFORMACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES

ELECCIÓN DE COLEGIO: DECISIÓN CUANDO EL CURSO HA COMENZADO

DEBER DE INFORMACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES

AP BARCELONA, SEC. 18.ª
AUTO DE 17/01/2018

Es objeto de controversia el deber de información de la madre sobre el centro escolar al que acude el menor y sobre el nombre del tutor. El título ejecutivo no parece recoge expresión ni dispositivo alguno sobre este punto, pero tampoco lo niega. El derecho a ser informado deriva del marco general de la potestad parental y puede integrarse el título ejecutivo en este sentido.

El día 10 de mayo de 2016 el Sr. Elias presentó demanda en la que solicita que se despache ejecución para designa de oficio de psicólogo y que se requiera a la madre para que manifieste el colegio en dónde cursa sus estudios el menor, así como la clase y el tutor del mismo. Relata que, se estableció en sentencia que se designaría un psicólogo/a para terapia, que debería informar cada tres meses u otro periodo a acordar por el Juzgado sobre la evolución de la terapia y las posibilidades de reanudar la relación padre e hijo y forma de proceder, acordando lo que proceda en función del resultado de la terapia.

Despachada ejecución, la Sra. Cecilia se opone. Dice que no tiene recursos para pagar un psicólogo y se niega a facilitar los datos del colegio para proteger al menor, que presenta ansiedad y se llega a defecar encima, pues el padre podría presentarse inopinadamente en las aulas. El padre no acude al Punt y no colabora. Pide que el psicólogo sea del EATAF.

El ejecutante contesta y sostiene que la madre no puede negarse a facilitar la información, debe cumplir la sentencia y debe someterse a la terapia. Pide multas coercitivas.

El Auto recurrido, de fecha 28 de febrero de 2017, desestima la oposición en cuanto a facilitar los datos del colegio, pues el juez entiende que la madre está obligada a facilitarlos.

La parte recurrente sostiene que debe esperarse al resultado de la terapia antes de obligar a la madre a decir el colegio e inmiscuir al pequeño.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de apelación.

La parte apelada se opone y sostiene que la información requerida forma parte de la potestad parental y hay animadversión en la madre.

El único objeto de recurso hace referencia al deber de información de la madre sobre el centro escolar al que acude el menor y sobre el nombre del tutor. El título ejecutivo no parece recoge expresión ni dispositivo alguno sobre este punto (según la transcripción que facilita el padre y la madre no impugna), pero tampoco lo niega. El derecho a ser informado deriva del marco general de la potestad

parental y puede integrarse el título ejecutivo en este sentido.

Cuando no se priva a los padres de la potestad parental sino solo se les priva de su ejercicio, sin que la ley distinga las causas, el artículo 236-12.1 CCCat obliga al progenitor que ejercita en exclusiva dicha potestad a poner en conocimiento del otro inmediatamente los hechos relevantes que se produzcan durante la guarda del hijo, y dar al menos cada tres meses información general sobre la vida cotidiana de este (evolución de los estudios, etc...- STSJ, Civil sección 1 del 01 de diciembre de 2016 (ROJ: STSJ CAT 8309/2016 - ECLI:ES:TSJCAT:2016:8309). Con más razón ese derecho persiste cuando no se ha privado al padre del ejercicio de la potestad parental, sino que sólo ha visto restringido el derecho de visitas.

No hay dato alguno que permita suponer que el padre hará mal uso de esta información. Razonablemente, quiere conoce cómo van los estudios del menor y hablar con el tutor o tutora de la clase no ha de significar interferencia en el proceso que deben seguir los padres conforme a la terapia acordada.

Es verdad que el EATAF indicaba en informe de 2014 que el padre incumplía las visitas en el Punt de Trobada y que su actitud ha sido irregular e inconstante. En el Rollo se ha puesto de manifiesto por la madre que el padre, dice que como en otras ocasiones, ha desaparecido sin dar explicaciones. El propio letrado del Sr. Elías presenta escrito conforme no lo localiza y lo confirma en escrito presentado en el Rollo, pero dice que se va presentando al Punt de Trobada .

Pero esta actitud, que condicionará la terapia y el proceso de recuperación del vínculo paternofilial, no puede impedir el derecho del Sr. Elías de conocer la evolución escolar el menor. No hay elementos de prueba (art. 217 LEC) sobre un mal hacer en este extremo (aprovechar la información para forzar contactos con el niño), y por ello no hay causa para negar o para modalizar el acceso a esa información, pero debe saber que en otro caso sufrirá las consecuencias.

Todo ello sin perjuicio de que el psicólogo que lleve a cabo la terapia deba informar de las incidencias que puedan surgir.

ELECCIÓN DE COLEGIO: DECISIÓN CUANDO EL CURSO HA COMENZADO

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª AUTO DE 15/01/2018

Se ha producido una carencia sobrevenida de objeto, en términos del artículo 22 de la Lec y ello en cuanto la solicitud efectuada por el padre se refiere a la atribución de la facultad de decidir la escolarización de la menor para el curso 2017/2018; y el curso no solo ha comenzado al tiempo del dictado de esta resolución, sino que ha visto ya cumplido en su integridad su primer trimestre y ha comenzado el segundo, por lo que en modo alguno resulta ya posible un pronunciamiento como el pretendido por el padre para el presente curso escolar.

D. Ovidio interpone recurso de apelación contra el Auto que ha sido dictado en el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria que se ha seguido con el número 301/2017 ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Valladolid que desestima la solicitud efectuada por el ahora apelante con la finalidad de que le fuese atribuida la facultad de decidir el centro escolar en el que escolarizar en el curso escolar 2017/2018 a su hija Eugenia (de tres años de edad al tiempo de la solicitud), decidiendo dicha resolución que la referida facultad le correspondería durante el citado curso escolar a D.ª Salome, madre de la menor.

Esta decisión de la Juzgadora de Instancia es la que resulta objeto de impugnación en el recurso de apelación que nos ocupa, mostrando su desacuerdo el así apelante con la decisión que ha sido adoptada

por la Juez de Instancia, que considera no tiene en cuenta el superior interés de la menor Eugenia, sino que ha sido dictada atendiendo de manera exclusiva al interés de la madre de la menor, obviando cual es el interés objeto de superior protección y tutela, y por ello, con fundamento en razones de coherencia, proximidad, arraigo, coste, horario, calidad y neutralidad en cuanto a la formación religiosa, propugna la revocación de la resolución dictada en la instancia y que en su lugar se dicte otra por la que se le atribuya al apelante, sr. Ovidio, la facultad de decidir el centro escolar en el que curse estudios su hija Eugenia en el curso escolar 2017/2018.

En su informe, el Ministerio Fiscal se ha tenido por instruido del recurso formulado por el sr. Ovidio, reproduciendo el argumentario de la resolución recurrida.

El recurso de apelación que ha sido interpuesto no puede ser estimado por este Tribunal de Apelación, debiendo ser confirmada la resolución dictada en la instancia. En primer lugar porque si bien la más adecuada solución del recurso determina la necesidad de entrar en el examen y valoración de la prueba que ha sido practicada en el procedimiento por la Juez de Instancia, pues el carácter ordinario del recurso de apelación, que efectivamente lo es, somete al Tribunal que del mismo entiende el total conocimiento del litigio, si bien siempre dentro de los límites del objeto o contenido del recurso y con respeto a la obligada congruencia. Desde esta perspectiva cabe señalar que, tal y como ya es criterio de esta misma Audiencia Provincial (Sección Primera) en sintonía con el criterio jurisprudencial sentado, entre otras, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2015, solo será factible criticar la valoración que efectúe el Juzgador "a quo" de la prueba practicada cuando la efectuada en la instancia fuese ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica (SSTS de 9 de marzo de 2010, 11 de noviembre de 2010); se hubiera incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 10 noviembre 1994, 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002); se extrajeren de la misma conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002, 13 diciembre 2003, 9 junio 2004); o finalmente, si se adoptasen en ella criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 28 enero 1995, 18 diciembre 2001, 19 junio 2002).

Así las cosas, acontece de lo que consta actuado en el procedimiento que la aplicación al supuesto enjuiciado del anterior criterio jurisprudencial sobre valoración de prueba ha de llevar a este Tribunal de Apelación a la misma conclusión que la obtenida por la Juez de Instancia, cuyos acertados razonamientos esta Sala expresamente acepta, asume y hace enteramente propios, dándoles por reproducidos al objeto de evitar innecesarias repeticiones, ya que lejos de incurrir la Juzgadora "a quo" en los errores de valoración e interpretación probatoria que denuncia el apelante en su recurso, resulta que se lleva a cabo en la resolución recurrida un acertado y ponderado análisis de la cuestión objeto de controversia y de las circunstancias fácticas que concurren en el supuesto enjuiciado, sin que los argumentos del recurso puedan servir al pretendido efecto de sustituir el imparcial y objetivo criterio de la Juez de Instancia por el subjetivo, parcial e interesado de la parte apelante, quien se limita en su recurso a exponer las razones de conveniencia y mayor beneficio para su hija Eugenia que a su juicio considera avalan su opinión acerca del centro al que debe acudir, pero que nos desvirtúan el criterio de la Juzgadora de Instancia, quien resuelve en su resolución de la forma que entiende se facilita el ejercicio de la guarda y custodia compartida a ambos progenitores, lo que sin duda alguna redunda en beneficio de la menor Eugenia, que es la principal interesada y cuyo superior interés es el que debe ser tutelado.

En segundo término, porque en el supuesto que examinamos se habría producido una carencia sobrevenida de objeto, en términos del artículo 22 de la ley de Enjuiciamiento Civil, y ello en cuanto la solicitud efectuada en la petición inicial de este expediente -en la que se insiste en el recurso-, se refiere a la atribución de la facultad de decidir la escolarización de la menor Eugenia para el curso 2017/2018; pues bien, el curso no solo ha comenzado al tiempo del dictado de esta resolución, sino que ha visto ya cumplido en su integridad su primer trimestre y ha comenzado el segundo, por lo que en modo alguno resulta ya posible un pronunciamiento como el pretendido por D. Ovidio para el curso escolar 2017/2018 con respecto de una cuestión ejecutada y cumplida, cual es la escolarización de la menor Eugenia en el presente curso, sin que además resultase conveniente, ni beneficioso para dicha menor, la hipotética modificación de la situación existente en el momento actual que facultase a D. Ovidio a intentar un cambio o traslado de centro durante el curso en trámite.

Guarda y custodia

EL APOYO DE LOS ABUELOS PATERNOS PERMITE LA CUSTODIA COMPARTIDA

LA MALA RELACIÓN DE LA MADRE CON UNA HIJA IMPIDE LA COMPARTIDA

LA JORNADA LABORAL DEL PADRE: OBSTÁCULO PARA LA CUSTODIA COMPARTIDA

EL APOYO DE LOS ABUELOS PATERNOS PERMITE LA CUSTODIA COMPARTIDA

AP BURGOS, SEC. 2.ª
SENTENCIA DE 30/01/2018

El padre dispone de la red de apoyo de los abuelos paternos para llevar a la menor al colegio y recogerla, sin que se haya acreditado que ello sea perjudicial para ésta, disponiendo aquel a su llegada a su domicilio de tiempo para cuidar a su hija. El horario laboral del padre no impide la custodia compartida.

La representación legal de Amparo (parte demandada) formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 8-5-2017 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de DIRECCION000 por la que se declara disuelto por divorcio el matrimonio contraído entre las partes y se acuerdan medidas complementarias, petición a la que se adhiere el Ministerio Fiscal.

Ciñe la parte apelante su recurso a las siguientes medidas:

1.-Guarda y custodia de la hija menor Macarena (hoy de 4 años): Señala la parte apelante que la sentencia apelada establece un régimen de guarda y custodia compartida entre los progenitores por semanas en el respectivo domicilio en que resida cada progenitor en DIRECCION001, con visitas para el progenitor no custodio dos días intersemanales: martes y jueves de 17 a 20 horas. Asimismo se regulan vacaciones de Navidad y Semana Santa en días concretos y en verano los meses de julio y agosto por periodos de 15 días hasta que la menor cumpla 9 años.

Pretende la parte apelante que se conceda la guarda y custodia exclusiva en su favor. Invoca, en síntesis, como motivo del recurso el de error en la valoración de la prueba en cuanto existe indicación favorable a la custodia exclusiva de la madre en el informe pericial emitido por el equipo sico-social.

Afirma que el horario laboral del padre impide que pueda levantar a su hija Macarena por las mañanas, darla de desayunar y llevarla y recogerla de colegio a las 14h., a pesar de haberse acogido al Plan de flexibilización espacial de su empresa.

El régimen de guarda y custodia que se viene desarrollando desde marzo de 2016 no concede más tiempo de relación del padre con su hija menor pues hasta las 16 o 17h. aquel no ve a su hija y además solo los lunes miércoles y viernes pues los martes y jueves la madre tiene visita intersemanal. Las semanas de custodia a favor del padre este solo tiene a la

menor tres tardes desde las 16,30 o 17 horas hasta las 21 horas en que la niña se acuesta. Realmente con quien la madre reparte el tiempo es con los abuelos paternos, con quien aún convive el padre, no estableciéndose por ello la custodia en beneficio del padre sino de los abuelos paternos. Antes del auto de medidas provisionales que estableció el régimen de custodia compartida la menor vivía con su madre en DIRECCION001, trasladándose ambas a DIRECCION002 para las visitas con su padre. Hoy la madre sigue siendo la figura de apego de la menor. El padre no ha ensayado la posibilidad de vivir de forma independiente con su hija menor en una vivienda propia.

Debe valorarse el interés de la menor. Debiendo concretarse un plan contradictorio ajustado a las necesidades de las partes, el padre solo ha concretado el apoyo de los abuelos paternos para que le suplan su imposibilidad de hacerse cargo de su hija por las mañanas.

2-Régimen de visitas: Pretende que se establezca el que se señalaba en el escrito de contestación a la Demanda o el propuesto por el equipo sico-social.

Entrando en el análisis del recurso debe anticiparse que se estiman acertados los pronunciamientos de la sentencia apelada.

A la hora de adoptar medidas como la atribución del régimen de custodia se ha de atender fundamentalmente al interés de los hijos, o principio del favor filis, principio que ha sido reiteradamente recogido en la jurisprudencia. Así, ya la sentencia del T.S. de fecha 27 de marzo de 2001, señaló que: es principio elemental, necesario e indeclinable de cualquier medida atinente a los hijos, como así se consagra en distintos preceptos del Código civil, (artículos 92 CC art. 92, 93, 94, 103-1 ª, 150 y 170) y, en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, que sea el interés de aquéllos el que deba prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores; y su beneficio, la razón de ser o el fundamento de las prescripciones legales.

Por otra parte la sentencia del TS de 4 de febrero de 2016 señala: Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), que la custod ia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Además, jurisprudencialmente se considera que la guarda y custodia compartida debe ser el régimen preferente, aunque siempre atendiendo al caso concreto y valorando el interés del menor. Así el TS en S. de 30-10- 2014 ha declarado: La interpretación del artículo 92, 5 CC art. 92.5, 6 CC art. 92.6 y 7 CC CC art. 92.7 debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013: se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo CC art. 92 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013)....

Lo cierto es que las valoraciones sobre el interés del menor se han de hacer en cada caso en atención a todas las circunstancias concurrentes en él y no por mera aplicación apriorística de valoraciones que hayan podido realizarse en otros supuestos.

En el presente caso es cierto que el informe sicosocial emitido en fecha 12-1-2017 señalaba que: " En el caso que nos ocupa, encontramos algunas de las variables necesarias para que se dé un adecuado desarrollo de la custodia compartida (solicitada por el padre) como son, escasa conflictividad, adecuada comunicación de los aspectos más importantes de su hija, flexibilidad para los cambios y preservación de la menor de la conflictividad de los adultos. Sin embargo, no se cumplen algunas de las variables más importantes como son: la implicación preruptura y postruptura en los cuidados y atención de la menor que ha sido mayor por parte de la figura materna con el apoyo incondicional de la familia extensa paterna. Con respecto a la disponibilidad temporal, este Equipo ha valorado, que en el caso del padre, su horario laboral impide despertar y llevar a la niña al colegio, así como recogerla del mismo pudiendo únicamente relacionarse con la menor a partir de las 17:00 horas si se mantiene este horario que se inició con la interposición de la demanda que hoy nos ocupa. En el caso de la madre, tendría disponibilidad para levantar a la niña y llevarla al colegio asi como recogerla del mismo y comer con ella. Respecto a su disponibilidad por las partes, desde las Medidas Provisionales, refiere no trabajar cuando le corresponde el cuidado y atención de su hija. Por todo ello y teniendo en cuenta principalmente el momento evolutivo de Macarena y la mayor dedicación y disponibilidad temporal materna consideramos mas beneficiosa para la menor que la custodia exclusiva sea ejercida por la madre con un amplio régimen de estancias con el padre que podría consistir en tres días a la semana, desde las 17:00 horas a las 20:00 horas, asi como fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas con independencia de la distribución equitativa de las vacaciones escolares aconsejando que las estivales no superen los 10 días con cada progenitor hasta que la menor cumpla los 6 años". Ahora bien, sometida esa prueba pericial a la sana crítica (artículo 348 LEC), resulta que el fundamento de la propuesta no permitía excluir la posibilidad de establecimiento de una custodia compartida (como la que fue aprobada ya en las medidas provisionales en fecha 9-3-2016, a la que inicialmente se mostró favorable el Ministerio Fiscal y ratificada en la sentencia ahora apelada), pues además concurrían múltiples factores favorables a esa medida como los que se señalan en la sentencia apelada.

La medida aprobada viene siendo realizada desde hace casi dos años sin que ni en el informe sicosocial referido ni en actuación alguna conste que el régimen de custodia aprobado haya sido perjudicial para la menor.

La prueba practicada acredita que:

- la madre es cotitular de una tienda de ropa en DIRECCION001 en donde reside, disponiendo de vivienda privativa. Su horario laboral es de lunes a sábado de 10,30 a 14 horas y 17 a 20,30 horas.

-la menor nacida el NUM000 -2013 (hoy de mas de 4 años) tiene como horario escolar de guardería de 9 a 14 horas y como actividad extraescolar acude a baile los martes y miércoles de 16 a 17 horas

-el padre, aunque trabaja en DIRECCION002, en donde dispone de una vivienda con un horario laboral de 8,30 a 15,30 horas, se ha esforzado en adaptar ese horario para facilitar el cuidado de su hija, residiendo diariamente en DIRECCION001 en el domicilio de sus padres, donde dispone de habitación propia y para la menor, lo que facilita el cambio de custodia semanal y visitas al residir ambos progenitores en la misma localidad.

El padre dispone de la red de apoyo de sus padres para llevar a la menor al colegio y recogerla, sin que se haya acreditado que ello sea perjudicial para la menor, disponiendo aquel a su llegada a DIRECCION001 del tiempo para cuidar a su hija.

El horario laboral del padre no impide por si el ejercicio por su parte de una custodia efectiva de la menor que se facilita con el apoyo de sus padres y sin que la posible menor implicación del padre con su hija menor antes de la ruptura se haya revelado como impeditivo del actual régimen de custodia.

Por todo ello y no acreditado en interés de la menor que el establecimiento del régimen de custodia aprobado haya sido o sea perjudicial para aquella procede, con desestimación del recurso, confirmar la sentencia apelada.

LA MALA RELACIÓN DE LA MADRE CON UNA HIJA IMPIDE LA CUSTODIA COMPARTIDA

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª SENTENCIA DE 15/01/2018

No se dan las condiciones para fijar la custodia compartida. Del informe psicosocial se desprende que si bien ambos progenitores están capacitados para el correcto ejercicio de la guarda y custodia de los hijos actualmente la comunicación del mayor (17 años) con la madre es nula. Respecto del menor, el informe constata que se encuentra muy vinculado a su hermano mayor por ser la persona que le ofrece más apoyo y confianza. En la exploración, declara el menor que está totalmente de acuerdo con que no se separe a los hermanos y algo de acuerdo en permanecer con el progenitor que mejor le trata y comprende identificando como tal a la figura de su padre.

Con su primer motivo de recurso pretende la actora-apelante que la custodia del hijo menor llamado Cosme se establezca compartidamente y atribuye al Juzgador una errónea valoración de la prueba sobre la no adopción de dicho régimen. El motivo se desestima pues poco podemos y debemos añadir a los acertados y extensos argumentos tenidos en cuenta por el Juzgador "a quo" para resolver como lo hace por lo que los hacemos nuestros en su integridad para evitar innecesarias repeticiones.

Como ya es criterio de esta Sala en sintonía con el criterio jurisprudencial sentado entre otras en la sentencia de la Sala Primera de 10 de septiembre de 2015 solo será criticable la valoración del Juzgador a quo de la prueba practicada cuando la efectuada en la instancia es ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica (SSTS de 9 de marzo de 2010, RIP n.º 1988/2005, 11 de noviembre de 2010, RIP n.º 1881/2005); o se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 10 noviembre 1994, 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002); o se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 18 diciembre 2001, 8 febrero 2002, 13 diciembre 2003, 9 junio 2004); o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 28 enero 1995, 18 diciembre 2001, 19 junio 2002).

Tales condiciones negativas no se aprecian en la actividad valorativa del Juzgador "a quo" cuando concluye que sea el padre quien asuma la custodia de ambos hijos.

Del informe psicosocial se desprende que si bien ambos progenitores están capacitados para el correcto ejercicio de la guarda y custodia de los hijos actualmente la comunicación del mayor Juan Pablo con la madre es nula. Respecto de Cosme el informe constata que se encuentra muy vinculado a su hermano Juan Pablo por ser la persona que le ofrece más apoyo y confianza. En la exploración a Cosme declara el menor que está totalmente de acuerdo con que no se separe a los hermanos y algo de acuerdo en permanecer con el progenitor que mejor le trata y comprende identificando como tal a la figura de su padre. Se advierte en el informe un posicionamiento de custodia no claro de la madre. Y se recoge el riesgo del desarrollo emocional de Cosme si viviese separado de su hermano. Debe atenderse para fijar el régimen de guarda y custodia al superior interés de los menores y para ponderarlo es criterio jurisprudencial reiterado que uno de los factores a valorar es el deseo expresado por los menores. En consecuencia ninguna razón objetiva y trascendente se aprecia en el caso enjuiciado para establecer el sistema de guarda compartida para el menor Cosme pues además que su custodia se haya atribuido al padre responde también a la recomendación del art. 92.5 del Código Civil de no separar a los hermanos al establecer el régimen de guarda que en este caso cobra especial relevancia dada, como ya hemos reseñado, la especial vinculación de Cosme con su hermano mayor Juan Pablo.

Solicitó también en el suplico del recurso establecer un régimen de vistas con Juan Pablo distinto y más amplio del que en forma libre se fija en la sentencia. El motivo se rechaza dada la nula comunicación de Juan Pablo con la madre y su negativa a relacionarse con ella más allá del contacto telefónico pues atribuye a su madre un escaso empeño

en intentar acercarse de nuevo a él. Tal objetivo de reanudar y fortalecer dicha relación puede conseguirse del modo establecido en la sentencia y sin hacer ninguna imposición a Juan Pablo que cuenta ya con 17 años y en el mes de julio alcanzará la mayoría de edad.

Cuestiona el importe de la pensión alimenticia establecida a favor de los menores. Pretendía abonar solo 200 euros para Juan Pablo si se establecía la custodia compartida para Cosme. No procede esa concreta petición al haberse mantenido en el padre el sistema de guarda exclusiva de los dos menores. Para este caso solicitaba que se estableciese para Juan Pablo la suma de 200 euros y para Cosme la suma de 125 euros. Toda su argumentación consiste en que el padre gana más de lo que ha manifestado. Tal razón no puede aceptarse pues el importe de las pensiones alimenticias de los menores han de fijarse teniendo en cuenta solo los ingresos de la apelante para decidir con cuanto ha de contribuir a los alimentos de sus hijos de acuerdo al principio de proporcionalidad del art. 146 del Código Civil. La Sala no aprecia vulnerado dicho principio por la suma de 600 euros fijados para ambos menores habida cuenta que no llega siquiera al 30% de los ingreso netos de la recurrente que gana unos 2.030 euros al mes una vez prorrateadas en 12 meses las 14 pagas que percibe. No supera dicho porcentaje los parámetros habitualmente barajados por esta Sala en casos similares que como el enjuiciado no presentan ningún factor especial o excepcional.

LA JORNADA LABORAL DEL PADRE: OBSTÁCULO PARA LA CUSTODIA COMPARTIDA

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª SENTENCIA DE 08/01/2018

No puede establecerse una custodia compartida cuando las obligaciones laborales del padre impiden poder cuidar a los hijos, no pudiendo admitirse el régimen que propone de que sea la madre la que recoja a los menores del colegio hasta que él finalice la jornada laboral, ya que este sistema supone de facto una custodia materna.

Con su primer motivo de recurso insiste el actor en que le sea asignada la guarda y custodia de los hijos matrimoniales que la sentencia, en función de las circunstancias concurrentes, atribuye a la madre.

El motivo se desestima. Del informe psicosocial se desprende que si bien ambos progenitores están capacitados para el correcto ejercicio de la guarda y custodia de los hijos ha sido la madre la que principalmente se ha ocupado del cuidado de los menores habiendo incluso reducido su jornada laboral para asumir con más intensidad su cometido. Aduce el apelante que esa reducción no fue por acuerdo de ambos cónyuges sino por decisión unilateral de ella. Pero tal aserto no puede inferirse lógicamente de las circunstancias familiares pues es evidente que los horarios laborales del padre, sobre todo en periodo invernal, no le permitían ocuparse con plenitud de los menores y ha de concluirse razonablemente que fue el acuerdo de ambos litigantes el que provocó la reducción de la jornada laboral de la esposa pues sus ingresos eran los menos relevantes para la economía familiar. Además en la demanda el actor proponía un régimen de visitas para la madre tan amplio como que fuera ella la que se ocupara de la recogida de los niños a la salida del colegio sobre las 14,15 horas y los tuviera en su compañía hasta las 20,30 horas de lunes a jueves y también los viernes cuando el fin de semana alterno le correspondiese a la madre tenerlos en su compañía. Tal ofrecimiento suponía de facto que de la custodia se encargaba la madre. El régimen acordado en la sentencia es el establecido en el auto de medidas provisionales de 22 de marzo de 2016 y a fecha de emisión del informe psicosocial en el mes de noviembre de 2016 era con el que los menores se encontraban más de acuerdo. Debe atenderse para fijar el régimen de guarda y custodia al superior interés de los menores

y para ponderarlo es criterio jurisprudencial que uno de los factores a valorar es el deseo expresado por los menores. En consecuencia ninguna razón objetiva y trascendente se aprecia en el caso enjuiciado para trasladar la custodia de los menores de la madre al recurrente.

Resuelta así la cuestión relativa a la custodia carece de razón, por venir anudada a la misma, la de atribuir el uso del domicilio familiar al recurrente pues se fundamentaba la mentada petición en que él ostentase la custodia. Como también debe rechazarse la limitación temporal del uso de la vivienda a dos años por ser una cuestión nueva no planteada en la primera instancia

Cuestiona el importe de la pensión alimenticia establecida a favor de los menores y pretende su reducción a la suma de 500 euros. Expone como razones que la Juzgadora "a quo" se equivoca cuando le atribuye unos ingresos brutos según su declaración de la renta del ejercicio 2014 de 62.483,13 euros. Debe reconocerse la razón expresada pues la lectura del documento correspondiente evidencia que esos ingresos fueron de 10.000 euros menos. Son los ingresos netos, como tiene reiteradamente establecido esta Sala, los que deben ponderarse para fijar las obligaciones económicas del alimentante. El análisis de dicho documento fiscal evidencia que descontados de los ingresos brutos las cotizaciones de la seguridad social, las retenciones por impuestos y sumada la devolución de la AEAT el apelante percibe unos 3.171 euros mensuales. Partiendo de tales ingresos es obvio que los 1.300 euros puestos a su cargo suponen una carga excesiva pues representan alrededor de un 40% y además debe soportar en su integridad la carga hipotecaria de la vivienda y demás gastos derivados de su propiedad. Así mismo debe considerarse que el uso ha sido asignado a esposa e hijos hasta que estos adquieran la mayoría de edad por lo que teniendo en cuenta la edad de la niña, en la actualidad 9 años, restan aún unos 9 años hasta que se extinga dicho uso. Es criterio jurisprudencial reiterado que la asignación del uso de la vivienda debe tener su repercusión en la disminución del importe de la pensión alimenticia pues en definitiva el alimentante está contribuyendo con la cesión de su cuota de participación en la propiedad de la vivienda a subvenir la pensión alimenticia de los menores ya que el alojamiento es una de las partidas integrantes de los alimentos del art. 142 del Código Civil. Debe estimarse además que con el amplio régimen de visitas establecido a su favor va a tener en su compañía a los menores, pernoctando con él, dos días intersemanales y los fines de semana, con adición de los puentes, de viernes a lunes además de las vacaciones escolares. Son largos periodos en los que deberá hacerse cargo de la manutención de los niños. Por ello estimamos razonable reducir el importe de la pensión alimenticia a la suma de 600 euros mensuales (300 para cada menor) sin atender a los 500 euros que pretende pues debe valorarse que la pensión compensatoria puesta a su cargo solo lo ha sido temporalmente y pasado el tiempo limitador dispondrá de mayor liquidez.

Pretende también que se reduzca el importe de la pensión compensatoria a la suma de 100 euros y su limitación temporal a 1 año. El motivo debe estimarse en parte. Sobre el importe nada debe objetarse a la resolución apelada pues la diferencia de ingresos entre el apelante y su esposa es notable. Así el percibió en el año 2014 unos 3.171 euros y ella, según sus rendimientos netos, unos 649 euros. Pero si debemos aceptar la reducción de la limitación temporal a tres años en lugar de al año que pretende el recurrente El matrimonio ha tenido una duración de 13 años hasta que se adoptaron las medidas provisionales pero no cabe obviar que la madre disfruta de un trabajo con reducción de su jornada laboral por voluntad propia por lo que nada impide que puede solicitar la restauración de su jornada completa y el periodo de tres años se considera suficiente para que pueda hacerlo. También disfruta del uso de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad de los menores y este hecho ha de tener su incidencia en las condiciones de reconocimiento de la pensión compensatoria según constante criterio jurisprudencial. Al margen de que es posible y factible que la vivienda familiar pueda ser considerada en parte privativa y ganancial por el juego de los art. 1357 y 1354 del Código Civil.

Régimen de visitas

SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS CON LA ABUELA

PUNTO DE ENCUENTRO: SOLO PARA SITUACIONES DE RIESGO

SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS CON LA ABUELA

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª
AUTO DE 19/01/2018

El desarrollo del régimen de visitas entre la abuela paterna y la nieta está provocando inestabilidad emocional en la menor, con cierta desazón en la misma que se considera lesivo para ésta, y que parece persistente en tanto se continúe, con cierta resistencia en la menor, en su desarrollo. Por ello es conveniente en el presente momento suspender el régimen de vivitas, aunque no eliminarlo.

Se recurre por la representación procesal de D.ª Caridad, la Resolución, Auto dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº de Valladolid de fecha de 2-12-16, que decide suspender el régimen de visitas habido entre D.ª Caridad y su nieta Zaira (hija de su hijo D. Clemente), ante la situación de inestabilidad creada en la niña por las visitas desarrolladas, sobre las que no muestra entusiasmo ni interés. Recurre referida D.ª Caridad, que insiste en mantener el régimen de vistas establecido en Sentencia de fecha de 17-5-11, ulterior Auto de fecha de 4-7-15, sábados alternos de 17 a 20 horas, alegándose la absoluta normalidad del desarrollo de las visitas y de la satisfacción de la propia nieta en su práctica.

Las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia de los menores, los régimen de visitas, tanto con los padres no custodios como con los abuelos y demás parientes cercanos, han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está admitida en el Art. 94 CCv cuando después de admitir el derecho de visita de los progenitores que no tengan consigo al hijo, extensible a cualesquiera otras situaciones o parientes, añade que el juez lo "...podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconseje...". La necesidad de proteger el interés del menor en estas situaciones constituye el elemento determinante de la decisión judicial que se considere oportuna y procedente, que puede implicar incluso la suspensión del régimen de visitas, en consonancia también con lo prevenido en el art. 160 de mismo Código Civil. (Así, por ejemplo, en el art. 57 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, que establece que "1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. 2. Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija". Asimismo, el art. 233-8.3 del Código civil de Cataluña, que establece que "la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de manera prioritaria el interés del menor").

Es el caso de los presentes autos en los que según se refiere en el informe del Equipo Psicosocial de fecha de 15-9-16, se motiva en el informe del Ministerio fiscal y se fundamenta en la resolución adoptada por el Juzgado de Instancia, el desarrollo del presente el régimen de visitas habido entre D.ª Caridad y su nieta Zaira (hija de su hijo D. Clemente), está provocando inestabilidad emocional en la menor, con cierta desazón en la misma que se considera lesivo para la misma, y que se antoja persistente en tanto se continúe, con cierta resistencia en la menor, en su desarrollo. Por ello, es lo conveniente, en el presente momento, suspender referido régimen de vivitas, que no eliminar, sin desdén de la conveniencia de las comunicaciones entre los menores y sus abuelos, que deberán reanudarse, tan pronto así lo aconsejen los informes técnicos.

PUNTO DE ENCUENTRO: SOLO PARA SITUACIONES DE RIESGO

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª SENTENCIA DE 22/01/2018

En cuando a la petición de que se establezca el punto de encuentro como lugar de entrega de la menor para llevar a cabo el régimen de visitas, pudiendo ser recogida por un familiar, es preciso que exista una situación de riesgo de cierta entidad, una situación de violencia entre el padre con la madre o familia que pudiendo desembocar en insultos, agresiones, etc..., justifique tal actuación, lo que no sucede en el presente caso.

En el presente supuesto en cuanto a que se establezca el punto de encuentro como lugar de entrega de la menor para llevar a cabo el régimen de visitas, pudiendo ser recogida por un familiar, es preciso que exista una situación de riesgo de cierta entidad, una situación de violencia entre el padre con la esposa o familia que pudiendo desembocar en insultos, agresiones etc..., justifique tal actuación. En el presente supuesto unicamente ha referido el propio actor un supuesto en el que al ir a la recogida de la menor no se le entregó la misma, hecho por el que fue condenada la madre, pero asimismo fue absuelta de realizar expresiones ofensivas en relación con la actual pareja del padre, indicando el propio actor que no han existido otros problemas. De hecho aunque se indiquen otras dos denuncias, sin que se aporten sentencias firmes en relación con las mismas, no hacen referencia a la entrega de la menor, sino a situaciones distintas, en una de ellas la denunciada no es la madre, sino la abuela, y de otra se trata de una conversación telefónica, en la que indica que se oyen voces de fondo, pero no existe una actuación concreta y directa en relación al mismo, por lo cual no se entiende necesario modificar el sistema de recogida y entrega de la menor, sin que existan elementos tampoco que justifiquen la recogida por otra persona. En cuanto a la reducción de la pensión alimenticia en favor de la hija, estableciendo la cantidad de 100 euros mensuales, tal pretensión es la misma que se efectuó en el año 2013, y que fue desestimada, y desde entonces a la actualidad no existe modificación alguna, pues el padre continua sin trabajo y sin obtener subsidio alguno, por lo cual no es de apreciar modificación alguna, circunstancia ésta que determina la desestimación del recurso, y con ello la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

Vivienda familiar

PRECARIO: AUNQUE EXISTAN DUDAS EN EL TÍTULO DE PROPIEDAD

EXTINCIÓN DEL USO TRAS ACORDARSE LA CUSTODIA COMPARTIDA

PRECARIO: AUNQUE EXISTAN DUDAS EN EL TÍTULO DE PROPIEDAD

AP LEÓN, SEC. 2.ª
SENTENCIA DE 22/01/2018

Concurren los requisitos para estimar la acción de desahucio por precario interpuesta por las hijas, propietarias de la vivienda, frente a la que fue compañera sentimental del padre. Es posible que la venta que efectuó un año antes el padre a las hijas tuviera su causa en el nacimiento del nuevo hijo e incluso que la misma pudiera ser simulada, pero no se ha ejercitado acción de nulidad.

Examinada la demanda de desahucio, en la misma se proporciona como domicilio de la demandada, a efectos de su necesario emplazamiento, la DIRECCION001 nº NUM000 - NUM000 de DIRECCION000, en su Hecho Primero las actoras se autoproclaman propietarias (usufructuaria una de ellas) de una finca urbana consistente en casa en término de DIRECCION000, con fachada a la DIRECCION001, que consta de sótano, planta baja, dos plantas altas a razón de una vivienda por planta y buhardilla y en el Hecho Segundo se dice que la demandada, con el consentimiento de las actoras y sin pagar renta ni merced alguna, ha venido ocupando "la vivienda indicada" debido a su condición de pareja de hecho de D. Vidal, padre de tres de las actoras (las propietarias) e hijo de la cuarta (la usufructuaria), condición que había desaparecido en fechas anteriores a la presentación de la demanda. Finalmente, en el suplico se interesa la condena a la demandada y demás ocupantes a desalojar la vivienda descrita en el Hecho Primero de la demanda, en el que lo que en realidad se describe es el edificio en el que la misma se ubica, todo el propiedad de tres de las demandantes.

En el escrito de recurso se sustenta la incongruencia alegada en la no identificación de la vivienda de la que se pretende sea desalojada la demandada y en la no resolución de la situación en que haya de quedar el menor que, junto con su madre, ocupa la vivienda.

El motivo carece de todo sustento. Aunque cierto es que en la demanda se describe el edificio y no la vivienda que ocupan la demandada y su hijo, no cabe duda que el objeto del procedimiento viene dado por la efectivamente ocupada vivienda, que es en la que tiene su residencia y su domicilio, expresamente indicado en el encabezamiento del escrito rector, por lo que no puede decirse que la resolución recurrida sea incongruente por expresar en su fallo el piso o altura en que se ubica la vivienda sobre la que versa el litigio.

Menor consistencia aún tiene tildar de incongruente a la resolución recurrida por el hecho de que no contenga pronunciamiento alguno sobre el menor, de tres años de edad, que también la ocupa. La demanda se dirigió contra su madre y se puede decir que ella actuó en nombre y representación y en beneficio del menor, más cuando en el suplico de aquélla se solicitaba el desalojo no solo de la demandada sino de cuantas personas la ocuparan.

El motivo debe, pues, ser desestimado.

Sobre la valoración de la prueba.

Alega la representación recurrente en este apar-

tado una serie de hechos inconexos, cuales son, entre otros, que del interrogatorio de las actoras que reúnen la condición de propietarias no se desprende de la necesidad urgente de recuperar la vivienda, que las mismas, junto con su abuela, han venido consintiendo que el núcleo familiar (la demandada recurrente, su expareja y el hijo de ambos) permanecieran en la vivienda que venían ocupando desde hacía bastante tiempo y que la sentencia dictada en el procedimiento de guarda y custodia legitima a la madre e hijo a permanecer en el que fue domicilio familiar.

Examinada la prueba se constata:

1º) Que D. Vidal, en escritura pública otorgada ante la Notario de DIRECCION000 en fecha 27 de noviembre de 2014, vendió a sus hijas Dña. Ariadna, Dña. Victoria y Dña. María Purificación la casa en que se ubica la vivienda litigiosa.

2º) Que en fecha NUM001 de 2015 nació el hijo de D. Vidal y la demandada recurrente.

3º) Que en fecha 11 de abril de 2016 esta última formuló denuncia contra aquél por malos tratos físicos y psicológicos refiriendo en la denuncia que a raíz del embarazo de la denunciante comenzaron los problemas de la pareja, puesto que el Sr. Vidal quería que abortara. El Juzgado de Instrucción de DIRECCION000 denegó la correspondiente orden de protección y sobreseyó el procedimiento.

4º) Que el Sr. Vidal y la Sra. Pilar convivían junto con el hijo de ambos y otros hijos de esta última en la vivienda litigiosa.

Es posible que la venta tuviera su causa en el nacimiento del hijo e incluso que la misma pudiera ser simulada, más de ello no hay prueba ni se ha alegado y mucho menos se ha ejercitado la correspondiente acción judicial.

Al menos en la apariencia y con constancia incluso en el Registro de la Propiedad, las actoras son propietarias y usufructuaria (una de ellas) de la vivienda sobre la que versa el procedimiento y ningún error de valoración probatoria se puede decir se haya cometido en la resolución recurrida.

De la naturaleza de la relación contractual existente entre las partes.-

Se sostiene en el escrito de recurso que la recurrente se encuentra en la posesión de la que fuera vivienda familiar en virtud de un contrato de comodato y además porque se la atribuyó la sentencia que estableció las medidas que habrían de regular la crisis de pareja que la misma sufrió y no como una simple precarista.

Se puede decir que estamos ante un precario cuando el dueño o usufructuario cede el uso de la vivienda a otra persona para que la use sin más, sin contrato alguno y sin pagar renta. La cesión se hace además sin establecer una duración determinada y sin especificar el uso concreto.

Por el contrario, cuando la vivienda se entrega o pone a disposición estableciendo una duración determinada o un uso concreto sin pagar renta a cambio del uso, estaremos ante un contrato de comodato regulado en los arts. 1.740 y ss. del Código Civil.

Entre las diferencias entre ambas figuras puede señalarse que en el precario se puede solicitar en cualquier momento la devolución de la vivienda, mientras que en el comodato no se podrá recuperar la misma hasta que no haya transcurrido el plazo o haya concluido el uso para el que se prestó.

Reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras Sentencia nº279/2016, de 28 de mayo, que cita otras varias, que “Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios...”. “La regla será, por tanto, que los derechos del propietario para recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el cónyuge que la ocupa; si se prueba la existencia de contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento...” “La atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir título jurídico hábil para justificar una posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas del matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posesión jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior a la que la situación de precario proporciona a la familia, puesto

que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda (Sentencia 443/2010, de 14 de julio)"

Aplicados los anteriores razonamientos y jurisprudencia al caso que nos ocupa, debe concluirse que la demandada recurrente no tiene título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda, por más que entrara a vivir en ella con anterioridad al nacimiento de su hijo y cuando todavía era propietario de la misma el padre del niño, y que las actoras recurrentes, como propietarias y usufructuaria (una de ellas) de dicha vivienda, están legitimadas para ejercer la acción de desahucio por precario, con independencia que tengan o no necesidad de la misma y de que una resolución judicial haya atribuido a aquélla y a su hijo su uso como vivienda que fue familiar mientras duró la convivencia de la pareja.

EXTINCIÓN DEL USO TRAS ACORDARSE LA CUSTODIA COMPARTIDA

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª SENTENCIA DE 23/01/2018

Acordada la custodia compartida en el procedimiento de modificación de medidas se deja sin efecto la atribución del uso de la vivienda familiar, propiedad exclusiva del esposo pues evidentemente tiene preferencia para su disfrute, en particular cuando consta que la esposa tiene actual pareja, y ambos tienen ingresos que les permiten vivir en otra vivienda por todo lo cual es procedente la revocación de la sentencia recurrida, acordando dejar sin efecto la atribución de la vivienda familiar a la esposa.

Se solicita por el apelante se deje sin efecto la atribución de la que fuera vivienda familiar a la esposa y al hijo que con ella convivía, pues al haberse acordado la guarda y custodia compartida carece de efecto y aplicación el art 96.1 del CC. ... Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 27 de junio de 2016 en la que señala que "el art. 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente". Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC ". En el presente supuesto se trata de una vivienda propiedad privativa del esposo, por lo que evidentemente tiene preferencia para su disfrute, en particular cuando consta que la esposa tiene actual pareja, y ambos tienen ingresos que les permiten vivir en otra vivienda por todo lo cual es procedente la revocación de la sentencia recurrida, acordando dejar sin efecto la atribución de la vivienda familiar a la esposa Dª Celestina, quien deberá abandonar la misma en favor de D. Roque en el plazo de tres meses desde la presente resolución todo ello sin hacer imposición al apelante de las costas de esta alzada.

Pensión alimenticia

LA ENFERMEDAD DE LA HIJA LE IMPIDE UNA ACTIVIDAD LABORAL NORMAL

EL GASTO FARMACÉUTICO NO TIENE CARACTER EXTRAORDINARIO

LA ENFERMEDAD DE LA HIJA LE IMPIDE UNA ACTIVIDAD LABORAL NORMAL

AP LEÓN, SEC. 2.ª
SENTENCIA DE 24/01/2018

Debe mantenerse la pensión alimenticia de la hija de 22 años. Es cierto que ha realizado diversos trabajos pero consta que debido a su enfermedad los periodos de trabajo son de muy corta duración. Igualmente la madre reconoce que a veces con el dinero de la pensión alimenticia la hija se marcha del domicilio, pero tras gastarlo luego regresaba a casa. La madre muestra su disconformidad con la forma de vida de su hija, pero haciendo ver que necesita la pensión alimenticia de su padre.

La sentencia dictada en la primera instancia desestima la demanda de modificación de medidas en que el ahora recurrente D. Prudencio solicitaba la declaración de extinción de una pensión alimenticia (45.000 ptas. al mes, anualmente actualizable conforme a las variaciones del IPC) pactada por ambas partes en Convenio Regulador aprobado por Sentencia de divorcio (de mutuo acuerdo) de 17 de junio de 2009. En síntesis, la demanda se sustentaba en que la hija (Ángeles, de 21 años de edad a la fecha de su presentación) vivía de manera autónoma e independiente respecto de ambos progenitores desde el año 2013, gozando de independencia económica para hacer su propia vida.

La razón de su desestimación vino dada porque, aún habiéndose demostrado que había abandonado sus estudios, no había quedado probado que se hubiera incorporado al mercado laboral ni que tuviera la necesaria independencia económica para subsistir sin la ayuda de sus progenitores, lo que se achacaba a los trastornos psíquicos que padece.

El recurso de apelación se sustenta en un pretendido error en la valoración de la prueba, ya que no se ha justificado que la hija común padezca un trastorno del referido tipo ni la necesidad de la pensión alimenticia.

Expuestos en la resolución recurrida los requisitos que han de concurrir para modificar las medidas definitivas establecidas en un procedimiento anterior, así como demostrado conocer los criterios en la materia de ordinario aplicados por este Tribunal, no hemos de insistir en dichos extremos, debiendo centrar nuestro esfuerzo en determinar si la salud mental de la joven Judith justifica la prolongación de la pensión alimenticia cuando es así que hace años que ha dado por concluida su formación académica, aunque sea con carácter esporádico, ha gozado de ciertos trabajos y ha pasado temporadas fuera del domicilio familiar haciendo, al menos en ciertos aspectos, vida independiente.

Entrando en el análisis de la prueba practicada, de la misma resulta que a sus 22 años de edad Ángeles ha trabajado hasta para diez empresas o personas distintas, totalizando no obstante tan solo noventa días de alta laboral. Asimismo, consta que a fecha 16.02.16 por el Dr. Bartolomé, especialista en Psiquiatría, le fue diagnosticado un trastorno de personalidad límite asociado a su trastorno de ansiedad, tratado con psicofármacos; que acudió al Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario de La Coruña, la última el 26 de enero de 2016, en diversas ocasiones, por ansiedad; y que presenta además antecedentes de consumo de cocaína y de drogas de síntesis con analíticas positivas en urgencias y tratamiento en dis-

positivo de dependencias en Ponferrada.

Puede explicar dicho cuadro el carácter tan esporádico y poco duradero de los trabajos de que disfrutó y hace creíble la versión que su madre dio en el acto de la vista y que se resume en que la hija es una persona problemática porque está enferma, motivo por el que los trabajos la duran tan poco, a veces -dijo- cogía la pensión, se marchaba con ella, la gastaba y luego regresaba a casa; mostrando su disconformidad con la forma de vida de su hija, pero haciendo ver que necesitaba la pensión alimenticia de su padre, máxime si los ingresos de la declarante son escasos y difícilmente por ello puede ayudar económicamente a la hija de ambos.

Versión de los hechos y explicación de la situación en que se encuentra esta última que, por resultar creíble, justifica la decisión de no declarar extinguida la pensión cuestionada, máxime si su destinataria última, aunque abandonó sus estudios, ha demostrado un cierto interés por encontrar trabajo.

EL GASTO FARMACÉUTICO NO TIENE CARACTER EXTRAORDINARIO

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª AUTO DE 25/01/2018

El gasto farmacéutico que se reclama se refieren a productos para remediar afecciones leves y cotidianas que por su previsibilidad han de considerarse gastos ordinarios que deben cubrirse con la pensión alimenticia ordinaria.

La parte apelante alega como causa fundamental de su recurso que todos los gastos que ha reclamado en concepto de farmacia son necesarios y que no tienen que producirse siempre y pueden producirse uno, muchos o ninguno.

El recurso de desestima. Para resolver la cuestión entre las partes ha de partirse de la cláusula contenida en el convenio regulador relativa a los gastos extraordinarios. Las partes decidieron cuales debían considerarse tales de forma genérica agregando una relación específica. En la relación específica se consideran como tales las gafas, lentillas y ortodoncia añadiéndose un etc. de absoluta incertidumbre e indeterminación. La cláusula contiene también una fórmula indefinida de considerar como extraordinarios los gastos que se originen con arreglo a los criterios actuales de determinación y limitación de dichos gastos. La Juzgadora hace una interpretación de cuáles de los gastos de farmacia reclamados podrían considerarse incluidos en esa fórmula indeterminada porque no están especificados como tales en el último inciso del primer párrafo. Y esa interpretación no puede calificarse de arbitraria ni irrazonable pues es previsible que un menor deba utilizar ese tipo de productos como cremas protectoras, sueros, antibióticos, paracetamol, pomadas, etc. por ser frecuente que los niños durante su crecimiento, hasta que adquieren madurez física y se va fortaleciendo y consolidando su salud, precisen de productos como los enumerados en el documento núm. 1 aportado con la demanda ejecutiva. Por ello han de considerarse previsibles al ser común que en la fase de maduración física de un menor se produzcan las afecciones para cuyo remedio se utilizan. Son comunes enfermedades infantiles las infecciones, que se caracterizan por su rápida transmisión de un niño a otro por vía oral y que están producidas por virus o bacterias. Las más frecuentes según las guías médicas son las infecciones respiratorias y las enfermedades diarreicas, que afectan al estómago y que suelen cursar en ocasiones con fiebre. Es difícil aceptar la argumentación de la recurrente de que no se produzca respecto de un menor ningún gasto farmacéutico si se observa que la ciencia médica incluso elabora guías de afecciones infantiles que recogen las que de ordinario padecen todos los menores en su etapa infantil. Precisamente su frecuencia y segura aparición en todos los menores las hacen previsibles y por tanto también debe considerarse previsible la adquisición de los productos farmacéuticos recomendados para su debida atención terapéutica. Las relacionadas en el documento núm. 1 acompañado con la demanda ejecutiva es obvio que se refieren a productos para remediar afecciones leves y cotidianos que por su previsibilidad han de considerarse gastos ordinarios que deben cubrirse con la pensión alimenticia ordinaria que según el art. 142 del Código Civil comprende también la asistencia médica, expresión que debe ser interpretada en un sentido amplio comprensivo tanto de la atención facultativa como de la farmacéutica

Pensión compensatoria

EXTINCIÓN POR MATRIMONIO: NO SE CONCEDEN EFECTOS RETROACTIVOS

EXTINCIÓN POR MATRIMONIO: NO SE CONCEDEN EFECTOS RETROACTIVOS

AP VALLADOLID, SEC. 1.ª
SENTENCIA DE 08/01/2018

La pensión compensatoria se extingue con carácter definitivo por el hecho de que la perceptora de la pensión compensatoria contrajese nuevo matrimonio, sin que pueda revivir por causa de viudedad a consecuencia del fallecimiento del segundo o ulterior marido. La circunstancia del posterior del fallecimiento del esposo de la demandada en el mes de mayo de 2011 en modo alguno desvirtúa que efectivamente se haya producido el presupuesto que conforme a nuestro derecho sustantivo constituye uno de los motivos de extinción del derecho a percepción de la pensión compensatoria. Los efectos de la extinción serán desde la fecha de la sentencia que acuerda la extinción y no desde la fecha en que la ex esposa contrajo nuevo matrimonio.

D.ª María Antonieta interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido dictada en el procedimiento matrimonial que se ha seguido con el número 487/2016 ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Valladolid a instancia de D. Daniel en ejercicio de una acción de Modificación de las Medidas Definitivas adoptadas en anterior proceso de divorcio seguido entre las partes, interesando la revocación del pronunciamiento efectuado en la instancia en el que, estimándose la demanda formulada por el referido actor, se declara extinguida la pensión compensatoria que le fue reconocida en su día a la Sra. María Antonieta desde el momento en que contrajo nuevo matrimonio.

El recurso de apelación que nos ocupa denuncia la infracción y vulneración de normas y garantías procesales que se considera comete la resolución recurrida (artículos 7.1, 101 y 106 del Código Civil, 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 24 de la Constitución Española), y propugna un nuevo pronunciamiento de la Sala por el que, dejándose sin efecto el anterior realizado en la instancia, se declare que no procede haber lugar a la extinción de la pensión compensatoria que ha sido acordada en la instancia y en todo caso, y con carácter subsidiario, para que en ningún caso se admita el carácter retroactivo de dicha declaración extintiva del derecho que había sido reconocido a la ahora apelante.

El primero de los motivos del recurso que articula la Sra. María Antonieta no puede ser estimado por

este Tribunal de Apelación. Acreditado y probado el hecho de que la ahora apelante contrajo nuevo matrimonio con fecha 28 de abril de 2002, resulta difícilmente atendible la alusión a la falta de concurrencia del presupuesto que motiva y justifica la declaración de extinción del derecho a pensión compensatoria que le había sido reconocido (artículo 101 del Código Civil), ya que este derecho se extingue con carácter definitivo por el hecho de que la perceptora de la pensión compensatoria contrajese nuevo matrimonio, sin que pueda revivir por causa de viudedad a consecuencia del fallecimiento del segundo o ulterior marido. La circunstancia posterior del fallecimiento del esposo de D.ª. María Antonieta en el mes de mayo de 2011 en modo alguno desvirtúa que efectivamente se haya producido el presupuesto que conforme a nuestro derecho sustantivo constituye uno de los motivos de extinción del derecho a percepción de la pensión compensatoria. Es por lo indicado que el referido motivo del recurso de apelación debe ser desestimado y confirmada la decisión que ha sido adoptada en la instancia.

En lo atinente al segundo de los motivos del recurso y que se refiere a la consideración de los efectos de la anterior declaración extintiva del derecho a pensión compensatoria de la Sra. María Antonieta “desde el momento en que contrajo nuevo matrimonio”, no puede compartir este Tribunal de apelación la tesis del actor, que asume la Juzgadora de Instancia pese a efectuar cita de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo con respecto a la naturaleza retroactiva de los efectos ex tunc de los pronunciamientos económicos contenido en las sentencias firmes recaídas en procesos matrimoniales, conforme a la cual su eficacia tendrá vigencia desde el momento en que se dicte la resolución que altere o modifique un pronunciamiento anterior, eliminando así cualquier atisbo de retroactividad de los efectos del pronunciamiento que se hace, y que por mucho que el aquí apelado se cuide en señalar que no es su pretensión más que se reconozca el carácter retroactivo de la declaración de extinción efectuada en la instancia y la sola constatación de dicha circunstancia por tratarse de un efecto “ope legis”, bien que exponía detalladamente en la demanda que D.ª. María Antonieta habría percibido ilegítimamente una cantidad ascendente a 23.583,10 euros.

Entiende este Tribunal de Apelación que el criterio que ha sido sentado por el Tribunal Supremo con respecto a la eficacia de los pronunciamientos económicos en estos procesos matrimoniales en relación con los alimentos a los hijos y que la resolución recurrida atinadamente expone, es igualmente predicable respecto de la pensión compensatoria, la cual si bien tiene distinta finalidad y naturaleza que la propiamente alimenticia, comparte con esta su carácter inobjetablemente consumible y constitutivo, lo que determina que su efectos deben producirse desde que son declarados, esto es, “ ex nunc” y no “ ex tunc” como pretende el actor en esta litis, máxime cuando además nos encontramos ante una materia que aun siendo propia del derecho de familia, sin embargo no goza del carácter de orden público que exige sea abordada de oficio por los tribunales del que se revisten la mayoría de pronunciamientos a efectuar en esta materia, sino que se encuentra afecta por el denominado principio dispositivo de las partes, de tal manera que acontecida la causa extintiva del derecho a pensión compensatoria corresponde exclusivamente a la iniciativa del obligado al pago el ejercicio de la oportuna acción para la declaración de extinción de una obligación que permanecerá vigente en tanto en cuanto no se declare judicialmente su extinción. En consecuencia, el segundo de los motivos del recurso debe ser estimado.

Cuestiones procesales

NULIDAD DE ACTUACIONES: PIDIÓ ABOGADO TRAS LA REBELDÍA

MEDIDAS PREVIAS: ACLARACIÓN DEL AUTO Y CÓMPUTO DE PLAZO

NULIDAD DE ACTUACIONES: PIDIÓ ABOGADO TRAS LA REBELDÍA

AP CÁDIZ, SEC. 5.ª
SENTENCIA DE 02/01/2018

Existe causa para que se decrete la nulidad de actuaciones, el demandado fue notificado de la fecha de la celebración de la vista oral del juicio solicitando la designación de abogado y procurador del turno de oficio y acreditando la solicitud del beneficio de justicia gratuita. Es obvio que precluyó la posibilidad de presentar la contestación a la demanda al haber sido declarado en rebeldía, más ello no impedía que pudiera concurrir al acto del juicio y hacerse valer de abogado y procurador para defender su tesis en el acto de la vista y proponer en su caso prueba a practicar en dicho acto.

En relación a la nulidad de actuaciones, esta Sala tiene declarado que las normas procesales, y en su conjunto la legislación procesal, constituyen un sistema de garantías, que no puede reducirse a un mero contenido formal, en orden a la ordenación del proceso para garantizar los derechos de las partes. De ahí, que se deba evitar todo formalismo entorpecedor en el proceso y se proclame la vigencia de los principios de subsanación y conservación de los actos procesales, en orden a conseguir la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de nuestra Constitución.

Ello no impide que antes defectos insubsanables proceda la declaración de nulidad de actuaciones. Para que proceda la nulidad de actuaciones, es necesario e indispensable la omisión o vulneración de requisitos que tengan la consideración de esenciales. A priori, la legislación no contiene un cuadro exhaustivo de los supuestos concretos y sus consecuencias, sino que se establece un conjunto de principios que indican las líneas básicas que han de concurrir para que proceda la declaración de nulidad de actos procesales. Generalidad que no se contradice porque, se establezca la nulidad de actos procesales concretos y determinados, es decir, junto a normas concretas se establecen otras en término de cláusulas abiertas con la finalidad de salvar las posibles lagunas.

El derecho de defensa, cuyo quebranto es uno de los motivos de nulidad que establece el artí-

culo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL1985/8754, se entiende doctrinalmente que forma parte, en el plano constitucional, del derecho a un proceso justo que consagra el artículo 24 de la Constitución. Supone el derecho de exponer todo aquello que convenga a la defensa de los derechos e intereses legítimos, permitiendo ejercitar las acciones legales suficientes para la defensa de sus intereses. Este derecho, además de ser respetado y tutelado por los órganos jurisdiccionales, ha de ser efectivo durante todo el proceso, dado que su resolución va a afectar a esos derechos e intereses legítimos, de ahí que se considera transgredido cuando se quebrantan los principios de audiencia, contradicción, y los contenidos en el artículo 24-2º de la Constitución. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 211/2001, de 29 de octubre: "la indefensión se origina tanto si se sitúa a una parte en el proceso en una situación de desigualdad como si se lo impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado debate procesal sobre sus pretensiones, menoscabando indebidamente las posibilidades de dicha parte de defender sus derechos e intereses legítimos". Por ello como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/84 de 4 de abril: "si se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto, respecto de los cuales la sentencia debe suponer modificación de una situación jurídica individualizada, así como del derecho de realizar los alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el Juez la situación que se cree preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados y, en su caso y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales". Para que provoque la nulidad, teniendo en cuenta los principios de conservación de las actuaciones y de economía procesal, es necesario que la indefensión sea efectiva, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/86, de 23 de abril. "El art. 24.1 CE es un precepto de contenido complejo, dentro del cual el derecho a la tutela judicial efectiva supone, positivamente, el acceso al proceso y al uso de los instrumentos que en él se proporcionan para la defensa de los propios intereses, con el límite más trascendente, formulado negativamente, de la prohibición de indefensión a que se alude en su inciso final, garantía que, en sentido amplio, implica el respeto del esencial principio de contradicción, de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de junio de 2.000 declara que: "Así, este Tribunal ha declarado que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses.

El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye, en efecto, una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular importancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la Ley, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (SSTC 226/1988, de 28 de noviembre, 162/1993, de 18 de mayo, 110/1994, de 11 de abril, 175/1994, de 7 de junio, y 102/1998, de 18 de mayo)".

Pero no toda infracción de las normas producen indefensión, como señala el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2.001, sólo aquél que provoca: "que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos o intereses (STC 44/1998, de 24 de febrero, que cita las SSTC 290/1993, 185/1994, 1/1996 y 89/1997)".

Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 2.000: "la indefensión padecida ha de ser material, es decir, debe tratarse de un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa y no de una mera irregularidad procesal formal, con consecuencias tan sólo potenciales o abstractas (por todas, SSTC 86/1997, FJ 1, 118/1997, FJ 2, y 26/1999, FJ 3)". En definitiva, sólo es admisible aquella indefensión que coarta, obstaculiza o hace imposible la defensa de sus derechos e intereses legítimos en el ámbito del proceso, porque como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2.003: "la indefensión no puede

equipararse a cualquier infracción o vulneración de normas procesales, que aquí, por otra parte, no se ha producido, sino solamente con aquella situación en la que el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional - sentencias del mismo Tribunal Constitucional 70/1984, de 11 de junio, 155/1988, de 22 de julio, 41/1989, de 16 de febrero, 205/1994, de 11 de julio -. La indefensión se produce cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa

En el supuesto que examinamos, el apelante fue notificado de la fecha de la celebración de la vista oral del juicio para el 12 de noviembre de 2015 el día 30 de octubre de 2015, solicitando la designación de abogado y procurador del turno de oficio y acreditando la solicitud del beneficio de justicia gratuita. Es obvio que precluyó la posibilidad de presentar la contestación a la demanda al haber sido declarado en rebeldía, más ello no impedía que pudiera concurrir al acto del juicio y hacerse valer de abogado y procurador para defender su tesis en el acto de la vista y proponer en su caso prueba a practicar en dicho acto. Consta el sello del Juzgado de la justificación de la solicitud del beneficio de justicia gratuita con fecha 5 de noviembre de 2015, es decir, antes de la celebración de la vista señalada para el día 12, y la remisión de oficios por los Colegios respectivos con las consiguientes designaciones en fecha posterior a la celebración del acto del juicio que, obviamente, se llevó a cabo sin que aquél se suspendiera a fin de hacer efectivo su derecho y sin que constara las designaciones que al juzgado le constaba se habían pedido. Por ello ha de procederse la nulidad del juicio y de todo lo actuado con posterioridad al haber sido infringido el derecho fundamental argumentado en el recurso de apelación, retrotrayéndose las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio y debiéndose citar de nuevo a las partes.

MEDIDAS PREVIAS: ACLARACIÓN DEL AUTO Y CÓMPUTO DE PLAZO

AP BARCELONA, SEC. 18.ª AUTO DE 17/01/2018

Se ha acreditado que el Auto de medidas provisionales previas se dictó en fecha 23 julio 2014 y su aclaración en fecha 29-7- 2014, notificada en fecha 1-9-14, debiéndose computar el plazo de 30 días desde el día siguiente a dicha fecha.

Recurre la Sra. Milagros el auto de primera instancia que ha estimado la caducidad como motivo de oposición a la ejecución dineraria, al considerar que presentó la demanda transcurrido el plazo de 30 días tras su notificación, por lo que solo se mantiene el despacho de ejecución por las mensualidades correspondientes a dicho período.

En el presente caso se ha acreditado que el Auto de medidas provisionales previas se dictó en fecha 23 julio 2014 y su aclaración en fecha 29-7- 2014, notificada en fecha 1-9-14, debiéndose computar el plazo de 30 días desde el día siguiente a dicha fecha. Teniendo en cuenta que el día 11 de septiembre es festivo en Badalona, finía el plazo de 30 días el día 14 de octubre. Dado que la demanda de divorcio se presentó el día 8 de octubre 2014, se constata que se presentó dentro de plazo y con ello se mantuvo la vigencia de las medidas adoptadas en el Auto de medidas provisionales previas y por tanto la obligación de pago de la pensión alimenticia en él fijada.

Ejecución de sentencias

NEGATIVA DEL HIJO A CUMPLIR EL RÉGIMEN DE VISITAS

IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR LA CUSTODIA MATERNA

ABUSO DE DERECHO EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA

NEGATIVA DEL HIJO A CUMPLIR EL RÉGIMEN DE VISITAS

AP BARCELONA, SEC. 18.ª
AUTO DE 30/01/2018

No pueden suspenderse las visitas en la fase de ejecución en base a lo manifestado por el menor en la exploración puesto que la voluntad del menor de no ver a su padre es clara pero su objeción no está asentada en datos concretos, ni siquiera explica hechos concretos de los que pueda derivarse las razones por las cuales el menor se opone a ver a su padre. Es un hecho que la relación entre padre e hijo se ha visto interrumpida durante más de dos años y que para intentar restablecer dicha relación, en tanto no se acredite justa causa para acordar otra cosa, se requiere una progresión y un apoyo técnico así como un seguimiento que permita valorar el impacto emocional que la reanudación de la relación puede producir en el hijo que ahora tiene trece años.

La presente ejecución trae causa de la sentencia de 15-11-2005 que estableció un régimen de visitas del hijo menor con su padre. El hijo nació el NUM000 -2004. El padre solicita del Juzgado el cumplimiento del régimen establecido en la sentencia y la madre se opone alegando en síntesis que se ha interrumpido el cumplimiento del régimen por la negativa del hijo menor desde septiembre de 2015. El Auto apelado estima la oposición en base al contenido de la exploración del menor practicada cuando el menor tiene doce años y suspende el régimen de visitas remitiendo a las partes a un procedimiento declarativo. Dicho pronunciamiento es apelado por el demandante.

En el recurso de apelación se invoca vulneración del art. 556.1 LEC alegando que la causa de oposición no se ajusta a los términos de dicho precepto, infracción del art. 24 CE generando indefensión y ausencia de riesgo o peligro para el menor por lo que considera en síntesis injustificada la medida de suspensión de la relación paterno filial.

Nos encontramos ante la petición de ejecución de un régimen de estancias y relación entre el menor y su progenitor que debe encuadrarse en el art. 709 LEC en relación con lo que dispone el art. 776 LEC . No son aplicables las normas del art. 556 y ss. LEC que

están previstas para las reclamaciones de contenido económico por lo que no procede valorar si los motivos de oposición encajan en las previsiones legales de tales preceptos que por su naturaleza resultan ajenos y extraños al contenido de la medida cuya ejecución se solicita. La finalidad del procedimiento de ejecución de una resolución judicial es adoptar todas aquellas medidas tendentes a dar fiel cumplimiento a dicha resolución, cumpliendo el mandato legal de hacer ejecutar lo juzgado (art. 18 LOPJ), si bien en las medidas de carácter personal que afectan a hijos menores se debe admitir cierta flexibilidad por cuanto el art. 236-3- CCC recoge la posibilidad de adoptar en cualquier tipo de procedimiento aquellas medidas que se consideren necesarias para evitar cualquier perjuicio a los hijos. Dicho precepto debemos ponerlo en relación, a los efectos de lo que aquí se solicita con los artículos 236-4 y 236-5 del CCC que no configuran el derecho del progenitor a relacionarse con sus hijos como un derecho absoluto e ilimitado, sino como un derecho-deber y por tanto como una facultad que tan solo puede ser ejercida en beneficio e interés de los hijos menores, de manera que puede ser suspendido o puede ser variada su modalidad de ejercicio en aquellos casos en que las relaciones pueden perjudicar al interés de los hijos menores o por justa causa. Ahora bien, debe concurrir causa que justifique una medida tan drástica como la suspensión de la relación paterno filial, especialmente en un procedimiento de cognitio limitada como es el de ejecución.

La suspensión del régimen de relación lo funda la resolución ahora apelada en el contenido de la exploración realizada cuando el hijo tiene doce años, transcurrido un año desde que se ha producido la interrupción de la relación entre padre e hijo. Del contenido del acta de la exploración que obra en las actuaciones se deriva la existencia de malestar en el menor en cuanto al desarrollo de las visitas o estancias con el padre pero no concreta razones claras de la oposición o negativa a estar o ver a su padre; refiere que no le tiene afecto, que su padre se enfada, que siempre ha ido con él por obligación pero no concreta la concurrencia de una situación de riesgo o peligro ni físico ni emocional. La Sala estima que no hay razón suficiente para suspender la relación.

Como ha señalado la STSJC de 9 de enero de 2014 (ROJ: STSJ CAT 5/2014 - ECLI:ES:TSJCAT:2014:5) “El derecho del menor a ser escuchado antes de tomar una decisión que le pueda afectar no significa, sin embargo, que su opinión o su voluntad hayan de ser determinantes en la resolución que se adopte. Su criterio debe tenerse en cuenta pero no puede erigirse en elemento decisorio. En otro caso se incurriría en el riesgo de convertir a los menores en sujetos y en objetos de la disputa de sus padres.....y que para que el deseo del menor con suficiente juicio pueda ser atendido siempre será necesario: a) que su opinión sea libremente emitida y su voluntad correctamente formada no mediatizada o interferida por la conducta o influencia de alguno de los padres; b) que sus razones sean atendibles por no venir inspiradas en criterios de comodidad o bienestar a corto plazo, c) que no venga desaconsejada por la especial incidencia de otros criterios con los cuales, según la norma, debe ser ponderada conjuntamente la opinión de los menores”.

En el presente procedimiento no se ha aportado prueba alguna de la que pueda inferirse que la relación entre padre e hijo es perjudicial para el menor. La madre refiere en el escrito de oposición que el padre y la abuela paterna insultan a la madre y a los abuelos maternos y que obligan al hijo a mentir a la madre; que el menor no se siente escuchado y que siente frustración, que la vinculación afectiva con su padre es débil, que el menor tiene temor hacia su padre que es violento y que todo ello tiene una incidencia negativa en su comportamiento y en su rendimiento escolar habiendo sido necesario el apoyo de un psicólogo, pero tales alegaciones carecen de un mínimo soporte probatorio. No se ha aportado informe psicológico del que pueda derivarse que la relación padre e hijo constituye un riesgo para el hijo o le causa grave perjuicio. La voluntad del menor de no ver a su padre es clara pero su objeción no está asentada en datos concretos, ni siquiera explica hechos concretos de los que pueda derivarse las razones por las cuales el menor se opone a ver a su padre. La exploración se lleva a cabo cuando el menor tiene doce años dando satisfacción a su derecho a ser oído en el procedimiento, pero el Tribunal carece de elementos para determinar su grado de madurez y de comprensión de las consecuencias de sus manifestaciones en su desarrollo y formación. Sin conocer su grado de madurez no puede acordarse una medida tan drástica como la suspensión de las visitas cuando no hay datos objetivos de los que pueda derivarse que la relación padre hijo es perjudicial para el mismo. No puede afirmarse que un menor de doce años valora de forma adecuada su mejor interés a largo plazo, ni si su negativa se basa en la realidad o en la comodidad. Se ignora asimismo la influencia que pueda haber tenido en la formación de su voluntad la progenitora o el entorno familiar en el que vive.

Todo ello nos conduce a revocar la resolución recurrida que además remite al declarativo la medida defi-

nitiva sin tener en consideración que el transcurso del tiempo en este tipo de medidas es decisivo para poder restablecer una relación paternofilial interrumpida. El concepto del tiempo no es el mismo para los menores que para los adultos y en el procedimiento de ejecución pueden adoptarse medidas menos drásticas cuando estas no están justificadas y sin perjuicio de que las partes puedan iniciar un proceso declarativo.

La revocación de la resolución recurrida no produce como efecto inmediato la ejecución del régimen de visitas establecido en la sentencia de fines de semana alternos. Es un hecho que la relación entre padre e hijo se ha visto interrumpida durante más de dos años y que para intentar restablecer dicha relación, en tanto no se acredite justa causa para acordar otra cosa, se requiere una progresión y un apoyo técnico así como un seguimiento que permita valorar el impacto emocional que la reanudación de la relación puede producir en el hijo que ahora tiene trece años. Por todo ello la Sala acuerda visitas de dos horas en Punt de Trobada los sábados y domingos alternos con supervisión de los técnicos del Punt de Trobada que deberán informar al Juzgado de forma periódica sobre el desarrollo de la relación y en función del desarrollo y evolución del régimen establecido se procederá a ampliar el régimen o a suprimir el mismo si hubiera causa para ello.

IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR LA CUSTODIA MATERNA

AP BARCELONA, SEC. 18.ª AUTO DE 22/01/2018/

Aunque la custodia se atribuyó a la madre y ésta ha solicitado la ejecución en sus propios términos consta la negativa de la hija a convivir con ella. Como no puede resolverse la cuestión en el marco del proceso de ejecución, se acuerda, de no existir trámite de medida cautelar en el proceso de modificación de efectos de sentencia o en cualquier otro proceso, que se abra pieza de medida cautelar para valorar en qué modo la menor debe ser protegida.

El día 2 de marzo de 2016 la Sra. Sandra presentó demanda ejecutiva en reclamación de que el padre cumpla el pronunciamiento de la Sentencia de 15 de mayo de 2008, que atribuye a la madre la guarda de la menor. Afirma que el padre la sustrajo por la fuerza y no la ha devuelto.

El ejecutado se opone y dice que la menor no quiere permanecer con su madre y que ésta sufre problemas de salud (trastorno de la personalidad con posible inestabilidad emocional). Dice no haber sustraído a la menor, sino haberla protegido y afirma haber presentado demanda de modificación de efectos de sentencia.

La ejecutante contesta y sostiene que la oposición se presenta fuera de plazo y que debe cumplirse la sentencia (critica que el padre no haya promovido modificación de efectos).

El Auto recurrido, de fecha 27 de marzo de 2017, sostiene que las causas de oposición deben ser materia de una demanda de modificación de efectos de sentencia y no se pueden considerar en el estrecho marco de la ejecución. Por ello, desestima la oposición y acuerda mantener el régimen de visitas vigente.

La parte recurrente sostiene que atendiendo al estado psíquico de la madre intentó llegar a un acuerdo para evitar litigar, pero ya se siguen actuaciones ante el mismo juzgado (Autos n. 207/2017). Entiende acreditado que la madre no se encuentra capacitada para ejercer la custodia. La madre ha sido condenada además por delito de malos tratos en presencia de persona menor de edad.

... El convenio regulador homologado por sentencia de 2008 estableció una guarda y custodia materna y visitas para el padre de fines de semana alternos de viernes a domingo, mitad de periodos vacacionales y dos tardes intersemanales. La ejecución se pide tras siete años de vigencia de unas medidas que suponían el ejercicio habitual de la guarda materna.

Aquel pronunciamiento se ejecutó y la madre asumió la guarda de la menor el año 2008. La cons-

titución de la guarda a favor de la madre supuso una obligación de tracto único que, en trance ordinario, cuando se consuma la separación y se disgrega la familia, se ejecuta una sola vez, incluso con ayuda de la fuerza pública.

Lo que ahora se plantea es diferente a le ejecución propia, porque, a pesar de la cobertura formal del título ejecutivo, lo que se denuncia es una sustracción, que ya ha sido desestimada por la jurisdicción penal. De modo que la denuncia de un incumplimiento sobrevenido debe ser analizado con detalle porque no es en sentido propio una ejecución del fallo, sino el restablecimiento de una situación jurídicamente consolidada y que se ha violentado. Puede considerarse una ejecución impropia.

Desde la perspectiva de protección de la menor, que ha crecido, no podemos ser ajenos a los sucesos que han acontecido.

Consuelo tiene 14 años. La jueza que denegó medidas de alejamiento en noviembre de 2015 aconsejaba a la madre un tratamiento farmacológico y psicoterapéutico para poder reiniciar u mantener la relación familiar, con base en informe del médico forense que considera evidente un perfil de trastorno de personalidad, con posible inestabilidad emocional, celopatía, intolerancia a la frustración, dependencia emocional y alta reactividad ante estresantes externos. Estuvo ingresada en urgencia psiquiátrica del hospital Clínico en noviembre de 2015, en tres días diferentes.

Consta Sentencia de 28 de marzo de 2017 de condena a la madre por un delito de malos tratos en el ámbito familiar en presencia de un menor y en los hechos probados se afirma que sufre una psicosis indiferenciada con desorganización conductual, sin tratamiento ni conciencia de dolencia, con afectación severa de sus facultades cognitivas, volitivas y afectivas.

Ante el mismo juzgado se siguen actuaciones de modificación de efectos de sentencia (Autos n. 207/2017).

Hubo “pago”, en el sentido del art. 556 LEC, pues la guarda se consumó, y lo que realmente ahora se plantea sería perjudicial para la menor. Es cierto que las causas de oposición no responden a ninguna de las legalmente tasadas, pero no consta que se haya celebrado vista y las nuevas circunstancias deben ser valoradas, en interés superior de la hija.

Lo que procede, procesalmente, es plantear una medida de protección de la menor por el cauce de los arts. 236-3 y 236-5 CCCat y 87 LJV, que también puede acordarse en ejecución, previa celebración de vista y valoración a fondo de la situación.

ABUSO DE DERECHO EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA

AP BARCELONA, SEC. 18.ª AUTO DE 23/01/2018

Quien invoca el abuso de derecho debe probarlo de modo que, en el marco de la ejecución deberá resultar acreditado de forma clara, cumplida e inequívoca de una parte la convivencia con el otro progenitor y de otra la asunción por parte del progenitor no guardador de todas las necesidades comprendidas en la pensión de alimentos. En este caso ha quedado acreditada la convivencia del hijo mayor con el padre.

El auto de 19 de abril de 2017 ha sido apelado por la Sra. Eva María. La recurrente reitera ante este tribunal la procedencia del despacho de ejecución y niega el abuso de derecho apreciado en la instancia. Denuncia la infracción de los artículos 218 LEC y 24 CE .

Sostiene además que existe error manifiesto en la valoración de la prueba. Insiste en que el hijo pasó a residir con su padre según el padrón aportado en 22 de mayo de 2014 por lo que, al menos, se adeudan las pensiones alimenticias de diciembre de 2013 a mayo de 2014, periodo en el que el padre debía asumir la pensión de alimentos (2.896,65 euros). Afirma que la madre ha seguido cubriendo la mútua médica a la que estaba obligado el padre

y ello es independiente de con quien resida el hijo y si bien admite que el hijo estuvo trabajando varios meses lo ha hecho de forma puntual y no tiene independencia económica. Por último indica que el hijo convive en la actualidad con la madre.

En el suplico del escrito de recurso interesa que se mantenga el despacho de ejecución por la cantidad total de 4.545,46 euros, con más 1.200 euros para intereses y costas.

El auto objeto de recurso considera que los importes reclamados o bien han prescrito o no son reclamables dado que la Sra. Eva María está reclamando pensiones y pago de mútua cuando el hijo de las partes no residía con la madre y tenía cierta independencia económica. Entiende que la madre no ha acreditado que el hijo haya vuelto a vivir con ella y que está estudiando, lo que entiende que sería referido a pensiones posteriores a las reclamadas por lo que aprecia abuso de derecho en la reclamación de pensión efectuada y la deja sin efecto, con imposición de costas.

La ejecución dineraria se formula en demanda de diciembre de 2016 - fecha de presentación febrero de 2017, tiene como base la sentencia de 5 de mayo de 2003 y se funda en la reclamación de la pensión de alimentos establecidos a favor del hijo común y correspondiente a los años 2011 a 2016 por un total de 32.437 euros.

Respecto a los importes correspondientes a la pensión alimenticia entendemos que auto apelado valora de forma acertada la prueba practicada y acierta por lo tanto al desestimar los motivos de oposición deducidos por el ejecutado respecto.

Compartimos todas las consideraciones del auto recurrido a las que poco cabe añadir ahora. Basta precisar aquí para dar adecuada respuesta al recurso que se formula que:

Como recoge el auto y en aplicación del artículo 121 CCC, las pensiones alimenticias devengadas desde diciembre de 2011 a diciembre de 2013 se encuentran prescritas y no pueden ser objeto de reclamación.

En cuanto a las restantes, compartimos la valoración probatoria que la resolución contiene y entendemos correctamente apreciado el abuso de derecho en este caso. No apreciamos infracción del artículo 218 LEC y sí recta aplicación del artículo 7 del Código Civil .

No puede perderse de vista que estamos en un procedimiento de ejecución de un título judicial-sentencia firme- y que este debe ser cumplido en sus propios términos segun dispone el artículo 18 LOPJ . El abuso de derecho puede ser apreciado en sede de ejecución conforme a lo dispuesto en el articulo 7 del Código Civil . Este tribunal se ha pronunciado efectivamente en este sentido, indicando con caracter general en el auto de 24 de julio de 2014 que si el hijo por el que se abona la pensión alimenticia no ha residido con el progenitor al que corresponde percibir la pensión durante el tiempo que comprende el pago que se reclama, sino que lo ha hecho con el progenitor obligado al pago de la pensión, de forma que el mismo se hizo cargo de las necesidades alimenticias del referido hijo durante ese tiempo, no se podrá estimar la reclamación realizada con un indudable abuso de derecho. Lo contrario generaría una situación de enriquecimiento injusto a favor del acreedor y en contra de la persona obligada al pago, resultando contrario al principio general contenido en el artículo 7 del Código Civil al constituir un abuso de derecho que de ningún modo puede ser amparado por los tribunales.

Quien invoca el abuso de derecho debe probarlo de modo que, en el marco de la ejecución deberá resultar acreditado de forma clara, cumplida e inequívoca de una parte la convivencia con el otro progenitor y de otra la asunción por parte del progenitor no guardador de todas las necesidades comprendidas en la pensión de alimentos.

De un examen de la prueba practicada puede estimarse acreditado que el hijo común desde enero de 2014 pasó a vivir con su padre con el consentimiento materno. Constan en autos recibos de transferencias mensuales por importe de 300 euros y 150 euros efectuadas por la madre al hijo a partir de enero de 2014 y hasta agosto de 2014 por el concepto expreso de alimentos aquí reclamado y la declaración del hijo sobre su situación de fecha junio de 2017 es tambien clara en este sentido (folios 50 a 55) .

Por esta razón no procede acoger la pretensión de la ejecutante de reclamación de las pensiones alimenticias devengadas cuando el hijo ya no vivía con ella.

EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN DESDE LA FECHA DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA

AP MADRID, SEC. 22.ª SENTENCIA DE 19/01/2018

Los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales se producen desde la fecha de admisión a trámite de la demanda de divorcio.

No podemos, sin embargo, olvidar que el Tribunal Supremo viene manteniendo, de modo pacífico y reiterado, que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe, que no puede ser amparado por los tribunales.

Cierto es que dicho criterio jurisprudencial viene referido, con carácter general, a supuestos de rupturas fácticas prolongadas en el tiempo, pero haciendo igualmente especial hincapié en la convivencia matrimonial como supuesto fáctico sine qua non de la pervivencia de dicho régimen económico.

Y es lo cierto que, conforme al sistema legal vigente, una vez interpuesta y admitida la demanda de separación, divorcio o nulidad, cesa la presunción de convivencia conyugal, según dispone el artículo 102 del Código Civil, lo que ya constituiría un primer obstáculo a la plena vigencia, durante la sustanciación del procedimiento, de la repetida sociedad económica.

Y en tal sentido parece incidirse a través de la regulación contenida, respecto de las operaciones particionales de la comunidad económico-matrimonial, en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, mientras que el artículo 810 exige, en pura lógica, que la sentencia que declare la disolución del régimen económico haya alcanzado firmeza, no acaece lo mismo en lo que afecta la formación del inventario de tal comunidad, pues el artículo 808 permite que el correspondiente procedimiento se inicie una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, esto es sin necesidad de esperar a que se dicte sentencia en la instancia ni, por ende, a la posible firmeza del pronunciamiento principal, lo que conlleva que las partidas a incluir en el activo y pasivo societario sean las existentes en dicho momento inicial de la litis matrimonial, y no las que pudieran existir a la fecha de culminación de la misma.

Tales previsiones conllevan una tácita modificación, o al menos matización, de las previsiones contenidas en los antedichos artículos 95 y 1392, pues si bien las disolución formal, y con eficacia erga omnes, de la sociedad debe vincularse a la firmeza de la sentencia dictada en el pleito matrimonial, los efectos de aquélla, al menos en las relaciones internas de los cónyuges, han de retrotraerse a la fecha en que se admitió a trámite la demanda de dicho litigio, en la que cesa la presunción de convivencia que constituye, según se ha dicho, el sustento imprescindible de la vigencia del referido régimen económico.

La proyección al caso de tales consideraciones

podría determinar que la efectividad de la disolución societaria se remontara al momento de la presentación de la demanda de divorcio; pero en cuanto ninguna de las partes así lo solicita en esta alzada, debe tomarse como referencia, a tal fin, el momento de la ruptura convivencial definitiva que, según manifiesta la Sra. Joaquina al ser interrogada en la instancia, se produce a principios de noviembre de

CARÁCTER PRIVATIVO DEL INMUEBLE: NO HUBO PRECIO EN LA COMPRA

AP MADRID, SEC. 22.ª SENTENCIA DE 19/01/2018

Aunque formalmente apareció como compra-venta, la realidad es que la transmisión de una parte del inmueble que hizo la madre de la esposa a ésta, se trató de una liberalidad sin que se acreditase el pago de precio. Por tanto se ha destruido la presunción registral y debe declararse que tiene carácter privativo de la esposa.

Sobre el inmueble sito en la CALLE002 nº NUM004 de Atalaya del Cañavate (Cuenca).

Cierto es, y así ha quedado cumplidamente acreditado, que, en virtud de escritura notarial otorgada el día 28 de enero de 2011, doña Valeriano procedió a segregar del referido inmueble una porción de 84,15 m², transmitiendo el pleno dominio de la finca segregada a su hija doña Joaquina quien, según se refleja en dicho documento, la compró para su sociedad de gananciales, y ello por un precio de 11.000 euros, que la parte vendedora confesó haber recibido con anterioridad a dicho otorgamiento.

Sin embargo, obran en las actuaciones los testamentos otorgados por la citada progenitora, en los que, por título de herencia, adjudica a doña Joaquina una parte dicha casa, en tanto que el resto de la misma se asigna a su hija doña Adriana.

En la misma fecha en que se otorga la antedicha escritura de compra-venta, la Sra. Aurora dona a esta última descendiente el resto del inmueble segregado, con una superficie de 84,15 m², igual que los asignados a su hija doña Joaquina.

A salvo de las manifestaciones efectuadas por el hoy apelante, no se ha acreditado que, a causa de la referida operación, titulada formalmente como compra- venta, se haya producido un efectivo desplazamiento patrimonial en concepto de precio, exponiendo la hermana de doña Joaquina, al deponer como testigo, que las referidas operaciones obedecieron a una liberalidad de su progenitora, si bien la concerniente a doña Joaquina se escrituró como compra-venta por razones meramente fiscales.

Y en cuanto los expuestos datos apoyan claramente la tesis mantenida por la parte demandada acerca del carácter gratuito, y en beneficio exclusivo de la misma, de la transmisión del citado inmueble, las dudas que aún pudieran subsistir al efecto, en cuanto dimanantes de lo reflejado en dicha escritura y la inscripción como ganancial del inmueble en el Registro de la Propiedad, resultan desvanecidas por la propia conducta ulterior del Sr. Valeriano quien, en sus declaraciones de I.R.P.F. a título individual y correspondientes a los años 2011 y 2012, no incluye dicha finca en la relación de inmuebles a disposición de sus titulares, apareciendo, por el contrario, en la declaración fiscal de doña Joaquina, como bien pertenecientes en su integridad a la misma. De igual modo, en la Gerencia Territorial del Catastro consta doña Joaquina como titular del 100% de dicho inmueble.

Por lo expuesto, la presunción de ganancialidad que dimana del otorgamiento de la repetida escritura y su inscripción en el Registro de la Propiedad, a tenor de lo prevenido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ha resultado plenamente desvirtuada en el caso por el resto de la prueba practicada en el curso del procedimiento, evidenciando que la escriturada operación de compra-venta encubría una donación, lo que atrae el caso las previsiones del artículo 1346-2º del Código Civil, haciendo aflorar la verdadera naturaleza privativa de dicho bien, lo que nos lleva a compartir el correcto criterio decisorio recogido en la Sentencia apelada.

Uniones de hecho

CARÁCTER COMÚN DEL NEGOCIO DE TAXI

AP BALEARES, SEC. 5.ª
SENTENCIA DE 24/01/2018

Se declara la situación de condominio entre las partes que formaron una unión de hecho por mitades indivisas del negocio de taxi (licencia y vehículo) y como consecuencia de ello se declara el derecho de la actora a explotarlo en igualdad de condiciones que el demandado mientras no se proceda a la disolución de dicha comunidad.

Se plantea el recurso de apelación por el demandado frente a la sentencia que estimando parcialmente la demanda planteada por la Sra. María Dolores declara la situación de condominio entre las partes por mitades indivisas del negocio de taxi (licencia y vehículo) objeto del pleito y como consecuencia de ello el derecho de la actora a explotarlo en igualdad de condiciones que el demandado mientras no se proceda a la disolución de dicha comunidad.

Antes de entrar en su análisis conviene dejar sentado que al no recurrir la actora la sentencia deviene firme el pronunciamiento desestimatorio de la reclamación de cantidad por responsabilidad civil contractual y extracontractual

El apelante en el escrito donde formula su recurso reitera los argumentos que ya puso de relieve en su contestación a la demanda y que ya fueron desestimados por el juzgador a quo en su sentencia.

Este Tribunal en virtud de los razonamientos que a continuación pasa a desgranar entiende que debe ser desestimado el recurso y confirmada la sentencia apelada.

El primer motivo de apelación es el hecho de que la sentencia recurrida acoge el pronunciamiento del juzgado de lo social tomando en consideración los elementos probatorios que en aquel litigio fueron declarados hechos probados.

Lo primero que habrá que advertir, como ya subraya la sentencia apelada, es que aquellos elementos probatorios han sido aportados también a este procedimiento civil y en éste además han declarado ambos litigantes en prueba de confesión, siendo así que las conclusiones que se alcanzan de la valoración de todos esos elementos no pueden ser otros que los que alcanzó el juzgado de lo social y la sentencia recurrida y que a continuación se enumeran:

- Las partes mantuvieron una relación more uxorio durante unos 14 años fruto de la cual han tenido un hijo en común.

- La pareja durante su convivencia mantenía una única cuenta corriente conjunta en la que se ingresaban los ingresos que obtuvo la actora en sus diferentes trabajos anteriores y una parte de los ingresos obtenidos por ambos por la explotación del negocio del taxi que ambos realizaban y contribuían desde dicha cuenta conjunta y en la medida de sus

posibilidades a los gastos de la economía familiar, entre ellos la hipoteca y los derivados de la explotación del negocio como la compra de los vehículos que sucesivamente fueron adquiriendo para la continuidad del negocio, el último de ellos el Wolkswagen Touran 2.0 TDI, matrícula....FHW.

- En la licencia de taxi sólo podía figurar una persona como titular de la licencia de taxi y como manifestó el demandado en su confesión en juicio se convino que la actora figurase como empleada en temporada alta y en turno de mañana para compatibilizar el empleo con las tareas del hogar y el cuidado del hijo común de ambos. Llama la atención de que en esa misma confesión el demandado reconociera que esa era la dinámica habitual que se seguía en el mundo del taxi, precisamente para soslayar esa prohibición de una licencia a nombre de dos personas.

- Se pidió un préstamo hipotecario con la garantía de una finca del padre del demandado y que se ha venido amortizando con cargo a la cuenta conjunta de ambos en la que los dos ingresaban sus ganancias de forma indistinta, ya las provenientes del taxi ya las de prestación por desempleo en la temporada en que la actora no trabajaba.

- En mayo de 2014 la relación se deteriora y el demandado tolera mantener la situación tal cual estaba. Las partes acuden al Juzgado para regular las consecuencias de su ruptura como pareja y llegan un acuerdo que es homologado judicialmente en el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Mahón el 11 de septiembre de 2015 abandonando la actora el hogar familiar al mes siguiente, atribuyéndose la guarda y custodia del hijo común al Sr. Santiago y quedando obligada la Sra. María Dolores a satisfacer una pensión alimenticia de 100 euros.

- En abril de 2015 el demandado despide a la actora, ésta plantea demanda por despido improcedente que es desestimada y deviene firme, y donde se declara que "la pretensión de ser titular, condómina o socia en el negocio no podía ser realizada en la vía jurisdiccional laboral y que la determinación de la parte y cuantía que a cada uno hubiera de corresponder habría de ser resuelta en el procedimiento civil que, de acuerdo con reiterada doctrina judicial, no habría de ser el procedimiento de medidas paternofiliales, sino el declarativo ordinario correspondiente".

Bastaría la enumeración de esos hechos para desestimar este primer motivo de apelación, pero también conviene confirmar la corrección del actuar del juzgador a quo al apreciar la concurrencia de la cosa juzgada material conforme a la jurisprudencia ya consolidada, como la citada STS de 19 de septiembre de 2013 que señala que "puede afirmarse que art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones. Únicamente en cuanto a la fijación de hechos pudiera producirse tal efecto, pues la circunstancia de que los hechos enjuiciados hayan sido objeto de un proceso ante otra jurisdicción no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinarlos bajo el prisma del ordenamiento civil, teniendo que aceptar las conclusiones obtenidas en aquel proceso en aras del principio de seguridad jurídica".

El segundo de los motivos de apelación tiene que ver con la consideración de que considera que no concurren los requisitos de la acción reivindicatoria que es la que se ejercita en este procedimiento.

Hay que recordar que ambas partes están de acuerdo en que mantuvieron una relación afectiva análoga al matrimonio durante al menos 14 años sin que mediara entre ellos documento alguno en que se plasmara algún régimen económico que pudiera regir dicha convivencia. Estando así las cosas, de acuerdo con la jurisprudencia que acertadamente analiza la sentencia que se recurre, no cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial, more uxorio, por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por un pacto expreso o por un facta concludentia (aportación continuada y duradera de sus ganancias o un trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho.

De los hechos que se han referenciado en el fundamento jurídico anterior, se puede concluir que las partes conformaban una relación more uxorio que en su proyección de gestión económica familiar era plena, es decir, compartían ingresos y gastos familiares en una cuenta conjunta a la que libremente accedían ambos y así han funcionado siempre hasta su separación.

Tiene pleno sentido, tal como advierte la sentencia apelada, que fuera precisamente en el marco de esta convivencia familiar que las partes convinieran expresamente la compra de la licencia de taxi, mediante el otorgamiento conjunto de una escritura pública de préstamo hipotecario en el que ambos figuran como deudores siendo irrelevante que la garantía se constituyera sobre un inmueble propiedad del padre del demandado. Milita como argumento a favor de esta impresión el que desde el primer momento las amortizaciones fueron satisfechas por ambos mediante los cargos periódicos mensuales que el banco hacía contra su cuenta corriente conjunta nutrida de los ingresos de ambos de la actividad de taxi mediante ingresos en efectivo porque ambos concuerdan que guardaban en una caja los ingresos que siempre eran en efectivo.

Este Tribunal comparte la concusión a la que se llega en la sentencia que se recurre: valorados todos estos aspectos cabe sentar la conclusión de que aunque la licencia de taxi (y el vehículo) figuraran exclusivamente a nombre del demandado lo cierto es que forma parte de la comunidad de bienes que sobre la misma decidieron constituir en su día ambas partes y como tal les pertenece por mitad por lo que debe estimarse la acción reivindicatoria planteada al acreditarse la identidad del bien, su posesión en exclusiva por el demandado y el justo título de la actora a coposeer la misma, lo cual en nada contradice la exigencia legal de que la licencia deba figurar, de cara a la Administración, a nombre de una sola persona.

El último de los motivos de apelación es el relativo al imposible cumplimiento de la resolución por contravenir la normativa sectorial aplicable al negocio del taxi.

Al respecto cabe poner de manifiesto por encima de todo que en esta jurisdicción los pronunciamientos tienen unos efectos exclusivamente civiles, pudiendo resultar clarificadora la sentencia de 1 de julio de 2010, dictada por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial: “Como señala el Tribunal Supremo, resulta difícil, y en ocasiones imposible, separar la licencia administrativa del negocio de explotación, del que constituye presupuesto o requisito necesario, y con tal carácter, parece claro que debe configurarse necesariamente como elemento accesorio e imprescindible de la actividad negocial, como puede ser el propio taxi o la clientela. Efectivamente, la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares de actividades privadas, cuyo ejercicio está administrativamente sometido al cumplimiento de determinados requisitos (estancos, administraciones de loterías, farmacias), y así la doctrina contenida en la sentencia de 31 de diciembre de 1997 y en las por ella citadas, a su vez recogida en la de 27 de marzo de 2000, establece que es preciso determinar, en primer lugar la naturaleza del negocio de explotación, y que en tal sentido deben distinguirse dos facetas. La primera, con arreglo a tal doctrina, vendría determinada en la normativa que establece los requisitos administrativos para el ejercicio de la actividad, que en este caso, estaría constituida por el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes de Automóviles Ligeros, aprobado por Real Decreto 763/79, que en su artículo 12 especifica quiénes podrán solicitar licencia de autotaxi, fijando la doctrina de esta Sala al respecto de esta cuestión administrativa, que es perfectamente aplicable al caso de autos, que “la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es meramente administrativa, acomodada a la normativa especial que rige los estancos y por tanto se trata más bien de tipo formal impuesta por las exigencias de la Administración que no excluye la civil, en este caso plural, a favor de los litigantes”....

En virtud de cuanto antecede, y de los razonamientos jurídicos que se desarrollan en la sentencia de primera instancia, que la Sala expresamente hace suyos, se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Santiago; y, como consecuencia de ello, se confirma íntegramente la sentencia de 13 de septiembre de 2017.

Sucesiones

LEGADO DE USUFRUCTO VITALIO A LA ESPOSA Y POSTERIOR SEPARACIÓN

LEGADO DE USUFRUCTO VITALIO A LA ESPOSA Y POSTERIOR SEPARACIÓN

AP VALLADOLID, SEC. 3.ª SENTENCIA DE 15/01/2018

A pesar de que el testador no modificó su testamento (legaba a su esposa el usufructo vitalicio de toda su herencia) después de dictarse la sentencia de separación, se resuelve que en la literalidad de la disposición del testamento solo tiene validez tal legado si al tiempo de fallecer el testador se mantuviera la situación matrimonial, por lo que no era necesaria la revocación del testamento.

En la demanda que da origen al procedimiento la actora interesa se condene a sus cuatro hijos demandados a que le hagan entrega de la tercera parte del valor de la herencia de su difunto esposo y padre de estos, correspondiente al tercio de libre disposición. Funda dicha pretensión en que los demandados tras el fallecimiento de su padre otorgaron escritura de adjudicación de la herencia en fecha 11 de noviembre de 2006 con preterición de aquella y total desconocimiento de las disposiciones testamentarias del difunto. Dichas disposiciones se encontraban plasmadas en el testamento otorgado por este el 28 de octubre de 1991, por el que legaba a su esposa el usufructo vitalicio de toda su herencia, legado con el cual se entendería pagada su legítima, añadiendo que para el caso de que alguno de sus herederos no acatase dicho legado de usufructo quedaría reducida su participación hereditaria a los que le correspondiese por legítima estricta, y si fueren todos los herederos quienes no lo acatasen se entendería legado a la esposa el tercio de libre disposición, en pleno dominio, además de su cuota legal usufructuaria. Aduce que dicho testamento no fue revocado por el causante pese a haberse separado judicialmente de la actora con posterioridad y años antes de su fallecimiento, por lo que el legado en cuestión mantiene su validez.

Opuestos los codemandados a dichas pretensiones, la sentencia de primera instancia ha desestimado íntegramente la demanda. El juzgador de instancia argumenta, interpretando en su conjunto las disposiciones testamentarias, que el legado en cuestión se dispuso a favor de la hoy demandante solo en tanto esta mantuviere su condición de esposa del testador, condición que desapareció tras la separación judicial decretada por sentencia de fecha de 11 de febrero de 1995.

Frente a dicho pronunciamiento recurre en apelación la actora, interesando la revocación de la sentencia y la total estimación de las pretensiones for-

muladas en su demanda, ello en base a una serie de argumentos que seguidamente se analizan.

No desconocemos que en algunas legislaciones forales de nuestro país se regula expresamente el efecto que sobre las disposiciones testamentarias hechas en favor del cónyuge han de surtir la posterior separación judicial o de hecho, el divorcio o la nulidad matrimonial. Así citar el art. 438 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo que aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón, el art. 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, el art. 422 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Código Civil de Cataluña o el art. 201 de la Compilación de Derecho Foral de Navarra. A diferencia de ello nuestro Código Civil no contiene una regulación expresa sobre esta cuestión, de suerte que en derecho común no se establece presunción iuris tantum alguna que anude a tales crisis matrimoniales la ineficacia de dichas disposiciones testamentarias.

Ante dicha ausencia de regulación expresa sobre tales situaciones algunas Audiencias Provinciales mantienen la eficacia de dichas disposiciones testamentarias. Argumentan al efecto que, conforme a lo dispuesto en el art, 675 del Código Civil, las reglas interpretativas de la voluntad del causante y el momento en que esta ha de indagarse es el mismo de otorgamiento del testamento, sin que puedan tomarse en consideración los cambios sobrevenidos de circunstancias. Para el caso de que estos cambios se produzcan, sean conocidos del testador y este considere que modifican su voluntad, le bastará con revocar el testamento y otorgar otro en cualquier momento previo a su fallecimiento para adecuar sus disposiciones mortis causa a esas nuevas circunstancias sobrevenidas. Añaden que las causas de ineficacia de las disposiciones testamentarias son tasadas, constituyendo un numerus clausus conforme a lo dispuesto en el art. 743 del Código Civil y que, según lo preceptuado en el art. 738 de propio texto legal, la revocación de un testamento solo puede hacerse mediante el otorgamiento de otro posterior, sin que las ulteriores situaciones de crisis matrimonial autoricen a presumir la revocación de las disposiciones testamentarias hechas a favor del cónyuge mientras estaban unidos en matrimonio, crisis aquellas que no en todos los casos son traumáticas ni necesariamente implican una pérdida de la afectividad. Rechazan así mismo que la utilización de la palabra “esposo” o “esposa” en el testamento para determinar la institución implique que esta se condiciona a la subsistencia futura del matrimonio, pues las condiciones nunca se presumen. Destacan también que los efectos del error en los motivos o causa falsa de la institución, contemplados en el art. 767 del CC, tampoco resultan de aplicación en este caso, pues vienen referidos a la falsedad de la causa o motivos en el momento de otorgarse la disposición testamentaria y no a las circunstancias o acontecimientos sobrevenidos.

Para resolver la cuestión debatida en nuestro concreto caso hemos de partir del contenido del testamento otorgado por el esposo y padre de los hoy litigantes en fecha 28 de octubre de 1991, pues entendemos resulta muy revelador y hace inaplicables al mismo los argumentos antes expuestos.

Así en su cláusula primera “lega a su esposa el usufructo vitalicio de toda su herencia, con relevación de fianza, facultándola para tomar posesión por si misma de este legado, con el cual se entenderá pagada su legítima vidual”. En su cláusula segunda “instituye herederos, por iguales partes entre si, a sus cuatro hijos antes citados, sustituyéndoles en caso de premoriencia o incapacidad, por su descendencia respectiva”. Por último en su cláusula tercera se estipula que “si alguno de sus herederos no acatase el legado de usufructo contenido en la cláusula primera, quedará reducida su participación hereditaria a la que por legítima estricta le corresponda en el tercio de tal nombre, y si fueren todos los herederos los disconformes se entenderá legado a la esposa el tercio de libre disposición, en pleno dominio, además de la cuota legal usufructuaria”. Empleando por tanto el criterio hermenéutico de la literalidad, contemplado en el art. 675 del CC, nos encontramos con que el testador dispuso que con el legado del usufructo vitalicio de toda la herencia “se entenderá pagada su legítima vidual”. Se trata por tanto de un legado a través del cual el testador materializaba los derechos legitimarios que a su esposa pudieran corresponder, derechos legitimarios que esta solo conservaría, conforme a lo dispuesto en el art. 834 CC, para el caso de que en el momento de fallecer su cónyuge no se hallare separada legalmente o de hecho del mismo. No se trata por tanto de presumir que el testador, para la validez del legado que realizaba en favor de la actora, haya impuesto tácitamente la condición de que esta continuase siendo su esposa y no estuvieren separados judicialmente o de hecho, ni de interpretar cual habría sido su voluntad si hubiere conocido que a posteriori se iba a producir la separación conyugal

o de aplicar una causa revocatoria del testamento no contemplada legalmente, sino de que al articular expresamente el legado como medio de pago de la legítima vidual, ya ab initio venía condicionada su validez y eficacia por voluntad del testador a la persistencia de la situación matrimonial que otorgaba dichos derechos legitimarios. Y si bien la separación no supone la disolución del matrimonio ni la pérdida por tanto de la condición de esposo o esposa, si produce la pérdida de los derechos legitimarios a los que se ligaba o vinculaba indubitadamente el legado en cuestión. Si alguna duda pudiere restar al respecto queda despejada por la propia literalidad de la cláusula tercera del testamento, en la que para el caso de que todos los hijos instituidos herederos no aceptasen el legado en cuestión, se entendería legado a la esposa el tercio de libre disposición, en pleno dominio, además de la cuota legal usufructuaria. Como dicha cuota legal usufructuaria, tal y como ha quedado precedentemente expuesto, solo perviviría conforme a lo dispuesto en el citado art. 834 CC para el caso de persistir al tiempo del fallecimiento del testador vigente sin separación su matrimonio con la esposa legataria, la imposición de dicha sanción o merma de sus derechos a los hijos instituidos herederos para el caso de que no aceptasen el legado hecho en favor de su madre carecería de todo sentido.

Entendemos por tanto queda manifiesta con claridad, de la propia literalidad del testamento, la voluntad del testador de que el legado hoy objeto de debate dispuesto a favor de la hoy actora solo mantuviera su validez para el caso de que al tiempo de fallecer aquel se mantuviera la misma situación matrimonial que cuando se ordenó y que era la que le deparaba los derechos legitimarios, es decir que no hubiera mediado en el ínterin separación, divorcio o declaración de nulidad. Dicha separación conyugal se produjo precisamente a instancia del testador y sin mutuo acuerdo en el procedimiento judicial seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de esta capital, decretándose mediante sentencia de fecha 11 de febrero de 1995 que fue posteriormente revocada en apelación solo en lo relativo al importe de la pensión compensatoria por sentencia de esta Audiencia de fecha 9 de junio del mismo año. Por tanto con dicha separación judicial se incumplió la condición a que venía sometida la validez y eficacia del legado, sin necesidad de que el testador, en los mas de 11 años que mediaron desde aquella hasta su fallecimiento, hubiera de otorgar nueva disposición testamentaria que revocase la anterior con el fin de eliminar el legado en cuestión. Vamos en su consecuencia a confirmar la sentencia apelada con desestimación del recurso.

Casos prácticos

CAMBIO DE PROCEDIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

ATRIBUCIÓN DEL USO DE VEHÍCULOS

CAMBIO DE PROCEDIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

Iniciado un procedimiendo de divorcio contencioso, en el acto de la vista las partes llegaron a un acuerdo, y presentaron al día siguiente un convenio regulador incluyendo la liquidación de la sociedad de gananciales. El juzgado no admite que se amplie el objeto del procedimiento. ¿Puede admitirse esta tesis?

El hecho de que el procedimiento de divorcio fuera inicialmente contencioso, y que la Ley de Enjuiciamiento Civil regule un procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial, no impide que se apruebe la liquidación que se incluye en el convenio l haberse transformado el inicial proceso contencioso en consensual. Aunque la liquidación de la sociedad de gananciales no forma parte del procedimiento contencioso de divorcio, el acuerdo alcanzado permite ampliar el contenido del convenio regulador incluyendo la liquidación del régimen económico.

ATRIBUCIÓN DEL USO DE VEHÍCULOS

¿Puede atribuirse el uso de vehículos comunes a los cónyuges en el procedimiento de divorcio?

Algunas Audiencias consideran que no puede hacerse pronunciamiento alguno en relación con el uso de los vehículos comunes dado que esta medida no aparece en el art. 91 del CC. Sin embargo, un amplio sector considera que aunque la adjudicación definitiva se producirá con ocasión de la liquidación de la sociedad de gananciales, no se le ve sentido a que mientras tanto el vehículo permanezca paralizado, cuando puede servir para satisfacer una presumible necesidad de desplazamiento de los progenitores, debiendo valorarse qué interés debe ser valorado prioritariamente.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA DE LA AEAFA EN PALMA DE MALLORCA

CRÓNICA:
María Dolores Lozano Ortiz

Dicen los entendidos que no hay mejor lugar que tu casa para recibir a un grupo de amigos y atenderlos con todo el calor de tu hogar. Los días 14 y 15 de junio, se celebraron en Palma de Mallorca las Jornadas de Derecho de Familia coorganizadas entre la Delegación de la Aeafa de Baleares y el Ilustre Colegio de la Abogacía de Baleares, que tuve el honor de inaugurar como Presidente de la Aeafa, y también como colegiada del ICAIB. Ciertamente esta doble condición me supone un verdadero privilegio y responsabilidad.

En el acto de inauguración nos acompañaron la Consellera de Hacienda del Govern de les Illes Balears, Dña. Catalina Cladera Crespí, el Decano del ICAIB, D. Martín Aleñar Feliu, el Presidente de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Baleares (exclusiva en temas de familia), D. Álvaro Latorre. Todos nosotros abordamos la necesidad de la Especialización de los Operadores Jurídicos dedicados a nuestra Rama de Derecho de Familia, y la perentoria necesidad de la creación de la Jurisdicción de Familia, Persona y Menores. Una vez más, se dejó constancia de nuestra reivindicación, que seguiremos abanderando sin descanso en todos los foros especializados, así como a través de los medios de comunicación y redes sociales, para concienciar a los poderes públicos y a la ciudadanía de las deficiencias y precariedad del actual sistema de Justicia, que vulnera el principio constitucional de igualdad de la ciudadanía ante la Ley, a consecuencia de su lugar de residencia.

Se consensuó un programa de candente actualidad y complejidad jurídica, altamente especializado, no solo por los temas tratados, sino por los Ponentes que compartieron su sabiduría con los Asistentes. La tarde del día 14, se dedicó a una de las materias que más controversia e interés ha planteado y sigue planteando en la Abogacía y Magistratura Especializada Balear, que no es otra que la Compensación por el trabajo dedicado al hogar y a la Familia, y para ello se abordó, el estudio de la materia en Derecho Foral Balear, con la ponencia "la compensación económica del artícu-

lo 4.1 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares y la compensación del artículo 9.2 de la Ley de Parejas Estables Balear", impartida por la Sra. Beatriz Verdera Izquierdo, Catedrática de Derecho Civil. Universitat de les Illes Balears, y "la compensación económica del artículo 1.438 del Código Civil y la compensación en parejas no casadas", impartida por nuestro querido Gonzalo Pueyo Puente, Expresidente de la Aeafa. Ambos Ponentes tuvieron una magnífica intervención, diseccionando la misma materia, tan diferente en criterios y requisitos según se aplique una legislación u otra.

Al finalizar la tarde, se celebró una concurrida cena en un entorno maravilloso, El Real Club Náutico de Palma, disfrutando de un magnífico ambiente de compañerismo, que se complementó con música y baile, pues no todo es trabajo, y nos es necesaria la parte "terapéutica" de las Jornadas, compartir, reír y disfrutar de la mutua compañía, estrechando lazos de amistad.

La mañana del viernes 15 de Junio, comenzamos con dos materias relacionadas con el Derecho Internacional Privado de Derecho de Familia; la primera "La prueba en los procedimientos de familia con elemento extranjero", impartida por el Sr. Javier Casado Román, Letrado de la Administración de Justicia y Miembro de la Red Española de Cooperación Jurídica Internacional de Letrados de la Administración de Justicia; y tras la Pausa-Café, la segunda, "El régimen económico matrimonial en derecho internacional privado: presente y futuro", impartida por el Sr. Javier Carrascosa González, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia. Ambos trataron con maestría ambos temas, de una manera práctica, amena y dogmática, haciendo fácil y "digerible" una materia que nos resistimos a incorporar en nuestra práctica diaria; y finalizamos la mañana con la ponencia "El uso y disfrute del domicilio familiar en los diferentes supuestos (custodia exclusiva, compartida, hijos mayores, interés más necesitado de protección)" , fue impartida por nuestro querido Sr. Antonio Javier Pérez Martín, Magistrado del Juzgado de 1ª

Instancia nº 7 de Córdoba, que nos agasajó con la Jurisprudencia más actualizada sobre el tema, y una exposición muy dinámica sobre la materia, que completó con la simpatía que nos brinda en todas sus intervenciones.

La última ponencia de la tarde, "Recursos extraordinarios: casación e infracción procesal. Visión Práctica" fue impartida por la Sra. Rosa María de Castro Martin, Magistrada de la Audiencia Provincial de Cádiz, cuya intervención fue dogmática, práctica y de gran utilidad.

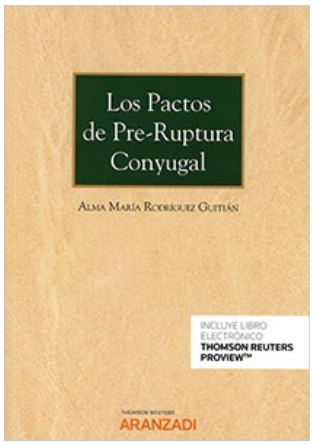
En último lugar, se celebró el Foro abierto, dirigido por el Sr. Nicolás Pérez-Serrano de Ramón, Fiscal TSJIB; la Sra. Rosa Mas Piña, Magistrada del Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Familia de Palma; la Sra. Francisca Tortella Carbonell, Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de 1ª Instancia nº 12, de Familia de Palma y Sra. María Antonia Mateu Gelabert, Delegada de Aeafa de Baleares y Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de les Illes Balears. Ha de destacarse el gran éxito de participación de todos los Asistentes, destacando un sustancioso debate de todas las materias que se abordaron en esta sección, totalmente consolidada en todas las Jornadas de Derecho de Familia que se celebran, y que resultó muy enriquecedor e instructivo.

Agradecimiento a todos los Ponentes que intervinieron, por su colaboración y disposición, así como por su cercanía, a todos los compañeros Abogados asistentes de Mallorca, a quienes nos siguieron por video-conferencia en Menorca e Eivissa, Inca y Manacor, y en especial a nuestros compañeros que se desplazaron desde Tarrasa, Barcelona, Madrid, Cádiz, Córdoba, Málaga, Bilbao, Santander, Granada, Valencia, y Londres, así como a los Magistrados, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia, Catedráticos y Doctores de la Universidad de Baleares; Y agradecimiento especial a nuestros compañeros de la Delegación de Aeafa de Baleares, Dña. María Antonia Mateu Gelabert, Dña. Regina Vallés Bezares y D. Carlos Roig de la Cruz, quienes han trabajado arduamente durante meses, para que las Jornadas de Aeafa en Palma, hayan sido, otra vez, un éxito de participación y compañerismo. A todos vosotros, nuestros amigos, esperamos volver a recibiros en casa en dos años. Gracias

Información bibliográfica

LOS PACTOS DE PRE-RUPTURA CONYUGAL

LOS PACTOS DE PRE-RUPTURA CONYUGAL



Alma M.ª Rodríguez Guitiá
Editorial Aranzadi
Pamplona 2018
Páginas: 378

Los pactos de pre-ruptura conyugal son negocios jurídicos en virtud de los cuales los cónyuges o futuros cónyuges prevén de manera anticipada las consecuencias económicas que pudieran derivarse de su eventual y futura ruptura. Tras el rechazo inicial hacia los mismos por su posible contrariedad con el orden público, en la actualidad ya han sido reconocidos en muchos sistemas jurídicos, teniendo como punto de partida el Derecho Norteamericano. Dentro del ordenamiento jurídico español y ante la laguna existente en el Código Civil, se ha admitido su validez por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (de forma muy clara en la STS de 24.6.2015) y por las sentencias de las Audiencias Provinciales, además de por el Derecho Civil autonómico. Estos acuerdos constituyen una expresión de la autonomía de la voluntad que posibilita que los otorgantes puedan elegir otras consecuencias económicas diferentes a las previstas por el legislador en caso de divorcio y separación. Pero indudablemente se abre un debate sobre los límites a los que han de sujetarse, cuestionándose en todos los sistemas jurídicos si estos pactos podrán también abarcar ciertos ámbitos, como la cobertura de las necesidades y la compensación económica de los cónyuges tras la ruptura, que son reflejo de la solidaridad postconyugal. Esta obra desarrolla de forma exhaustiva el control al que deben someterse tanto en el momento de su celebración como en el momento de su ejecución.

Próximas Jornadas

aeafa