REVISTA
Abogados de Familia

Asociación Española de Abogados de Familia

OCTUBRE 2018

94

03 **Editorial** Lo que parece un error no subsanado

06 **Comentario** a la STS de 20 de noviembre de 2018

08 **Tema de debate** Presentada por la madre una solicitud de autorización para cambio de residencia del menor, el padre interpone una demanda de modificación de medidas solicitando la custodia paterna a causa de dicho traslado. ¿Debe archivarse el expediente de jurisdicción voluntaria conforme a lo establecido en el art. 6 de la LJV?

13 **Jurisprudencia comentada** Temas analizados

■ **Patria potestad**: Cambio de colegio a otro con mejor oferta educativa. Publicación de fotos en redes sociales. El expediente de J. Voluntaria no es la vía adecuada para atribuir el ejercicio exclusivo de la P. Potestad ■ **Guarda y custodia**: Custodia compartida con oposicion de los hijos ■ **Régimen de visitas**: Condena por delito de violencia doméstica y régimen de visitas. El sufrimiento de los menores justifica la reduccion de visitas. No existe causa para suspender las visitas ■ **Vivienda familiar**: Atribución alternativa para evitar comportamientos obstruccionistas ■ **Pensión alimenticia**: Improcedencia de la reclamación de gastos extraordinarios ■ **Pensión compensatoria:** Se desestima la acción de cobro de lo indebido ■ **Cuestiones procesales:** Adopción de medidas inaudita parte para evitar salida de España. Hubo infracción procesal pero no se solicitó la suspensión de la vista. Modificación de medidas y no expediente de J. Voluntaria. Costas en los expedientes de J. Voluntaria ■ **Ejecución de sentencias:** Incumplimiento actividad extraescolar. Ejecución por incumplimiento del régimen de visitas. Imposición de la intervención de un coordinador parental ■ **Regímenes económicos matrimoniales**: Rectificación registral carácter del inmueble. Atribución de carácter ganancial a la totalidad del inmueble. Carácter privativo de la indemnización que se cobra mensualmente.

51 **Casos prácticos**

52 **Noticias**

59 **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

Lo que parece un error no subsanado…

NOS ENCONTRAMOS CON SENTENCIAS, QUE APOYÁNDOSE EN EL ART. 90 CC, ACUERDAN QUE LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS PUEDA LLEVARSE A CABO, Y CON OTRAS, QUE SIGUEN EXIGIENDO LA EXISTENCIA DE UNA "ALTERACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS" COMO REQUISITO PARA QUE PUEDA ACCEDERSE A UNA MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS, EN LA MANERA EN QUE SIGUE FIGURANDO EN EL ART. 91 CC Y 775 DE LA LEC.

Las medidas adoptadas en una Sentencia de divorcio, separación o procedimiento de medidas paterno filiales, a pesar de que se denominan "Medidas Definitivas", no son inmodificables.

Y como ya sabemos, con el paso del tiempo, algunas de estas medidas se extinguirán de forma automática, como por ejemplo el régimen de visitas en relación con menores, al alcanzar éstos la mayoría de edad, o el establecimiento de una pensión compensatoria temporal, al haber transcurrido el tiempo establecido para ella.

Sin embargo, hay otras medidas que no tienen prevista una fecha de extinción, pero que debido a un cambio en la situación que aconsejó la adopción de dichas medidas es necesario volver a acudir al Juzgado para plantear su modificación con el fin de adaptarse a la nueva realidad, o en su caso, para obtener una extinción definitiva.

Así lo ha previsto el propio legislador al establecer en el art. 90 CC la posibilidad de que las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, "*cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges*".

Fijaros que no me refiero ya a la expresión "*cuando se alteren sustancialmente las circunstancias*" que contenía la antigua redacción de dicho artículo y que por tanto ha sido suprimida, sino a la que contiene la

nueva redacción dada a dicho precepto por la ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, que requiere por tanto:

-Que así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos.

- O un cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Hasta aquí todo bien, pero claro, surge un problema, que si bien el legislador ha suprimido en referido precepto la expresión "*cuando se alteren sustancialmente las circunstancias*", o como sucede también con el art. 100 del CC,

EL PRINCIPIO DE "INTERÉS DEL MENOR", PRIMA POR ENCIMA DE SI SE HA PRODUCIDO O NO UNA ALTERACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EN SU DÍA SE TUVIERON EN CUENTA.

refiriéndose a la pensión compensatoria, que suprime el adjetivo "*sustanciales*", sin embargo ha olvidado a su vez modificar suprimiendo dicha expresión del contenido de los artículos. 91 del CC y 775 de la LEC, que se mantiene.

Por tanto, tenemos por una parte que el art. 90 del CC nos dice que procederá la modificación de las medidas "*cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los menores o el cambio en las circunstancias de los cónyuges*", o el art.100 del mismo texto,según el cual, solo podrá ser modificada la pensión "*por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen*", y por otro lado tenemos que en el art. 91 CC y 775 de la LEC, se mantiene como requisito para que la modificación proceda, el que exista una "*alteración sustancial de las circunstancias*".

Con lo cual, como ya está sucediendo, nos encontramos con Sentencias, que apoyándose en el contenido de la nueva redacción del art. 90 CC, acuerdan que la modificación de medidas pueda llevarse a cabo, y con otras, que siguen aplicando, la existencia de una "*alteración sustancial de las circunstancias*" como requisito para que pueda accederse a una modificación de las medidas, en la manera en que sigue figurando en el art. 91 CC y 775 de la LEC.

No obstante a ello, la verdad es que empieza a ser tendencia, sobre todo en lo que se refiere a las medidas adoptadas en relación con los hijos menores de edad, y precisamente por el impacto que en ellas tiene el principio de "interés del Menor", el que sea precisamente ese interés el que prime por encima de si se ha producido o no una alteración de las circunstancias que en su día se tuvieron en cuenta.

Así, en una encuesta realizada por la Editorial SEPIN[1], analizando esta cuestión precisamente para el caso de una modificación de custodia de los hijos menores de edad, el resultado mayoritario de los encuestados, fue el de dar prioridad al principio del interés del menor, más que a una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta, de manera que aunque no se haya podido probar la existencia de una alteración sustancial, sí procederá la modificación si consta plenamente acreditado que dicha modificación va en interés del menor, como igualmente, podrá dicha modificación desestimarse pese a haberse producido una alteración sustancial, si con ello se perjudique el interés del menor.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ABRIL DE 2016 DA PREEMINENCIA AL INTERÉS DEL MENOR NO SIENDO NECESARIO UN CAMBIO "SUSTANCIAL" PERO SI CIERTO O SIGNIFICATIVO

1 Revista "Familia y Sucesiones" de SEPIN, nº 114, 1º trimestre del 2.016

Ha tenido que ser nuevamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la que mediante una ingente labor interpretativa, venga salvando, esto que considero un error no subsanado por el legislador, y así en Sentencia de dicho Alto Tribunal de 12 de abril de 2.016 (Rec.nº 1225/2015), viene a confirmar la tendencia a la que he hecho referencia con anterioridad, al considerar que la nueva redacción dada al artº 90.3 del CC, tiende a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse ya en un cambio "sustancial" pero si cierto o significativo respecto de las que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el anterior sistema de custodia.

No sé si será casualidad, pero esta manía olvidadiza, siempre nos pasa con el art. 775 de la LEC, quiero recordar que la redacción primitiva del art.775 cuando se promulgo la nueva LEC, 1/2000, nos remitía erróneamente para la modificación de medidas, cuando estas lo fueran de manera contenciosa, al procedimiento del art.771 (que no era otro que el de las Medidas Provisionales Previas) cuando en realidad debería ser el del art.770, y no se dieron cuenta de tal circunstancia hasta el año 2005 que efectivamente rectificaron, remitiendo ya dicho precepto expresamente al citado art. 770 para las modificaciones contenciosas y al art. 777 para la realizadas de mutuo acuerdo.

Esperemos ahora que la subsanación en cuanto a la redacción de los arts. 91 del CC y 775 de la LEC, para que estén en consonancia con la nueva redacción que contiene el art. 90.3 de CC que venimos refiriéndonos, se lleve a cabo cuanto antes y sin necesidad de tener que esperar otros cinco años, aunque de momento… ya han transcurrido tres...

Ah ¡! Y dejo para otra ocasión el tema de la competencia en el procedimiento de modificación y el cambio sufrido en su regulación, que también tiene lo suyo.

Fernando Hernández Espino
Abogado de Familia
Vocal de la AEAFA

Comentario

a la STS de 20 de noviembre de 2018

La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia del progenitor custodio con nueva pareja o cónyuge

José Gabriel Ortolá
Abogado
Tesorero de la AEAFA

Acaba de pronunciarse nuestro Tribunal Supremo en relación a un problema tradicional del Derecho de Familia con gran trascendencia práctica.

Para situarnos en el problema que aborda la Sentencia 641/2018, de 20 de noviembre, hay que recordar el contenido del art. 96 del Código Civil, que establece, para el caso de que ambos progenitores no estuviesen de acuerdo en su destino, la obligación de otorgar el derecho de uso de la vivienda familiar y su ajuar en favor de los hijos y el progenitor con quien convivan.

Tradicionalmente se había puesto en cuestión cuál era el alcance de este precepto. Así, hubo una corriente jurisprudencial dentro de las Audiencias Provinciales que empezó a limitar temporalmente ese derecho de uso mediante la fijación de un plazo determinado (un número de años) o indeterminado (al momento de la liquidación del régimen de gananciales o extinción del condominio mantenido sobre la vivienda) en el que debía extinguirse tal derecho de uso.

Dicha corriente, sin embargo, quedó truncada por Sentencia 221/2011, de 1 de abril, del Tribunal Supremo, estableciendo la doctrina de que la atribución de uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que no puede ser limitada por el juez.

Sobre la base de dicha doctrina, por tanto, está vedada la limitación temporal del derecho de uso durante la minoría de edad de los hijos, salvo determinadas excepciones que han

sido establecidas también por el Alto Tribunal.

El tema que aborda la novedosa Sentencia 641/2018 es el de la incidencia de la entrada de una nueva pareja, matrimonial o no, del progenitor custodio al domicilio familiar en orden a extinguir dicho derecho de uso. Es decir, se le plantea al Tribunal Supremo si tal circunstancia supone una alteración de las que, en relación a la medida de atribución de uso, se tuvieron en consideración en su momento.

En anteriores resoluciones del Tribunal Supremo (STS de 19 de enero de 2017) se había abordado el asunto declarando que dicha incorporación posibilitaba la revisión de la pensión de alimentos que el progenitor no custodio abonaba a los hijos, en la consideración de que el nuevo ocupante de la vivienda debía contribuir al sostenimiento de las cargas inherentes. Consideró entonces nuestro Alto Tribunal que el derecho al libre desarrollo de la personalidad posibilitaba la convivencia con tercero y que ello no tenía incidencia en el derecho de uso conferido.

Sin embargo, en esta nueva sentencia nuestro Tribunal Supremo declara que la convivencia de la nueva pareja o cónyuge en el domicilio familiar determina que este pierda tal carácter. Es decir, nos dice que el domicilio familiar deja de ser domicilio familiar para constituirse en domicilio de otra familia.

El fundamento de la declarada extinción del derecho de uso es, por tanto, el cambio de status de la referida vivienda que, en consideración a la nueva convivencia mantenida, se constituye en vivienda familiar de la nueva familia perdiendo la condición de vivienda familiar de la anterior.

Llama la atención, sin embargo, que pese a concluir de tal modo, es decir, en la extinción del derecho de uso, se mantenga tal derecho hasta la liquidación de los gananciales. De tal modo, quedaría pendiente de resolver el supuesto en que la vivienda es titularidad exclusiva del progenitor no custodio, siendo previsible, no obstante, que en una interpretación acorde a la argumentación de la sentencia referida, tal caso deberá ser resuelto acordando la extinción del derecho de uso con carácter inmediato.

En adelante irán surgiendo e iremos conociendo nuevas resoluciones que darán respuesta a los posibles subtipos relacionados con lo ahora resuelto.

Tema de
Debate

Presentada por la madre una solicitud de autorización para cambio de residencia del menor, el padre interpone una demanda de modificación de medidas solicitando la custodia paterna a causa de dicho traslado. ¿Debe archivarse el expediente de jurisdicción voluntaria conforme a lo establecido en el art. 6 de la LJV?

GABRIELA DOMINGO

Abogado. Málaga

Debe archivartse el expediente de jurisdicción voluntaria

En cuanto a la cuestión que se apunta, habría de tenerse en cuenta si subyace un cambio de custodia de fondo, podría tratarse de un supuesto de custodia compartida en que la madre con el cambio de residencia está pretendiendo la custodia para sí. No se pueden acumular en un expediente de jurisdicción voluntaria pretensiones que deben ejercitarse en un proceso contencioso.

En el procedimiento jurisdiccional de modificación de medidas se podrán poner en discusión todas las medidas que puedan quedar afectadas por la nueva situación que plantea la madre, y quedará más y mejor garantizado el ejercicio del derecho de defensa de las dos partes. Además, se remitirán las actuaciones que se hayan realizado en aquel expediente al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional, y quedarán unidas a este concreto procedimiento.

Y parece que eso es lo que viene a determinar el artículo 6 punto 2º y 3º a la ley de jurisdicción voluntaria. No tendría sentido que se mantuviera abierto un expediente de jurisdicción voluntaria estando en marcha el proceso de modificación, aunque sea posterior, pues nace precisamente a raíz del planteamiento inicial de la madre.

De no archivarse el expediente se podría dar lugar a dos decisiones judiciales diferentes, y en cualquier caso queda mejor garantizado el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en este procedimiento en el que se pueden poner sobre la mesa todas las medidas relacionadas con el cambio de residencia del menor, y podrán las partes hacer todos sus planteamientos de cara a los cambios o modificaciones que quieren proponer a raíz de esto, y con igualdad de oportunidades procesales y con los efectos de una sentencia, no de un Auto .

La respuesta por mi parte es que sí debe archivarse el expediente de jurisdicción voluntaria

JORGE A. MARFIL

Abogado. Madrid

Procederá la suspensión del expediente en tanto se tramita el incidente sobre "prejudicialidad". Apreciada la existencia de "prejudicalidad", debe acordarse el archivo del expediente y acumular lo actuado al proceso contencioso.

La pregunta que se nos formula trata sobre los efectos procesales consecuencia de la simultánea tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria y de un proceso jurisdiccional sobre un mismo objeto.

El art. 6 de la LJV contempla dos supuestos distintos; el apartado 2 se refiere al caso en que el proceso jurisdiccional esté ya tramitándose cuando se inicia el expediente de jurisdicción voluntaria. En este caso habrá de acordarse el archivo del expediente y la acumulación de lo actuado al proceso jurisdiccional. Este no es el supuesto a que se refiere la pregunta.

El apartado 3 de art. 6 LJV se aplicará al supuesto en que, iniciado un expediente de jurisdicción voluntaria, se inicia un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución puede afectarle. Este es el supuesto contemplado en la pregunta.

No cabe duda que la resolución que recaiga en el procedimiento de Modificación de Medidas iniciado por el padre afectará necesariamente al objeto del expediente, cualquiera que sea su sentido, estimatorio o desestimatorio de la Modificación solicitada.

Para la solución de la cuestión el art. 6.3 LJV se remite al art. 43 LEC sobre prejudicialidad civil. Se prevé en uno y otro artículo la suspensión. En nuestro caso, del expediente, para iniciar un incidente en el que se determine si se da o no esa situación de prejudicialidad. En todo caso, es necesario, de acuerdo con el art. 43 LEC que exista la petición de ambas partes o de una de ellas para la iniciación del incidente, no cabe la iniciación de oficio.

En conclusión, procederá la suspensión del expediente en tanto se tramita el incidente sobre " prejudicialidad ". Apreciada la existencia de " prejudicalidad ", entiendo que debe acordarse el archivo del expediente y acumular lo actuado al proceso contencioso.

JOSÉ GABRIEL ORTOLÁ

Abogado. Valencia

El procedimiento de modificación de la medida de guarda iniciado posteriormente al expediente de jurisdicción voluntaria para dirimir la controversia de patria potestad relativa al cambio de residencia del menor, no determinaría, en este caso concreto, la imposibilidad de continuar la tramitación del expediente por aplicación del art. 6.2 de la LJV

Nuevamente nos introducimos en el examen de problemas generados con ocasión de la interpretación y aplicación de la LJV. Ya en el número 89 de esta misma revista se planteó cuál debiera ser el cauce procesal por el que debían adaptarse las medidas vigentes e inherentes al traslado de residencia del menor, en la alternativa de hacerlo dentro de un procedimiento de modificación de medidas o dentro del propio expediente de jurisdicción voluntaria, siquiera fuese de modo cautelar.

En esta ocasión la pregunta formulada nos plantea la posibilidad de mantener en curso un expediente de jurisdicción voluntaria cuando, con posterioridad, se inicia por la contraparte un procedimiento de modificación de medidas que pretende la adaptación del régimen de guarda al nuevo escenario del traslado.

Contestando a aquella otra pregunta formulada ya puse de manifiesto mi crítica sobre la diversificación de procedimientos para accionar según qué pretensiones en materia de familia, y la indeseable necesidad de tramitar diferentes procedimientos para concretar las consecuencias de un exclusivo hecho. Decía entonces que la formalidad nos impide la obtención de una resolución conjunta a las diferentes cuestiones que del hecho resultan y, por ello, la dispersión de procedimientos, con sus consecuentes costes y dilaciones. Hoy, aprovechando la nueva cuestión que se nos plantea, y como cuestión previa, doy nuevamente por reproducida dicha crítica.

Pasando ya a la contestación de la pregunta que ahora se plantea sobre el supuesto que se expone, entiendo que el procedimiento de modificación de la medida de guarda iniciado posteriormente al expediente de jurisdicción voluntaria para dirimir la controversia de patria potestad relativa al cambio de residencia del menor, no determinaría, en este caso concreto, la imposibilidad de continuar la tramitación del expediente por aplicación del art. 6.2 de la LJV, al no poder apreciarse la existencia de la incompatibilidad que el precepto recoge. Cuestión distinta será la de considerar el orden lógico de su tramitación y la posible existencias de pronunciamientos que pudiesen ser valorados como necesarios o prejudiciales.

Reza el precepto que “No se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional”. De ello inferimos un primer requisito: la identidad del objeto. Solamente un procedimiento jurisdiccional que pretenda el mismo objeto que el expediente determinará la imposibilidad de inicio o continuidad de este.

En el caso que se propone, sin embargo, no existe un mismo objeto. El expediente versa sobre una controversia de lugar de residencia del menor, interesando la autorización judicial a efectos de su traslado, en tanto que en la modificación de medidas se pretende un cambio en el modelo de guarda en base, justamente, a la variación del lugar de residencia.

De ello se infiere, por tanto, que lo primero es previo a lo segundo: para considerar la posible modificación de la guarda sobre la variación sustancial de circunstancias acaecidas –cambio del domicilio- debe primeramente haberse acordado dicha autorización. Las modificaciones de medidas se fundan en la variación sustancial de circunstancias acaecida. No por acaecer.

Dicho ello, habría que analizar, de paso y en su caso, si el procedimiento de modificación de medidas es el que puede ofrecer una respuesta adecuada con la urgencia del asunto. Y en cuanto a ello, me parece obvio que, en todo caso, habría de interesarse, dentro de tal procedimiento, la modificación provisional de las medidas (775.3 LEC). Es más, y reiterando lo ya expuesto en aquella otra respuesta ofrecida en el número 89 de esta revista "me inclino a considerar la posibilidad, por no decir obligación legal, de que la resolución que se dicte en materia de controversia de patria potestad relativa a la residencia del menor, recoja también aquellas otras medidas que pudiesen verse afectadas, justamente en consideración al carácter indispositivo de las mismas". Y no me refiero obviamente a la modificación definitiva, pero sí a la provisional o cautelar. Sé que la afirmación es criticable desde la estricta técnica procesal, pero es la que mayor responde a la demanda de realización de una justicia efectiva y en unidad de procedimiento.

RAMÓN TAMBORERO

Abogado. Barcelona

Deberá acordarse la suspensión del expediente (en este caso el de la madre), acreditada la existencia del proceso jurisdiccional contencioso (en este caso del padre), debiéndose tramitar el incidente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el supuesto que se nos plantea, la cuestión fundamental estriba en que los dos casos no tienen un mismo objeto.

Por un lado la esposa pretende modificar la Resolución Judicial mediante el traslado de residencia junto al hijo, es decir se trata de una controversia sobre el Ejercicio de la Patria Potestad en orden al lugar de la residencia del menor.

Pero el padre no insta su demanda solicitando una guarda exclusiva del menor y el resto de objetos que tal pretensión implica (tales como Pensión de Alimentos, régimen de relaciones paterno y materno-filiales, etc), sino que "previendo" que se dicte una Resolución Judicial que le dé la razón a la madre, se adelanta a tal pretensión, se adelanta al resultado de una Litis aún en trámite para solicitar tal guarda sobre el hijo en común.

Sin embargo el Art. nº 6.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria contempla que cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto, proseguirá la tramitación del primero que se hubiera iniciado, acordándose el archivo de los expedientes posteriormente incoados.

Así pues, inicialmente, y de existir el orden de los procesos tal y como se nos plantea, podríamos aventurarnos, erróneamente en mi opinión, en considerar que el trámite a seguir sería el de la madre y proceder al archivo de la demanda del padre.

No obstante creo que ese no sería el camino adecuado procesalmente.

En primer lugar ambos procedimientos no tienen el mismo objeto, aunque si versan sobre el mismo sujeto, el niño.

La madre pide un cambio de domicilio, el padre una Modificación de Efectos de Sentencia sobre la base de pretender la Guarda y Custodia del menor.

Sin embargo son dos procesos totalmente diferentes precisamente porque el objeto, el interés final de los litigantes es diferente.

Y aquí entra en juego el apartado 2 del ya indicado Art. nº 6 de la L.J.V.

Dicho apartado establece que no se podrá iniciar o continuar con el trámite de un expediente de Jurisdicción Voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en su proceso jurisdiccional.

Así pues, si el padre, paralelamente a la pretensión de la madre (Autorización del cambio de residencia del menor), interpone Demanda de Modificación de Efectos de Sentencia solicitando la Guarda y Custodia del mismo, se debería proceder al archivo del expediente, remitiéndose las actuaciones realizadas al Tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional para que lo incorpore a tales Autos.

Y en consecuencia de tal remisión, deberá acordarse la suspensión del expediente (en este caso el de la madre), acreditada la existencia del proceso jurisdiccional contencioso (en este caso del padre), debiéndose tramitar el incidente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FRANCES VEGA SALA

Abogado. Barcelona

Hay que archivar el expediente de jurisdicción voluntaria

Yo diría que sí que hay que archivar el expediente de jurisdicción voluntaria. Me parece que es lo que resulta del art. 6.2 LJV, pues dicho artículo dice “No se podrá.....CONTINUAR con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria....se procederá al ARCHIVO del expediente..”.

Podría hacer dudar la expresión “QUE ESTE SIENDO TRAMITADO”, puesto que parece exigir que el procedimiento jurisdiccional ya estuviera en trámite, pero este escollo parece que debe rechazarse ante la forma en que se pide se acredite la tramitación del procedimiento jurisdiccional para lo que el legislador pide únicamente que se haya “ACREDITADO LA PRESENTACION DE LA CORRESPONDIENTE DEMANDA” y no la “ANTERIORIDAD” de la misma.

También nos decantamos por aplicar el número 2 del art. 6 LJV en lugar del num. 3 del mismo artículo, porque el num. 2 exige que el “OBJETO” sea el mismo, como, a nuestro entender, sucede en el supuesto de la pregunta, mientras el num. 3 sólo exige que la resolución del proceso jurisdiccional “PUDIERA AFECTARLE” lo que puede suceder sin que el “OBJETO” de controversia sea el mismo.

Patria potestad

CAMBIO DE COLEGIO A OTRO CON MEJOR OFERTA EDUCATIVA

PUBLICACIÓN DE FOTOS DEL MENOR EN REDES SOCIALES

EL EXPEDIENTE DE J. VOLUNTARIA NO ES LA VÍA ADECUADA PARA ATRIBUIR EL EJERCICIO EXCLUSIVO DE LA PATRIA POTESTAD

CAMBIO DE COLEGIO A OTRO CON MEJOR OFERTA EDUCATIVA

AP LLEIDA, SEC. 2.ª
AUTO DE 08/10/2018

Las razones para cambiar la menor de colegio fueron explicadas por la progenitora en el acto de la comparecencia, destacando que se trata de un colegio de referencia por el nuevo sistema educativo que emplea, los valores que imparte, los servicios que ofrece, las instalaciones y en particular los patios con los que cuenta para educación infantil, el entorno en el que se ubica con bosque y jardines, comparándolos con los del anterior Colegio que considera no cuenta con tantos recursos. Estas razones no han resultado desvirtuadas por el progenitor, y en ningún caso puede compartirse que el cambio de colegio en una edad tan temprana pueda comportar trauma alguno al menor, ni tampoco desplazarse al Colegio en transporte escolar.

Entrando ya en el análisis del fondo del asunto, en el ejercicio de la potestad parental pueden surgir controversias o conflictos y uno de ellos es la elección del colegio al que han de acudir los hijos.

La patria potestad aparece configurada en nuestro ordenamiento jurídico como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas y obligaciones que les incumben, igualmente respecto a su sostenimiento y educación, con reflejo normativo en los art. 154 y del Código Civil y 236-8 del Código Civil de Catalunya en los que se establece el ejercicio compartido de la patria potestad a no ser que en la sentencia por la que se acuerde la guarda o custodia o el divorcio se establezca lo contrario.

Por lo tanto, el progenitor que tiene la custodia del menor no puede unilateralmente, por ejemplo, cambiar de colegio a sus hijos. La potestad parental respecto a los hijos conforme a lo previsto en los mencionados preceptos, debe ser ejercida conjuntamente, y en caso de vida separada de los progenitores, el Código Civil de Catalunya en su art. 236-11.6 prevé que el progenitor que este ejerciendo la potestad parental, debe contar con el consentimien-

to expreso o tácito del otro para decidir cualquier aspecto que afecte al núcleo esencial de la patria potestad, como así es, el tipo de enseñanza de los hijos.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 no regula ningún procedimiento adecuado para resolver estas controversias, si bien, la cuestión está resuelta en el art. 156 del Código Civil y respectivamente en el art. 236-13 del Código Civil de Catalunya, en los cuales en caso de desacuerdo en cualquier cuestión que afecte al ejercicio de la patria potestad, podrá acudir al Juez, quien después de oír a ambos y al hijo si tuviese suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre, mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria en solicitud de resolución de controversia o conflicto en el ejercicio de la potestad parental.

El Tribunal competente será aquél que dictó sentencia o resolución atribuyendo el ejercicio conjunto de la patria potestad, ante el que debe presentarse la demanda. El Tribunal, después de admitir a trámite la petición, oirá al otro progenitor sobre la cuestión, y a los hijos si tuviesen suficiente juicio, acordando en casos muy especiales la intervención del equipo técnico del juzgado. Debemos indicar que el hecho de que el otro progenitor se oponga no hará que el procedimiento devenga contencioso, puesto que, como hemos indicado, es un expediente de jurisdicción voluntaria, en solicitud judicial de resolución de conflicto en ejercicio de la potestad parental, en el que el Ministerio Fiscal tendrá audiencia.

Una vez celebradas las preceptivas audiencias a las partes y las exploraciones, el Tribunal dictara un auto por el que atribuirá al padre o a la madre la facultad de decidir.

...Partiendo de lo expuesto procede analizar si puede considerarse correcto el comportamiento de la Sra. Felicisima, y si en base a ello debe considerarse que resulta ajustada a los intereses del menor José la atribución a la misma de la facultad de decidir en relación a la escolarización del menor en el Colegio DIRECCION001.

En el caso de autos es posible anticipar que es absolutamente correcta la decisión de la Juez de instancia, cuyos razonamientos no son desvirtuados en la alzada, donde no se acredita error en la valoración del material probatorio obrante en autos, ni de aplicación o interpretación de la norma en vigor. En la misma se ha dado prioridad al superior interés del menor.

En efecto, el principio esencial que rige en el ámbito destinado a medidas de protección de menores es el de “interés del menor”, contemplado en el artículo 172.4 del Código Civil, entre otros preceptos de dicho texto, principio que es la base y fundamento de toda la actividad que se realiza en torno a la defensa y protección de aquellos, y que tiene su reflejo en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos textos internacionales que también lo consagran, como la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1984; Asamblea de Naciones Unidas), y otros de alcance continental, cual la Carta Europea de la Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo. Por su parte, la doctrina del Tribunal Supremo señala en sentencias, entre otras, de 25 de junio de 1.994 y 24 de abril de 2.000, que la patria potestad se concibe en nuestro Derecho positivo y en general en los ordenamientos jurídicos modernos, dentro de aquél en los artículos 154 a 161 del Código Civil, como instrumento que, puesto al servicio de los hijos y constituido en beneficio de ellos, entraña esencialmente deberes a cargo de los padres, dirigidos, como declara el art. 39.2 y 3 de la Constitución, a prestarles asistencia en todo orden, de forma que todas las actuaciones judiciales que se acuerden, han de estar presididas por el principio de protección al interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Nacionales Unidas el 20 de noviembre de 1.989, pronunciándose en el mismo sentido el artículo 2 de la Ley sobre Protección jurídica del Menor de 15 de enero de 1.996 (véase su nueva redacción tras la LO 8/2015 de 22 de junio).

Nos encontramos, por tanto, en una materia en la que es criterio primordial el del “favor filii” contenido en los artículos 92, 93 y 94 CC, que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos, por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso, no sólo a corto plazo sino en el futuro. Como señala la STS de 3.6.2015 “ esta Sala ya se ha pronunciado sobre tal cuestión, más en concreto en la Sentencia de 26 de octubre de 2012,..., y en la Sentencia 20 de octubre de 2014, las cuales fijan la siguiente doctrina en la materia: “el cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él”.”

Por ello se hace preciso decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.

Conforme a lo anterior considera la Sala que las razones vertidas por la madre para escolarizar al menor en el Colegio DIRECCION001 son razonables, destacando las prestaciones, instalaciones, servicios y el entorno del Colegio DIRECCION001, buscando satisfacer el beneficio e interés del menor, sin que en ningún caso pueda tildarse dicha decisión de caprichosa.

Al efecto, se ha aportado a las actuaciones amplia prueba documental para acreditar el modelo educativo que se imparte en dicho centro y en concreto en la fase de educación infantil en la que se encuentra el menor, utilizando un método de aprendizaje avanzado basado en el trabajo por proyectos, resolución de problemas, aprendizaje por recepción, experimentación e investigación; los servicios que ofrece el centro, entre ellos el de transporte escolar, el de comedor con cocina propia, el de enfermería dentro del centro escolar con atención médica en horario escolar; las amplias instalaciones con las que cuenta; el entorno en el que se ubica y los resultados académicos obtenidos con un porcentaje del 98,2% de aprobados en las PAU.

Y las razones de dicha decisión fueron explicadas por la progenitora en el acto de la comparecencia, destacando que se trata de un colegio de referencia por el nuevo sistema educativo que emplea, los valores que imparte, los servicios que ofrece, las instalaciones y en particular los patios con los que cuenta para educación infantil, el entorno en el que se ubica con bosque y jardines, comparándolos con los del Colegio DIRECCION002, que considera no cuenta con tantos recursos. Como razón de peso añadió también el hecho que ella también ha sido alumna de dicho colegio y que en la actualidad asisten al mismo 6 primos del menor.

Las razones expuestas por la madre para optar por dicho colegio, no han resultado desvirtuadas por el progenitor, ni mediante documental ni en la declaración que prestó en el acto de la comparecencia, compartiendo la Sala los argumentos vertidos por la juzgadora en la resolución recurrida en cuanto a la oposición mantenida por éste.

Efectivamente, en ningún caso puede compartirse que el cambio de colegio en una edad tan temprana pueda comportar trauma alguno al menor, ni tampoco desequilibrio y desajuste en su rutina en función del progenitor con que se encuentre.

Como tampoco consideramos que se cause perjuicio alguno al menor por desplazarse al Colegio en transporte escolar, habiéndose aportado documental acreditativa de las líneas de transporte con sus horarios existentes tanto desde la capital como desde los pueblos, de las que también dio debida cuenta la progenitora en la declaración prestada la comparecencia, explicando detalladamente todas las opciones con las que cuenta en su caso al residir en La Portella, permitiendo además la unificación de los horarios del menor en las semanas que esté con la madre y con el padre.

Añadir igualmente que con la documental aportada a las actuaciones ha quedado perfectamente acreditada la suficiencia de los 500 euros mensuales que ingresan en total los progenitores para atender los gastos de escolarización y mutua sanitaria del menor en los términos recogidos en la sentencia de guarda y custodia de fecha 3 de enero de 2018, sin que sea de recibo pretender incluir en el concepto de gastos de escolarización gastos que no son tales como es las gafas, aparatos ortopédicos, prótesis, ortodoncia, campamentos y actividades extraescolares.

Ha quedado debidamente probado a cuánto asciende la cuota escolar mensual, los importes que se satisfacen de forma anual en concepto de aportación a la fundación, seguro escolar y fondo de solidaridad, la cuota del transporte escolar tanto desde Lleida como desde los pueblos y la cuota de mutua sanitaria, conceptos a los que hay añadir el importe del material escolar y de los libros, que pueden ser sufragados con el importe de 500 euros mensuales que ambas partes convinieron.

En atención a lo expuesto, se considera como correcta la decisión que se adopta en la resolución recurrida de atribuir a la madre la facultad de elección del centro escolar ante la imposibilidad acreditada de acuerdo entre los progenitores y titulares de la patria potestad del menor José.

PUBLICACIÓN DE FOTOS DEL MENOR EN REDES SOCIALES

AP BARCELONA, SEC. 12.ª AUTO DE 15/05/2018

La potestad parental la tienen y ejercen ambos de forma compartida, por lo que la decisión de colgar fotos del menor en las redes sociales la deben tomar ambos progenitores sin perjuicio de la ruptura de su relación de pareja. Distinto es el tema de si dicho consentimiento debe ser expreso o puede ser también tácito (por ejemplo si ya antes de separarse ambos colgaban fotos del menor en redes sociales, o si después de la separación ambos lo hacen, etc.), cuestión que deberá valorarse caso por caso si surgen discrepancias.

Respecto de la cuestión de que ninguno de los progenitores pueda publicar fotografías del hijo en las redes sociales de internet sin consentimiento del otro, esta sección 12ª ha efectuado algún pronunciamiento en el mismo sentido que la sentencia de instancia y que la sentencia nº 265/2015 de 22 de abril de 2015 de la sección 18ª de esta misma Audiencia Provincial de Barcelona, que en definitiva señalan que el derecho de imagen del menor pertenece al ámbito de la patria potestad que ejercen ambos progenitores, sin que conste que ninguno de ellos haya sido privado de su ejercicio, por lo que es un derecho que los dos detentan y los dos deben velar porque sea debidamente protegido, debiéndose suponer que tanto uno como otro en el caso de acceder a dichas redes sociales tomarán las precauciones adecuadas a la hora de restringir la privacidad de las imágenes de su hijo en el sentido de que solo puedan recibirlas las personas que ellos consideren; y que si alguno de los progenitores hiciese un uso indebido, inadecuado, ofensivo o degradante de la imagen de su hijo el otro podría plantear una controversia en el ejercicio de la potestad parental o incluso denunciarlo en su caso, y además tal circunstancia, que en ninguno de los supuestos concretos estudiados se había producido, también podría tener repercusión en el régimen de guarda establecido.

En sentido contrario se han pronunciado otros tribunales, como la Sección Primera de la AP de Pontevedra de 4 de junio de 2015, al recoger que: " el derecho a la propia imagen (art. 18-1 CE), en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación (SSTC 26/3/2001, 16/4/2007 y 29/6/2009); y la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal (art. 5-1 f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. De modo que la disposición de la imagen (a través de fotos) de una persona requiere de su autorización (arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal).

En el caso de menores e incapaces cuyas condiciones de madurez no lo permitan de acuerdo con la legislación civil, el consentimiento habrá de otorgarse por su representante legal (arts. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 y 13 del Real Decreto 1720/2007). La representación legal de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores, en cuanto titulares de la patria potestad (art. 154 CC). Señalando el art. 156 CC que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o las situaciones de urgente necesidad, y, en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quién, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Tal régimen es el aplicable al supuesto litigioso, por cuanto, aún encontrándonos ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la ma-

dre, en la sentencia de divorcio se ha acordado que ambos progenitores conserven la patria potestad. Con lo cual, de pretender el Sr. Arsenio la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de oponerse ésta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización del modo que dispone el art. 156 CC."

Pues bien, esta Sección 12ª, en una reconsideración del tema al estudiar la presente apelación, pasa a compartir plenamente esta última doctrina expuesta ante la realidad social del difícil o complicado control de la privacidad de lo que se publica en redes sociales tipo facebook, instagram, etc. y los abusos que al respecto se producen cada día con la información y fotografías publicadas, mucho más graves cuando están implicados menores de edad, cuestión que impide incardinar o vincular el tema de esta publicación y compartición de imágenes, cuando se trata de hijos menores de edad, con aquellos actos que cada uno de sus progenitores puede realizar válidamente por separado "conforme al uso social" como excepción al principio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos, excepción y principio recogidos en el art.156 del CC estatal como recoge la última sentencia dictada y, en nuestra comunidad autónoma, en el art. 236-8.2.c) del CC de Cataluña.

Desde otra perspectiva el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 30 de junio de 2015 ha abordado la cuestión del necesario consentimiento expreso de los padres o los representantes legales en el caso de la publicación de la fotografía de un menor por una revista; el caso estudiado por el Tribunal Supremo consistió en la publicación en una revista informativa del Museo de la Ciencia, de una imagen de un menor sin en el necesario consentimiento expreso de sus padres, materia en parte diferente a la que aquí nos ocupa porque lo que se nos plantea es el derecho de un progenitor a tomar en solitario la decisión de publicar imágenes de un hijo o una hija menores de edad sin consentimiento del otro progenitor, pero que coinciden en el adecuado respeto a la intimidad y a la imagen de los menores como derechos fundamentales de los mismos y que fundamentalmente salvaguardan sus padres como representantes suyos que son.

En este sentido, la mera realidad social de la tendencia a una cada vez mayor publicación de imágenes de menores por padres, amigos y familiares de forma indiscriminada, automática e imprudente, que da lugar a una exposición excesiva de la privacidad del menor, sin ponderar tan siquiera si en el futuro podrán sentirse molestos u ofendidos, al margen del peligro de utilización y manipulación por terceros y en muchos casos, incluso, sin el consentimiento del menor mayor de catorce años que exige el art. 13 del Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre que desarrolla el art. 6 de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos, no puede servir para justificar la falta de las precisas y suficientes exigencias en la defensa y consideración de este derecho fundamental del hijo.

En definitiva el tema de la imagen e intimidad de un menor de edad es tan delicado y de tanta trascendencia (hasta el punto de que el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor considera utilización ilegítima "cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales ") que deben ser ambos progenitores quienes decidan y consientan conjuntamente salvo en los casos de privación o suspensión de la patria potestad.

En el que nos ocupa, aunque la guarda del hijo se ha atribuido a la madre (si bien con un amplísimo régimen de estancias con el padre), la potestad parental la tienen y ejercen ambos de forma compartida, por lo que la decisión de colgar fotos del mismo la deben tomar ambos progenitores sin perjuicio de la ruptura de su relación de pareja.

Distinto tema es el de si dicho consentimiento debe ser expreso o puede ser también tácito (por ejemplo si ya antes de separarse ambos colgaban fotos del menor en redes sociales, o si después de la separación ambos lo hacen, etc.), cuestión que deberá valorarse caso por caso en caso de surgir incidentes.

Por último debe tenerse en cuenta que desde el 25 de mayo de 2018 será de obligado cumplimiento el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (conocido como RGPD - Reglamento General de Protección de Datos) que es de aplicación directa, y que ha motivado que en España se esté tramitando una nueva Ley Orgánica de Protección de Datos y aunque dicho Reglamento

en su Considerando 18 indica que no se aplica al tratamiento de datos de carácter personal por una persona física en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial, sí se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas y en su art. 8.1 indica que " cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años. Si el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó. Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años."

Se refiere por tanto esta normativa también al "titular de la patria potestad" y si ambos progenitores son titulares ambos deben consentir en esta materia.

EL EXPEDIENTE DE J. VOLUNTARIA NO ES LA VÍA ADECUADA PARA ATRIBUIR EL EJERCICIO EXCLUSIVO DE LA P. POTESTAD

AP LAS PALMAS, SEC. 1.ª AUTO DE 05/07/2018

En el caso de autos los progenitores no solo viven separados sino que existe una sentencia que decretó su divorcio y reguló las medidas que deben regir, entre ellas, que la patria potestad sobre el menor sería de titularidad y ejercicio conjunto por ambos. Por ello, la amplitud de la solicitud que realiza la madre (que le sea atribuida la facultad de decidir en cuanto a la escolaridad del menor en sentido amplio, sus tratamientos médicos y farmacológicos o las terapias de cualquier clase que necesite el menor) conlleva una auténtica modificación de esta medida judicialmente acordada que no puede acordarse en un expediente de jurisdicción voluntaria sino de modificación de medidas.

Frente al Auto dictado en la instancia y por el que se acordó el sobreseimiento del presente expediente de jurisdicción voluntaria por inadecuación de procedimiento, se interpone el presente recurso por la parte demandante afirmando que debe declararse la nulidad del Auto porque el expediente fue admitido a trámite, y ninguna de las partes, ni el ahora apelado ni el Ministerio formularon oposición, por lo que debió continuarse la vista por sus ordinarios trámites, siendo que lo pretendido se ajusta al contenido del art. 156 del Código Civil por ser discrepancias en el ejercicio de la patria potestad y no de modificar una medida sobre la misma.-

Por la parte apelada se presentó escrito de oposición interesando la íntegra confirmación de la resolución recurrida, mismo pronunciamiento que interesó el Ministerio Público.-

Del examen de las actuaciones se constata que el presente expediente se inicia por la petición de la hoy recurrente en la que, al amparo del art. 156 CC, solicita le sea atribuida la facultad de decidir en cuanto a la escolaridad del menor en sentido amplio, sus tratamientos médicos y farmacológicos o las terapias de cualquier clase que necesite el menor.- Esta solicitud fue admitida por Decreto de 5 de octubre de 2017 acordando citar a las partes a comparecencia.-

Por lo tanto, la pretensión de la actora se sustenta, sustantivamente, en el art. 156 CC.

Procesalmente, el amparo reside en los arts. 17.3, 85 y 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, señalando el primero que "Los interesados serán citados a la comparecencia con al menos quince días de antelación a su celebración, avisándoles de que deberán acudir a aquélla con los medios de prueba de que intenten valerse. La citación se practicará en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con entrega de la

copia de la resolución, de la solicitud y de los documentos que la acompañen.

Si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. Del escrito de oposición se dará traslado a la parte solicitante inmediatamente."

Y en la comparecencia por el Ministerio Público se alegó que no era procedente seguir con la tramitación del procedimiento por cuanto debería verificarse en el oportuno de modificación de medidas, que fue acogido por la juzgadora a quo, con la conformidad del apelado y la oposición del recurrente.-

Por último destacar que en fecha 28-11-13 se dictó sentencia que acordó el divorcio de las partes y, a los efectos que ahora interesan, se atribuyó a la recurrente la custodia del menor siendo compartida la patria potestad.-

Comienza el recurso alegando nulidad de actuaciones que invoca la parte recurrente; es, por lo tanto, de aplicación lo establecido en el art. 227.2, segundo párrafo de la LEC, a tenor del cual "En ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal".- Y recordar que para que exista causa de nulidad de actuaciones es preciso la concurrencia de un triple requisito, a saber, la vulneración de norma esencial de procedimiento, la efectiva indefensión causada a la parte que la invoca, y que se haga valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate.-

En el caso de autos no concurre causa alguna de nulidad.- En primer lugar recordar que ninguna incidencia tiene que la petición hubiera sido previamente admitida a trámite, y ello por dos razones: en primer lugar, porque es la Letrada de la Administración de Justicia la que admite mediante Decreto el expediente, de modo que es la comparecencia cuando el juzgador interviene por vez primera y es donde puede apreciar si aquella debió o no ser admitida, y, en segundo, porque en todo caso la adecuación del procedimiento cuando lo procedente no es un expediente de jurisdicción voluntaria sino uno contencioso es cuestión de orden público que puede y debe ser apreciado en cuanto se aprecie.-

En cuanto a la falta de oposición del Ministerio Fiscal y de la parte apelada, así como que no se acordar ella continuación de la comparecencia tampoco incurre en causa de nulidad alguna, debiéndose insistir en que si la juzgadora entendía que no era procedente el expediente de jurisdicción voluntaria en los términos antes expuestos, es correcto que así lo declare en ese mismo momento, siendo superfluo continuar con una comparecencia de un expediente que se considera no adecuado procesalmente.-

Cuestión diferente es si el procedimiento sí era el adecuado, pero nuevamente debemos compartir la argumentación de la instancia.- la pretensión de la parte excede de los límites que señalan los primeros párrafos del art. 156 CC que viene referidos a desacuerdos puntuales en determinados aspectos del ejercicio de la patria potestad.- La pretensión de la parte es de tal amplitud que prácticamente vacía de contenido aquella para el apelado.- Es cierto que el citado precepto autoriza, en supuestos de desacuerdos reiterados por cualquier otra causa, atribuirla total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, limitado temporalmente y por plazo máximo de dos años.- Pero también recordar que sul último párrafo señala que "Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio."

Pues bien, en el caso de autos lo progenitores no solo viven separados sino que existe una sentencia que decretó su divorcio y reguló las medidas que deben regir, entre ellas, que la patria potestad sobre el menor sería de titularidad y ejercicio conjunto por ambos progenitores.- Por ello, la amplitud de la solicitud de la parte conlleva una auténtica modificación de esta medida judicialmente acordada, de forma que una atribución a un solo progenitor del ejercicio de la patria potestad (que ello constituye la pretensión de la actora) no puede acordarse en un expediente de jurisdicción voluntaria sino de modificación de medidas, lo que no vulnera los derechos del menor ni le deja desprotegido pues todas las peticiones que en éste se han formulado pueden reproducirse en el oportuno procedimiento referido.

CUSTODIA COMPARTIDA CON OPOSICIÓN DE LOS HIJOS

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª
SENTENCIA DE 10/07/2018

Debe mantenerse la custodia compartida. Esta Sala es consciente de que los menores llegan a una edad en la que es difícil imponerles conductas cuando no quieren, pero también lo es que, aun contra su voluntad y en la medida que se considera beneficioso para ellos y su desarrollo integral, se ha de velar porque mantengan un contacto con su dos progenitores, que es lo que aquí se pretende mantener, no considerando que la modificación pretendida tenga otra justificación que la voluntad de la menor, sin más justificación seria.

Esta causa tiene su origen en demanda fechada el 4.12.2016 en la que se pretende la modificación del régimen de guarda respecto a hija menor común, actualmente con 13 años (nacida el NUM000.2004, folio 85), pretendiéndose que se le adjudique en exclusiva a la madre la guarda, al afirmarse que con motivo del trabajo del padre, aquella estaba por las tarde sola, ya sea en la casa ya en la calle, sin supervisión del progenitor. Todo ello con el antecedente de un régimen de guarda fijado, tras sucesivos procedimientos, por sentencia de esta Sala de 17.2.2016, que venía a acordar el mantenimiento del régimen de custodia compartida acordado en sentencia de 20.6.2012 con determinadas modificaciones (folio 7 y siguientes).

La sentencia viene a desestimar la demanda aludiendo a la ampliación de hechos relativos a la existencia de causa penal, por entender que no ha transcurrido un año desde la anterior sentencia, sin que conste modificación sustancial que autorice el cambio del régimen de guarda acordado ya en 2012 (con las modificaciones antes aludidas), sin que el horario laboral del padre le impida atender a la menor que, además, ya tiene autonomía, habiéndose archivado la causa penal, y sin apreciar en la exploración de la menor argumentos de peso para modificar el régimen actual siempre más beneficioso para los menores.

En el recurso se hace una exposición de circunstancias que, a juicio de la parte, debían de conducir a otra decisión, así, primero, se alude a que no la ley no establece plazo alguno para pedir la modificación, sin que se hayan tenido en cuenta ni los nuevos hechos alegados, ni las pruebas, aludiendo a manifestaciones de la menor, informes emitidos de donde puede inferirse, dice, que la menor tiene miedo al padre, y sin que se tenga que estar al régimen de custodia compartida por ser abstracto el más beneficioso, pues se ha de estar al caso concreto y al estado de la menor; segundo, entiende que la exploración de la menor no se ha practicado en forma que permitiera decir a la niña lo que tenía que decir o enseñar; tercero, que la parte contraria no ha aportado que desvirtúen los informes que la parte ha aportado y sólo cuenta con mensajes telefónicos de terceras personas y menores anteriores anterior

a “estos incidentes” introduciendo hechos no acreditados, y sin que el padre reconozca ningún error o fallo frente a la hija, mostrando su incapacidad para resolver problemas; cuarto, se remite a la posición del Ministerio Fiscal que interesó la atribución de la guarda a la madre aun de forma temporal en tanto se solucionase la relación padre e hija; y quinto, concluye que lo mejor para la menor es ese régimen, estando la menor claramente afectada por la convivencia con el padre, con referencia a las diferentes normas sobre los derechos de los niños desde el derecho a ser oídos y el interés superior del menor.

Lo primero que se ha de resaltar es que las razones de la modificación pretendida que se alegaban en la demanda han venido a desaparecer de la argumentación del recurso, sin perjuicio de que se tratara de una reiteración de lo que ya se invocó en el anterior recurso resuelto por esta Sala en sentencia de 17.2.2016 (ver dos últimos párrafos del fundamento jurídico segundo de la misma). Lo anterior nos conduce a los hechos a los que se amplió la demanda (folios 78 a 81), en los que se aludía a la existencia de causa penal y recurso de apelación presentado por la ahora recurrente contra el archivo de la misma, que no puede ser otra que la que la sentencia apelada dice que ha quedado archivada, afirmación no impugnada en forma alguna, no obstante lo cual, los hechos que allí se relatan son coincidentes con los que expone la parte en ese primer apartado de su escrito, que dan noticias de una mala relación de la niña con el padre y su voluntad de no vivir con él, lo que nos remite a lo que después se dirá en relación a la exploración de la menor. Si consta que por auto de la sección 2ª de esta AP de 9.11.2017 (folio 160 a 163) se acordó el sobreseimiento provisional de esa causa penal confrontando la declaración del allí denunciado sobre “ las expresiones amenazantes que la madre de Carolina pone en su boca “. Se podrá convenir que lo resuelto en la jurisdicción penal conforme a los principios que le son propios, no vinculan para lo que aquí se ha de resolver cuyo norte ha de ser velar por el interés de la menor, tratando ante todo de preservarla de cualquier perjuicio pues es el suyo el interés preponderante, no el de los progenitores. Pero eso es un cosa y otra muy distinta es dar por sentada la realidad de lo que la madre haya podido denunciar como indicado por la menor, pues es ella y no ésta, quien hubo de formular la denuncia que motivó el inicio de esa causa penal. El escaso tiempo transcurrido desde la anterior sentencia sobre la guarda de la menor no puede ser sin más un elemento determinante de la improcedencia de la modificación pretendida pues, independientemente del tiempo transcurrido, si el interés del menor así lo aconseja, no puede haber inconveniente alguno en modificar el régimen acordado.

Los informes a los que la parte se refiere han de ser los que se aportaron con esa ampliación de hechos, que recogen parte de atención a la menor por la Unidad de Salud Mental de 27.42017 (folio 85) por solicitud de)asistencia especializada (folio 86) en la que se relata “CRISIS DE ANSIEDAD ANTE PROBLEMAS FAMILIARES (PADRES SEPARADOS) ESCONDE LA COMIDA. Y AVECES NO QUIERE IR AL COLEGIO. ESTE TRIMESTRE VA MEJOR”; informe de Alta de Urgencia de 3.3.2017 (folios 87 y 88), indicando el horario 10.28 hasta 12.11, por “ DOLOR SUBCOSTAL “ y se dice “ en relación con una discusión con su padre “, y problemas con sus primos paternos que la maltratan e insultan, todo en el apartado de “ Anamnesis “ y que concluye con un juicio clínico de “ Dolor torácico de etiología osteomuscular “, y que ya recoge, entre otras cosas, “ Se aconseja tomar tila en caso de ansiedad “; informe clínico de consulta de 27.6.2017 (folios 89 y 90) en el que la menor acompañada de la madre, relata estar nerviosa, con crisis de ansiedad, malas relaciones con el padre, episodios de conflicto con aquél, la denuncia interpuesta y temor hacia su progenitor, en el que el juicio clínico es “ T. de las Emociones de comienzo en la infancia y Adolescencia “; informe de 25.5.2017 (folio 91 y 92), en que ya se recoge lo que “ manifiesta “ coincidente con lo antes indicado y en el que el juicio clínico que se expresa es “ Trastornos de las emociones de inicio en la infancia “ y “ Factores Familiares (sic) adversos, problemas entre progenitores “; e informe de evaluación psicopedagógica firmado electrónicamente el 3.4.2017, en el que se insta a la colaboración de la familia.

De estos informes lo único que cabe extraer es que existe entre progenitores una situación conflictiva que ha trascendido a la hija menor común que da lugar no ya sólo a que ésta tenga situaciones de ansiedad, sino a discusiones que se focalizan en el padre, mezclado con acontecimientos familiares (muerte de la abuela materna) que le puedan haber afectado con cierta intensidad, situando la madre en un comentario desafortunado del padre respecto a eso lo que desencadenó la actitud de la menor hacia el padre. Junto a ello el padre afirma que desde febrero de 2017 no ha visto a la menor porque no se la han dejado ver, ni la ha podido recoger, no teniendo contacto alguno. Igualmente la madre refiere en su declaración que en ocasiones ha mentido, pero que al final lo ha reconocido, cosa que en este caso

no ha hecho. No se comprende que esas pruebas autoricen la modificación pretendida.

Sobre la exploración de la menor, parece que la parte a la vista de la decisión adoptada en la instancia, la utiliza para introducir reproches sin más justificación que su criterio, y que olvida que lo que sí se pone de manifiesto en el acta levantada es que la menor no quiere estar con el padre. Pero ocurre que aquí se ha de oir a la menor, con lo que ese derecho en modo alguno puede verse desconocido, lo que parece pretender la parte es que se decida conforme a la voluntad de la menor, a lo que no alcanza el cuadro de normas que cita en su recurso. Se le ha oído, y ya dice la sentencia que entiende que no da razones de " peso " o como dice el escrito de oposición al recurso del Ministerio Fiscal -suscrito por quien asistió a ese juicio- no expresó " una opinión madura, firma y autónoma, sin exponer argumentos de 'peso' ". Resulta, además, que de lo que no cabe la menor duda es que el contacto con ambos progenitores y sus respectivas familias siempre es beneficioso para la menor, sin que en este caso aparezcan contrastadas razones que justifiquen la limitación que se pretende en el recurso, que, por lo demás, no pide que se elimine ese contacto, sino que pase a ser un régimen de guarda monoparental pero con régimen de visitas los fines de semana y vacaciones escolares, excluyendo los intersemanales por el " horario de trabajo del padre ", que no se entiende que lo excluya. Por lo tanto, a juicio de esta Sala, tampoco cabe aceptar el reproche del recurso a la exploración de la menor, se le ha oído, sin que lo limitado del acta quiera decir que sólo dijo eso, pues son muchas las veces en que por razones de proteger su intimidad, se tienda a no recoger todo lo que allí pudo decirse, por lo que carece de sustento alguno lo que dice el recurso sobre que le impidió decir o enseñar lo que quería.

En relación al apartado cuarto del recurso, podemos decir que no es el apelado quien ha de acreditar aquí, sino que es la parte que pretende la modificación la que ha de hacerlo en términos acordes a lo que justifica como causa de su petición, y en este caso, esos informes, que se dicen no desvirtuados por la parte demandada, no pueden tener la lectura que pretende la parte, no sirven para otra cosa sino para reflejar la situación de ansiedad de la menor por la situación familiar, incluso haciendo responsable al padre de un dolor costal que presentaba en una de esas ocasiones, elemento que pudiera ser indicativo de una posible inclinación de la menor en cargar las " tintas " sobre su padre. Los datos que se recogen en esos informes que se corresponden con manifestaciones que hacen quien comparece a recibir asistencia -no olvidemos la menor acompañada-, pero sin que eso suponga que se encuentren investidas de presunción de veracidad alguna.

Sobre la posición del Ministerio Fiscal a la que se remite la parte como otro argumento adicional para justificar lo justificado de su pretensión, bástenos decir que también en el trámite de traslado del recurso de apelación ha mostrado su oposición al mismo (folios 209 y 210), no con fórmulas de estilo o genéricas, sino de forma más que ponderada y explicitando sus concretas razones, reforzando el criterio de la sentencia apelada, y llamado a la colaboración de los padres para restablecer la relación entre padre e hija, de donde se infiere que este motivo de impugnación no puede ser atendido sin precisar de mayor argumentación.

En cuanto a lo recogido en el apartado quinto, a juicio de esta Sala, la parte recurrente pretende identificar lo mejor para la menor con la voluntad expresada por ésta, correspondencia que no puede hacerse de la forma pretendida, pues tal y como plantea las circunstancias fácticas en que pretende apoyarse, podría decirse que lo mejor también sería la ausencia de contacto con el progenitor a quien, se dice, la menor tiene ese temor que invoca, y lo cierto es que se pretende mantener un régimen de visitas y estancias con el padre, lo que podría resultar incompatible.

Esta Sala es consciente de que los menores llegan a una edad en la que es difícil imponerle conductas cuando no quieren, pero también lo es que, aun contra su voluntad y en la medida que se considera beneficioso para ellos y su desarrollo integral, se ha de velar porque mantengan un contacto con su dos progenitores, que es lo que aquí se pretende mantener, no considerando que la modificación pretendida tenga otra justificación que la voluntad de la menor, sin más justificación seria.

Régimen de visitas

CONDENA POR DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y RÉGIMEN DE VISITAS

EL SUFRIMIENTO DE LOS MENORES JUSTIFICA LA REDUCCIÓN DE VISITAS

NO EXISTE CAUSA PARA SUSPENDER LAS VISITAS

CONDENA POR DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y RÉGIMEN DE VISITAS

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

Aunque el padre ha sido condenado por un delito de violencia doméstica habitual, un delito de amenazas leves y un delito de vejaciones leves, los tres cometidos frente a la madre a lo largo de su convivencia, no es menos cierto, que dicha condena, pese al crudo relato de los hechos probados que la sustenta, no puede linealmente trasladarse con los pretendidos efectos restrictivos del régimen de visitas, pues "no se acierta a ver la trascendencia que la reprochable conducta del condenado ha tenido para los hijos menores" y la prohibición de aproximarse al otro progenitor no tiene por qué conllevar la suspensión del régimen de visitas "pues puede no guardar ninguna relación el maltrato a la esposa, con la relación con el hijo".

La sentencia del juzgado, tras sancionar la acordada custodia materna, ha establecido un régimen de visitas que, amén de una distribución igualitaria de los distintos periodos vacacionales, incluye fines de semana alternos, con pernocta de la menor, desde las 11 horas del sábado a las 20 horas del domingo y ha fijado el importe de dicha pensión en la suma de 180 euros mensuales; pues bien, como ha sido el caso, que la madre, doña María Inmaculada, no comparte dichos pronunciamientos, ha interpuesto el presente recurso de apelación insistiendo en un régimen de visitas restringido consistente en fines de semana alternos sin pernocta y tutelado por PEF y en la elevación de dicha pensión a la suma de 250 euros mensuales; recurso que ha propiciado, que don Pedro Enrique haya impugnado la sentencia solicitando la reducción a 150 euros mensuales de la pensión alimenticia en cuestión.

Planteado así el debate y pese a que desde agosto de 2014, fecha en que se produjo la terminación de la relación sentimental que desde octubre de 2011 mantenían doña María Inmaculada y don Pedro Enrique, no consta que éste haya mantenido un duradero y estabilizado régimen de visitas con la menor (la demanda la interpuso don Pedro Enrique en febrero de 2015 aludiendo, entre otras circunstancias, a las dificultades de mantener relación con sus hijas; en marzo de 2016 se dicta un auto de medidas provisionales que fija un régimen de visitas progresivo -folio 461.., que es sustituido por el fijado en la sentencia apelada, a su vez suspendido por

auto de esta A.P. de fecha 15 de febrero de 2018 dictado en autos de medidas urgentes del art. 158 del CC,que finalmente quedó sin efecto tras la confirmación por A.P., mediante auto de 10 de mayo de 2018, del sobreseimiento y archivo decretado por el instructor de las diligencias previas abiertas con motivo de una denuncia de la madre, 26 de marzo de 2017, por presuntos abusos sexuales del padre sobre la menor, --fols. 217 y 324--), pues es el caso, que las visitas, tal y como se ha afirmado en el acto de la vista, han empezado a desarrollarse a comienzos de junio pasado tras instarse por el padre la ejecución de la sentencia, se ha de anticipar, que el primer motivo de apelación debe ser desestimado.

Dando aquí por reproducidas las oportunas citas jurisprudenciales que la sentencia establece, en orden al carácter excepcional y justificado que debe de tener cualquier medida que restrinja la comunicación del hijo con uno de sus progenitores, se ha de remarcar pese al alegato de la apelante, que ninguna de esas circunstancias excepcionales son de apreciar actualmente en el presente caso; esto es, una vez sopesadas las circunstancias que debidamente acreditadas concurren al tiempo del dictado de esta resolución (art. 752-1 de Lec.).

Téngase presente, tal y como pone de manifiesto la propia realidad de las cosas, que las visitas y comunicaciones entre un menor con el progenitor no conviviente es una natural manifestación del vínculo filial que les une y además un indudable factor de contribución al desarrollo de la personalidad afectiva de ambos.

Realidad que encuentra reflejo en los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores (el art. 14 de la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 es expresiva de que “En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres... salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declararse incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño”; el art. 24-3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea es expresivo de que “Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”) y dentro del derecho nacional el art. 94 del CC que, tal y como afirmó la S.T.S. 11 de febrero de 2011, configura dichas visitas y comunicaciones como un derecho del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad, derecho que aquel podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente, pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo “graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumpliesen grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.

Téngase presente, en definitiva, que el régimen de visitas contemplado en el art. 94 del CC consagra un derecho-deber que tiene como finalidad fomentar las relaciones humanas paterno-filiales y mantener latente la corriente afectiva que debe presidir dicha relación y como fundamento la innegable realidad de que la presencia del padre y de la madre es fundamental para el crecimiento del niño ya que son soportes de las respectivas identificaciones, de modo (continúa diciendo la S.A.P. de Guadalajara de 28 de julio de 2017 con profusa cita de doctrina del T.S.) que “constituye criterio jurisprudencial el que el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas en el tiempo, que resulta difíciles de recuperar, debiendo ceder tan sólo en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor.

Pues bien, si estas consideraciones (que sustancialmente nos conducen a la afirmación general de que la restricción del régimen de visitas requiere de una acreditada realidad que objetiva y racionalmente se revele con virtualidad suficiente para representar un perjuicio para el menor y, por tanto, a la afirmación de que dicha realidad no puede sustentarse en exclusivas sospechas de presuntos abusos sexuales por parte del padre hacia la menor, sino resulten, a falta de una acreditación directa, como mínimo una inferencia, conforme a las reglas del criterio humano, de los datos de hecho probados en el litigio), las trasladamos al caso de autos y en este lo único actualmente cierto es la referida denuncia de la madre, que ha resultado finalmente huérfana de cualquier mínima constatación (totalmente expresivos al respecto son las respectivas fundamentaciones del auto de sobreseimiento provisional y archivo decretado por el Instructor en fecha 1 de septiembre de 2017 -fol. 480-- y del auto de desestimación del recurso de apelación interpuesto contra el mismo dictado por la Audiencia Provincial en fecha 10 de

mayo de 2018 -fol. 53 del rollo--); la consecuencia mal puede ser diferente a la anticipada pues, si bien es imposible tener una certeza plena o evidente de que nada le pueda suceder a la menor, lo cierto es que al día de hoy y con los datos de que se disponen, la cuestión se traduce en una ponderación entre las conjeturas o sospechas de la madre (por cierto evidenciadas con posterioridad al dictado de la sentencia de primera instancia y, por tanto, sin posibilidad de descartar una posible motivación secundaria en el origen de la denuncia) y el mantenimiento de un régimen de visitas normalizado que sustente y otorgue linea de continuidad al necesario contacto paterno-filial con las ventajas antes indicadas (y de las que no dejan de ser un puntual exponente los momentos reflejados en la documental fotográfica unida a los fol. 336 y ss), y el resultado de dicha ponderación, tomando como criterio el interés superior de la menor, no puede traducirse en una restricción a título de intuición preventiva del régimen de visitas en cuestión.

Es cierto, tal y como igualmente puso de manifiesto la apelante en el acto de la vista, que don Pedro Enrique ha resultado condenado (sentencia de conformidad de fecha 5 de diciembre de 2017, dictada en el Juzgado de lo Penal num. Cuatro de Córdoba; fols. 26 y ss del Rollo) por un delito de violencia doméstica habitual, un delito de amenazas leves y un delito de vejaciones leves, los tres cometidos frente a doña María Inmaculada a lo largo de su convivencia y meses de mayo y agosto de 2014, esto es, durante el tiempo de convivencia de la pareja; pero no es menos cierto, que dicha condena, pese al crudo relato de los hechos probados que la sustenta, no puede linealmente trasladarse con los pretendidos efectos restrictivos del régimen de visitas, pues tal y como en casos semejantes han venido a considerar los tribunales dichas condenas no deben de producir efectos en la cuestión que aquí nos ocupa cuando, tal y como es el caso, "no se acierta a ver la trascendencia que la reprochable conducta del condenado ha tenido para los hijos menores" (S.A.P. de Salamanca de 30 de enero de 2006) y la prohibición de aproximarse al otro progenitor no tiene por qué conllevar la suspensión del régimen de visitas "pues puede no guardar ninguna relación al maltrato a la esposa, con la relación con el hijo" (S.A.P. de A Coruña de 23 de mayo de 2006).

EL SUFRIMIENTO DE LOS MENORES JUSTIFICA LA REDUCCIÓN DE LAS VISITAS

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª SENTENCIA DE 19/07/2018

Queda demostrado que el régimen de visitas hasta ahora desarrollado no se está ejerciendo de forma correcta puesto que los menores están sufriendo (véase informe de la Psicóloga), y ello ha sido obviado en la instancia, pues el interés y beneficio de los menores son los que debemos tutelar. En la exploración judicial, la menor señaló que no quiere pernoctar con el padre sino estar un rato el fin de semana y un día entre semana. En consecuencia procede reducir el régimen de visitas.

En la sentencia dictada en la instancia se desestima la pretensión planteada por D.ª Celia de modificación de las medidas acordadas en sentencia de divorcio de fecha 23 de diciembre de 2015 (autos 745/2014) para cancelar el régimen de visitas que respecto de los menores Jacinta (nacida el NUM000.2004) y Cornelio (nacido el NUM001.2008) se estableció a favor de D. Abilio.

... En el caso de autos, el primer sistema que se estableció para el indicado régimen de visitas, arranca del establecido de mutuo acuerdo entre los dos progenitores a raíz de su divorcio contencioso reconducido a mutuo acuerdo. El convenio regulador es de fecha 23.9.2015 y fue aprobado por la sentencia de 23 de diciembre del mismo año. En el mismo se contemplaba que Jacinta y Cornelio estuviese en compañía de su padre fines de semana alternos, así como dos tardes entre semana y con pernocta. Por otro lado, se pactó, y se aprobó judicialmente, que estaría con cada progenitor los periodos que se especifican de las vacaciones de Semana Santa, de Navidad, y en verano.

En el caso presente, a los efectos de dirimir el régimen de comunicación entre el demandado y sus hijos, contamos con una prueba que este Tribunal considera decisiva, cual es la del informe psicológico (que obra a los folios 99 a 11).

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

Pero se trate o no el dictamen de especialistas de una auténtica prueba pericial, lo que es claro que no cabe obviar dicho informe pues uno de los elementos a tener en cuenta son los informes de los especialistas a los que se refiere el ya mencionado artículo 92 del código sustantivo.

Así en el examen de la valoración de la prueba debe destacarse el resultado del informe practicado en autos, pues como indica la sentencia de 10 de noviembre de 2.006 dictada por la Audiencia Provincial de Granada " no es licito rechazar las conclusiones del informe psicosocial, reseñando aspectos parciales y aislados del mismo, sino que ha de verse dicho informe en su conjunto, y tenerse en cuenta que, por la dificultad de la materia, es la propia norma la que remite a este tipo de medios probatorios para orientar la decisión judicial, de modo que si el Juez se ha acogido a las conclusiones del mismo, no ha infringido las reglas de la valoración probatoria que, como se sabe, es facultad privativa del Juzgado o Tribunal, debiendo ser respetado su resultado en tanto no se demuestre que el Juzgador incurrió en error de hecho, o que su valoración resulte ilógica, opuesta a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana critica (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1.981, 23 de septiembre de 1.996, 29 de julio de 1.998, 24 de julio de 2.001, 20 de noviembre de 2.002 y 7 de julio de 2.004) ". Por tanto, ha de considerarse la especial relevancia de los dictámenes o pruebas periciales psicológicas que aportan a los Juzgadores una información que, ante situaciones conflictivas, precisan sobremanera para atender al beneficio del menor en tales circunstancias, y que tales informes exceden de un simple informe pericial ordinario sobre cosas, pues se refieren a personas y más aún si se trata de niños, de ahí su importancia.

En el caso de autos, no sólo se descarta manipulación alguna de los menores por parte de la hoy apelante, sino el psicólogo (tras evaluar a los progenitores y a los menores, entrevistarse con ambos padres, a los que sometió a distintos cuestionarios, y exploró psicológicamente a los menores, a los que también les aplicó test) concluye que " la protección del interés de los menores exige preservar su estabilidad emocional y psíquica, por lo que existen razones más que suficientes, como se puede deducir de todo lo expresado en el presente informe, para que se acuerden las medidas que solicita la progenitora en su demanda".

Con ello se quiere decir, que queda demostrado que el régimen de visitas hasta ahora desarrollado no se está ejerciendo de forma correcta puesto que los menores están sufriendo (véase informe de la Psicóloga Sra. Sandra), y ello ha sido obviado en la instancia, pues el interés y beneficio de los menores son los que debemos tutelar.

Por lo demás, en la exploración judicial, la menor Jacinta señaló que no quiere pernoctar con el padre sino estar un rato el fin de semana y un día entre semana. Es decir, la menor no rechaza a su progenitor, sino que, por el contrario, manifiesta su deseo de seguir comunicándose con el mismo. Es cierto que el interés del menor puede, en determinados casos, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, pero ha de reconocerse, no sólo la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, y de hecho el deber procesal de oír judicialmente a los hijos antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación (art. 777.5 y 770.4.2 de la LEC) permite considerar la voluntad manifestada de los mismos como un criterio legal relevante a la hora de acomodar tales medidas. En el caso de autos, la circunstancia de que dicha menor se encuentre a punto de cumplir los catorce años de edad, en que cabe fundadamente presumir se alcanza a disponer de la adecuada capacidad de raciocinio y discernimiento para apreciar y valorar acerca del realmente útil provecho que se obtiene de la relación con el progenitor, por lo que este Tribunal considera que se debe, por ende, respetar la de facto facultad de autodeterminación de la hija entorno a dicho aspecto, sin forzarle a la adopción de comportamientos que no desea, que en lugar de favorecer el vínculo

parental pueden resultar contraproducentes.

Por ello, se estima que -quedando reducido el régimen de visitas a un día entre semana sin pernocta, y un día el fin de semana que le corresponda, tampoco sin pernocta, alternando los sábados y los domingos-, tal nueva situación conforma el interés y beneficio de ambos menores, que siempre contarán con una figura paterna de referencia y fuente de afectividad, pero eliminando aquello que pueda convertirlo en una vivencia negativa o estresante.

Con ello se accede, prácticamente, a lo interesado por el Ministerio Fiscal. Es más, debe recordarse que en los procesos de familia en el que intervengan hijos menores, por el principio del "favor filii", el Juez o Tribunal no se encuentran vinculados por las peticiones de las partes, pudiendo acordar medidas distintas a las por ellas solicitadas siempre y cuando resulten más beneficiosas para los hijos (sentencia TS, de fecha 2-5-1983), por el prevalente interés de éstos, de conformidad con lo dispuesto, con carácter general, en el art. 39 de la Constitución Española, y, más específicamente, en los arts. 92 y 93 del Código Civil.

NO EXISTE CAUSA PARA SUSPENDER LAS VISITAS

AP A CORUÑA, SEC. 5.ª AUTO DE 11/09/2018

No existe motivo para suspender el régimen de visitas. El informe pericial psicológico elaborado por el equipo psicosocial del IMELGA, presentado en esta instancia, concluye que la menor no ha aportado un relato libre que permita dar credibilidad a la información alegada, sin que se infiera un carácter libidinoso en las conductas de aseo realizadas por el padre con su hija, ni la existencia de maltrato físico o actuación negligente del progenitor en la relación paterno filial, observándose como un factor influyente en esta relación el fuerte vínculo que la menor mantiene con su madre.

En este caso, debemos partir del hecho de que la medida discutida y que se pretende suspender, que atribuye al padre de la menor no custodio un régimen ordinario y amplio de visitas con su hija, fue establecida con carácter definitivo en la sentencia de 19 de octubre de 2016, que decreta el divorcio entre los progenitores y aprueba el convenio regulador suscrito por ambos de común acuerdo. De acuerdo con esta premisa y con la doctrina expuesta, como bien motiva el auto apelado, no se aprecia razón objetiva alguna para impedir al padre el ejercicio del derecho a relacionarse y comunicarse con su hija menor, mediante la interrupción o suspensión de las visitas. Lejos de acreditarse los hechos alegados por la ahora apelante, relativos a supuestos comportamientos inadecuados del padre hacia su hija, referidos por ésta, o la existencia de algún peligro concreto y real para la salud o integridad física, psíquica o moral de la menor, que pudiera derivarse de la relación con su progenitor, el informe pericial psicológico elaborado por el equipo psicosocial del IMELGA, presentado en esta instancia, concluye que la menor no ha aportado un relato libre que permita dar credibilidad a la información aportada, sin que se infiera un carácter libidinoso en las conductas de aseo realizadas por el padre con su hija, ni la existencia de maltrato físico o actuación negligente del progenitor en la relación paterno filial, observándose como un factor influyente en esta relación el fuerte vínculo que la menor mantiene con su madre. En definitiva, al no haberse evidenciado la presencia de hechos sobrevenidos que den fundamento objetivo a la discrepancia de la madre con el régimen de visitas establecido, contradictoria con su propio y previo consentimiento al mismo, y no existir datos concluyentes que permitan constatar un riesgo para la formación y el desarrollo integral de la hija común a consecuencia del régimen de visitas acordado, ha de prevalecer la necesidad de cumplir su finalidad primordial de amparar y fomentar la relación humana y afectiva entre padre e hija, sobre el interés de la madre apelante en suspender el ejercicio de tal función. En consecuencia, el recurso, tanto en su pretensión principal de suspender las visitas, como en la subsidiaria de que las mismas se realicen de forma tutelada y sin pernocta, debe ser desestimado.

ATRIBUCIÓN ALTERNATIVA PARA EVITAR COMPORTAMIENTOS OBSTRUCCIONISTAS

ATRIBUCIÓN ALTERNATIVA PARA EVITAR COMPORTAMIENTOS OBSTRUCCIONISTAS

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

La atribución de uso alternativa y sucesiva es solución común y ordinaria en el foro en situaciones como la presente, en evitación de comportamientos obstruccionistas a la liquidación o división, o a la venta, susceptibles de desplegar por el beneficiado en exclusiva con el uso, que hicieran irreales e ilusorios los derechos dominicales del otro legítimo cotitular. Tal pronunciamiento conlleva que el ocupante al que en cada momento corresponda la alternancia, haga frente a los gastos derivados del uso. Aun cuando lo aquí acordado no llega a coincidir con lo solicitado, no se incurre en incongruencia alguna, ni ultra ni extrapetita.

Como se ha visto es motivo de recurso de uno y otro litigante el pronunciamiento referido al uso del domicilio familiar.

A la vista de las actuaciones, examinadas detenidamente, es factible anticipar la procedencia de la parcial estimación de la pretensión de D. Claudio, con lógica desestimación de la de adverso, para acordar la atribución, como se verificará en la parte dispositiva de la presente resolución, del uso del domicilio familiar, a uno y otro litigante de manera alternativa y sucesiva por años, comenzando por la ex esposa que lo viene utilizando, con inicio del cómputo a la fecha de la notificación de la presente resolución.

En esta materia es de aplicación lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil...

A la luz de dicho precepto, la atribución del uso de la vivienda familiar, en ausencia de hijos menores, como es el caso, ha de basarse en presupuestos de interés necesitado de mayor protección, siendo que en el presente caso, este no concurre ni en uno ni en otro litigante, cuando ambos se encuentran en condiciones semejantes, tanto por edad, como por capacidad para alojarse en inmueble igualmente suficiente y digno, sin que conste hayan de hacerlo uno u otro perentoriamente en la familiar, que carece de características especiales, como pudiera ser, a título de ejemplo, la supresión de barreras arquitectónicas para su adaptación a minusvalía, y en un momento en que por sus dimensiones puede ser ya excesiva a la necesidad de cobertura de esta básica necesidad por una sola persona.

Ha de reseñarse que no es preceptivo el alojamiento en régimen de propiedad, sino que puede llevarse a cabo de manera igualmente suficiente y digna en el de alquiler.

La atribución de uso no tiene otra finalidad que la de mero alojamiento tras la quiebra matrimonial, independientemente de la naturaleza ganancial, privativa o mixta del inmueble, o incluso siendo de propiedad ajena, sin conferir a los beneficiarios derechos superiores de los que deriven del título de ocupación.

Ha de tenerse en cuenta que la asignación del uso es siempre temporal en el marco del derecho de familia, sin que sea dable su atribución con indefinición temporal; concluye en general, en último término, caso de desacuerdo, al momento de la división de cosa común, o al de la venta extrajudicial, de mediar pacto, o al de la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

Ha de hacerse mención del actual criterio del Tribunal Supremo, sentencias de fecha 5 de septiembre de 2.011 y de 30 de marzo de 2.012, en las que se reseña que la asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, más, siguiendo la dicha doctrina emanada del Tribunal Supremo, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado a hijos menores en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el art. 96 CC no depara la misma protección a los mayores.

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el art. 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el art. 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los arts. 142 y siguientes del CC, (...). En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC, según el cual «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Los hijos comunes de este matrimonio no ostentan la titularidad del derecho de uso respecto a la vivienda que fue domicilio habitual, de manera que la atribución a partir del momento de la mayoría de edad sin limitación de plazo, se hace forzando el art. 96.3 en una especie de interpretación analógica con el 96.1 del Código.

Así, se afirma por el Alto Tribunal, que si bien la vivienda que constituyó el domicilio conyugal pudiera atribuirse a la ex esposa, las razones habrían de estar fundadas en su propia necesidad e interés, debidamente probado, no en el de los hijos mayores que el art. 96 CC no tutela; sin que la posible convivencia que pueda perpetuarse con la madre tras la mayoría de edad, constituya un interés digno de protección de acuerdo con el art. 96.3 CC, ya que éstos no tienen derecho a ocupar la vivienda que fue domicilio habitual durante el matrimonio de sus padres. En el supuesto de que los hijos necesitaran alimentos, incluyendo la vivienda, el obligado a prestarlos puede efectuar la elección que le ofrece el art. 149 CC y decidir proporcionarlos “manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”.

En sentencia de esta misma Sala, de 25 de marzo de 2.014, recaída en el rollo de apelación nº 376/2.013, tras analizar la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 5 de septiembre de 2011, se razona:

"En dicha resolución se mantiene el argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad, y aun aceptando que la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato judicial, no ocurre igual en el caso de los mayores.

Un segundo argumento contrario a extender la protección del menor más allá de la fecha de la mayoría de edad es el que afirma que no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93,2 del citado texto legal, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, a diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, cuya prestación alimenticia comprende el derecho de habitación y debe tenerse en consideración lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes, pues se admite que los alimentos puedan satisfacerse o bien por medio de la cuantificación de dicha pensión de alimentos, o bien, recibiendo o manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

En definitiva, según se establece en la sentencia que se comenta, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulta factor determinante para la adjudicación del uso de dicha vivienda, puesto que dicha necesidad, del mayor de edad, habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir no puede considerarse como si el hijo mayor ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevará la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. Por tanto, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir.

Así las cosas, la atribución del uso de la vivienda familiar se ha de hacer al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 96 del cuerpo legal antes mencionado.

La conclusión no puede ser otra que la de no existir derecho de uso de la vivienda familiar por parte de los descendientes, en un momento en el que la menor de los comunes ha alcanzado la mayoría de edad.

Por todo lo razonado, procede en los términos expuestos la anunciada estimación parcial del motivo de recurso de D. Claudio, con desestimación del de D.ª. Coro, sin que con dicha solución a la problemática existente vayamos en la presente en contra del principio de congruencia que debe regir, dado que se trata de una solución intermedia y ecléctica, acorde al artículo 218 de la L.E.Civil, que concilia todos los intereses en juego, cuando no se afecta a menores de edad, y cuando no hacemos otra cosa que estimar parcialmente la pretensión del ex marido, remitiéndonos al aforismo doctrinal "quien pide lo más, también pide lo menos."

Esta atribución de uso alternativa sucesiva es solución común y ordinaria en el foro en situaciones como la presente, en evitación de comportamientos obstruccionistas a la liquidación o división, o a la venta, susceptibles de desplegar por el beneficiado en exclusiva con el uso, que hicieran irreales e ilusorios los derechos dominicales del otro legítimo cotitular.

Tal pronunciamiento conlleva que el ocupante al que en cada momento corresponda la alternancia, haga frente a los gastos derivados del uso, tales como suministros, consumos, cuotas de comunidad de propietarios ordinaria (no así derramas), tasa de recogida de residuos urbanos o basuras y demás propios de la ocupación, manteniendo la obligación de abono por mitad de los inherentes a la propiedad del inmueble.

Aun cuando lo aquí acordado no llega a coincidir con lo solicitado, no se incurre en la presente en incongruencia alguna, ni ultra ni extrapetita, habida cuenta el conocido aforismo doctrinal "da mihi factum, dabo tibi ius", que se contiene en el artículo 218 de la L.E.Civil, así como el principio "iura novit curia" al facultar al Tribunal, sin apartarse de la causa paetendi, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido citadas o alegadas acertadamente por los litigantes.

Para concluir con el uso del domicilio familiar, no ha lugar en la presente a adoptar medida alguna en previsión de que al concluir la alternancia el ocupante no proceda al desalojo, supuesto en el que habrá de acudir la parte al que corresponda la entrada, acudir al juicio de ejecución de título judicial.

Pensión alimenticia

IMPROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN DE GASTOS EXTRAORDINARIOS

AP BARCELONA, SEC. 12.ª
AUTO DE 19/10/2018

No pueden reclamarse al padre gastos extraordinarios cuando estos han sido cubiertos con una beca

En fecha 7 de marzo de 2014 la señora Nieves presentó demanda de ejecución de la sentencia de separación matrimonial de fecha 7 de febrero de 2006 que había establecido una pensión de alimentos de 300 euros mensuales para el hijo común Alvaro, revisables anualmente conforme a las variaciones del IPC, solicitando las cantidades impagadas desde el 7 de febrero de 2006 hasta el 9 de junio de 2013, fecha de la mayoría de edad del hijo, en total 15.600 euros (no reclama las actualizaciones) más 2099 euros en concepto de la mitad de determinados gastos extraordinarios (matrículas de la Universidad de Almería, matrícula y clases de autoescuela, compra de un PC y matrículas de los estudios de bachiller del hijo en el colegio DIRECCION002). En conjunto se reclamaban 17.699 euros.

Por auto de 15 de septiembre de 2014 se despachó ejecución conforme a lo solicitado.

El demandado señor Oscar se opuso a la misma alegando por un lado que el hijo alcanzó la mayoría de edad el NUM000 de 2010 y no de 2013, por otro la prescripción trienal del artículo 121.21 del Código Civil de Cataluña de todo lo reclamado antes del 7 de marzo de 2011 y en cuanto al resto de 2011 a 2013 alega que la pensión la ha pagado y que las matrículas de escolaridad y de Universidad del hijo se pagaron con las becas de las que era beneficiario.

Por auto de fecha 19 de septiembre de 2017 se estima totalmente la oposición y se imponen las costas del incidente a la parte ejecutante. Estima la juez a quo la prescripción trienal alegada y en cuanto a las pensiones desde el 7 de marzo de 2011 hasta el 9 de junio de 2013 considera probado que se han pagado conforme al contenido de los documentos uno al 20 acompañados al escrito de oposición; en cuanto a los gastos extraordinarios indica que no han sido declarados como tales conforme al artículo 776. 4º de la LEC y que en concreto los de formación están incluidos en la pensión de alimentos.

Recurre en apelación la demandante considerando que la prescripción se habría interrumpido por la denuncia que interpuso ante la Comisaría de Policía de Almería el día 11 de junio de 2009 y también con la reclamación que hizo de las pensiones adeudadas en el proceso de divorcio 822/2012; por otro lado alega que de la documentación aportada por el demandado no se desprende el pago de las cantidades reclamadas; y en cuanto a los gastos extraordinarios refiere que el pacto cuarto del convenio aprobado en la sentencia de separación matrimonial indica: “por otro lado, para el caso de que se produjeran gastos extraordinarios de carácter médico, educativo, escolar, como a título de ejemplo ortodoncias, prótesis, libros escolares de septiembre, chandals o indumentarias obligatorias en la escuela, colonias o cualquier otro gasto de naturaleza excepcional que redunde en interés del menor, serán abonados por mitad”, por lo cual lo que reclama estaba expresamente previsto en la sentencia y no era preciso acudir al incidente del

artículo 776.4 de la LEC

En primer lugar hemos de partir de la imprecisión que existe en la demanda ejecutiva que dice reclamar las pensiones adeudadas desde el 7 de febrero de 2006 hasta el 9 de junio de 2013, indicando que esta última es la fecha de mayoría de edad del hijo Alvaro cuando en realidad, como nació el NUM000 de 1992, la mayoría de edad se cumplió el NUM000 de 2010; no obstante como se ha acreditado que el padre hizo pagos de pensión desde febrero de 2011 hasta marzo de 2013 (documentos 1 al 20 de los acompañados a su escrito de oposición) se pone de manifiesto por sus propios actos que, al menos hasta esa fecha, a su consideración, el hijo no era independiente; a ello debemos añadir que la pensión para el hijo no se extinguió hasta la sentencia de divorcio de fecha 14 de noviembre de 2013, que no contempla efectos retroactivos a esta extinción, por lo que en definitiva estaremos a la fecha de reclamación hasta el mes de junio de 2013, independientemente del error de referirse a la mayoría de edad del hijo.

Otra imprecisión de la demanda es que dice reclamar 76 mensualidades cuando entre las fechas que reclama existen un total de 89, pero debe estarse a lo solicitado ya que reconoce haber recibido 24 (7200 euros, entre los meses de febrero de 2011 a marzo de 2013, que son las que se desprenden de los 20 documentos aportados por el padre a los que nos hemos referido), y 76 menos 24 son 52 mensualidades que se corresponden con los 15.600 euros reclamados; estaremos por tanto a esta cifra concreta y, llevando hacia atrás las 76 mensualidades referidas en la demanda, debe concluirse que se reclaman las pensiones de octubre de 2007 a junio de 2013 ambas incluidas.

Entrando en el estudio de la prescripción, efectivamente al interponerse la demanda el 7 de marzo de 2014 debe aplicarse conforme al unánime criterio de esta Sección el plazo de prescripción de tres años del artículo 121.21 del CCC, por lo que no se podía reclamar lo anterior al 7 de marzo de 2011 salvo que se hubiera producido la interrupción de la prescripción conforme al artículo 121.11 del mismo texto; y no puede tener efectos interruptivos la mera denuncia efectuada el 11 de junio de 2009 ya que no se trata de una reclamación judicial o extrajudicial dirigida al obligado al pago y no se ha presentado documentación alguna acreditativa de qué ocurrió después con dicha denuncia; pero sí que consta unido a las actuaciones un testimonio del proceso de divorcio en el que figura que en fecha 27 de febrero de 2013, al contestar a la demanda de divorcio formuló una reclamación en cuanto a las pensiones impagadas que,aunque fue rechazada en la sentencia tiene efectos suspensivos conforme al citado artículo 121.11. En consecuencia se había interrumpido la prescripción en cuanto a las pensiones debidas desde marzo de 2010, por lo que el 27 de febrero de 2013 había comenzado de nuevo el plazo de tres años y cuando interpuso su demanda ejecutiva el 7 de marzo de 2014 aún no había prescrito.

Por tanto, si atendemos a las pensiones devengadas desde marzo de 2010 a junio de 2013 (última mensualidad reclamada en la demanda ejecutiva que nos ocupa), hacen un total de 40 mensualidades, lo que supone 12.000 euros a los que hay que descontar los 7200 cuyo pago ha acreditado el demandado, estando en deber a la ejecutante la cifra de 4800 euros. El ejecutado afirmaba haber satisfecho todas las cantidades reclamadas pero solo existe prueba documentada de los referidos 7200 euros.

En cuanto a los gastos extraordinarios, efectivamente los gastos de 3000 euros de los estudios del bachillerato del hijo, en principio gastos ordinarios de educación, aún en el supuesto dudoso de que estuviesen recogidos en la sentencia de separación matrimonial como gastos extraordinarios, lo cierto es que al folio 22 del proceso de ejecución ante el juzgado consta que fueron abonados con una beca recibida del Ministerio de Educación, por lo que no puede pretenderse cobrarle la mitad al padre; lo mismo podemos decir respecto de las matrículas de la Universidad de Almería pues al folio 76 de la pieza separada de incidente de oposición a la ejecución consta que los cuatro cursos del grado fueron becados tanto en la matrícula, como en el material didáctico como con una beca salario. Por la misma razón de la existencia de esta beca, de una cuantía importante como es de ver en el folio indicado, tampoco se puede reclamar al padre la mitad del coste del PC que el hijo precisó para sus estudios de Grado de Enfermería. En cuanto a la matrícula y a las clases de autoescuela, es de ver en las actuaciones que la parte demandante no presenta ningún recibo acreditativo de su realización y de su coste junto con el escrito de demanda (folios 7 a 23 de los actos de ejecución) por lo que ninguna reclamación puede hacer al efecto.

Pensión compensatoria

SE DESESTIMA LA ACCIÓN POR COBRO DE LO INDEBIDO

SE DESESTIMA LA ACCIÓN POR COBRO DE LO INDEBIDO

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

Se desestima la acción interpuesta por el ex esposo reclamando a quien fue su esposa por cobro de lo indebido las pensiones compensatorias que le abonó después de que ésta comenzara a trabajar como abogada. En el convenio regulador se pactó que "*La citada obligación a cargo del esposo cesará, una vez que la esposa empiece a percibir ingresos*", sin embargo, considera la Audiencia que los ingresos que recibió la ex esposa en el periodo a que se contrae la reclamación no eliminaron el desequilibrio económico.

Por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Torrejón de Ardoz es dictada sentencia desestimatoria de la demanda presentada por don Apolonio en reclamación de 5.287,92 euros más los intereses legales correspondientes sobre la base, en síntesis, de que la citada cantidad, que ha sido percibida en concepto de pensión compensatoria por la demandada doña María Antonieta, lo ha sido indebidamente desde el 8 de enero de 1998 al comenzar a ejercer una actividad económica como abogada y, por tanto, haberse extinguido su derecho a dicha pensión, limitando su reclamación al período comprendido entre el 5 de marzo de 2001 hasta el 5 de febrero de 2003, que se dejó de abonar y concurrir en relación a las mensualidades anteriores el instituto de la prescripción.

La representación procesal del demandante interpone recurso de apelación mediante el que denuncia haberse procedido a una errónea valoración de la prueba, cuando a su entender de acuerdo con lo dispuesto en el convenio regulador bastaba que la Sra. Loreto tuviera ingresos, aunque fuese un solo euro, para que no tuviera obligación de continuar abonando la pensión compensatoria y la documental acredita que en el período al que se circunscribe la reclamación tenía ingresos. La demandada presenta escrito de oposición.

Consecuentemente, la cuestión controvertida se circunscribe así en determinar si el ahora apelante tiene o no derecho a recobrar las cantidades pagadas en concepto de pensión compensatoria objeto de reclamación, ex art 1895 C. Civil, recayendo sobre el mismo la carga de la prueba de los hechos sobre los que sustenta su pretensión, ex. art. 217.2 LEC.

Con relación a dicha cuestión conviene consignar a modo de antecedentes los siguientes hechos no controvertidos:

1.- Los litigantes acordaron en la cláusula sexta del convenio regulador aprobado por sentencia de separación de 19 de marzo de 1997 que "El esposo se compromete a entregar a la esposa, en concepto de pensión compensatoria, la cantidad de 30.000 pts. mensuales, pagaderas dentro de los cinco primeros días de cada mes, más dos pagas extraordinarias en los meses de Julio y Diciembre del mismo importe, mediante transferencia bancaria a la libreta... Dicha cantidad se actualizará anualmente a partir del mes de noviembre de 1997, incrementándola o disminuyéndola, a tenor de las variaciones que experimenten los ingresos del esposo...La citada obligación a cargo del esposo cesará, una vez que la esposa empiece a percibir ingresos".

2. Con fecha 8 de enero de 1998, doña María Antonieta se dio de alta en el ICAM como abogada ejerciente.

Sentado ello, derivando la pretensión deducida de la interpretación que de la referida cláusula se hace por el demandante, que en base a su tenor li-

teral considera que la extinción de la obligación se producía desde el momento en que la demandada tuviese ingresos, cualquiera fuese su cuantía, se hace necesario indagar cual fue la voluntad real o efectivamente querida por las partes como principio rector de la labor interpretativa, ex art 1281 pf. 2º, habida cuenta que la interpretación literal del apartado último de la cláusula sexta, en sí mismo considerado, no atribuye un sentido univoco y preciso acerca de que cuando debía cesar la obligación del pago de la pensión compensatoria.

En este sentido, debe tenerse en cuenta como señala la STS 1024/2002, de 15 de febrero, que " Los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 del Código Civil), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (sentencia de 22 abril 1997), tienen carácter contractual", y viene reiterándose en SSTS 27/2015, de 29 de enero, 247/2016, de 25 de abril y 365/2016, de 3 de junio, entre otras "...en el proceso interpretativo de los contratos la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes se erige como principio rector de la labor interpretativa, de forma que las demás reglas confluyen a su alrededor bien complementándola, bien supliéndola, pero nunca limitándola o alterándola...".

Desde dicha perspectiva, si atendemos a que la función característica de la pensión compensatoria es la de corregir los desequilibrios económicos que surjan de la separación o divorcio, permitiendo al esposo/a más desfavorecido por la ruptura continuar disfrutando de un nivel económico similar al que tuvo durante la etapa de normalidad conyugal (vid STS 864/2010, de 19 de enero), no puede compartirse en modo alguno la interpretación que es efectuada por el recurrente. Cabe afirmar que lo razonable es deducir que lo pretendido no era que con el ingreso de un solo euro se produjera la extinción de la obligación de pago, como se esgrime, sino que dicha extinción debía producirse cuando la esposa superara ese desequilibrio económico que la separación le había producido.

En definitiva, debe examinarse si por el demandante se ha acreditado que desde el 8 de enero de 1998 hubo esa superación del desequilibrio y, por tanto, que el pago ya no era debido.

Pues bien, de la documental lo que resulta es que:

1.- En dichas anualidades efectivamente tuvo ingresos, tal y como consta en el informe emitido por Bankia (folios 216 a 218), pero basta revisar dicho informe para comprobar que los mismos fueron de: 570 euros el 30 de marzo de 2001; 300 euros el 19 de abril de 2001; 600 euros el 2 de julio de 2001; 180,3 euros el 19 de septiembre de 2001; 570, 96 euros el 27 de septiembre de 2001; 150,25 euros el 1 de octubre de 2001; 150,25 euros el 31 de octubre de 2001; 60,1 euros el 3 de noviembre de 2001; 144,24 euros el 3 de noviembre de 2001; 190 euros el 3 de enero de 2002; 130 euros el 31de enero de 2002; 80 euros el 18 de febrero de 2002; 150 euros el 21 de febrero de 2002; 100 euros el 25 de febrero de 2002; 100 euros el 1 de marzo de 2002; 250 euros el 23 de abril de 2002; 369 euros el 22 de mayo de 2002; 100 euros el 27 de mayo de 2002; 50 euros el 31 de mayo de 2002; 300 euros el 20 de junio de 2002; 200 euros el 30 de agosto de 2002; 50 euros el 11 de septiembre de2002; 60 euros el 30 de septiembre de 2002; 5 euros el 24 de octubre de 2002; 232,6 euros el 12 de noviembre de 2002; 190 euros el 16 de noviembre de 2002 y 200 euros el 17 de enero de 2003

2.- Los rendimientos derivados de la actividad económica por la que en régimen de estimación directa tributaba doña María Antonieta, que se había dado de alta en el ICAM como abogada ejerciente en la fecha indicada, fueron negativos en los ejercicios correspondientes a los años 2001, 2002 y 2003 (según consta en las declaraciones de renta obrantes a los folios 200 al 206 de las actuaciones).

Dicho lo anterior, deduciéndose así que los ingresos habidos por la Sra. María Antonieta en el periodo al que se contrae la reclamación ascendieron a un total 5.482,7 euros durante los 23 meses, lo que equivale a un promedio de 238,3 euros/mes, sin descontar los gastos propios del ejercicio de la actividad, tales como la cuota de colegiación, autónomos, etc..., y como señala la STS 4821/2009, de 17 de julio, "... en principio, la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, puede haber desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares", debe concluirse que con la prueba practicada no puede estimarse que a pesar de tener la demandada una actividad económica llegara a reequilibrar su situación, requisito necesario para la extinción de la pensión compensatoria y, en definitiva, para la restitución pretendida al no quedar acreditada la inexistencia de la obligación de pago.

Cuestiones procesales

ADOPCIÓN DE MEDIDAS INAUDITA PARTE PARA EVITAR SALIDA DE ESPAÑA

HUBO INFRACCIÓN PROCESAL PERO NO SE SOLICITÓ LA SUSPENSIÓN DE LA VISTA

MODIFICACIÓN DE MEDIDAS Y NO EXPEDIENTE J.VOLUNTARIA

COSTAS EN EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

ADOPCIÓN DE MEDIDAS INAUDITA PARTE PARA EVITAR SALIDA DE ESPAÑA

AP BALEARES, SEC. 4.ª
AUTO DE 17/09/2018

Ante la evidencia de que la madre puede abandonar el país junto con las hijas, inaudita parte se acuerda la prohibición de que las menores puedan salir de la isla de Mallorca, sin contar con autorización judicial previa, así como la retirada de todos los pasaportes de dichas menores requiriendo a tal efecto a su madre para que haga entrega de los mismos inmediatamente a la Fuerza y Cuerpos de seguridad cuando sea requerida a tal efecto.

La apelante considera que la resolución que impugna carece de suficiente motivación, en cuanto se basa únicamente en la exposición de hechos facilitada por la parte solicitante de las medidas, no dándose una situación de urgencia. Entiende igualmente la recurrente que al haberse dictado el auto que impugna sin tener en cuenta sus alegaciones, vulnera dicha resolución el derecho que le asiste a la tutela judicial efectiva y el principio de contradicción. Afirma también Doña Estefanía que la sentencia suiza de 18 de marzo de 2.014 reconocida en exequátur le confiere el derecho a cambiar de domicilio sin autorización de Don José Pablo, al contar la madre con la patria potestad y con la guarda y custodia de sus hijas, negando que haya tenido intención de abandonar la isla.

En lo que se refiere a la motivación del auto apelado, observamos que el mismo se pronuncia sin dar audiencia a la parte contraria en consideración a tres razones específicas, como son la concurrencia de motivos de urgencia, la apariencia de buen derecho y el peligro por la mora procesal, las cuales se concretan y desarrollan suficientemente en el auto apelado. Así, respecto de la urgencia, el juzgador considera que se ha objetivado un modo de actuación determinado de la apelante cuando tiene que hacer frente a procedimientos judiciales, momento en que cambia su domicilio junto con sus hijas, hallándose actualmente pendiente de un nuevo traslado fuera de la Unión Europea. En relación con la apariencia de buen derecho, valora el juzgador circunstancias como el repetido cambio de residencia de la madre junto con las hijas ante la existencia de procedimientos judiciales tanto en Suiza como en Canarias, lugar desde el que la madre se trasladó a Mallorca. Y en lo que respecta al peligro por el retardo procesal, destaca el auto el riesgo de que nuevamente pueda ver frustrada el padre su relación con las hijas ante actuaciones de la demandada amparadas por la sentencia suiza y dado que habiéndose iniciado entre los litigantes un procedimiento de mu-

tuo acuerdo, no terminó el mismo con la adopción de medidas al no comparecer Doña Estefanía para ratificar el convenio, de manera que entiende el juez de primer grado que existe peligro real de que la recurrente se coloque junto con las hijas en paradero desconocido, frustrando la relación paterno filial. Por último y ya valorando la situación de las niñas, el auto recurrido tiene en consideración que no les ocasionará las medidas adoptadas perjuicio alguno, al tener ellas su residencia en Mallorca y siguiendo aquí sus estudios, sin perjuicio de que puede autorizarse judicialmente el traslado de las menores cuando sea procedente.

En consecuencia, concluimos que las medidas adoptadas por el juez de primer grado están respaldadas en razones específicas y explicadas en el propio auto, que consideramos plausibles, de forma que no puede mantenerse con éxito que el auto apelado carezca de motivación. En este sentido, cabe recordar con el A.T.S. de 20 de diciembre de 2.017 que lo fundamental es que la resolución adoptada, tal como aquí sucede, permita conocer las razones causales de la decisión que adopta, como indicó la S.T.S. nº 571/2.016, de 9 de junio y ello con independencia de su acierto y extensión, de manera que puedan controlarse a través de los correspondientes recursos. Este mismo auto del alto Tribunal afirma igualmente que la "discrepancia de la parte recurrente con la fijación de determinados hechos no puede canalizarse denunciando la infracción de los deberes de motivación y congruencia de la sentencia (el deber de exhaustividad y motivación no impone una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones o perspectivas que planteen las partes (STS de 29 de marzo de 2016 (RJ 2016, 995), rec. n.º 1159/2015 , y las que en ella se citan)".

De otro lado, la Sala tampoco observa infracción causante de indefensión por el hecho de haberse dictado las medidas inaudita parte. En efecto, el hecho de que se haya reconocido a la madre en la sentencia suiza, como titular de la patria potestad sobre sus hijas y de su guarda y custodia, el derecho de cambiar de domicilio sin autorización del padre, no confiere a aquella una facultad o un poder omnímodo ajeno a cualquier control judicial sobre la alteración de su residencia y la de las hijas, pues ese derecho debe ser ejercitado en beneficio de las menores y preservando el derecho que éstas tienen de relacionarse con su padre y, como dice el juzgador, ningún perjuicio parece derivar para las niñas de la adopción de estas medidas. Por lo demás, la pretensión de no concurrencia de una situación de urgencia, se sustenta en criterios insuficientemente contrastados, como son los motivos que explica Doña Estefanía de su conversación con Celestina en la que le mencionaba su intención de abandonar la isla y, en todo caso, suponen el intento de sustituir por el propio criterio el más objetivo del juzgador.

HUBO INFRACCIÓN PROCESAL PERO NO SE SOLICITÓ LA SUSPENSIÓN DE LA VISTA

AP LLEIDA, SEC. 2.ª
AUTO DE 08/10/2018

La infracción procesal se habría producido al haberse entregado por el juzgado la solicitud inicial del expediente y los documentos que la acompañaban un día antes de la celebración de la comparecencia, con el menoscabo en el plazo para oponerse a dicha solicitud y preparar la misma, pero la denunciada infracción no puede ser admitida desde el momento en que la parte no interesó la suspensión de la comparecencia.

Analizando cada uno de los motivos del recurso, denuncia el recurrente la infracción de normas procesales en la primera instancia, alegando en primer lugar infracción del Art. 17.3 LJV al haberse entregado por el Juzgado un día antes de la comparecencia obligatoria (Art. 85.1 LJV) la solicitud inicial de expedientes de Jurisdicción Voluntaria de la Sra. Felicísima y los documentos que la acompañaban, con el menoscabo en el plazo para oponerse a dicha solicitud y preparar la comparecencia.

El recurso no puede tener favorable acogida. El art. 459 de la LEC exige, para poder apreciar en esta segunda instancia que se ha producido una infracción de normas o garantías procesales, no sólo que se cite el precepto procesal infringido y se indique cual es la indefensión sufrida sino, además, que se acredite que se denunció oportunamente la infracción tan pronto se tuvo oportunidad procesal para

ello; circunstancia esta última que no concurre en el supuesto de autos.

En el presente caso la infracción procesal se habría producido al haberse entregado por el juzgado la solicitud inicial del expediente y los documentos que la acompañaban un día antes de la celebración de la comparecencia, con el menoscabo en el plazo para oponerse a dicha solicitud y preparar la misma.

La denunciada infracción no puede ser admitida desde el momento en que la parte no interesó la suspensión de la comparecencia en ninguno de los escritos que presentó en el juzgado con anterioridad a la celebración de la comparecencia, no denunciando en ningún momento dicha infracción.

Pero es que además fue la propia parte quien en su escrito de oposición a la solicitud de la progenitora, en el OTROSÍ DIGO indicó de forma expresa que aunque se le haya dado traslado de las actuaciones en fecha 9 de marzo de 2018, solicita que igualmente se celebre la comparecencia preceptiva en este procedimiento, el día señalado en decreto de 1 de febrero de 2018, que es el día 13 de marzo de 2018 a las 11 30 horas, por lo que resulta sorprendente la infracción pretendida, viniendo ahora en contra de sus propios actos.

Igualmente en ninguno de los escritos presentados por dicha parte en fecha 16 de febrero de 2018 y 1 de marzo de 2018 interesó la suspensión de la comparecencia hasta tanto no se le notificase la solicitud presentada de contrario.

Es más ni siquiera en el acto de la comparecencia interesó la suspensión, invocando los defectos procesales que ahora introduce en esta alzada.

Nótese también que de la documental aportada se desprende que el escrito de solicitud se entregó a la Procuradora Sra. Urgell, que representó a dicha parte en el procedimiento de Guarda y Custodia y que continúa representándola en el presente expediente de jurisdicción voluntaria, sin que la misma opusiese obstáculo alguno a dicha recepción, lo que viene a indicar que efectuó el oportuno traslado a la parte.

Añadir por último que mediante diligencia de ordenación de fecha 20 de febrero de 2018 se tuvo por personada a dicha Procuradora en representación del Sr. Fermín, por lo que desde dicho momento pudo examinar el contenido del procedimiento, lo que incluye la solicitud y los documentos aportados por la solicitante.

En definitiva, no concurriendo los requisitos previstos en el art. 459 de la LEC no cabe apreciar la infracción procesal denunciada, que debió haberse denunciado en primera instancia, alegando la indefensión que dice haber sufrido e interesando la suspensión de la comparecencia.

MODIFICACIÓN DE MEDIDAS Y NO EXPEDIENTE J.VOLUNTARIA

AP NAVARRA, SEC. 3.ª AUTO DE 20/09/2018

La solicitud efectuada ante el juzgado solicitando se le faculte para decidir el cambio de residencia del menor no puede entenderse como una mera discrepancia en el ejercicio de dicha patria potestad sino como una solicitud de modificación de las medidas acordadas por los tribunales búlgaros.

Se recurre en apelación por la representación de la Sra. Petra el auto dictado por el Juzgado de instancia que inadmite a trámite, por inadecuación de procedimiento, la solicitud presentada por esta en un procedimiento de jurisdicción voluntaria ante supuesto desacuerdo surgido en el ejercicio de la patria potestad del menor Prudencio y en el que se solicitaba la atribución a la solicitante de la facultad de decidir el cambio de residencia del menor.

Se alegan como motivos de recurso la infracción de los artículos 156 y 9.4 LEC así como de los artículos 85 y 86 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria , del Convenio de La Haya 5 de octubre de 1961 y del artículo 24 CE.

Se alega en dicho recurso que la recurrente doña Petra ostenta la custodia exclusiva, no compartida con el padre, del hijo menor de edad lo que le permite tomar decisiones respecto al mismo sin contar con la explícita aprobación del padre.

Alega igualmente que el auto recurrido considera que no se está ante una discrepancia relativa al ejercicio de la patria potestad sino una modificación de medidas contenciosa, pero sin explícita ante quien debe ser interpuesta dicha solicitud de modificación.

Añade igualmente que la madre ve limitado su derecho a realizar el traslado del menor de Bulgaria a España al oponerse el padre y que en todo caso el conflicto debe ser resuelto atendiendo al interés del menor.

El motivo de recurso se desestima.

En primer lugar nada debe decidir el Juzgado sobre la competencia para conocer de una supuesta demanda de modificación de medidas.

En segundo lugar y como consta en la resolución ahora recurrida la documentación aportada acredita que las resoluciones dictadas por los Tribunales búlgaros aún cuando atribuyen el ejercicio de la custodia a la madre, fijan el domicilio del mismo en el municipio de Kocherinovo y atribuyen al padre un derecho de visitas con el menor. Igualmente permiten al menor viajar a España, con carácter temporal, en un periodo del 1 de julio al 31 de agosto con un plazo de tres años.

Es evidente por tanto que ningún caso atribuye a la madre el derecho a realizar el traslado del menor e indefinidamente.

Es por tanto evidente que la solicitud efectuada ante el juzgado solicitando se le faculte para decidir el cambio de residencia del menor, no puede entenderse como una mera discrepancia en el ejercicio de dicha patria potestad sino como una solicitud de modificación de las medidas acordadas por los tribunales búlgaros.

COSTAS EN EXPEDIENTE DE J.VOLUNTARIA

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

No procede imponer las costas en el expediente de jurisdicción voluntaria toda vez que ante un desacuerdo ocasional en el ejercicio de la potestad parental, surgido por la existencia de opiniones contrapuestas por cada uno de los padres, ambos igualmente respetables, ha sido precisa la intervención judicial para dirimir esta controversia, y por tanto concurre la excepción del art. 394 de la Lec de serias dudas de hecho.

La parte contra la que se propuso el expediente a que se refiere el art. 236-13.1 CCCat. y tipificado en el art. 86 de la Ley 15/15, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria -"De la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad"- se alza en apelación contra el Auto de primera instancia por imponerle el pago de las costas causadas por su tramitación considerando que su oposición no fue temeraria y que no existe previsión legal para imponerle ese gravamen a tenor de los arts. 7 y 8 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV).

Dejando al margen los conceptos que pudieran incluirse en una eventual tasación de costas (art. 85.3 LECivil), situados en la fase previa de su imposición consideramos que la razón asiste al recurrente siendo procedente no verificar un especial pronunciamiento sobre las costas ocasionadas durante el primer grado jurisdiccional debiendo asumir cada parte las propias y la mitad de las comunes si las hubiera.

Los Autos de la Sección 18ª de esta Audiencia Provincial dictados los días 20/6/17 y 14/6/18 recuerdan que "El art. 7 de la LJV con la rúbrica "gastos" dispone que "Los gastos ocasionados en los expedientes de jurisdicción voluntaria serán a cargo del solicitante, salvo que la ley disponga otra cosa". El art. 1.2 establece que "se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso". Y

en la Exposición de Motivos se indica en su apartado X que en este tipo de expedientes no cabe hablar de vencedores o vencidos, por lo que parece que no prevé la imposición de las costas salvo en los supuestos en que hace una expresa referencia a las mismas, ni la aplicación supletoria en este caso de las disposiciones de la LEC (art. 8) porque se trata de una cuestión expresamente resuelta."

Si lo anterior es cierto, la falta de previsión en el art. 86 de que los gastos ocasionados por el seguimiento del expediente a su promotor pudieran ser repercutidos al contrario, justifica que sea aquél quien deba hacer frente a los mismos debiendo señalar que a diferencia de lo que sucede en otros supuestos (p.ej. remoción de tutela art. 49.2.II LVJ), aquí no se prevé la posibilidad de que el expediente se convierta en contencioso donde tendría sentido acudir a la previsión contenida en el art. 8 LJV y de ahí al art. 394 LECivil.

Desde el inicio ya existe una controversia bien definida entre los progenitores con opiniones dispares, aunque no disparatadas, que hacían necesaria la intervención judicial para dirimir esa diferencia de criterios, ambos respetables.

El Auto dictado por la Sección 22ª de la AP de Madrid en fecha 28 de junio de 2.011, aunque es anterior a la vigencia de la Ley de jurisdicción voluntaria, abonaría la solución aquí adoptada al decir: 1º) "En consecuencia, el solicitante que ha visto denegada su pretensión no podría quedar obligado, si ello fuere viable en jurisdicción voluntaria, al pago de las costas derivadas de la utilización por la contraparte de los servicios de procurador y abogado, ya que su intervención no resulta obligada, por lo que la parte que voluntariamente se vale de dichos profesionales sería la única que tendría que asumir, sin posible decisión judicial en otro sentido, los costes económicos dimanantes de la intervención de aquéllos y 2º) "En último término, y al contrario de lo que se argumenta en la resolución impugnada, no puede tacharse de temeraria la conducta procesal de quien, como cotitular de la patria potestad y ante las divergencias surgidas con el otro progenitor en su ejercicio, acaba por someter las mismas a la intervención dirimente del Juez, y ello a través del cauce procesal al efecto habilitado legalmente, no pudiendo tampoco afirmarse que, en el caso, la solicitud al efecto realizada, en cuanto en principio amparada por el artículo 154 del Código Civil, fuese absolutamente disparatada, en cuanto carente del más básico respaldo legal.

Cuestión distinta, según se refiere en el Auto apelado, es la concerniente a una continua judicialización entre los padres de sus discrepancias en el ejercicio de la referida potestad, habida cuenta que tal eventualidad se encuentra expresamente contemplada en el referido artículo 156, que no establece, como solución o paliativo a la posible reiteración abusiva al respecto, la condena en las costas procesales, sino, por el contrario, la facultad judicial de atribuir, total o parcialmente, el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres, o distribuir entre ellos su funciones, aún con un límite máximo de vigencia de tal medida de dos años." En Cataluña es el art. 236-13.2 CCCat. el que prevé esa situación "desacuerdos reiterados" sin que tampoco establezca como consecuencia la imposición de costas a modo de sanción por acudir a lo tribunales.

A mayor abundamiento, si consideramos de aplicación al presente expediente de jurisdicción voluntaria los criterios contenidos en la LECivil sobre imposición de costas, por la remisión a la misma del art. 8 LJV como norma supletoria, llegamos a las siguientes conclusiones:

1.- estimada la solicitud de la Sra. Gracia, al otorgarle el Auto definitivo la facultad de realización de los trámites de obtención de pasaporte para su hija menor sin necesidad del consentimiento del otro progenitor y autorización para viajar a Nueva York del 6-13/8/16, el criterio de temeridad invocado por el Juzgado en el fundamento jurídico 2º sería inaplicable pues el art. 394.2 LECivil lo reserva al supuesto de estimación parcial de las pretensiones, que no es el caso.

2.- situados en el apartado 1º del art. 394 LECivil tampoco estaría justificada la imposición de las costas al sr. Efrain pues si bien es cierto que mostró su oposición a la solicitud de la sra. Gracia, que finalmente concede el Auto de primer grado, es claro que el asunto se incluiría en la excepción prevista en dicho precepto de concurrencia de serias dudas de hecho: ante un desacuerdo ocasional en el ejercicio de la potestad parental, surgido por la existencia de opiniones contrapuestas por cada uno de los padres, ambos igualmente respetables, ha sido precisa la intervención judicial para dirimir esta controversia.

Ejecución de sentencias

INCUMPLIMIENTO ACTIVIDAD EXTRAESCOLAR

EJECUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

IMPOSICIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE UN COORDINADOR PARENTAL

INCUMPLIMIENTO ACTIVIDAD EXTRAESCOLAR

AP TARRAGONA, SEC. 1.ª
AUTO DE 15/05/2018

Debe admitirse a trámite la demanda en la que alega el incumplimiento por el ejecutado de su obligación de llevar al hijo a los entrenamientos y partidos de fútbol, actividad extraescolar del menor que fue consensuada de mutuo acuerdo por ambos progenitores.

El auto apelado ha inadmitido a trámite la demanda ejecutiva interpuesta por la Sra. Celia contra su ex pareja sentimental D. Argimiro, con fundamento en el carácter presuntamente no ejecutivo de las medidas definitivas, presuntamente incumplidas por el ejecutado, acordadas en la sentencia de 9 de junio de 2016 que, modificando parcialmente las fijadas en la sentencia de 15 de marzo de 2013, ambas dictadas por el Juzgado a quo, establece un régimen de patria potestad y custodia compartidas respecto del hijo menor común, D. Erasmo, nacido el día NUM000 de 2008. En la tesis del auto apelado la sentencia que constituye el título ejecutivo no concreta el contenido material de la patria potestad ni del concepto de "buen padre de familia", y este sería argumento bastante para inadmitir a limine la demanda ejecutiva. Razona el fundamento jurídico segundo in fine del auto apelado que "(l)a sentencia no concreta cuál debe ser el contenido del ejercicio de la patria potestad, debiendo acudir para ello al concepto indeterminado del "buen padre de familia". Dado que la reclamación que efectúa la demandante excede de la interpretación ordinaria de lo que [debería] entenderse por "buen padre de familia", dicha solicitud carece de carácter ejecutable".

La Sra. Celia se alza en apelación frente al referido auto a quo con fundamento, en síntesis, en la infracción del artículo 24 CE, de los preceptos de la LEC reguladores del procedimiento de ejecución de medidas de Derecho de familia y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta. En el aspecto fáctico el recurso de apelación encuentra su fundamento en el presunto incumplimiento por el ejecutado de su obligación de llevar a su hijo a los entrenamientos y partidos de fútbol, actividad extraescolar del menor que fue consensuada de mutuo acuerdo por ambos progenitores.

El recurso de apelación debe tener acogida favorable.

El presunto incumplimiento por el Sr. Argimiro de las obligaciones inherentes a la patria potestad y a la custodia del hijo menor común, ambas compartidas por los dos progenitores, podría constituir en el caso de autos el incumplimiento de una obligación no pecuniaria de carácter personalísimo, que es el supuesto contemplado expresamente en el artículo 776.2ª LEC, precepto que el auto apelado infringe por inaplicarlo. Lo que subyace del auto apelado es la confusión entre el expediente de jurisdicción voluntaria previsto para

resolver las discrepancias que puedan surgir entre los progenitores en el ejercicio conjunto de la patria potestad; con el incumplimiento de las medidas fijadas con carácter definitivo para regular las relaciones paterno filiales. Por consiguiente, no parece acertado invocar aquí el concepto de "buen padre de familia" en vez de aplicar la previsión específica del referido precepto de la LEC.

En todo caso, el auto apelado no parece respetuoso con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión en su vertiente de acceso a la jurisdicción y a obtener la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos, al haber efectuado una interpretación desproporcionadamente rigorista de los requisitos formales que debe reunir la demanda en la que se insta el despacho de ejecución y el título ejecutivo (STC, Sala Primera, núm. 102/1984, de 12 de noviembre, caso Leggio); máxime cuando nos hallamos en un procedimiento de ejecución de medidas definitivas de Derecho de familia, en el que están afectadas materias constitucionalmente consideradas de orden público, como la protección integral de los menores de edad, que hacen ceder notablemente los rígidos principios que con carácter general informan el procedimiento civil, como son los principios dispositivo, aportación de parte, justicia rogada y carga probatoria. Y todo ello sin perjuicio de cuál haya de ser el desenlace procesal del presente proceso ejecutivo, en el que, siempre con la debida contradicción procesal como manifestación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, el ejecutado podrá comparecer y en su caso oponerse.

En consecuencia, la Sala concluye que ha lugar a estimar el recurso de apelación, con la consiguiente revocación de la resolución recurrida; lo que determina que el Juzgado a quo habrá de admitir a trámite la demanda ejecutiva y una vez admitida deberá tramitarla por sus cauces legales.

EJECUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª AUTO DE 10/07/2018

Debe seguirse la ejecución despachada frente a la madre por la obstaculización del régimen de visitas. No puede dejarse a la exclusiva voluntad de los menores el decidir sobre el cumplimiento-incumplimiento del régimen de visitas, toda vez que precisamente una de las finalidades de las visitas es la de velar por los intereses del menor procurando los contactos con aquel de sus progenitores que no ostenta su custodia con el objeto del contribuir a su desarrollo.

En el presente asunto se solicita por el ejecutante (el padre) el cumplimiento del régimen de visitas establecido a su favor respecto de sus hijas menores, Zulima y Antonia, (nacidas respectivamente en 2001 y 2005), acordado en sentencia de divorcio. Tras la oposición de la ejecutada (la madre), el juzgado dictó auto rechazando la misma y acordando la continuación de la ejecución; el cual ha sido recurrido por la ejecutada, quien alega en esencia el error en la valoración de la prueba e infracción de la normativa que entendía aplicables.

Cabe considerar con carácter general, conforme al art. 94 del CC, que los progenitores que no tengan consigo a los menores, gozarán del derecho de visitas, que judicialmente sólo se podrá limitar o suspender cuando se den graves circunstancias que así lo aconsejen, actuando este supuesto como excepción a la regla general de carácter imperativo -el precepto emplea el término "gozará", en cuanto a las relaciones personales entre padres e hijos y como toda excepción ha de ser cumplidamente probada-. A su vez, el artículo 160 del mismo Código contempla el supuesto concreto de que el padre o la madre no ejerzan la patria potestad, para reconocerles el derecho a relacionarse con sus hijos, lo que sólo podrá impedirse si concurren justas causas. El derecho de visitas debe estar subordinado al interés y beneficio del menor/es y este sentido proteccionista se manifiesta bien claramente en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, en cuanto que su artículo 9, en relación con el 3, permite a los Tribunales decretar la separación del menor de sus padres, cuando, conforme a la Ley y procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria, en

interés superior del niño (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992); y en este sentido la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, sienta como principio general la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (artículos 2 y 11-2-a), aplicable por tanto al régimen de visitas, al ser el inspirador de las relaciones personales con los menores y que ha de ser respetado por todos los poderes públicos, padres, familiares y ciudadanos y sobre todo por los juzgadores, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del menor, evitando que pueda ser manipulado o sujeto de actuaciones reprobables, pues progresivamente, con el transcurso de los años, se encontrará en condiciones de decidir lo que pueda convenirle más para su integración tanto familiar como social (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2005). Asimismo, como regla general y siempre a expensas de lo que la prueba concreta aconseje en cada caso, el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia naturaleza favorecedora de las relaciones paterno-filiales y por tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos interrumpidas o afectadas por la crisis de convivencia de sus progenitores, debiendo evitarse rupturas definitivas o muy prolongadas en el tiempo, que resultan difíciles de recuperar; y solo debe ceder en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, 19 de octubre de 1992, 21 de julio de 1993 y 9 de julio de 2003). Tan es así que la Sala 1ª del Tribunal Supremo, al analizar estas cuestiones, ha concluido que el interés del menor es prevalente, hasta el punto de que en esta materia no rige el principio de justicia rogada, por ser de orden público, conforme a los arts. 53 de la Constitución y 5 de la LOPJ (Sentencias de 11 de febrero y 25 de abril de 2011).

Pues bien, en el presente caso, considerando los antecedentes de hecho de la cuestión entre partes, ya puntualmente concretados en la resolución recurrida y de la revaloración de lo actuado en la instancia, dentro de las facultades revisoras conferidas a este tribunal de apelación por el artículo 456.1 de la Lec, reforzadas en los asuntos de familia por el artículo 752 de la misma Ley, se advertía en realidad incuestionada la práctica falta de relación actualmente sobrevenida -y con amplio recorrido temporal- entre el padre y sus hijas, que se encuentran bajo la custodia establecida de la madre, con la corresponsabilidad de la misma a la atención igualmente debida por aquellas, dada su edad, al régimen de visitas establecido respecto del padre. Sin que la mera excusa de la voluntariedad o deseos de las hijas se advierta fundamento o motivación prudencial a su desconocimiento palmario en el caso, y menos bajo las simples consideraciones subjetivas hechas valer en autos por la ejecutada, sobre las diferencias o posible mala relación de las menores con la pareja del padre, pues ni la relación de ningún progenitor con una nueva pareja puede erigirse sin mas en oblativa contumaz al ejercicio y desarrollo del derecho de vistas con el otro progenitor, (que en cuanto medio de normalización de las relaciones de familia respectivas, debiera favorecer el libre desarrollo de la personalidad de todos sus miembros art. 11 CE, y por tanto igualmente las relaciones personales de los mismos, y como además no era objeto de mayor problema en el caso con la relación de pareja actual de la madre), ni resultaba en el presente supuesto constancia o índice alguno objetivo de riesgo para el interés de las menores, de aquella concreta relación de pareja del padre. No haciéndose valer tampoco de contrario prueba alguna al efecto. De modo que como igualmente pone de relieve la jurisprudencia menor "... Tampoco la mera voluntad de la menor se alza como un elemento decisorio para determinar la privación de la custodia a los padres, si no existen causas objetivas para ello...".(Sentencia de la AP Asturias, Gijón, Sec. 7.ª, 92/2016, de 3 de marzo).

Resultando por ello apreciable en el caso un incumplimiento injustificado y reiterado y no como mera situación puntual.

La falta de todo riesgo considerado tampoco aconsejaba especial restricción o suspensión del derecho de visitas cuestionado, sino antes al contrario, la necesidad de excitar el celo de la ejecutada al favorecimiento, a su alcance, del mismo, y con la debida constatación que en el caso igualmente faltaba en su descargo. Y sin que tampoco puede dejarse a la exclusiva voluntad del menor/es el decidir sobre el cumplimiento-incumplimiento del régimen de visitas, toda vez que precisamente una de las finalidades de las visitas es la de velar por los intereses del menor procurando los contactos con aquel de sus progenitores que no ostenta su custodia con el objeto del contribuir a su desarrollo.

Como consecuencia de lo cual, no apreciándose error en la valoración de la prueba, ni contravención del ordenamiento jurídico, procedía la confirmación de la resolución recurrida en este aspecto considerado.

IMPOSICIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE UN COORDINADOR PARENTAL

AP BARCELONA, SEC. 18.ª
AUTO DE 05/10/2018

Se desestima la oposición a la ejecución y aunque no se obliga a las partes a acudir a terapia, sí les impone la intervención de un coordinador parental para ayudar a reconducir la situación y a que se puedan reanudar las relaciones familiares. Igualmente se les impone a los ejecutados multas mensuales coercitivas de 500 euros.

Es objeto de recurso el Auto de 11 de diciembre de 2017 que desestima la oposición formulada por los ahora apelantes y ordena continuar adelante con la ejecución de la sentencia de a 18 de noviembre de 2015 que dispuso que en ejecución de sentencia interviniera un coordinador parental, fijando un régimen relacional de una visita al mes del menor con los abuelos maternos en Punto de Encuentro y con apoyo de profesionales. El Auto apelado además apercibe a los ejecutados con la imposición de multas de 500 euros en caso de incumplimiento.

Argumentan los apelantes que el Auto equipara la negativa de los ejecutados a seguir una terapia familiar no deseada con una condena de hacer personalísima prevista en el 709 de la LEC en relación con el 711 de la misma Ley-. Oponen que han atendido a los requerimientos de los Técnicos del servicio de Punto de Encuentro de DIRECCION000, pero que la realización de una terapia familiar no deseada a través de un coordinador parental en ningún caso puede ser impuesta por un Tribunal, invocando en apoyo de sus alegaciones la doctrina sentada en sentencia del TSJC de 28 de julio de 1026

La medida se acordó por sentencia de esta Sala, afectando a los menores Ángel Daniel y Crescencia, nacidos el 2007 y 2008, con los cuales los abuelos habían solicitado el establecimiento de un régimen de visitas.

En el Informe elaborado por Punt de Trobada, -folio 100-, advierte que el vínculo abuelos y nietos no se conseguirá sin un trabajo previo reparador del vinculo entre la madre de os niños y sus progenitores. De ahí que el 15 de abril de 2017, el Punt de Trobada de DIRECCION000, cierra expediente por la renuncia de los progenitores a utilizar el Serveí de Punt de Trobada.

Efectivamente, la invocada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 28 de julio de 2016, respecto a la imposición del sometimiento a la terapia familiar, interpreta que " Ningún precepto contenido en el libro II del CCCat, por más generales que sean los términos que acoge el art. 236-3.1 para habilitar la actuación de oficio por parte de jueces y tribunales, puede compeler (salvo supuestos excepcionales) a una persona a recibir, sin su consentimiento, tratamientos terapéuticos de carácter familiar, amén de que dudosamente en esas condiciones podrían ser eficaces. Si los jueces los imponen en sus resoluciones es porque, habitualmente, los litigantes no hacen cuestión de tal pronunciamiento. Los tribunales pueden -acogiendo los dictámenes de expertos- exhortar a la realización de tales terapias y también valorar la actitud de los progenitores que prescindan de sus recomendaciones, en función de la importancia o gravedad de los problemas existentes, para modificar o arbitrar las medidas oportunas en relación con los hijos. Así lo advertimos en la STSJCat de 3 de marzo de 2010. No cabe olvidar que precisamente uno de los criterios que los tribunales deben ponderar para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda de los hijos menores es la actitud de cada uno de ellos para cooperar con el otro a fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores (art. 233-11. 1 c) del CCCat. Sin embargo, como se ha dicho, dichas terapias no pueden ser impuestas como obligación de hacer, sujeta a las prescripciones del articulo 699 de la Lec 1/2000, como tampoco puede serlo la mediación ex art. 233-6.2 CCCat (Ley 41/2002, de 14 de noviembre; art. 212 CCCat y Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica)"

Ahora bien, no podemos dejar de hacer notar que la Sala estima el recurso de casación suprimiendo del fallo de la sentencia de apelación, la

obligación de sometimiento a terapia familiar sustituyéndola por una recomendación exhortando a los progenitores a que antes de descartar las medidas de apoyo que los profesionales sugieren como apropiadas para ayudar a sus hijos menores a desarrollar íntegramente su personalidad, consideren el carácter evolutivo y mudable de las relaciones paterno y materno filiales (más evidente cuando los hijos se hallan en la adolescencia), así como los juicios que realizaran por sí mismos cuando progrese su carácter y personalidad respecto de cómo afrontaron los padres en su día la crisis familiar y los medios que pusieron para restaurar la pacífica convivencia.

Porque esta resolución no contradice el supuesto del que aquí nos ocupamos ya que la sentencia que se trata de ejecutar lo que dijo es que las partes debían hacerse valer de un "coordinador de parentalidad". No se habla en absoluto de terapia familiar.

Hemos de diferenciar claramente de que hablamos cuando nos referimos a la terapia familiar o al coordinador de parentalidad

La terapia familiar, como su propio nombre indica, es una disciplina terapéutica dirigida al abordaje y tratamiento de los conflictos familiares, bien a través de la psicoterapia, ejercida exclusivamente por psicólogos, de la terapia psicoeducativa o pedagógica para inducir a cambios conductuales a través de la educación y la mejora de habilidades emocionales para las relaciones entre los miembros de la unidad familiar. Se dirige al tratamiento de estos trastornos emocionales subyacentes, para mejorar la comunicación y resolver los conflictos, de manera que en las sesiones participen el conjunto de miembros de la familiar o únicamente los mas predispuestos a participar. La terapia así entendida resulta útil tanto para resolución de los problemas del grupo familiar como los individuales de aluno de los miembros, y sirve para resolver desde problemas de convivencia a situaciones de ausencia de comunicación, relaciones distorsionadas o interacciones en vínculos fracturados o violentos.

Esa acción terapéutica que trata de ayudar a superar el sufrimiento psicológico que presentan uno o algunos de los miembros de la familiar, no está en absoluto presente en el caso de la figura del coordinador parental cuya finalidad no es otra que la de un auxiliar o colaborador con el juez, ante la situación de conflicto, en la implantación efectiva de las medidas acordadas por éste, con facultades de gestión del conflicto, de mediación, de reconducción de la familia hacia la normalización de la nueva situación en un clima pacífico que permita que en un tiempo razonable la familia acepte las nuevas pautas y sea capaz de autogestionarlas.

Aunque en algunos casos el coordinador puede tomar decisiones vinculantes para la familia, es mas una figura transversal con capacidad para cumplir diferentes roles y por ello debe tener una formación en técnicas de la mediación, terapéuticas y de trabajo social, pero no actuar como ellos.). La función del Coordinador Parental es asesorar a los progenitores sobre las necesidades de sus hijos y, ayudarlos en la toma de decisiones consensuadas, pero en absoluto abordar los posibles trastornos ni entrar en la intimidad de las personas afectadas sino únicamente en aquello que incide en el aspecto relacional, buscando la resolución del conflicto.

Es por ello que la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en reciente posterior a la invocada por los apelantes, la 12 de enero de 2017, reiterando la importancia de la protección del superior interés del menor y la conveniencia de que no se rompan los vínculos familiares, conforme a lo dispuesto en los arts. 3,1, y 9,3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y de la doctrina del TDH en cuya Sentencia de 26-5-2009 se dispone: que " el interés del hijo requiere que sólo circunstancias muy excepcionales puedan llevar a una ruptura de una parte del vínculo familiar y que deban adoptarse todas las medidas necesarias para mantener las relaciones personales y, en su caso, reconstituir el vínculo familiar", insiste en la conveniencia de acudir a la figura del coordinador de parentalidad

En concreto dice la sentencia de enero de 2017, de la que es Ponente la Ilma. Sra. D Mª Eugenia Alegret, como lo fue de la sentencia de 28 de julio de 2016, que " Es por todo ello que las diversas leyes, tanto sustantivas civiles (art. 158. CC y arts. 233-10, 4 y 236-3 CCCat, art. 12.2 Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia) como procesales (arts. 748 a 755 y 770 Lec 1/2000) van otorgando a los jueces un amplio margen de actuación de oficio cuando se trata de tomar medidas para evitar perjuicios a los menores, o bien para conocer la real situación familiar, que le permitan tomar las

decisiones más adecuadas, sobre la base del superior interés del menor que es el que siempre debe prevalecer. Las relaciones jurídicas que se ventilan en los procesos de familia llevan ínsitas una inevitable carga emocional que los operadores jurídicos no pueden soslayar contemplando la resolución del conflicto exclusivamente desde un punto de vista jurídico".

Esta sentencia precisa en mayor medida el tema y se refiere a ambas figuras, la terapia familiar y la coordinación parental cuando dice que, " Es por ello que esta Sala considera que no basta con exhortar a las partes para que inicien la terapia familiar adecuada con el fin de conseguir el necesario acercamiento entre la madre y el hijo, ya que se detectan en el padre reticencias en su implicación que la pueden hacer inviable, sino de disponer lo necesario para que el sistema de relaciones personales entre el hijo y la madre, que la sentencia dispone, sea efectivo. A tal efecto, la Sala estima procedente que en ejecución de sentencia se recabe un apoyo especializado (coordinador de parentalidad) que intervenga en una primera fase de aproximación entre la madre y el hijo. La medida encuentra amparo legal en los artículos 236,3, 236-4 1 y 3 y 233-13, 1 del CCCat y en la sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 2015. El profesional que ha de intervenir ha de contar, para llevar a cabo su labor, con facultades para mantener entrevistas con los progenitores, con el menor, con los miembros de la familia extensa si fuese preciso, profesores y con los psicólogos que atiendan a los padres o al hijo, sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición Adicional sexta nº 4 in fine del CCCat. Deberá intentar consensuar con los padres las medidas de aproximación (calendario, pautas y condiciones para la normalización de la relación materno-filial), que entienda adecuadas, informando al Juzgado de los acuerdos a los que las partes hayan llegado con su intervención o, en caso de desacuerdo, haciendo las propuestas de relaciones personales o estancias del menor Fidel con la madre que estime convenientes al Juez de la ejecución para que éste adopte la oportuna decisión."

Es decir, que vuelve a "exhortar" a las partes a acudir a la terapia, no les obliga, pero si impone la intervención del coordinador parental para ayudar a reconducir la situación y a que se puedan reanudar las relaciones familiares.

En este caso se trataba de la relación personal del menor con la madre, pero es perfectamente aplicable al supuesto de que se trata en autos, las relaciones personales con los abuelos.

El derecho de los abuelos a relacionarse con los menores esta amparado por el artículo 233-12 del Codi Civil de Catalunya, aprobado por Llei 25/2010, de 29 de julio. A priori está claro que, salvo que de ello se derive una situación de riesgo o perjuicio para los menores, es conveniente mantener la relación entre abuelos y nietos porque este privilegiado grado de parentesco debe ser respetado y resulta además especialmente enriquecedor para los niños.

No obstante todo lo anterior, debe también exhortarse a los abuelos maternos a que se limiten a cumplir las indicaciones d ellos técnicos, tanto del coordinador/a de parentalidad como los del Servicio de Punto de Encuentro, evitando presentarse en lugares en que se encuentren los menores sin advertirles de su presencia, pues ello interfiere en la relación y puede provocar un mayor rechazo que en definitiva les acabara perjudicando. Las relaciones personales, especialmente con los niños, requieren de un acercamiento progresivo y cordial, basada en el afecto y no en la imposición que aboca al efecto contrario al pretendido.

Regímenes económicos

RECTIFICACIÓN REGISTRAL DEL CARÁCTER DEL INMUEBLE

ATRIBUCIÓN DE CARACTER GANANCIAL A LA TOTALIDAD DEL INMUEBLE

CARÁCTER PRIVATIVO DE LA INDEMNIZACIÓN QUE SE COBRA MENSUALMENTE

RECTIFICACIÓN REGISTRAL DEL CARÁCTER DEL INMUEBLE.

AP MADRID, SEC. 18.ª
SENTENCIA DE 19/07/2018

Se estima la acción ejercitada frente a la calificación registral y se rectifica la inscripción registral debiendo figurar que el inmueble tiene carácter privativo

Visto el contenido del recurso formulado por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia dictada en la instancia, no acaba de entenderse la relación que tiene el mismo con el fundamento jurídico de la resolución recurrida ni tampoco la que pueda haber entra la cuestión debatida y la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 21 de noviembre de 2017 que se cita, referida a una cancelación de hipoteca y el cumplimiento de los requisitos que exige el artº. 155.4 LH

En el presente caso lo que se pretende es la corrección de un error que consta en la escritura pública de compraventa de la vivienda sita en Madrid c/ DIRECCION000 nº NUM000 piso NUM000 nº NUM001 de fecha 18 de noviembre de 1983, trasladado a la inscripción registral correspondiente. Al otorgamiento de tal escritura sólo concurrieron de una parte como compradora la hoy demandante y como vendedor D. Pascual. En la misma se hacía constar que la demandante compradora estaba casada con D. Rodolfo, sin otras especificaciones, y que el domicilio de ambos, comprador y vendedor, estaba sito precisamente en la vivienda que era objeto de compraventa, la cual sólo se efectuaba por la demandante Sra. Elsa sin intervención alguna de su esposo, no obstante lo cual se inscribió en el Registro como presuntivamente ganancial.

La sentencia recurrida tiene por acreditado documentalmente, y ello no se ha discutido en el recurso, que la demandante Sra. Elsa no reside ni ha residido en España desde la década de 1950, y que su esposo era ciudadano polaco con el que convivió hasta su fallecimiento en Londres.

Es evidente, pues, que el domicilio de la compradora no era el que se citaba en la escritura de compraventa, curiosamente coincidente con el que se manifestaba como del vendedor, y por ello no se entiende el motivo por el cual se inscribió el dominio como presuntivamente ganancial cuando en la escritura no se hacía constar cual era el régimen económico matrimonial que regía las relaciones entre la compradora y su esposo no compareciente, del que tampoco se hizo constar que su nacionalidad fuera polaca y no española. Pero en la sentencia recurrida también se tiene por acreditado, y no se discute en el recurso, que efectivamente tenía tal nacionalidad y por ende que conforme al artº. 1325

C.c. entonces vigente la ley aplicable al régimen económico matrimonial sería la polaca o aquella a la que reenviara ésta, y no al régimen español de sociedad de gananciales de manera que el único motivo por el que se inscribió el bien como presuntivamente ganancial lo era la no constancia de la procedencia del efectivo para su compra unido al hecho de que se hiciera constar como domicilio de la compradora que adquiría sólo para sí el sito en la vivienda adquirida, que se ha acreditado que no era el cierto, ni tan siquiera que estuviera sito en España, con lo que la inscripción practicada en tal forma sólo se funda en el error de considerar como domicilio el que no lo era, del que se deriva el de no hacerse constar la nacionalidad del esposo, el de no manifestarse el régimen económico matrimonial y en el de dar por probado, por ese error inicial, que la ley aplicable lo era la española y por ende la consideración como ganancial del bien, a pesar de que en la escritura pública, al contrario de lo que es habitual, no se hace constar, como se dijo, el régimen económico del matrimonio a pesar de que quien comparece como única adquirente es persona casada.

En su consecuencia, y como bien se afirma en la sentencia recurrida, no existía elemento alguno para considerar como presuntivamente ganancial la vivienda adquirida en la forma en que fue erróneamente inscrito, procediendo la desestimación del recurso formulado y la confirmación de la sentencia recurrida con imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta alzada.

ATRIBUCIÓN DE CARACTER GANANCIAL A LA TOTALIDAD DEL INMUEBLE

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

Habiéndose incluido en el inventario de la sociedad de gananciales la vivienda íntegramente con carácter ganancial, aun cuando se adquirió antes del matrimonio y se pagó en parte después, no puede cuestionarse esta calificación en la fase de liquidación dado que no cabe en el marco del proceso de liquidación introducir ahora una corrección en el negocio jurídico suscrito por las partes que incluyó como parte del activo ganancial la totalidad el inmueble cuestionado.

Doña Felicidad presentó solicitud de liquidación de la sociedad de gananciales formada por ella y don Sergio, habiéndose dictado sentencia de divorcio el 21 de diciembre de 2011, que aprobó el convenio regulador suscrito por ambas partes el 21 de octubre, que incluyó el activo y pasivo existente en dicha sociedad, quedando pendiente la liquidación. En consecuencia, se solicitaba que se procediese a la liquidación de acuerdo con el inventario pactado por las partes en el mencionado convenio regulador.

D. Sergio se opuso al inventario aportado por la demandante, presentando su contrapropuesta que no fue aceptada de contrario, dando lugar a la celebración de vista tras la cual se dictó sentencia el día 7 de noviembre de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Collado Villalba en la que se rechazó el planteamiento del demandado por considerar que el inventario estaba delimitado por lo pactado por ambos en el convenio regulador.

D. Sergio interpuso recurso de apelación contra esa resolución entendiendo errónea la calificación jurídica efectuada, puesto que aquellos bienes que carecían de la naturaleza de bienes gananciales no podían ser calificados como tales, aun buen con acuerdo entre las partes, por lo que debía ser estimado el recurso, declarando la naturaleza privativa del bien inmueble incluido en el inventario, aprobándose, en consecuencia, su propuesta de inventario aportada en la vista del día 7 de noviembre de 2016.

Doña Felicidad presentó escrito oponiéndose al recurso de apelación interpuesto y solicitando la confirmación de la resolución dictada entendiendo, por un lado, que el convenio regulador vinculaba a ambas partes y, por otro lado, que conforme al artículo 1357 del Código Civil, en relación con el 1354 de ese mismo texto legal, aunque el inmueble se hubiera adquirido antes de constituirse la sociedad ganancial, es claro que se habría abonado en parte a cargo de bienes gananciales, por lo que se pro-

duciría una situación de pro indiviso en proporción a las aportaciones realizadas, por lo que sería igualmente incuestionable la naturaleza ganancial de ese inmueble. En todo caso, se entendía que el acuerdo alcanzado por ellos en el convenio regulador fue el de atribuirle naturaleza ganancial, por lo que a ese acuerdo debía estarse en la formación de inventario.

El recurso de apelación interpuesto discrepa de los argumentos contenidos en la resolución dictada en primera instancia, según la cual había de estarse al convenio regulador y el inventario reflejado en el mismo, conforme se había señalado ya por el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de abril de 1997, por lo que en ningún caso podía rectificarse en el marco del proceso judicial de liquidación del régimen económico matrimonial lo pactado por las partes en tal sentido.

Pues bien, este Tribunal se ha manifestado ya en diversas ocasiones en relación al valor del convenio regulador que incluye el inventario de bienes a los efectos de la liquidación y cómo las partes están vinculadas por su contenido, dada su eficacia como negocio jurídico de derecho de familia, precisando que no puede ser el cauce procesal de la liquidación la vía idónea para impugnar la validez a todo o parte de ese negocio jurídico. En efecto, en la sentencia de 17 de enero de 2017 ya señalábamos que podía calificarse de contraria a los propios actos la negativa a la inclusión una partida reflejada en el inventario de la sociedad de gananciales; "sin que sea este proceso el adecuado -problemática sustantivo procesal en la órbita competencial de la jurisdicción ordinaria- para anular un acuerdo asumido de manera voluntaria, consciente y libre, por persona mayor de edad y, como no declarada judicialmente incapaz, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos, tanto en el exceso como en el defecto, en lo adverso y, como contrapartida en lo favorable, en evitación de, o poniendo fin a un proceso contencioso, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa (artículo 1. 809 del CC), por lo que se debe estar a lo acordado conforme al principio de la autonomía de la voluntad - pacta sunt servanda -, consagrado en el artículo 1.255 de dicho texto legal ".

En este mismo sentido nos pronunciamos en la sentencia de 22 de noviembre de 2016, que razonaba: "....toda vez que se hizo reconocimiento en el convenio regulador de los efectos de divorcio, judicialmente sancionado, (...) de donde viene ahora (...) con la solicitud, contra los propios actos, sin que sea este proceso el adecuado a anular un acuerdo asumido de manera voluntaria, consciente y libre...".

Es inviable en un proceso de familia, en sede de liquidación de sociedad legal de gananciales, declarar la nulidad de un acuerdo alcanzado por las partes, pues tal cuestión es marginal, como no comprendida, en las materias previstas por el Real Decreto de 3 de julio de 1.981, en cuya virtud se crearon los Juzgados de Familia, a los que viene atribuida una competencia objetiva perfectamente delimitada y restrictiva, cuya potestad jurisdiccional, exclusiva y excluyente, se circunscribe a las actuaciones previstas en los Títulos IV (artículos 42 a 107) y VIII (artículos 154 a 180) del Libro I del Código Civil, y a aquellas otras cuestiones que en el ámbito del derecho de familia les vengan atribuidas por las leyes, exclusividad que es de proyección negativa, en cuanto no puede hacerse extensiva a otras materias (artículos 53 y 55 de la LEC, y 85 y 98 de la LOPJ).

Por tanto, las consecuencias y efectos derivados de la acción que en realidad se ejercita, nulidad de un acuerdo, no se encuadran en las previsiones dichas, al constituir cuestiones ajenas a las materias especializadas, afectantes a una separación, divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, incapacidad o menores, lo que ubica la problemática sustantivo procesal en la órbita competencial de la jurisdicción ordinaria.

A mayor abundamiento, como bien señala la parte apelada, el planteamiento del recurso prescinde de lo dispuesto en el art. 1354 del Código Civil, sin entrar a analizar si se pagó íntegramente con dinero ganancial o privativo o si, en su caso, existiría una situación de condominio, así como del hecho mismo de que las partes quisieron atribuir carácter ganancial en el marco de un negocio jurídico compensaciones recíprocas.

Procede por todas las razones expuestas la desestimación del recurso, con lógica confirmación de la sentencia apelada, pues no cabe en el marco del proceso de liquidación introducir ahora una corrección en el negocio jurídico suscrito por las partes que incluyó como parte del activo ganancial el inmueble cuestionado, sin perjuicio de que por otros mecanismos procesales pudiera el apelante hacer valer su derecho en los términos que han quedado anteriormente expuestos.

CARÁCTER PRIVATIVO DE LA INDEMNIZACIÓN QUE SE COBRA MENSUALMENTE

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

La indemnización por el cese laboral y además en previsión de una próxima jubilación, no se percibe en este caso a tanto alzado, sino de forma fraccionada y como renta mensual la que, unida a la correspondiente prestación por desempleo, ha de permitir al cesado trabajador mantener un nivel retributivo, al menos, aproximado, al que venía disfrutando en virtud del salario que percibía por su trabajo, por lo que dicha prestación periódica acaba por sustituir, en proyección de futuro y hasta la jubilación, a las retribuciones salariales; y habiendo de percibirse las antedichas prestaciones periódicas tras la disolución societaria, tal partida queda necesariamente fuera de las operaciones liquidatorias del caudal común. Además ha sido tenida en cuenta para fijar la cuantía de las pensiones alimenticias y compensatoria.

Extinguida la sociedad de gananciales que ha venido rigiendo entre los esposos ahora litigantes, y ello en virtud de la firmeza de la Sentencia que, en 1 de octubre de 2012, declaró disuelto el matrimonio contraído por los mismos (art. 95 C.C.), se debate, en el marco procesal al efecto habilitado por el artículo 809 de Ley de Enjuiciamiento Civil, la composición del activo y pasivo de dicha comunidad económica, en orden a su ulterior liquidación, reproduciéndose en esta alzada parte del debate suscitado en la instancia, pues ambas partes, a través de su respectiva dirección Letrada, muestran su discrepancia con algunos de los pronunciamientos al efecto contenidos en la Sentencia dictada por la Juzgadora a quo.

Así el Sr. Feliciano solicita de la Sala que se excluyan del inventario tanto la indemnización percibida por el mismo a causa de su cese laboral, como el producto de la venta de 1165 acciones de Indra.

Por su parte doña Blanca, por la vía que contempla el artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interesa que se declare ganancial el 90% de la indemnización laboral percibida por el actor, y ello frente al 75% que recoge la resolución impugnada.

Y en cuanto cada parte se opone al recurso formulado de contrario, habremos de analizar la problemática suscitada a la luz de la doctrina emanada de la vigente legalidad en la materia, en su proyección sobre las circunstancias concurrentes en el caso, según pone de manifiesto el contexto alegatorio y el resultado de la prueba incorporados a las actuaciones elevadas a nuestra consideración.

Cierto es que el Tribunal Supremo viene manteniendo que la indemnización por despido laboral percibida por uno de los cónyuges ha de ser calificada como ganancial cuando la misma responde a un contrato de trabajo que se ha venido desarrollando durante el matrimonio, y ello sin perjuicio de haber de tenerse en consideración, para el cálculo de la cantidad a incluir en las operaciones divisorias del caudal común, el porcentaje de la indemnización que corresponda a los años trabajados durante la unión nupcial.

Sin embargo, no puede olvidarse que dicha doctrina jurisprudencial otorga un tratamiento diferenciado a supuestos, como en el caso acaece, en que la pensión por jubilación o, con mayor precisión, la indemnización por extinción de la relación laboral se abonan mediante un plan de bajas incentivadas a cargo de la empresa en que uno de los cónyuges prestaba sus servicios, y en los que se considera que dicha prestación no retribuye un trabajo precedente, ni constituye un complemento de los sueldos ya percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, de manera que la nueva situación laboral de dicho cónyuge, acaecida después de la ruptura del vínculo matrimonial, sólo a él afecta, con la consiguiente repercusión, no comunitaria, de la indemnización por prejubilación,

que posee una clara proyección de futuro, y en este sentido, es ajena a los principios de la sociedad de gananciales (vid STS 22-12-1999, 26-6-2007 y 18--6-2008).

Ha de tenerse en cuenta, en casos como el que hoy nos ocupa, que la indemnización por el cese laboral, y además en previsión de una próxima jubilación, no se percibe a tanto alzado, sino de forma fraccionada y como renta mensual la que, unida a la correspondiente prestación por desempleo, ha de permitir al cesado trabajador mantener un nivel retributivo, al menos, aproximado, al que venía disfrutando en virtud del salario que percibía por su trabajo, por lo que dicha prestación periódica acaba por sustituir, en proyección de futuro y hasta la jubilación, a las retribuciones salariales; y habiendo de percibirse las antedichas prestaciones periódicas tras la disolución societaria, tal partida queda necesariamente fuera de las operaciones liquidatorias del caudal común, en virtud lo prevenido en los artículos 1392-1 ª y 1397-1º, a contrario sensu, del Código Civil.

No puede dejar de valorarse que en la Sentencia que puso fin al procedimiento de divorcio se fijaron una serie de obligaciones económicas a cargo del Sr. Feliciano, en forma de pensiones a favor de la esposa e hijo, teniendo en cuenta las disponibilidades económicas, producto de su trabajo, de que contaba el obligado al pago, y a las que, en la nueva situación económico-laboral, habrá de seguir haciendo frente a costa de las percepciones mensuales de que ahora es beneficiario; por lo que si además hubiera de aportar a la sociedad de gananciales la mitad del importe global de las cantidades que va a ir percibiendo a consecuencia de su cese laboral, se llegaría a una ilógica distribución absolutamente desigual del patrimonio común, prescindiendo, en forma no permitida, de los criterios de distribución paritaria recogidos en los artículos 1344 y 1404 del Código Civil.

Razones que nos llevan a acoger, en este apartado del debate, la pretensión revocatoria formulada por el apelante principal, lo que, en lógica consecuencia, implica el rechazo de la articulada por la parte impugnante.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 809-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el ámbito de debate, y consiguiente decisión judicial dirimente, en el juicio verbal que ha de seguirse en supuestos como el que hoy examinamos queda necesariamente constreñido a aquellas partidas respecto de las que, en la comparecencia celebrada ante el Secretario judicial, no haya existido acuerdo.

Y es lo cierto que, en el caso que analizamos, las partes, en la comparecencia celebrada en fecha 10 de noviembre de 2015, coincidieron en excluir de las operaciones divisorias las 1086 participaciones sociales de Indra, al haber sido trasmitidas y repartido su beneficio entre ambos cónyuges con posterioridad al inicio del presente procedimiento, lo que así se refleja en el acta incorporada al folio 89 de las actuaciones, y que aparece firmada, en prueba de plena conformidad, por todos los intervinientes en el acto.

En consecuencia, y de conformidad igualmente con lo prevenido en el artículo 412 de la citada Ley rituaria, no resulta viable procesalmente reabrir un debate litigioso respecto de una partida que las partes habían acordado su exclusión del inventario, lo que determina que también en este apartado haya de ser estimado el recurso que formula don Feliciano.

Casos prácticos

PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Existe incongruencia si el actor pide en su demanda solo la extinción de la pensión compensatoria y el Juzgado reduce la cuantía?

Si. Como estamos ante una medida de derecho dispositivo, el art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil impide al Juzgado resolver una cuestión distinta a lo que constituyó el objeto del suplico de su demanda. Es cierto que quien pide lo más pide lo menos, pero la petición de reducción de la pensión debió hacerse al menos de forma subsidiaria.

RECLAMACIÓN DE PENSIONES ALIMENTICIAS

¿Puede admitirse a trámite una demanda de ejecución reclamando pensiones alimenticias pactadas en un documento privado que fue protocolizado ante notario a instancia de la madre?

No. El documento privado protocolizado ante notario no tiene encaje en ninguno de los supuestos previstos en el art. 517 LEC (títulos que llevan aparejada ejecución). Entre ellos se comprenden, además de las sentencias firmes de condenas y los laudos o resoluciones arbitrales y acuerdos de mediación elevados a escritura pública, las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales o acuerdos logrados en el proceso, las escritura públicas con ciertos requisitos que el propio precepto señala, pero el documento presentado no constituye una escritura publica, dado que se trata únicamente de un acta de protocolización del documento privado. Otra cuestión distinta será la validez del documento a efectos de una reclamación de cantidad por medio de un procedimiento declarativo, cuestión que ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de octubre de 2018

Noticias

VII JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN CÁDIZ

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN VALLADOLID

VII JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA EN CÁDIZ

CRÓNICA:
Elda Folgar

El pasado 16 de noviembre se celebraron en Cádiz, las Jornadas de Derecho de Familia que ininterrumpidamente se vienen organizando desde hace siete años por nuestra compañera **Elda Folgar**, en representación de la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA), en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz, con gran éxito de asistencia y participación.

Dentro del incomparable marco del Parador Hotel Atlántico de Cádiz, se dieron cita 250 abogados y profesionales del derecho de toda España con el objetivo de continuar especializándonos en el derecho de familia, compartir experiencias y conocimientos en la materia.

Este año, las Jornadas de Cádiz se han caracterizado por la diversidad de los temas a tratar ya que se han analizado situaciones jurídicas tanto desde el punto de vista procesal como de fondo.

Contamos en la apertura de las Jornadas con nuestra Vicepresidenta, **M.ª Dolores Azaustre** y con el Decano de Colegio de Abogados de Cádiz, **Pascual Valiente**. En la misma se destacó la importancia de que los poderes púbicos se conciencien de la necesidad de la creación de una Jurisdicción especializada en Derecho de Familia y de que la sociedad tome conciencia de la importancia de acudir a un abogado especializado, pues de ello dependerá en gran medida la forma de encauzar la ruptura de la pareja y sus consecuencias. La primera Ponencia estu-

vo a cargo del Magistrado D. **Antonio Javier Pérez Martín**, titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba, "amigo de la AEAFA" y autor del "Tratado de Familia", obra que en tantas ocasiones nos ha solventado dudas en el ejercicio de nuestra profesión.

Su ponencia profundizó en la problemática que actualmente está suscitando una nueva figura: "las parejas de los progenitores". D. Javier Pérez Martín analizó diversas sentencias de actualidad sobre cada uno de los temas que iba abordando, tan variados como la guarda y custodia de los menores cuando un progenitor cambia de ciudad a causa de una nueva relación de pareja, la fijación del régimen de visitas con la ex pareja de un progenitor, la pérdida de la pensión compensatoria al contraer nuevo matrimonio, la extinción de la atribución del uso de la vivienda por convivencia de un tercero en la misma, entre otros. Este último tema de candente actualidad a causa de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, a la que el ponente hizo referencia y que ha sido dictada en estos días. También puso sobre la mesa una cuestión que se nos plantea en muchas ocasiones como es que se esté "sancionando" a uno de los progenitores por rehacer su vida con una pareja. Durante toda su ponencia siempre prevalecía la máxima existente en nuestro derecho de familia: el "interés del menor", cuya protección siempre prevalecerá por encima de aquellas circunstancias que se originen como consecuencia de las relaciones que los padres establezcan con sus nuevas parejas.

La segunda intervención de la mañana, la llevó a cabo nuestra compañera y vicepresidenta de AEAFA, **M.ª Dolores Azaustre**, bajo el título: "Nulidad de

actuaciones en los procedimientos de familia", quién analizó, de una manera eminentemente práctica y minuciosa, aquellas situaciones ante las que nos podemos encontrar durante un procedimiento de familia que den lugar a la nulidad de todo el proceso. ¿Es nulo un procedimiento de familia en el que no ha intervenido el Ministerio Fiscal? ¿Y cuando el que no comparece es el abogado? ¿Qué ocurre cuando un menor alcanza la mayoría de edad durante un procedimiento? ¿Cuándo está legitimado un progenitor para reclamar la pensión de alimentos de hijos mayores de edad?, éstas fueron muchas de las cuestiones que M.ª Dolores Azaustre abordó durante su ponencia, haciendo referencia continuamente a resoluciones de la Audiencia Provincial de Cádiz que ilustró a todos los asistentes sobre el estado actual de nuestra jurisprudencia menor. Resultó una ponencia muy práctica y útil para todos los que trabajamos esta materia por tratar situaciones ante las que nos podemos encontrar a diario.

La sesión de la tarde, corrió a cargo de nuestro compañero de Bilbao, anterior Presidente de la AEAFA, D. **Gonzalo Pueyo Puente**, que trató sobre la liquidación de la sociedad de gananciales, en concreto, sobre su ineficacia. La intervención de nuestro compañero resultó, como siempre, práctica y alentadora, ofreciendo la mejor respuesta jurídica con la exposición de las posibles acciones judiciales ante esta situación de ineficacia en la partición. Insistió en la diferencia existente entre la acción de rescisión y la acción de nulidad, en qué momento puede interesarse la acción de rescisión por lesión, en la cuantificación de la lesión y de la indemnización. Y resaltó, varias veces a lo largo de su ponencia, la importancia de dejar manifestado por escrito las razones que llevan a los cónyuges a adoptar determinados acuerdos en las liquidaciones de gananciales respecto de la exclusión y adjudicación de ciertos bienes.

Las Jornadas culminaron con la mesa redonda formada por la magistrada del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cádiz, D.ª **Ana M.ª López Chocarro**, la Letrada de la Administración de Justicia del mismo Juzgado, D.ª **Eva M.ª Cobeña Rondán** y por D.ª **Lorena Montero Pujante**, Fiscal Coordinadora del Servicio de Violencia Familiar de la Audiencia Provincial de Cádiz.

En la mesa redonda se analizaron, de manera pormenorizada, los expedientes de familia en la actual Ley de la Jurisdicción Voluntaria. La primera intervención se centró en la regulación contenida en la LJV sobre Competencia, Postulación, Legitimación, Intervención del Ministerio Fiscal, intervención del/de la menor y otras cuestiones entrelazadas con éstas.

La magistrada, D.ª **Ana López**, se centró en el aspecto práctico de estos expedientes de jurisdicción voluntaria: Los de dispensa del impedimento matrimonial; los de intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercida conjuntamente por los progenitores; Los expedientes en los que los cónyuges, individual o conjuntamente, solicitan la intervención o autorización judicial para los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales.

La intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia, fue tratada por D.ª **Lorena Montero** quien abordó la problemática procedimental en la tramitación de estos expedientes y el colapso que están sufriendo los juzgados desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, incidiendo en que a través de estos expedientes no se debe pretender alterar las medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación o divorcio, las cuales tiene un procedimiento especifico para su modificación distinto al expediente de jurisdicción voluntaria.

Tras las distintas intervenciones de los ponentes, hubo coloquios en los que intervinieron activamente muchos de los compañeros asistentes logrando debates enriquecedores y participativos.

La clausura corrió de la mano de nuestra vicepresidenta **M.ª Dolores Azaustre** quien nos animó a continuar profundizando en nuestra especialidad y formar parte de la gran familia que representa la AEAFA.

Un año más ha sido todo un honor compartir grandes momentos con los amigos y compañeros de AEAFA. Encuentros que hacen que cualquier esfuerzo merezca la pena, que nos hacen crecer en lo personal y en lo profesional, haciendo que cada momento vivido nos continúe uniendo en el camino que nos queda por recorrer.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA DE LA AEAFA Y ICAV EN VALLADOLID

CRÓNICA:
M.ª Dolores Lozano

Cuando todas las piezas de una maquinaria encajan a la perfección, el éxito está asegurado. El 16 y 17 de noviembre tuvo lugar la celebración de Jornadas de Familia que la Aeafa coorganizó junto al Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid, con la inestimable batuta organizativa de Libertas, en el Salón de Actos del Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid, que nos acogió haciendo gala de una extraordinaria hospitalidad; ya dijo Sir Francis Bacon, que "*el que se porta gentil y cortésmente con los extranjeros, demuestra ser ciudadano del mundo*", y no se equivocaba. La Ciudad literalmente, se volcó para hacernos sentir en casa.

La apertura y presentación de las Jornadas fue llevada a cabo por el Decano del Iltre. Colegio de Abogados, D. **Javier Garicano**, el Alcalde de la Ciudad, D. **Oscar Puente**, el Director General de Familia y Política Social de la Junta de Castilla y León, D. **Pablo Rodríguez Hoyos**, y la Presidente de la Aeafa, D.ª **María Dolores Lozano Ortiz**, quienes ofrecieron su perspectiva de la situación actual del derecho de familia en nuestro País, ahondando en la coincidencia de instar y concienciar a los poderes públicos para abordar la reforma del actual sistema de justicia, con la creación de la Jurisdicción de Familia, Persona y Menores, propia e independiente a la Civil, y la reforma integral de la legislación sustantiva y procesal que afecta a esta rama especializada del derecho.

La primera ponencia, "repercusiones fiscales del derecho de familia" fue impartida brillantemente por Dª. **Guadalupe Díaz-Súnico**, Abogada del área financiero y tributario de Cuatrecasas, presentada por D. **Enrique Tresierra Cascajo**, Abogado del Icava, perteneciente a la Comisión de Formación. La importancia esencial del conocimiento y manejo del derecho fiscal, por su incidencia y repercusión en el derecho de familia, quedó en evidencia, de una forma clara, dogmática y práctica.

La segunda ponencia de la mañana "aspectos liquidatorios de la vivienda familiar en los distintos regímenes económicos matrimoniales" fue impartida por el Maestro entre Maestros y "Amigo de la Asociación" D. **Ángel Luis Rebolledo Varela**, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela, presentado por Dª. **Sonsoles de la Hoz Sánchez**, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 3, de Familia de Valladolid, siendo el debate posterior a su intervención, modera-

do por D. **Enrique Tresierra Cascajo**. Angel mantuvo la atención constante del Auditorio, no solo por el contenido de su ponencia, en la que desmembró todas aquellas situaciones tan difíciles de abordar a la hora de liquidar la vivienda y las relaciones económicas-patrimoniales entre los copropietarios, sino por su magnífica habilidad oratoria, que hace inviable e imposible el aburrimiento.

Tras el descanso de medio día, comenzó la tarde, con la intervención de D. **Eduardo Baena Ruiz**, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, "Amigo de la Asociación", presentado por el Presidente de la Audiencia de Valladolid, D. **Feliciano Trebolle**, moderado por **María José Sánchez González**, Abogada de Aeafa, y del Icava, quien además ostenta el cargo de Coordinadora de Formación del Icava, con la ponencia "doctrina del tribunal supremo en materia de derecho de familia. análisis de las últimas resoluciones"; en la que diseccionó la última y más actualizada doctrina del Tribunal Supremo, compartiendo con el Auditorio, los temas más candentes y actuales que en estos momentos fallado el Tribunal Supremo en esta rama del derecho; y tras su intervención, correspondió el turno a D. **Francisco Salinero Román**, Magistrado de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Primera, "Amigo de la Asociación", presentado por D. **Emilio Vega González**. Magistrado-Juez del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1 de Valladolid, Juez Decano electo, actuando como moderadora, Dª. **María José Sánchez González**, con la Ponencia "pensión compensatoria e indemnización del art. 1.438 del código civil". Con la maestría que le caracteriza, Paco Salinero, promotor con sus sentencias, de cambios jurisprudenciales muy significativos en el derecho de familia, ahondó en estas dos medidas complementarias esenciales en los procesos de crisis familiares, de forma clara y dinámica, ofreciendo la jurisprudencia más actual sobre el tema.

La segunda jornada se abrió con la ponencia "derecho internacional práctico en materia de familia. competencia, ley aplicable y ejecución", impartida por el también "Amigo de la Asociación", D. **Joaquín Bayo Delgado**, Abogado y ex

Magistrado de la Audiencia de Barcelona, presentado por Dª. **Soledad Martín Nájera**, Fiscal-Jefe de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, y cuyo debate fue moderado por Dª. **María Pérez Galván**, Abogada de la Aeafa y Vocal de su Junta Directiva. Solo un sabio, puede hacer que una materia tan difícil, ardua, parezca fácil, es una habilidad innata en Joaquín, consecuencia de su maestría en la comunicación y dogmatismo.

Y para finalizar la mañana, nuestro espacio estrella, el Foro Abierto, dirigido en esta ocasión por los Magistrados D. **Francisco Salinero Román** D.ª **Sonsoles de la Hoz Sánchez**, D. **José Ramón Alonso Mañero** y por la Presidente de la Aeafa, D.ª **María Dolores Lozano Ortiz**, finalizándose con la Clausura, llevada a cabo por la Presidente de Aeafa, y por la Coordinadora de Formación del Icava. La participación de todos los asistentes en el Foro fue impresionante, se desencadenó un debate jurídico de extraordinaria riqueza, con la puesta en común de experiencias muy dispares, y numerosa casuística.

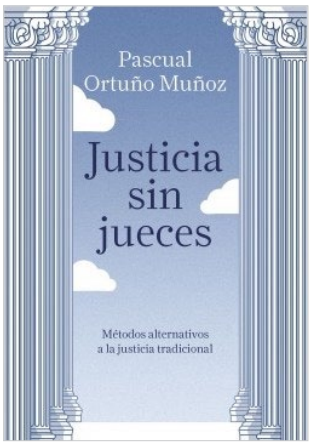
A destacar, no solo la calidad de los Ponentes, excepcionales en su exposición, haciendo hincapié en su condición de "Amigos de la Asociación", galardón con el que la Aeafa les ha distinguido, por su implicación en el derecho de familia y su atenta disposición de colaboración con nuestra Asociación, como también lo ha sido la implicación de la Magistratura, la Fiscalía, el cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia y la Abogacía de Valladolid, que han participado de forma muy activa e interesada en las Jornadas, reconociéndonos mutuamente, que trabajar juntos desde nuestros respectivos sectores profesionales, siempre suma, en esta ardua tarea que nos motiva a seguir abogando por la mejora del derecho de familia, y del servicio público de impartir justicia, del que formamos parte como un engranaje que ha de estar perfectamente coordinado, y del que también formó parte un amigo entrañable, el Magistrado que fue de la Audiencia D. **José Antonio San Millán Martín**, a quien se le recordó por sus compañeros de sección en el Foro abierto, con un sentido aplauso de los asistentes. Igualmente los medios de comunicación se volcaron con la Aeafa y el Icava, informando sobre las Jornadas, y los temas tan actuales, que tanto interesan y afectan a la Ciudanía.

Y todo ello en un marco incomparable, Valladolid, una Ciudad de historia inigualable, monumental, artística, con una gastronomía de excepción, que quiso rendirnos homenaje y pleitesía aportando una temperatura inusual para la fecha, para arroparnos todavía más en su calidez, convenciendo a la niebla, al frío y a la lluvia, para que se abstuvieran de acompañarnos en esos días.

Mil gracias, ha sido un privilegio, hasta la próxima.

Información bibliográfica

JUSTICIA SIN JUECES

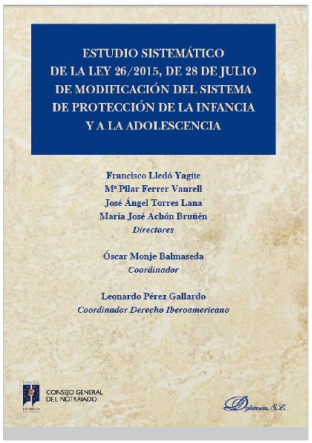


José Pascual Ortuño Muñoz
Editorial Ariel
Pamplona 2018
Páginas: 368

JUSTICIA SIN JUECES es una obra divulgativa escrita por un magistrado con más de 30 años de experiencia, sobre los medios alternativos a la cultura del litigio ante los tribunales, los llamados ADR, y especialmente sobre la negociación positiva y la mediación. Está pensada especialmente para los abogados que se acercan a estas nuevas metodologías, pero también para otros profesionales que suelen intervenir en la gestión de los conflictos como peritos, psicólogos, trabajadores sociales o filósofos y pensadores. Pretende ser útil también para la ciudadanía interesada en hacer frente a sus problemas cotidianos desde una orientación pacificadora. A través de la narración de 28 casos reales de su carrera profesional expuestos de forma pedagógica, e incluso divertida, se puede comprobar la eficacia de una amplia gama de métodos de resolución de conflictos que no se suelen utilizar lo suficiente: desde una nueva visión del arbitraje, a la justicia restaurativa, la conciliación y el abordaje constructivo de problemas laborales y empresariales. Para los no juristas se incluye un diccionario práctico con las cien palabras clave relacionadas con el tema. Y, para quienes quieran profundizar en estas materias, se añade un listado de más de 300 “links” a internet en algunas de las materias que son tratadas en la obra.

Pascual Ortuño ejerce como juez en Cataluña desde 1990, y como profesor de la asignatura “resolución alternativa de conflictos” de la Universidad Pompeu Fabra. Fue abogado y secretario de la junta de gobierno del Colegio de Abogados de Murcia, ha sido director de la Escuela Judicial española y, entre otras experiencias, fue el representante de España en la negociación de la directiva europea sobre mediación en el ámbito civil y mercantil. Colabora como docente con la AEAFA desde su creación, y fue distinguido como “amigo de la asociación” en la asamblea general del año 2000. Desde su especialidad en el derecho de la persona y la familia, ha publicado numerosos artículos en materia procesal y ha sido vicepresidente europeo de GEMME, asociación de juristas para impulsar la mediación, especialmente en el ámbito del derecho de familia.

ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA



Lledó Yagüe, Francisco.
Ferrer Vanrell, M.ª Pilar.
Torres Lana, José Ángel.
Achón Bruñén, M.ª José.
Editorial Dykinson
Madrid 2018
Páginas: 1345

Estudio sistemático, al más puro estilo de la "vieja escolástica" de una exegesis y explicación de cada una de sus disposiciones normativas, para que el lector, destinatario de esta obra colectiva, pueda formarse un juicio cabal, completo y global de la problemática de la infancia y la adolescencia en todos sus ámbitos normativos.

La estructuración sistemática de la obra comienza con unos "estudios anexos" que focalizan desde distintos puntos de reflexión cuestiones centrales que van desde el derecho a la infancia y la adolescencia, el arte de legislar y la regulación legal que concita esta materia tan intensa y extensa en sus planteamientos, en sus efectos, y en sus consecuencias y objetivo que no es otro que alcanzar el interés supremo del menor, pero también abordando otros extremos de interés en su tratamiento como es la función del notariado y la protección del menor; así como el análisis de ámbitos de referencia más concretos, pero de indudable actualidad

Estudio particularizado de todas las disposiciones, objeto de comentario, análisis, reflexión y crítica, que llevamos a cabo con la cualificada participación de "profesionales del Derecho", de reconocida y "talentosa" trayectoria que aportan su estudio en concreto de cada disposición

Esta obra ve la luz, en un momento en el que esta materia cobra tanto interés en la tutela y protección de la infancia (sin ser reiterativos en ámbitos de interés destacamos aspectos tan vitales, como el registro de delincuentes sexuales, la modificación del concepto de desamparo, las víctimas de violencia de género, el sistema de acogida, modificaciones sustantivas en el Código civil, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y otros ámbitos normativos) con la preocupación del legislador, en el cumplimiento de la normativa internacional, y de ámbito nacional, que posibilita un objetivo consecuente y realizable, que no es otro que el beneficio, el interés supremo, del menor en diferentes situaciones vitales, que han de ser atendidas desde el rigor legislativo y una atención prioritaria en la realidad práctica.

La obra dedica un capítulo específico al Derecho Iberoamericano y las distintas leyes de infancia y adolescencia, que se comparan y cotejan con la ley española, y todo ello en aras a tener una visión lo más completa posible, pero también de interés práctico para el jurista (y/o operador jurídico) que pueda encontrar respuestas convincentes y útiles desde el enfoque de un problema particular y en el que se requiere un complemento de estudio, como es el caso que nos ocupa en el ámbito del derecho iberoamericano.

Próximas Jornadas