120
MAYO 2023

Abogados de Familia

UNAS CENTRALES DE ENSUEÑO

Entrevista a Miguel Fernández Galán - *Psicólogo*

¡TREINTA AÑOS YA!
NO TOCA SER TÉCNICO NI JURISTA, SINO RECORDAR Y AÑORAR

La ineficacia de la partición en la liquidación de la sociedad de gananciales

EL CONTRATO DE ALIMENTOS: UNA PROPUESTA FRENTE A LA SOLEDAD NO DESEADA

ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

AEAFA

C/ Alcántara 6, Bajo Interior Centro - 28006 MADRID
Tel. y Fax: 915410562
aeafa@aeafa.es www.aeafa.es

Presidenta M.ª Dolores Lozano Ortiz **Vicepresidenta** María Pérez Galván
Tesorera Carmen López-Rendo Rodríguez **Secretaria** Inmaculada Marín Carmona
Vocales José Luis Cembrano Reder, Beatriz de Pablo Murillo, Mª Dolores López-Muelas Vicente, Mª. José Sánchez González, Óscar Martínez Miguel, Álvaro Iraizoz Reclusa y Ramon Quintano Ruiz.

Abogados de Familia

Depósito Legal M-10126-1996
ISSN 1136-8942

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

La ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas en los artículos, comentarios y reseñas firmadas que publica.
A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 11/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.
Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley; para obtener la debida autorización puede dirigirse a ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (aeafa@aeafa.es). La ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA (AEAFA) no aceptará responsabilidad alguna por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contendía en esta publicación.

SUMARIO

04 Editorial

¡TREINTA AÑOS YA!
NO TOCA SER TÉCNICO NI JURISTA, SINO RECORDAR Y AÑORAR
José Luis Cembrano Reder

07 Entrevista a

Miguel Fernández Galán

20 Artículo Doctrinal

La ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales

Gonzalo Pueyo Puente

35 Artículo Doctrinal

El contrato de alimentos: una propuesta frente a la soledad no deseada

G. Alicia Calaza López

47 Artículo Doctrinal

Empadronamiento de menores
Nuria Esther Carrillo Pérez

49 Artículo Doctrinal

La promesa de mejorar o no mejorar
Fernando Gomá Lanzón

51 El Supremo al día

M.ª Dolores Azaustre Garrido

65 Sentencias Comentadas

Patria potestad. Guarda y custodia. Régimen de Visitas. Vivienda familiar. Alimentos. Pensión compensatoria. Cuestiones procesales. Ejecución de sentencia. Regímenes económicos matrimoniales. Uniones de Hecho.

80 Casos Prácticos

82 Noticias

106 Novedades Bibliográficas

EDITORIAL

¡TREINTA AÑOS YA! NO TOCA SER TÉCNICO NI JURISTA, SINO RECORDAR Y AÑORAR

Este año se cumple el 30 aniversario de la fundación de la AEAFA en 1993, que nació con aspiración de ámbito nacional, y aunque inicialmente las aspiraciones, y los asociados, eran de las ciudades más pobladas, supuestamente en las que los procedimientos de familia tenían más incidencia, ya en mayo de 1996 la Junta decide dar impulso para acoger en su representación el mayor número posible de comunidades del territorio nacional. Fue un hito importante, y desde entonces hemos extendido nuestros principales objetivos. Si le preguntamos al "Chat GTP" nos responde que nuestros objetivos son, la formación y especialización en esta vertiente de nuestro derecho civil.

Hemos superando puntuales dificultades de tiempos pretéritos, y nos hemos quedado sin entrañables compañeros y notables juristas, que pusieron la primera piedra y dejaron una huella que nos ha marcado la ruta a seguir. No voy a hacer obituario, porque con tanto tiempo en la AEAFA sería tirar piedras contra mi propio equilibrio emocional; sufrimos su gran vacío.

La AEAFA nace en 1993 y, salvo error mío, en el año 1994 celebra su primer Encuentro con la publicación de sus conclusiones; apoyados por Dickinson. Y así ha venido sucediendo todos los años hasta el presente, con la colaboración de distintos medios externos que han creído en nosotros y a los que siempre estaremos agradecidos.

En 1996 se convoca el primer premio de "artículos jurídicos" que luego pasará a

llamarse “Premio José Corrales”. Pedimos a los asociados contenido para la Revista “Abogados de Familia” que editamos en papel, y es el único instrumento para transmitir nuestra información, incluidas referencias externas. Es una revista especializada en derecho de familia para los asociados y la distribuye La Ley; quizá la primera en esta materia. Actualmente la REVISTA es una obra maestra de la mano de mis queridos Javier y Lola; es nuestra hermana y complemento natural, lleno de vida que rebasa entusiasmo y calidad en cada número.

El 11/05/1999 conseguimos el apoyo del CENDOJ, recién creado en 1997 y lo otorga por su parte D. Francesc de Paula Badía, Vocal del CGPJ. En el propio convenio de colaboración nos explica que reciben las sentencias de los distintos órganos en soporte electrónico o papel y las archivan en papel, CD y formato TIFF; y desde 1999 lo hacen en formato TXT. En la práctica siguieron enviando los ficheros en formato TIFF hasta el año 2002, con lo que para nosotros era complicado su manejo; porque se necesitaban conversores de formato imagen a texto, y porque las búsquedas eran casi imposibles. Además, eran exclusivamente sentencias de Audiencias y Tribunal Supremo en ficheros individuales, pero no mandaban Autos y en ningún caso incluían reseña, memorando o nota explicativa de su contenido. Se identificaban por un numero que coincidía con número de CENDOJ, muy útil para localizar el archivo una vez sabes de qué trata. Solo a partir de 2003 empezaron a enviar los ficheros en formato TXT, con lo que poder encontrar algo solo era posible con el Windows Search del sistema previo indexa las carpetas por Audiencias Provinciales.

Era muy complicado manejar tanta información y más sacar algo en limpio. La mayor parte de las fichas no tenían ningún interés (archivos, acuerdos, medidas básicas, etc.). Como la necesidad aprieta localicé un programa que era conversor de TXT a RTF y con un informático conseguí que me hiciera un importador. De ese modo al menos pude acumular las fichas e indexarlos por campos predefinidos y manejables en una base de datos. A partir de ahí con operadores booleanos la pude agilizar y localizar contenido de interés. Y en abril de 2022 el CENDOJ cancela el contrato, por lo que ahora implementar el valor añadido consiste en dedicar tiempo para leer la resolución y ordenar su contenido y si es posible relacionarlo con otros supuestos para que cada cual concluya.

En lo que es el canuto o instrumento de conexión, poco después de crearse la AEAFA instalé en mi despacho una ADSL con cargo a la AEAFA y a través de un listado de correos electrónicos enviaba a los asociados fichas con sentencias que consideraba podían ser de su interés. En esos momentos descubrí que los abogados y las nuevas tecnologías no se llevaban bien, y me quedó claro el motivo por el que el Fax, que solo tenía un botón de recepción y otro de envío, había triunfado. Como tampoco consideraban, y eso sigue siendo bastante frecuente, la utilidad de disponer de un antivirus tuve ocasión de sufrir rebotes diarios con toda clase de virus. Mi “Panda” funcionó como un escudo eficaz.

Por lo que se refiere a la web, en una ocasión intente sin éxito pergeñar con un programa con Lotus Smart Suite (Lotus FastSite) una web, y obviamente fue un total fracaso dados mis nulos conocimientos al respecto. Y es el 1 de enero de 2000 cuando la AEAFA en un esfuerzo firma un contrato con SpainTelecom para el mantenimiento de su dominio y una web básica. La cosa funcionaba de tal modo que, yo enviaba una ficha al correo soporte@stnet.es y ellos la colgaban cuando podrían, aunque en el contrato figuraba un máximo de 72 horas. No era una web “autogestionable” por lo que era complicado que las cosas llegaran como Dios manda. En estos momentos para muchos abogados un vínculo o link solo eran unas letras en azul y subrayadas.

En el año 2003 damos un salto cualitativo con Sudespacho y Mnprogram, un grupo gallego de gente muy joven y muy activa a través el cual nos preparan una web auto gestionable, o sea un “portal” que era de origen (me dijeron) austríaco. Hicimos pruebas de diseño, con mi consabida pelea de siempre, con los informáticos, para que antepusieran la accesibilidad visual con tonos y colores de contraste, y que la tinta tuviera el grano y calibre suficientes para que los colegas con presbicia (aún no era mi caso) pudieran estar cómodos Era “autogestionable”, a tal nivel que me ocupaba de colgar las cuentas, convocatorias de elecciones, de pergeñar las tarjetas de Navidad (momento entrañable, de especial de pálpito y responsabilidad), y no faltaba la problemática de qué hacer con quienes los pedían ayuda conscientes de la importancia de nuestra difusión.

En este camino me acompañó, con el carácter, sabiduría y buen hacer que le empapa el Magistrado Exmo D. Javier Pérez Olleros. Aún hoy sigue ilustrándonos al más alto nivel.

Y llegando a hoy la cosa ya tiene otro nivel. Sobre tan pobres rescoldos pero inmensa ilusión, se ha edificado una maquinaria que funciona con calidad y colma las exigencias de los asociados en todas las vertientes. La actual página ofrece unas posibilidades que ni soñábamos. Aún conservo en ella un rinconcito

desde el que intento sorprender gracias a la ayuda de compañeros que tienen esa deferencia. A los asociados les digo: sois el polvo de oro que se funden en el lingote que nos consolida como asociación, y os agradezco cada palabra de aliento o de reconocimiento y que han sido más de las que me merezco. Y a mis compañeros de Junta os digo: un honor haber podido cabalgar con vosotros, por vuestra calidad humana, energía y empuje; y a Miguel Manso como cemento que nos une y el buen hacer de un Castellano Isleño. En 1993 yo tenía 43 y ahora tengo 73 años; lejos, pero como ayer, quedan los tiempos en los que un grupo de compañeros acudíamos hasta el ICAM cada quincena para repartirnos un tocho de sentencias que nos había facilitado Eduardo Hijas para, previo cribado, hacer resúmenes y fichas, intercambiarlas y por fin dejar copias en el colegio por si algún compañero deseaba consultarlas. Hemos pasado el COVID, lo hemos sufrido, pero "al mal tiempo buena cara" y eso nos lo habéis agradecido. Treinta años ya!!!…

José Luis Cembrano Reder
Vocal de la AEAFA

ENTREVISTA

Miguel Fernández Galán
Psicólogo

“Hablar de dinero suele estar mal visto, pero es imprescindible gestionar esta incomodidad al inicio de nuestra relación con el cliente”

El psicólogo sevillano Miguel Fernández Galán protagonizó una de las ponencias más sorprendentes de las pasadas Jornadas Centrales de la AEAFA. Junto al vocal Óscar Martínez, simuló una consulta durante la cual fue desgranando los problemas emocionales de un hipotético Abogado de Familia. Su intervención sirvió para exponer sin tapujos cuestiones que se soslayan en nuestra profesión: la ansiedad, la depresión, el pudor al hablar de los honorarios…

A nivel de estrés e implicación personal, ¿con qué otra profesión se asimila la Abogacía de Familia?

El ejercicio del Derecho en general y, más específicamente, en lo que respecta a la Abogacía de Familia, es una profesión caracterizada por altos niveles de exigencia personal y profesional. No obstante, a diferencia de otras profesiones más técnicas u orientadas a solucionar problemáticas relativas a objetos o procesos mecánicos, gran parte de ese estrés se deriva del delicado trasfondo humano que caracteriza a esta profesión y que a menudo se pasa por alto. El conflicto jurídico en el que interviene el abogado oculta un drama en el que los adversarios disputan sobre bienes, valores, derechos y desavenencias cuyo centro radica en un enfrentamiento humano que tiene como objeto la realización de la justicia y en el cual la persona constituye el principio y fin del derecho.

Asimismo, a través del ejercicio de su profesión, el abogado de familia corre el riesgo de convertirse en testigo involuntario de las peores facetas de la naturaleza humana, tales como demandas por motivos puramente vindicativos, tragedias, delitos terribles y aspectos oscuros de los asuntos familiares que, en conjunto, pueden conllevar un gasto emocional y personal considerable, resultando en un esfuerzo psicológico que no pasa desapercibido por quien brinda la asistencia.

En este sentido de asesoramiento directo a familias con dificultades, podríamos establecer paralelismos entre la abogacía de Familia y otras profesiones que brindan dicha asistencia, tales como psicoterapeutas, trabajadores sociales, mediadores familiares, médicos de familia o pediatras.

¿Qué elementos diarios nos avisan de que sufrimos ansiedad, estrés o depresión?

En lo relativo a la posibilidad de padecer síntomas de estrés, ansiedad o depresión cabe aclarar que, si a la difícil naturaleza del conflicto jurídico que permea la labor del abogado le añadimos que el ejercicio de la profesión se desarrolla en un contexto laboral especialmente complejo, resulta lógico considerar que los abogados se encuentran sometidos a un desgaste personal y profesional permanente. Este impacto sobre el bienestar psicológico, en caso de no ser atendido correctamente, puede terminar por desembocar en trastornos de salud mental tales como la ansiedad, la depresión, el síndrome de "estar quemado", el consumo de sustancias o el trauma vicario, también conocido como desgaste por empatía o fatiga por compasión.

En lo que respecta a los síntomas que nos avisan de que sufrimos de estrés, cabe señalar que la vivencia del estrés es subjetiva y propia de la persona que lo padece. Por tanto, cada persona que sufra de un grado de estrés elevado y mantenido en el tiempo manifestará diferentes reacciones físicas, emocionales y conductuales:

- A nivel físico la persona estresada puede experimentar fatiga crónica, cefaleas y migraña, alteraciones gastrointestinales, respiratorias, del sueño, dermatológicas, musculares, etc.
- A nivel emocional puede sentirse irritable, con baja autoestima, falta de motivación vital, dificultades de concentración y miedo al futuro, así como pérdida del sentido del humor y del disfrute de la vida.
- En el plano conductual, podría llegar a emplear estrategias inadecuadas para afrontar el estrés, tales como una conducta alimentaria irregular y el abuso de drogas, fármacos y alcohol.
- Otras manifestaciones comportamentales resultan en una actitud defensiva, desconfiada y cínica, la negación de los problemas o la evitación de las situaciones difíciles.

En cuanto a la ansiedad y la depresión, ambos son trastornos psicológicos con un impacto significativo sobre la calidad de vida de las personas que los padecen, afectando a sus pensamientos, emociones y conducta. Implican cambios sustanciales en el modo en que las personas perciben e interpretan las situaciones que experimentan, provocando graves incidencias sobre su estilo de vida y sobre los vínculos que éstas mantienen con su entorno familiar, laboral y social.

Los síntomas de la depresión pueden ser los siguientes: estado de ánimo deprimido; sufrir de una disminución importante del interés o el placer por todas o casi todas las actividades (anhedonia); pérdida importante de peso sin hacer dieta o aumento de peso; insomnio o hipersomnia; agitación o retraso psicomotor; fatiga o pérdida de energía (anergia); sentimiento de inutilidad o culpabilidad excesiva o inapropiada; disminución de la capacidad para pensar, concentrarse o para tomar decisiones y, finalmente, pensamientos de muerte recurrentes (no sólo miedo a morir), ideas suicidas recurrentes sin un plan determinado, intento de suicidio o un plan específico para llevarlo a cabo.

Cabe aclarar que cinco (o más) de los síntomas mencionados deben haber estado presentes durante el mismo período de dos semanas como mínimo y representan un cambio del funcionamiento previo. Asimismo, al menos uno de los síntomas debe ser el estado de ánimo deprimido o la pérdida de interés o de placer (anhedonia).

La ansiedad se manifiesta a tres niveles: cognitivo, fisiológico y conductual:

- El nivel cognitivo está relacionado con cómo la persona percibe y evalúa la situación. Engloba a las sensaciones de miedo, pánico, alarma, inquietud, preocupación, aprensión, obsesiones, pensamientos intrusivos, etc. Se trata de un estado emocional negativo similar al miedo.
- El nivel fisiológico se caracteriza por un aumento de la actividad del sistema nervioso autónomo manifestado en cambios internos (aceleración cardíaca, alteración respiratoria…), externos (temblor, sudoración, palidez facial, aumento tensión muscular…), controlables (agitación, respiración…) e incontrolables (palpitaciones, vómitos, temblores…).
- Finalmente, el nivel conductual engloba a todo lo que la persona hace ante la situación que le genera ansiedad: escapar de la situación o evitarla para reducir sus niveles de ansiedad, su lenguaje verbal y no verbal, etc.

Existen numerosos tipos de ansiedad según las situaciones que la provocan y sus manifestaciones en la persona, tales como las fobias, la ansiedad social, los ataques de pánico (agorafobia), la ansiedad generalizada, etc.

Durante su exposición, nos explicó que el estrés no es malo en sí mismo. ¿Cuándo se convierte en un elemento perjudicial para la salud?

Tal y como explicamos en la exposición, aspirar a vivir sin el menor grado de estrés no es posible ya que la vida es, por definición, estresante. De hecho, el estrés es, en esencia, un mecanismo biológico necesario para la supervivencia. En términos más simples, es el grado de activación necesario para poder afrontar una situación o tarea demandante de forma eficaz. Para explicar esto, yo siempre suelo usar el ejemplo de las cuerdas de la guitarra. Las cuerdas tienen que estar lo suficientemente afinadas para que, al tocarlas, emitan el sonido que deseamos. Sin embargo, si las tensamos más de la cuenta, pueden terminar por romperse. A las personas nos pasa igual. Poniendo otro ejemplo más cercano a la abogacía, para poder intervenir como abogado en un juicio, necesitamos estar lo suficientemente atentos y activados para poder actuar como deseamos, pero sin llegar al extremo de que nuestro nivel de estrés nos impida hablar. Esto es lo que suele suceder cuando sufrimos de temor escénico, que sentimos tanto estrés que no podemos actuar con eficacia en situaciones como estas.

Yo diría que, a pesar de la habitual connotación negativa del término, el estrés no es siempre el problema a resolver. Como hemos hablado, un grado óptimo de estrés es la respuesta natural del organismo que nos permite afrontar con eficacia las demandas del entorno. De hecho, podríamos considerar sentirnos motivados, enfocados y emocionados como formas de estrés positivo. No obstante, el estrés puede ser perjudicial para nuestra salud cuando alcanza niveles excesivamente elevados como para ser gestionados adecuadamente. Una manera de comprobar si estamos llegando a experimentar niveles excesivos de estrés consistiría en revisar si presentamos varios de los síntomas físicos, emocionales y conductuales que hemos descrito en la pregunta anterior.

Es frecuente que muchos abogados terminen con altos niveles de ansiedad al llevar arrastrando desde hace muchos años una situación de estrés crónico sin lugar para el descanso, a menudo incentivada por formas de pensar que no le permiten a la persona concederse tiempos para descansar y liberarse del estrés acumulado. Considero por tanto que, a la hora de gestionar nuestros niveles de estrés, resulta absolutamente necesario disponer regularmente de espacios para descansar y desconectar.

¿Cuándo la autoexigencia se transforma en un elemento negativo para nuestra salud y nuestro desarrollo profesional?

Partiendo de la situación de los abogados, su trabajo resulta tan exigente y complejo que muchos optan por dedicarle tanto tiempo como sea posible a éste, especialmente cuando se acercan las fechas de los plazos o los juicios. Esta decisión resulta comprensible puesto que todo abogado comprometido con sus clientes se verá motivado a hacer uso de todas las energías disponibles con tal de sacar adelante su trabajo, incluso si ello implica restarle tiempo a otras áreas de su vida personal.

No obstante, pese a que en principio resulte lógico actuar de este modo, a la larga puede terminar por ser contraproducente, ya que el riesgo de acabar agotados y sobrepasados es muy elevado. De hecho, si no atendemos a nuestro bienestar, es posible que terminemos por vernos incapaces de afrontar nuestras obligaciones y, en consecuencia, tanto nuestro desempeño laboral como nuestra salud puedan verse afectados.

Desde mi postura profesional, la clave consiste en ser consciente de nuestro estado actual de salud a la par que discernir cuándo es necesario mantener el ritmo de trabajo adelante y cuándo necesitamos hacer una parada para tomar un respiro. Es decir, mantener un equilibrio saludable entre el trabajo y el bienestar personal. En términos de crecimiento a largo plazo, resulta más conveniente tomar medidas para disponer del descanso que necesitamos que forzarnos a continuar hasta que no podamos avanzar más.

Una propuesta para lograr dicho equilibrio consistiría en planificar con antelación momentos de la semana para disfrutar de nuestras aficiones y pasar tiempo de calidad con nuestros seres queridos. Si nos resulta difícil comprometernos a realizar estas actividades, podemos apuntarlas en nuestra agenda personal. Así, será más sencillo recordarnos la importancia de llevar a cabo dichas actividades para nuestro bienestar personal y, en última instancia, del despacho. Tal como no cancelaríamos la llamada de un cliente para salir a correr, tampoco dejaríamos de salir a correr para atender la llamada de un cliente fuera de nuestro horario laboral. Ambos aspectos son igual de importantes.

Los abogados cada vez están más presentes en las redes sociales. Las redes son una plataforma publicitaria pero también generan inconvenientes: dependencia y, si tenemos éxito, alimentan nuestros egos hasta hacerlos desmedidos, pero si tenemos pocos seguidores, nos hacen sentirnos insignificantes. ¿Le preocupa esta doble cara de las redes

Sin duda, las redes sociales nos aportan muchos beneficios tanto a nivel personal como profesional. En el plano personal, nos permite compartir con nuestros amigos y familiares contenidos relativos a nuestros intereses, opiniones, gustos y aficiones. En el plano profesional, posibilitan la proyección laboral en el ámbito virtual de diversas maneras, tales como aumentar las visitas a la web profesional de nuestro despacho, generar clientes potenciales al acercar nuestros servicios a las posibles personas interesadas, posibilitar la promoción de nuestros servicios y conocer la opinión de las personas acerca de nuestro trabajo como abogados.

No obstante, tal y como indica, un uso inapropiado de las redes sociales puede generar a su vez un impacto negativo en nuestro bienestar. Desde su creación, se han realizado numerosas investigaciones con la finalidad de descubrir cómo influyen en nuestra forma de comportarnos y sobre el modo en el que nos valoramos a nosotros mismos. Los resultados de dichos estudios demostraron que un uso excesivo incrementa el estrés y la insatisfacción vital al compararnos (consciente o inconscientemente) con la imagen virtual que otras personas deciden compartir, lo cual incluye a su número de seguidores, de 'likes' en sus publicaciones, etc.

No obstante, cabe señalar que las redes sociales no son perniciosas en sí mismas, más bien lo perjudicial reside en el empleo que hagamos de ellas. Por ello, es esencial considerar hasta qué punto resultan ser prioritarias en nuestras vidas, así como pensar en estrategias que podemos aplicar cuando sintamos que el uso de las redes está comenzando a afectar a nuestro bienestar. Por ejemplo, si las usamos en nuestro tiempo libre fuera del horario laboral, podríamos destinar dicho tiempo a realizar actividades que no involucren el uso de pantallas, imposibilitando de este modo que podamos ingresar nuevamente en la red social que nos esté empezando a perjudicar.

Una de las cuestiones que más aflige a los abogados es el sueño. ¿Por qué nos despertamos a las cinco de la mañana sin razón aparente?

Por desgracia, los abogados españoles no se encuentran solos en su falta de sueño. De acuerdo a la Sociedad Española de Neurología, el 48% de la población adulta no consigue alcanzar un sueño de calidad. Asimismo, al menos el 50% tiene dificultades para conciliar el sueño y el 32% llega a despertarse sin haber logrado descansar profundamente.

En el caso específico de los abogados no es de extrañar que, al verse sometidos a un desgaste profesional y personal permanente derivado del ejercicio de su profesión, éste influya negativamente en la calidad de su sueño. Habría que estudiar el caso concreto de cada abogado/a que le lleve a despertarse a dicha hora pero, en ausencia de trastornos de tipo orgánico, habitualmente los despertares nocturnos suelen deberse al procesamiento de los eventos estresantes vividos durante el día a día que mantienen la cabeza ocupada incluso mientras se trata de dormir.

Afortunadamente, en la medida en que nos esforcemos por llevar a cabo estrategias para cuidar de nuestro bienestar, tales como poner en práctica medidas de higiene del sueño, disponer de tiempo para desconectar del trabajo en nuestro día a día y destinarlo a realizar actividades que nos ayuden a regular nuestros niveles de estrés, podremos ir reduciendo la recurrencia de dichos despertares nocturnos. No obstante, insisto en la necesidad de estudiar cada caso concreto ya que, como señalamos previamente, la vivencia del estrés es subjetiva y propia de la persona que lo padece.

¿Conviene tener una rutina para mejorar nuestro descanso nocturno? ¿Qué deberíamos evitar y qué hábitos son adecuados?

Dormir las horas necesarias presenta un impacto significativo en nuestro bienestar y, en consecuencia, en nuestro rendimiento laboral. Por ello, disponer de una rutina saludable de sueño puede suponer una gran ayuda a la hora de conseguir un descanso de calidad.

Un ejemplo común en la abogacía a evitar consiste en dormir menos horas para adelantar trabajo de cara al día siguiente. Esto puede suponer un beneficio a corto plazo, pero al día siguiente nos sentiremos menos capaces de asumir los retos de la jornada. Si no resulta estrictamente imprescindible, deberíamos evitar realizar este tipo de esfuerzos antes de dormir.

A continuación, señalaremos diez hábitos basados en programas de higiene del sueño que nos pueden ayudar a mejorar la calidad de nuestro descanso nocturno:

1. Reservar en nuestro horario un espacio previo al sueño en el que nos preparemos para dormir, ya sea cenando, duchándonos o disfrutando de actividades relajantes que nos ayuden a conciliar mejor el sueño.

2. El ejercicio físico durante el día ayuda a llegar a la cama más relajados y cansados. No obstante, es conveniente evitar realizarlo tres horas antes de dormir, pues de lo contrario podríamos sentirnos demasiado activados, lo cual nos impediría descansar bien.

3. Seguir en la medida de lo posible un horario fijo de sueño, tratando de dormir y de despertarnos a las mismas horas. Así, aunque durmamos menos horas, nuestro cuerpo cogerá el hábito y descansaremos mejor que durmiendo y despertándonos a horas distintas cada día.

4. Lo más conveniente es tratar de estar despierto durante todo el día y dormir por la noche. Por tanto, independientemente del cansancio que sintamos, es mejor no echar la siesta, a menos que nuestro trabajo sea por turnos. Si dormimos siesta, lo mejor es que sean cortas, sin superar los 30 minutos como máximo.

5. Evitar sustancias estimulantes (cafeína, alcohol y tabaco) después de las cuatro de la tarde, ya que pueden impedir la conciliación del sueño. Asimismo, tratar de moderar o eliminar su consumo durante el día.

6. Evitar las cenas abundantes antes de dormir, pues resultan pesadas y difíciles de digerir, interfiriendo con la conciliación del sueño.

7. Atender a todas las necesidades inmediatas antes de acostarse (hambre, frío, dolor físico o ir al baño).

8. Disminuir el ruido ambiental cerrando puertas y/o ventanas, insonorizando la habitación o usando tapones para los oídos.

9. Oscurecer el dormitorio antes de ir a la cama, garantizando que ninguna luz pueda despertarnos.

10. Usar la cama sólo para dormir o para mantener relaciones sexuales. Actividades como trabajar, comer, ver el móvil o la televisión pueden generar una excitación que interfiera con la conciliación del sueño. Si no conseguimos dormir después de 20 a 30 minutos de estar en la cama, podemos ir a otra habitación y hacer otra cosa que nos ayude a relajarnos. Podemos hacer esto tantas veces como haga falta hasta que tengamos sueño de nuevo.

Otro de los aspectos que suscitan más quebraderos de cabeza es la relación con los clientes. ¿Cómo debería ser esa comunicación?

Las relaciones con los clientes no siempre serán sencillas. De hecho, es común que a los abogados les toque lidiar con situaciones difíciles, incómodas y complejas en la relación con alguno de sus clientes. Dichas situaciones pueden deberse a numerosas causas, tales como un carácter difícil de gestionar, la complejidad del asunto encomendado, los resultados que se hayan obtenido…

Asimismo, pese a la dificultad que ello implica, mantener una relación abogado-cliente sana resulta fundamental, puesto que una relación laboral sin fisuras nos posibilitará destinar nuestros esfuerzos en lo esencial, que es trabajar en la defensa del caso de nuestro cliente con las mayores garantías posibles.

Para favorecer una comunicación fluida y sana con nuestro cliente, ésta debe encontrarse regida por la escucha activa. Esta habilidad comunicativa incrementa la mutua comprensión de ambas partes y facilita enormemente la transmisión de información. A diferencia de estar pendiente de dar una respuesta y tan sólo oír lo que la otra parte nos comunica, la escucha activa requiere escuchar con toda nuestra atención el mensaje expresado por nuestro interlocutor, todo ello con el fin de transmitirle que no sólo comprendemos lo que dice, sino que lo valoramos como interesante y digno de ser escuchado.

Los beneficios de poner en práctica esta habilidad comunicativa con nuestros clientes resultan innumerables, siendo varios de ellos los siguientes:

- Favorece la recepción adecuada de la información comunicada por nuestro cliente. De este modo, al captar el sentido exacto del mensaje, ahorramos tiempo y evitamos la comisión de errores al disponer de una información segura y contrastada.
- Posibilita el establecimiento de un clima de confianza, favoreciendo la comunicación al hacerla más efectiva y eficiente,
- Robustece la credibilidad del profesional, así como la cooperación y sintonía entre ambas partes, permitiendo un acercamiento y el flujo de información constante.
- Nos ayuda a detectar con mayor facilidad aquellos problemas que más preocupan a nuestro cliente.
- La otra persona se sentirá más valorada y apreciada, facilitando el trabajo y fidelizando al cliente.
- Resulta de utilidad a la hora de detectar posibles oportunidades de negocio y, en definitiva, a captar posibles clientes.
- En el proceso de negociación, percibiremos con más facilidad las necesidades del interlocutor.

Por todo lo anterior, considero fundamental entrenar la escucha activa con tal de mejorar no sólo la comunicación con nuestros clientes, sino a su vez con las personas de nuestro entorno más cercano, pues redunda en el establecimiento de relaciones personales más profundas y satisfactorias.

¿Es conveniente permitirles que contacten con nosotros mediante WhatsApp?

Las aplicaciones de mensajería móvil como WhatsApp presentan numerosas ventajas de cara a contactar con nuestros clientes:

- Resulta sencillo comunicarse por dicho medio puesto que la mayoría de las personas ya lo usan en su día a día.
- La entrega de los mensajes es casi inmediata, por lo que se trata de un canal de comunicación altamente efectivo.
- Presenta una alta flexibilidad de formatos pues posibilita el envío de mensajes de texto, enlaces y contenido audiovisual.
- Es una opción de bajo costo al requerir únicamente de acceso a internet para ser empleado.
- Puede emplearse a su vez en PC, lo cual facilita el trabajo al poder emplearlo tanto en dispositivos móviles como en ordenadores.

No obstante, es necesario atender a ciertos aspectos de cara a la comunicación con nuestros clientes con el fin de cuidar nuestro bienestar y, en consecuencia, del suyo propio, pues nos permitirá centrarnos en trabajar dentro de nuestro horario laboral de manera enfocada y efectiva.

En primer lugar, resulta conveniente disponer de un número de teléfono profesional exclusivamente destinado a conectar con nuestros clientes. Así, será más sencillo separar la vida profesional de la personal y podremos proteger nuestra privacidad con mayor facilidad. Afortunadamente, para lograr este

objetivo disponemos de facilidades como ranuras doble SIM que nos permiten disponer de dos números de teléfono en un mismo Smartphone, de manera que no tengamos que disponer de dos dispositivos independientes para dicho fin.

En segundo lugar y en relación con el punto anterior, existen aplicaciones como Whatsapp Business que nos permiten gestionar con mayor facilidad nuestro número de teléfono como un contacto profesional efectivo, posibilitando del mismo modo poder asociar nuestro número personal a la aplicación de WhatsApp estándar.

En tercer lugar, resulta buena idea indicar en nuestro estado de Whatsapp nuestro horario de atención al público. De esta manera, nuestros clientes sabrán si estamos disponibles o no sin necesidad de preguntarnos al respecto.

En cuarto lugar, es necesario comunicar a los clientes desde el principio de la relación profesional que todos los asuntos que el cliente desee resolver deberán comunicarse bien por llamada telefónica tras la solicitud de una cita previa o bien enviando un correo electrónico, el cual será respondido dentro del horario laboral estipulado previamente. La comunicación mediante WhatsApp deberá destinarse exclusivamente a mensajes breves y específicos, tales como posibles consultas a la hora de solicitar una cita. Es muy importante respetar los canales de comunicación establecidos desde un inicio puesto que, si nosotros mismos no los respetamos, estaremos enseñándole a nuestro cliente que estamos disponibles 24/7, incluso fuera del horario laboral o durante días de descanso, lo cual perjudica tanto nuestro bienestar como la adecuada gestión del caso encomendado.

En quinto lugar, si a pesar del encuadre realizado el cliente insiste en comunicar sus consultas por Whatsapp, se le responderá a la cuestión planteada por correo electrónico o llamada de teléfono. De este modo, éste recordará cuáles son las vías de comunicación adecuadas según el objetivo de la comunicación. Si aun así persiste en dicha conducta, podremos recordarle explícita pero amablemente el propósito de cada vía de comunicación.

¿Cómo podemos impedir que sus demandas tengan siempre carácter urgente?

Considerando la lógica relevancia que la adecuada gestión de su caso supone para el cliente, es posible que en ocasiones éste, impelido por su malestar, pueda dejarse llevar y proceder a comunicarnos sus consultas con carácter urgente y esperando una respuesta inmediata de manera habitual, incluso llegando a realizarlas fuera del horario laboral o durante festivos.

Con el fin de prevenir esta clase de circunstancias y, en línea con la respuesta a la pregunta anterior, la clave se encuentra en nuestra capacidad para instruir a nuestro cliente de las características de la relación profesional desde un inicio. En otras palabras, dicha instrucción supone el proceso por el cual le comunicamos aquellos límites profesionales saludables que nos permitan trabajar adecuadamente y sin interferencias, generando en consecuencia una mayor satisfacción para ambas partes.

En la cuestión que nos ocupa, si hemos realizado dicho encuadre inicial en lo relativo a las reglas de comunicación profesional y, pese a ello, continúa actuando de dicho modo, procederíamos a contactar con él dentro de nuestro correspondiente horario laboral y, tras atender correctamente a su consulta, le recordaríamos explícita pero amablemente la necesidad de contactar con nosotros dentro del horario laboral exceptuando festivos, salvo situaciones de urgencia que realmente ameriten dicho contacto excepcional.

No obstante, en la mayoría de los casos, si nuestro cliente suele actuar con dicha urgencia, probablemente pueda deberse a que no hemos logrado realizar dicho encuadre inicial de modo que nuestro cliente pueda comprender claramente los límites saludables de la relación profesional. Por tanto, sería necesario reparar dicha falla lo antes posible aprovechando una de las citas con nuestro cliente para comunicarle con mayor claridad las reglas que rigen el correcto desenvolvimiento de la relación profesional, siempre basándonos en la necesidad de respetar dichos límites con el fin de poder centrar nuestras energías en dedicarnos a la defensa del caso con la mayor efectividad y eficiencia posibles.

En ocasiones tenemos que comunicarle una sentencia desfavorable a un cliente. ¿Podría darnos algunas recomendaciones sobre cómo afrontar dicha situación?

Comprendo que me haga esa pregunta puesto que es una situación que, inevitablemente, sucede tarde o temprano en el ejercicio de la abogacía y supone un trago muy amargo tanto para el abogado como para su cliente. Por ello, considero oportuno ofrecer las siguientes pautas:

Una vez recibamos la resolución judicial, la estudiaremos a fondo y comprenderemos los motivos por los que la sentencia no ha sido favorable a los intereses de nuestro cliente. Es esencial que logremos analizar las consecuencias de dicha resolución, teniendo en cuenta siempre las posibilidades de impugnación y, por supuesto, la probabilidad de poder salir victoriosos en instancias futuras. Una vez realizado este trabajo, contactaremos por teléfono con nuestro cliente y le informaremos de los resultados de la resolución. En lo que respecta a dicha comunicación, hay que considerar algunos matices:

• Resulta fundamental comunicárselo lo antes posible pues dejarlo para más adelante podría implicar la indeseada circunstancia en la que todos los agentes implicados conozcan los resultados del juicio excepto nuestro cliente y, en consecuencia, que se entere por cualquier otra vía excepto por su propio abogado (en ocasiones, hasta por parte de la parte contraria). Pese a que podamos vernos tentados a buscar el "momento ideal" para comunicarle a nuestro cliente dicha sentencia, considerando lo desagradable que resulta, lo cierto es que retrasar innecesariamente dicha comunicación no sólo puede desembocar en la circunstancia indeseada mencionada previamente, también podría suponer faltar a nuestro deber como profesionales y, además, querer mantenernos en una posición de confort que no puede acabar de otro modo sino peor a la que resultaría si tomamos las riendas del asunto y procedemos a contactar con nuestro cliente al respecto.

• Salvo motivos de fuerza mayor, dicho primer contacto con el cliente al respecto debe ser telefónico, ya que resultaría inadecuado citarle sin comunicarle el motivo para después transmitirle la noticia, pues el cliente terminará por preguntarse por qué no se lo dijimos en primer lugar cuando le citamos por teléfono. Por tanto, debe acudir a la cita sabiendo aquello de lo que se hablará para así poder "encajar mejor el golpe" y acudir a la reunión con la situación medianamente madurada y con dudas relativas respecto a cómo actuar a continuación.

• En relación con lo anterior, resulta inapropiado realizar el primer contacto con el cliente mediante un correo o mensaje de teléfono, ya que la relación construida con el cliente amerita acompañarle en este punto del proceso y ayudarle a gestionar la tensión e incertidumbre propias de su situación. Si se lo comunicásemos de manera más impersonal, estaríamos propiciando un impacto emocional innecesario a nuestro cliente que afectaría a la salud de la relación profesional.

• Una vez estemos reunidos con éste, debemos mantener un equilibrio entre la profesionalidad y seriedad que requiere la situación, a la par que somos lo suficientemente empáticos y atentos para escucharle y sostener las reacciones esperables ante la noticia, de modo que pueda expresar su desasosiego con nosotros. Por nuestra parte, dejaremos a un lado las excusas y nos centraremos en explicarle los motivos que a nuestro parecer han conducido al juez a dictar la sentencia y le describiremos el escenario que a nuestro juicio se plantea de cara al futuro, ofreciendo todas las alternativas de acción posibles dentro del realismo. Asimismo, resulta necesario enfocarnos en todas las circunstancias positivas del caso que, a pesar que se vean oscurecidas por lo amargo de la resolución, es muy posible encontrarlas.

• En definitiva, la clave está en comunicarle la sentencia lo antes posible, haciendo uso de nuestro posible temor a su reacción como acicate para realizar dicha comunicación con profesionalidad, prudencia y empatía.

¿Nos puede dar algunas claves sobre cómo desconectar del trabajo de forma eficaz?

Pese a que no pueda parecerlo a simple vista, el descanso y la desconexión del trabajo son imprescindibles para mantener un ritmo de trabajo estable a medio y largo plazo sin caer en el temido síndrome de estar quemado o de "burnout".

Por ello, sería necesario reflexionar acerca de aquellas actividades ajenas a lo laboral que resulten de nuestro agrado e interés y tratar de cultivarlas durante nuestro tiempo libre. Tal y como mencionábamos previamente en la pregunta relativa a la autoexigencia, una propuesta efectiva para sacarle el máximo partido a nuestro tiempo de descanso consistiría en planificar con antelación momentos de la semana para disfrutar de nuestras aficiones y pasar tiempo de calidad con nuestros seres queridos. Una vez planificadas, trataríamos de realizarlas siendo conscientes de que no vamos a resolver todos los problemas del despacho destinando para ello nuestro tiempo libre, pues actuar de este modo solo serviría para forzar la máquina y agotarnos más rápido, a la par que nos amargaríamos en el proceso al negarnos otras facetas de la vida ajenas al plano laboral.

A su vez, sería conveniente que dichas actividades agradables impliquen sensaciones de diversión y que, en esencia, sean "improductivas", no porque resulten en una pérdida de tiempo, sino porque nos generan placer por el mero hecho de realizarlas, sin necesidad de producir un resultado concreto, tales como socializar con amigos y familiares, hacer ejercicio, leer una novela, ver una película o escuchar música. En definitiva, toda actividad que deseemos hacer por pura sensación de juego y esparcimiento, que resulte un fin en sí misma y no un medio para conseguir otra cosa, pese a que de manera secundaria podamos obtener resultados deseables (por ejemplo, mejorar nuestra forma física, salud y bienestar al realizar deporte).

Cabe señalar que nuestro modelo económico y social ensalza la productividad como modelo de éxito, el cual permea en nuestra percepción del tiempo libre como oportunidad para seguir desarrollándonos profesionalmente en detrimento de otras actividades percibidas como "innecesarias" por no generar un beneficio económico directo. No obstante, dicha forma de percibir nuestro tiempo libre como un medio para obtener un beneficio material tan sólo nos encierra en una óptica materialista y parcialmente vacía de percibir la vida, llevándonos a subestimar aquellas experiencias que nos ofrece más allá de lo meramente económico y material.

Para muchos abogados hablar de dinero resulta incómodo. ¿Cómo podemos valorar nuestro trabajo?

Por lo general, en nuestra sociedad existe cierto pudor a hablar de temas económicos, tanto en el plano laboral como en el profesional. Hablar de dinero suele estar mal visto pues se relaciona implícitamente con cuestiones como la posición socioeconómica, nuestras propias ideas del éxito profesional y de las posibilidades formativas que hayamos recibido. Al hablar de este tema, otros pueden emplearlo para establecer comparaciones entre quién tiene y gana más o, en definitiva, a quién le va mejor en el plano económico y profesional. Por ello, al ser las comparaciones "odiosas", resulta lógico sentir malestar al considerar que quien nos escuche hablar de dinero pueda llegar a juzgarnos, a cuestionarnos o incluso a reprocharnos por cómo planteamos el asunto.

A su vez, en lo relativo a las relaciones con los clientes, al abordar la cuestión de asignar unos honorarios justos a nuestros servicios, pese a resultar lógico y esperable, puede suscitar en nosotros el temor a reflejar una imagen de interés puramente crematístico en nuestra disposición a ofrecer nuestros servicios profesionales, temiendo incluso parecer avariciosos o abusivos con respecto a los honorarios planteados. Al final del día, no dejan de ser un conjunto de prejuicios y temores derivados de las experiencias que hemos vivido dentro de una cultura que contempla la cuestión económica, en cierta medida, desde el tabú.

Otras dificultades se derivan del carácter intangible de los servicios ofrecidos por los abogados. En base a éste, el cliente difícilmente podrá evaluar el valor de dichos servicios en términos económicos al desconocer la complejidad de dicha actividad profesional y de los elementos que dichos servicios implican. De igual modo y en relación con el tabú cultural hacia el dinero, existe el prejuicio social respecto a los honorarios que reciben los abogados como caros o elevados, lo cual fungirá como aliciente a la hora de evaluar los honorarios del profesional como excesivamente gravosos.

No obstante, pese a todas las dificultades expuestas previamente, resulta absolutamente necesario no sólo aprender a gestionar dicha incomodidad a la hora de manejar los honorarios, sino aprender a valorar adecuadamente el justo precio que implica nuestro trabajo.

Para llegar a ofrecer dicho servicio como abogado/a, la persona ha debido de superar con éxito un largo proceso de formación universitaria y de experiencia profesional que ha supuesto una inversión no sólo económica, sino a su vez de grandes cantidades de tiempo y esfuerzo. Por tanto, si sufrimos del conocido "síndrome del impostor" y no logramos valorar nuestros servicios de manera acorde a toda la inversión realizada (y que continuamos realizando) para lograr hacer bien nuestro trabajo, podemos optar por reflexionar acerca de todo el recorrido académico y laboral que hemos atravesado hasta el día de hoy. En base a dicha reflexión podemos constatarnos a nosotros mismos, basándonos en la evidencia, que somos unos profesionales adecuadamente formados y con con la experiencia necesaria para solicitar unos honorarios acorde a la calidad de los servicios ofrtecidos

¿Cuál es la forma más conveniente de hablar de nuestra remuneración con el cliente?

Los honorarios profesionales resultan un factor de enorme trascendencia que, de ser correctamente gestionado, contribuye en gran medida al mantenimiento y mejora del vínculo entre el abogado y su cliente. Especialmente en los primeros pasos de dicha relación, esta materia es la que presenta mayor influencia tanto a la hora de orientar correctamente la relación laboral, como para torcerla indeseadamente. Esto es debido a que el cliente presenta, lo manifieste explícitamente o no, una elevada sensibilidad en lo relativo a los aspectos económicos asociados a los servicios de su abogado, resultando la justa retribución del servicio un elemento esencial para generar la calma que requiere mantener una relación laboral duradera en el tiempo fundamentada en la confianza mutua.

Por tanto, al inicio de la relación profesional, el abogado debe comunicarse con el cliente tratando de alcanzar tres objetivos: que éste valore los servicios ofrecidos; que comprenda con claridad cómo discurrirá la relación en cuanto a los honorarios y que confíe en nuestro buen hacer para decidirse a comenzar el difícil periplo legal que se dispone a iniciar en compañía de su nuevo abogado.

Para lograr dichos objetivos el abogado, tal y como mencionamos en preguntas anteriores, debe aplicar al inicio de la relación laboral un proceso de instrucción y encuadre regido por la transparencia y la predictibilidad, de tal modo que el cliente disponga de un espacio para aclarar todas las dudas que pueda albergar al respecto de los honorarios, a la par que podamos ilustrarle acerca de todas aquellas posibles percepciones preconcebidas que puedan generar controversia por falta de información.

En aras de ser breves, mencionaremos algunas de estas cuestiones potencialmente controversiales y que ameritan ser aclaradas lo antes posible por el bien de la relación con el cliente:

- La percepción de que los honorarios son excesivamente caros o que no existe una justa proporción entre el servicio prestado y los honorarios solicitados.
- Considerar que los honorarios deberían ser pagados al concluir el servicio contratado.
- Contemplar que los honorarios abonados al abogado incluyen a los de otros profesionales (procurador, notarios, peritos, etc.).
- Las consultas deberían estar exenta de coste.
- Los casos encargados deberían ser pagados según el resultado obtenido.

Con el objetivo de aclarar todas estas posibles percepciones por parte de nuestro cliente, contamos con herramientas de gran utilidad, tales como son las siguientes:

- La redacción de presupuestos que puedan ser revisados y comprendidos por el cliente.
- Las hojas de encargo, en las que se definirán claramente todo lo relativo a los honorarios, el medio de pago, la intervención de otros profesionales, las costas, el alcance de los servicios, etc.
- La propia comunicación verbal y escrita del abogado, aclarando en las reuniones iniciales todos los aspectos relativos a dichas cuestiones que el cliente pueda desconocer, así como la resolución de las percepciones previamente mencionadas en caso de que existan.

Cabe destacar que, si bien este proceso de encuadre no es infalible a la hora de modificar las posibles percepciones mencionadas, resulta necesario para lograr iniciar la relación con el cliente con la mayor transparencia posible, requisito imprescindible para fundamentar una relación basada en la confianza y que resulte plenamente satisfactoria para ambas partes.

La ineficacia de la partición en la liquidación de la sociedad de gananciales. Acciones de complemento o adición, nulidad, anulabilidad y rescisión

Gonzalo Pueyo Puente

Abogado de ICASV y
Ex Presidente de la AEAFA

I.- INTRODUCCIÓN: El Principio de conservación de la partición

Fue la STS de 25/02/1969 la que recogió por primera vez el principio de conservación de la partición con la finalidad de evitar la realización de una nueva, ello en orden a evitar situaciones aun más complejas de revertir la partición ya realizada y en congruencia con lo dispuesto en los arts. 1.056, 1.057, 1.079 y 1.080 del CC.

En lo que a la liquidación de la sociedad de gananciales se refiere, este principio se manifiesta:

a) Cuando se omiten objetos, valores o deudas (art. 1.079 CC) debiéndose en este caso proceder a completar la liquidación mediante la adición de los bienes omitidos.

b) En la interpretación restrictiva de los requisitos exigidos por la Ley para aplicar la rescisión por lesión y las demás acciones que pretendan la ineficacia de la partición.

c) Y en la validez de la renuncia al ejercicio de la acción de rescisión por lesión.

Lo que no está claro es que este principio esté conectado al principio de prohibición de ir contra los propios actos por parte de quien o quienes aceptaron la partición.

Como veremos, si bien incidiremos más adelante en la cuestión a la hora de abordar la renuncia a la acción de rescisión por lesión, existen sentencias que así lo reconocen, como lo son las SSTS de 06/03/2003,19/03/2008 y 30/10/2008, lo cierto es que la STS de 17/05/2004 afirma:

> *"La rescisión por lesión de la liquidación está consentida por el Código civil (arts. 1.410 y 1.074) para reparar agravios económicos sufridos en la partición, no porque existe un vicio en el consentimiento de los que la llevan a cabo: la rescisión presupone actos o negocios jurídicos válidos (art. 1.290), por lo que no puede admitirse la tesis del recurso; bastaría entonces la validez del acto, lo que implica un*

auténtico consentimiento libre de vicios, para que la lesión económica no pudiese ser corregida, con lo cual se hacen inútiles las normas legales que la acogen. Tampoco puede ser acogida la prohibición de ir contra los propios actos porque ***la rescisión por lesión es una excepción muy cualificada de carácter legal, que es incompatible con aquella doctrina. Si el negocio jurídico válido es susceptible de perder sobrevenidamente su eficacia por lesión, no es razonable sostener en su contra que quien lo celebró va contra sus propios actos al atacarlo por lesión****."*

Por lo tanto, la premisa básica que debemos tener presente al abordar el problema de la ineficacia de la partición o liquidación de una sociedad de gananciales es que la Ley aboga, en principio, por la conservación de la partición realizada.

Por otro lado, señalar que la partición de la sociedad de gananciales aprobada en juicio de testamentaría por remisión de los arts. 1.410 CC y 810.5 de la LEC no tienen eficacia de cosa juzgada, tal y como preceptúa el art. 787.5 de la LEC y, en consecuencia, puede ser impugnada por los en ella perjudicados ejercitando las acciones pertinentes bien sea de nulidad, rescisión o complemento y aun cuando los interesados hayan manifestado su conformidad pues esta no puede purgar los vicios de consentimiento o si se ha dejado transcurrir el plazo de oposición a las operaciones particionales realizadas por el contador partidor.

Lo mismo sucede con la partición de la sociedad de gananciales efectuada de forma negocial, es decir, consensuada o de mutuo acuerdo. La liquidación así practicada puede ser radicalmente nula o anulable por las causas que provocan la nulidad o anulación de cualquier negocio jurídico, como analizaremos.

II.- LA NULIDAD DE LA PARTICIÓN

1.- Cuestiones generales.

El TS ha declarado que, al carecer el Código Civil de una regulación específica sobre la nulidad de las particiones fuera del precepto del art. 1.081, habrá que entender aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y, principalmente, de los intervivos contractuales. Por lo tanto, solo se originará la nulidad si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto. Es decir, cuando falta algún elemento esencial del negocio o si la nulidad viene ocasionada por haber sido hecha la operación contra lo preceptuado en la ley (STS de 31/05/1980).

La Jurisprudencia ha calificado como casos de nulidad, además del contemplado por el art. 1.081 del CC, los siguientes:

- La falta de consentimiento de la persona designada para practicar la división (STS 08/03/1956 y 13/10/1960)
- La inclusión en la masa partible de bienes no pertenecientes al causante (STS de 30/01/1951), o a los gananciales (STS de 17/05/1974)
- La ilicitud de causa por deliberada ocultación de componentes del caudal (STS de 22/06/1958 y 25/02/1966)
- La invalidez del testamento (STS de 11/03/1952)
- El error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de los bienes (STS de 26/11/1974)
- La liquidación de la sociedad de gananciales por el comisario sin intervención del cónyuge supérstite o de los herederos del premuerto (STS de 20/10/1952)
- La infracción de prescripciones legales imperativas como puede ser la necesidad de nombrar defensor judicial al menor con intereses opuestos al de su padre o madre (STS de 14/12/1957 y 28/05/1974).
- No haber realizado previamente la partición de la primera sociedad (STS de 17/10/2002)
- Por haberse valorado los bienes al tiempo del fallecimiento del causante y no en el momento de la adjudicación (STS 14/12/2005)

2.- La vulneración de la paridad de cuotas

En el ámbito de lo que es propiamente una partición o liquidación de gananciales, la primera cuestión que deberíamos abordar es si es nula cualquier partición que no respete la paridad de las cuotas de cada cónyuge.

El art. 1.344 del CC, encuadrado dentro de las disposiciones generales que regulan la sociedad de gananciales, expresamente ratifica que mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para marido y mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos que les serán **atribuidos por mitad al disolverse aquella** pues, mediante la partición, los copartícipes que la llevan a cabo especifican y concretan en bienes y derechos la cuota que les corresponde en la titularidad del patrimonio ganancial.

En principio puede pensarse que la imperatividad emana del "***les serán atribuidos***" es de obligada observancia y no parece que permita atribuir los beneficios de la sociedad de gananciales de otra manera. Es más, el art. 1.404 CC recuerda tal obligación al señalar que "*hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales que* ***se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos***." Aquí la norma usa un lenguaje impositivo. Por lo tanto, pudiera pensarse que la autonomía de la voluntad tiene como límite el respeto a la debida igualdad de derecho.

A este respecto Vázquez Iruzubieta en su obra *"Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil"* inserta a pie del referido artículo 1.404 CC lo siguiente:

> *"En cuanto a las proporciones es a partes iguales, como establece el artículo 1.404 y* ***este es un principio de orden público*** *que no puede ser contrariado por la voluntad de las partes, según dispone el art. 1.328* ***por lo que no es renunciable el derecho a percibir la mitad de las ganancias*** *que el cónyuge tiene a causa de la disolución de la sociedad."*

Por lo tanto, para este autor la igualdad del art. 1.404 CC es principio de orden público y, en consecuencia, irrenunciable.

Ahora bien, cabe preguntarse si tal afirmación no colisiona con la libertad contractual del art. 1.255 CC o con la legalidad de las donaciones reguladas en los arts. 618 del CC pues parece olvidar el principio general de libertad de estipulaciones entre cónyuges como aplicación particularizada del principio general de autonomía privada. Recordemos que los artículos 1.323 y 1.355 el CC establecen que el marido y la mujer podrán transmitirse, por cualquier título, bienes y derechos, además de celebrar entre sí toda clase de contratos y atribuir el carácter de ganancial a los bienes privativos.

No cabe duda de que el art. 1.404 del CC, en fase de división y adjudicación, es el claro reflejo del art. 1.344 del CC como proyección definitiva del objetivo final diseñado por dicho precepto a través de la definición anticipada que pretende dar de la sociedad de gananciales. Sin embargo, **siempre es posible que los cónyuges pacten o acuerden, con el límite institucional que establece el art. 1.691 del C.C.** ***("Es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas.")*** **que el remanente líquido del activo ganancial se distribuya no por mitad, sino de otra manera, conforme a un criterio diferente lo cual es perfectamente posible en virtud de su libertad de estipulación**, siempre y cuando no se traduzca a otros aspectos de la organización y estructura de la sociedad de gananciales de que se trate, en cuanto afectara a los poderes paritarios de gestión de los cónyuges y en cuanto tuviere un reflejo diferente, al menos, como arquetipo al regulado legalmente.

También es importante resaltar que, al hacer formulaciones sobre la invalidez o ineficacia de la partición, es muy frecuente que el Tribunal Supremo mezcle las causas de nulidad y la de anulabilidad. En este sentido las STS de 13/06/1992; 17/10/12002 que afirmaban que:

> *"…la nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código Civil sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico …Se producirá por tanto, cuando falta un elemento esencia, cuando se contravenga una norma interpretativa o prohibitiva o cuando concurra un vicio del consentimiento o un defecto de capacidad."*

3.- La ilicitud de causa

En diversas ocasiones el TS ha declarado la nulidad de unas capitulaciones por ilicitud de causa por tener los cónyuges la finalidad de burlar los derechos de los acreedores gananciales, tal y como recogió la STS de 14/03/2000. En este supuesto, al otorgar las capitulaciones matrimoniales, los cónyuges acordaron adjudicar al marido el metálico y, a la esposa, el negocio familiar para posteriormente alquilarlo ésta al primero.

También acordó el TS la ilicitud de la causa y, en consecuencia, la nulidad de las capitulaciones al haberse acreditado la pretensión de eludir la responsabilidad por deudas futuras. En STS 25/02/1999 y sobre la base del art. 1.328 CC, el TS declaró la nulidad de las capitulaciones anteriores a las deudas y con reparto de bienes concretos entre los cónyuges razonando que:

> *"la nulidad de las relaciones jurídicas también procede cuando se proyecta sobre actuaciones futuras que se idean para perjudicar los legítimos derechos de terceros y que no se puede alegar que existe causa verdadera y lícita en la escritura de capitulaciones con sólo el argumento de que el crédito mercantil contraído por el marido fue posterior a dicha escritura ya que la causa existe pero se presenta ilícita atendiendo al fin perseguido."*

Ahora bien, en estos supuestos han sido siempre los acreedores quienes han ejercitado la acción de nulidad

y no voy a entrar en el análisis de las posibilidades de aquellos frente a una liquidación pues la ponencia se haría interminable.

4.- La nulidad por simulación o inexistencia de causa

Es asentada la doctrina de señala que las capitulaciones matrimoniales en sí mismas y el negocio que incluyen relativo al cambio de régimen no tienen causa onerosa o gratuita, en el sentido de que los arts. 1.261 y 1.274 CC otorgan a la causa. Y es que, dado el contenido complejo de las mismas, habrá que estar a la naturaleza propia de cada pacto, por lo que no puede aplicarse la distinción a las determinaciones normativas que regulan el establecimiento, la modificación o la sustitución del régimen económico matrimonial.

Es evidente que el matrimonio constituye la base del negocio jurídico de las capitulaciones, pero no es su causa en sentido técnico; el matrimonio es un presupuesto de eficacia, porque sin matrimonio no cabe otorgar capitulaciones salvo cumplimiento de lo dispuesto en el art. 1.334 del supuesto de futuro matrimonio, capitulaciones que quedarían sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año. Y, como siempre señalo, los negocios de derecho de familia tienen unas particularidades que no permiten utilizar, normalmente, el concepto general de causa en el sentido del art. 1.261 del CC y ello, aun cuando las capitulaciones matrimoniales deban considerarse como contratos tal y como señala el art. 1.335 del CC.

Así, por ejemplo, cuando queda acreditada la existencia de una falsedad en relación con la existencia o no de bienes gananciales en el régimen que se disolvía y liquidaba, se deduce la concurrencia de falsedad de la causa en el otorgamiento de las capitulaciones, puesto que se expresan unas razones para el pacto de separación de bienes, como puede ser la no existencia de bienes gananciales, que no coincidían con la realidad patrimonial del matrimonio.

En el supuesto resuelto por la STS de 18/06/2012, se señalaba que en los supuestos normales en que los cónyuges desean de verdad proceder a la modificación del régimen económico, éstos celebran un negocio jurídico válido cuyos efectos son realmente queridos y, por lo tanto, no cabe la impugnación de la modificación del régimen convenido por la vía de la acción de simulación o nulidad por inexistencia de causa.

En STS de 21/11/2005 se admitió la existencia de causa en la modificación de un régimen de gananciales operado mediante capitulaciones matrimoniales al entender que era precisamente el intercambio de prestaciones y derechos, realizado por los interesados mediante la modificación de su anterior régimen económico matrimonial, la razón de ser del negocio realizado. Este supuesto resolvía una demanda formulada por una entidad bancaria frente a un matrimonio, instando como acción principal la nulidad y como subsidiaria la de rescisión.

Recordar que, como tiene reiteradamente señalado el TS, la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia (STS 03/06/1953, 23/06/1962, 20/01/1966, 03/06/1968, 17/11/1983, 14/02/1985, 05/03/1987, 16/09/ y 01/07/1988, 12/12/1991, 29/07/1993, 19/06/1997 y 21/09/1998) por lo tanto lo fundamental es la prueba.

Por otro lado, la simulación absoluta da lugar a un negocio jurídico sin causa por lo que invocar la existencia de la simulación conjuntamente con la de la concurrencia de causa ilícita sería contradictorio.

En relación a la simulación es interesante la STS de 21/10/2009. El supuesto versaba sobre una cónyuge que pretendía la nulidad por simulación de unas capitulaciones matrimoniales que modificaban un régimen de gananciales, interesando se declararan gananciales los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio pese al otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. El otro cónyuge se opuso alegando que no hubo simulación ni causa ilícita y, siendo la única finalidad perjudicar a terceros, el cambio de régimen era válido, con las limitaciones del art. 1.317 CC, y teniendo naturaleza privada el documento en el que se decía que seguirían rigiéndose por el régimen de gananciales, éste no tenía virtualidad para cambiar el ya pactado en los capítulos matrimoniales.

En esta sentencia es importante resaltar lo que dice el TS respecto de la posibilidad de que un pacto privado tuviera virtualidad para modificar un régimen de separación, que había sido pactado en la escritura de capitulaciones matrimoniales. Así afirma que:

> *"La declaración de nulidad de los capítulos matrimoniales por simulación absoluta determina como efecto esencial que no se produjera el efecto buscado, es decir, el cambio de régimen, que solo fue aparente, pero no real como consecuencia de la simulación. Por ello mal se ha podido infringir el Art. 1327 CC relativo a la forma necesaria de los capítulos cuando el tantas veces citado documento privado tenía como finalidad evitar entre los cónyuges la apariencia de cambio de régimen creada*

con las capitulaciones nulas. Es decir, no se restauraba el régimen que se había extinguido con el pacto capitular, sino precisamente se destruía la apariencia creada y se mantenía entre los cónyuges el régimen que rigió su matrimonio desde el momento de la celebración del mismo sin interrupción."

Siguiendo a Castán ("Derecho Civil Español Civil y Foral" T1, V-II, pág. 762), simulación se llama a la *"declaración de un contenido de voluntad no real emitida conscientemente con acuerdo de las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio que no existe o que es distinto del verdaderamente realizado"*.

Así pues los requisitos de la simulación son los siguientes:

1º.- Declaración deliberadamente disconforme con la voluntad;

2º.- Acuerdo entre las partes;

3º.- Fin de engaño u ocultación a terceras personas aun cuando el fin sea lícito o no fraudulento.

El primer requisito de la simulación es la declaración deliberadamente disconforme con la voluntad, elemento que la distingue del error obstativo. Por lo tanto, quien simuló el contrato para evitar la futura, pongamos como ejemplo, acción de los acreedores, no puede luego aducir que padeció de error por cuanto que la discordia entre su voluntad real y la declarada sería deliberada. Tal finalidad defraudatoria impedirá al cónyuge o cónyuges servirse de ella para pretender recuperar lo que afirma ser suyo.

Así, la SAP Málaga (Sección 5ª) de 30/12/1998 señalaba:

*"Pero es más, entre las posiciones propuestas por la representación de D. Luís se viene a decir que la escritura se hizo ficticiamente y para evitar que los acreedores pudieran quedarse con el patrimonio (posición 80). Y sin ambages de ningún tipo en el propio documento aportado por dicha parte en la instancia al amparo del artículo 506 de la L.E.C. con número de Registro ...8 cuya virtualidad defiende a ultranza, se expuso sin reparos, cuál era el objeto del presente procedimiento, la declaración de nulidad de las escrituras de capitulaciones matrimoniales y de su aclaración, pues aunque elaborado por el Abogado de la demandada y remitido al de la contraria, en el marco de las gestiones extrajudiciales encaminadas a alcanzar un acuerdo, por lo que se paralizó el proceso, mostró su conformidad D. Luís, añadiendo unas observaciones que en nada afectan a tal calificación. Todo ello da idea de la falta de justificación y sin razón que guían las peticiones del actor tras casi diez años de la disolución de la sociedad de gananciales, **que si en un primer momento da por válida y real las capitulaciones sobre la base de la teoría del doble negocio en la fiducia, después confusamente contradice tal argumentación al traer a colación el tema de su rescisión y ficción o simulación**. **Habiendo bastado, por lo demás, con la misma exposición de los hechos alegados en la demanda para desestimarla, por el reconocimiento del fin ilícito perseguido que no le puede en modo alguno servir ahora para pretender recuperar los bienes adjudicados a su esposa y resarcirse de las cantidades que pagó**, pues ello sería ignorar las implicaciones y consecuencias que ha tratado la parte de eludir configurándolo precisamente como negocio fiduciario.*

La simulación y el error son absolutamente incompatibles en el plano jurídico, dado que la primera excluye a la segunda. Aquí no está de más recordar el cambio jurisprudencial experimentado entorno a la figura de la simulación pues, donde antes afloraba el negocio realmente querido y simulado, a partir de la STS de Pleno de 11/01/2007 tales contratos simulados son declarados nulos SSTS 04/05/2009, 27/05/2009; 21/12/2010.

Lo esencial en la acción de simulación, como no puede ser de otra manera, es el probar el acuerdo fue simulatorio; es decir que se evidencie que los cónyuges no querían verdaderamente un régimen de separación de bienes y mientras no se pruebe tal circunstancia habrá que entender que aquellos verdaderamente quisieron la mutación del régimen.

III.- LA ANULABILIDAD DE LA PARTICIÓN

Respecto del error y para que el mismo vicie la voluntad de modo que afecte a la validez del negocio, nuestra jurisprudencia exige que sea:

- sustancial,
- inimputable,
- desconocido
- y de una importancia tal que con una diligencia regular no haya podido ser evitado por la persona que lo sufra (STS de 07-04-76).

La apreciación del error sustancial ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio; apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (SSTS 08/05/1962 y 14/05/1968).

El error implica un vicio del consentimiento no una falta de él, además ha de ser **inexcusable** que no afecte a quien lo invoca. Habrá de tenerse en cuenta que, como señaló la STS de 30/05/1991 que:

> *"cuando el error no es simultáneo o provocado con anterioridad a la prestación del consentimiento sino que el supuesto error es denotado muy posteriormente cuando ya había producido efectos jurídicos la escritura que se pretende anular podría decirse que el sujeto que dice haber padecido el error fue contra sus propios actos productores de dichos efectos"*

También es importante reparar exactamente en qué tipo de error es el que se pretende ejercer o se ha ejercitado pues si el error es referido a la causa del contrato será un acción por error/vicio que no por error obstativo. La diferencia es sustancial pues mientras el error obstativo impide la constitución del negocio, el primero vicia el consentimiento anulando el negocio, no conlleva la nulidad radical de este sino la posibilidad de anularlo o de convalidarlo.

Por lo tanto, los hechos posteriores a la liquidación se tornan de gran trascendencia para que la acción pueda o no prosperar. Así supongamos que se han suscrito unas capitulaciones para eludir la acción de los acreedores, difícilmente podrá hablarse de error en ese supuesto.

IV.- LA RESCISIÓN POR LESIÓN EN MÁS DE LA CUARTA PARTE DE LA PARTICIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES:

1.- Diferencia entre acción de rescisión y acción de nulidad

En primer lugar, es necesario fijar la diferencia entre la acción de rescisión y la acción de nulidad, cuestión que no es fácil pese a lo que parezca a simple vista. El Código Civil ha venido estableciendo dos regímenes jurídicos distintos, uno para la anulación (art. 1.300 a 1.314) y otro para la rescisión (art. 1.290 a 1.299).

La anulabilidad obedece a la existencia de un defecto en la celebración del contrato. Esto es, el contrato adolece un vicio como previene el art. 1.300 CC. Por el contrario, la rescisión se aplica a contratos que han sido válidamente celebrados y resulta, no de la irregularidad de la formación del contrato sino del hecho de que del contrato se deduce un resultado injusto bien por ser contrario a derecho, bien por haber sido celebrado en fraude de acreedores o bien por resultar una lesión. En consecuencia, la rescisión es una ineficacia funcional.

Asimismo, es importante es señalar que la acción rescisoria es subsidiaria pues, como señala el art. 1.294 de CC, sólo puede ser ejercitada cuando el perjudicado carezca de otra acción para resarcirse del perjuicio sufrido. Por lo tanto, el art. 1.294 del CC otorga a la rescisión un carácter excepcional y supletorio y la carga de la prueba de que no existe otro remedio de reparación del perjuicio corresponde única y exclusivamente al actor.

Es necesario insistir en que, como se ha referido antes, sólo son rescindibles los contratos válidos, el contrato rescindible no es nulo sino tan solo ineficaz y de ello se deduce que, cuando la rescisión no es posible por encontrarse las cosas en poder de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, la acción tiene una finalidad puramente indemnizatoria.

En consecuencia, como señala un sector mayoritario de la doctrina, en la acción rescisoria por lesión en más de una cuarta parte, además del ejercicio en tiempo, esto es, dentro de los cuatro años desde la celebración del acto, sólo debe concurrir el requisito objetivo de que se haya originado un perjuicio económico en la proporción señalada; es decir, que se haya producido un resultado no conforme con las exigencias del principio de igualdad.

Por lo tanto, no es preciso acreditar que se había padecido un error al consentir la partición con ese perjuicio pues el error es un vicio de la voluntad que haría anulable la partición. Insisto, la rescisión supone un acto previo válido. Así, la STS de 23/07/2001 afirmaba que:

> *"Frente a tal alegato debe consignarse que el error al que se refiere, tanto el artículo 1266 del texto sustantivo civil es al error inválidamente del consentimiento contractual que determina la nulidad del contrato, al paso que la rescisión por lesión supone un acto válido, pero que el ordenamiento jurídico permite su rescisión a causa de un determinado perjuicio valorado cuantitativamente."*

Recordemos que la STS de 17/05/2004 afirmaba que la rescisión por lesión de la liquidación está consentida por el Código civil (arts. 1.410 y 1.074) para reparar agravios económicos sufridos en la partición, no porque

existe un vicio en el consentimiento de los que la llevan a cabo.

Federico de Castro (*"El Negocio Jurídico"*, *pág. 520*), define el negocio jurídico rescindible como negocio válidamente celebrado pero que, produciendo un perjuicio a una de las partes o a un tercero -perjuicio que a Ley estima especialmente injusto y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación-, podrá ser declarado ineficaz o reducida su eficacia a petición del interesado.

El art. 1.410 del Código Civil señala que *"en todo lo no previsto en este capítulo sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y venta de bienes, división del caudal, adjudicación a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia."*

Así pues, ante la liquidación de un régimen de gananciales, el tenor literal del anterior artículo permite la remisión al Capítulo VI del Título III del Libro III del CódigoCivil.

Dentro de este Capítulo, en su Sección 4ª, se contempla la rescisión de la partición, estableciendo el art. 1.074 que: ***"Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de los bienes de las cosas cuando fueron adjudicadas."***

2.- Los conceptos básicos de la rescisión por lesión

Según expresan las SSTS de 19/02/2014 y 14/05/2014, la rescisión por lesión en más de la cuarta parte que contempla el artículo 1.074 del Código Civil, es el único resto de la acción *ultra dimidium* del Derecho Romano (aquella que permitía al vendedor que hubiera vendido una finca por menos de la mitad de su justo precio, resolver la compraventa previa devolución del precio recibido) que, partiendo de una válida partición, se haya producido una lesión en más de la cuarta parte, en uno de los coherederos, siempre que:

1) Que se pruebe la valoración defectuosa de los bienes hereditarios
2) Que provoque una desigualdad en contra de la voluntad del causante (STS de 06/04/2009)
3) La desigualdad que ha de ser referida al tiempo de la adjudicación (STS de 17/09/2009)
4) Que provoque una absoluta desigualdad entre los diferentes herederos (STS de 21/10/2005 y 19/07/2011).

El alma de la partición es la igualdad y si se ha producido una valoración errónea de los bienes, es preciso corregirla atribuyendo a cada partícipe la parte que le corresponde, lo que se consigue mediante la acción de rescisión por lesión que provoca la ineficacia de la partición o bien la compensación por parte de los coherederos demandados.

Trasladado al ámbito de la liquidación de gananciales se requiere:

1) Probar la valoración defectuosa de los bienes que componen la masa ganancial

2) Que provoque una desigualdad en contra de la voluntad de los cónyuges **3)** Que tal desigualdad se produzca al tiempo de la adjudicación **4)** Y que tal desigualdad los sea entre las cuotas de ambos cónyuges.

La dicotomía del art. 1.074, hábil para fundamentar la rescisión de la partición de la herencia y de la adjudicación de la sociedad de gananciales, en los casos en que la lesión lo consienta, difiere, sin embargo, del tratamiento jurídico del régimen general de los contratos, a los que no es aplicable la rescisión por lesión, con las solas excepciones señaladas por el artículo 1.293 del Código Civil con remisión las causas señaladas en el art. 1.291.1º y 2º CC y ello por cuanto la rescisión es de carácter restrictivo.

Por el contrario, en las particiones es necesaria la observación estricta de las proporciones establecidas por el causante o por ministerio de ley; es cuestión de liquidar un acervo, objetivamente valorado.

Y esto es lo que ha de hacerse al liquidar una sociedad de gananciales, guardar la proporción que establece el art. 1.404 CC, dividiendo el haber ganancial por mitad entre los cónyuges. Así, la fundamentación de la acción rescisoria por lesión en el caso de la partición de la herencia y en el caso de la liquidación de la sociedad de gananciales es idéntica. En este sentido se pronunciaron las SSTS de 11/06/1983 y 26/01/1993.

La doctrina y jurisprudencia admiten hoy la aplicación a la liquidación de la sociedad de gananciales de la rescisión por lesión, y no solo por el carácter supletorio de las normas de la partición y liquidación de herencias que establece el art. 1410 del CC, sino porque, además, el art. 1291-5º CC, al referirse a los contratos

rescindibles, alude a cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley (STS de 11/07/1983).

3.- La rescisión por lesión de las operaciones efectuadas por los propios cónyuges en el convenio regulador

La acción de rescisión por lesión no suele presentar dificultad en cuanto a su admisibilidad cuando las operaciones divisorias han sido efectuadas por el contador partidor. Pero, ¿podemos decir lo mismo cuando lo que tratamos de rescindir es una liquidación practicada en convenio regulador ratificado a presencia judicial?

Puede pensarse que tal pretensión no es acogible puesto que si se parte de que el art. 1.058 CC permite a los interesados distribuir los bienes en la manera que tengan por conveniente, habría que entender que el artículo 1.074 tan solo resulta de aplicación cuando la partición no ha sido hecha por los propios interesados pues, en caso contrario, aquel otro precepto quedaría vacío de contenido permitiéndose con la rescisión contravenir los propios actos con el consiguiente fraude de derechos e inseguridad jurídica que pudiera conllevar.

Sin embargo, la respuesta debe ser afirmativa. El hecho de que el convenio regulador que recoge las operaciones divisorias del caudal común haya sido aprobado por sentencia, tras ratificación de los cónyuges a presencial judicial, en nada desvirtúa lo anterior, puesto que como la STS de 26/01/1993 textualmente señalaba:

> *"…no tiene fundamento legal alguno la exclusión de la rescisión por lesión en la liquidación de la sociedad de gananciales, dada la genérica y omnicomprensiva remisión que efectúa el art. 1410 del Código Civil, careciendo de base para negarla esa naturaleza de contrato oneroso que gratuitamente se atribuye a tal liquidación practicada por los titulares; lo mismo siguiendo en esa vía analógica equivocada se podría predicar de la partición de la herencia que practicasen los coherederos entre sí, y, sin embargo, el art. 1074 del Código Civil no la excepciona de su aplicación. Tampoco puede constituir un obstáculo el que el convenio regulador de la separación haya sido aprobado judicialmente en la sentencia, de manera que su impugnación en la parte que atañe a la liquidación de la sociedad de gananciales tenga que discurrir por la vía de los recursos contra la misma. No es argumento el que el apartado E) del art. 90 del Código Civil diga que podrá hacerse efectivo por la vía de apremio (esto es, de la ejecución de sentencias), porque lo mismo ocurre, por ejemplo, en las transacciones judiciales (sentencias de 22 de abril de 1911, 21 de abril de 1942 y 10 de julio de 1969; art. 1816 del Código Civil), y sin embargo, el art. 1817 del Código Civil no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento (sentencia de 10 de abril de 1985), o en la aprobación por auto de las operaciones particionales en el juicio de testamentaria habiendo conformidad o no existiendo oposición de las partes (sentencia de 7 de febrero de 1969, arts. 1083 y 1085 LEC). La aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes; se limita a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos (apartado E del art. 90 del Código Civil), pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a las mismas por los cónyuges. Estas realidades se potencian todavía más, a los fines argumentales en pro del criterio que se mantiene, en el caso de autos, donde la sentencia aprobatoria del convenio que se impugna dice en su considerando segundo que se hace porque «no contiene cláusula la contraria al orden público» (folio 20). Esto es lo que ha examinado el juzgador exclusivamente."*

En igual sentido, las SSTS de 08/03/1995, 23/07/2001, 10/12/2003 y 03/06/2004, entre otras más.

Así, cabe por tanto la rescisión por lesión en la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada por los propios cónyuges en convenio regulador por la genérica remisión que efectúa el art. 1.410 del Código Civil.

Además, que la liquidación de bienes haya sido aprobada judicialmente en sentencia tampoco es obstáculo pues, aun cuando el art. 90.2, párrafo cuarto del Código Civil señale que desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdo por vía de apremio, lo mismo habría que predicar con las transacciones judiciales.

A estos efectos carece de base para negarla esa naturaleza de contrato oneroso que se atribuye a la liquidación practicada por los titulares pues lo mismo cabe señalar respecto de la partición de la herencia que practicasen los propio coherederos entre sí, y, sin embargo, el art. 1074 del Código Civil no la excepciona.

La aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes. El juez se

limita a homologar el convenio tras comprobar si es o no gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o dañosos para los hijos pero de ninguna manera examina o realiza una corrección contable y ni valorativa de las operaciones liquidatorias ni tampoco examina la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a las mismas por los cónyuges; al igual que tampoco debería hacerlo el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia pese a lo que señala el párrafo tercero del citado art. 90.2 CC. El único examen que realiza el juzgador y deberían realizar Notario y Letrados de la Administración de Justicia es que el convenio no contenga cláusula alguna contraria al orden público. En el caso de los Notarios y Letrados de la Administración de Justicia debemos tener muy presente que su intervención solo es viable ante la falta de hijos menores de edad, luego salvo la declaración de voluntad relativa al divorcio o separación, nos vamos a encontrar ante cuestiones de derecho dispositivo, en donde impera el principio de autonomía de la voluntad de las partes con los límites del art. 1.255 CC.

Por otro lado, la rescisión por lesión debe ser solicitada expresamente por el adjudicatario que entienda ha resultado perjudicado puesto que el juzgador no puede declarar la rescisión por lesión si esta no se ha pedido.

Así, la STS de 27/02/1995 afirmaba que:

> *"Para resolver el motivo hay que partir de que en la demanda se instó la nulidad de la partición, que es cuestión distinta de la rescisión, ya que ésta es de carácter subsidiario, solo utilizable cuando se carece de todo otro recurso legal (art. 1.294) y no comporta siempre que se efectúe una nueva partición (art. 1.077), por lo que al acordar el Juzgado la rescisión, ha concedido cosa distinta de la nulidad solicitada, cuando ésta se da solo por las mismas causas que la nulidad de las obligaciones (salvo el supuesto previsto por el art. 1.081), y en autos ni en la sentencia se ha hecho alegación y prueba de vicio alguno de la partición, tendente a demostrar que carece de los requisitos esenciales para la existencia y validez de las obligaciones y contratos. La sentencia, pues, es incongruente y produce indefensión."*

Por su parte, la STS de 29/05/2006 casó una sentencia por considerar que la acción realmente ejercitada fue una acción rescisoria y no de declaración de nulidad de valores otorgados a los bienes inventariados en las acciones particionales de la sociedad de gananciales por concurrir vicios de la voluntad en el otorgamiento del convenio regulador y por ello entendió que la Audiencia cambió la acción ejercitada, alterando así lo pedido en la demanda e incurriendo en vicio de incongruencia causando verdadera indefensión a la parte demandada. Cuando existe alteración de la causa de pedir, puede producirse vulneración del principio de contradicción y del derecho a la defensa pues si bien el organismo jurisdiccional está autorizado para basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos a los utilizados por los litigantes será así siempre que no se innove la acción ejercitada y suponga una modificación sustancial del objeto procesal.

El principio "iura novit curia" implica que los Tribunales deben atenerse a las cuestiones de hecho y de derecho que las partes les han sometido y que vienen fijadas en los escritos de alegaciones por lo que la sentencia siempre ha de estar condicionada al componente fáctico esencial de la acción ejercitada así como a la inalterabilidad de la "causa petendi".

Una cosa es pedir, por ejemplo, la nulidad de los valores otorgados a los bienes inventariados y adjudicados no interesando que se revoque el reparto de bienes en sentido material sino que se abone en metálico la diferencia que existe a su favor y otra es basar la argumentación en los vicios de la voluntad que dice haber sufrido en la negociación del convenio regulador, de donde deriva la impugnación de la valoración correspondiente.

4. La renuncia a la acción rescisoria

Para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión derivada de un convenio regulador deberemos comprobar que efectivamente no ha existido una renuncia al ejercicio de la misma pues, como tiene reiteradamente señalado la jurisprudencia, la acción de rescisión por lesión es renunciable.

Ahora bien, puede parecer algo contradictorio que un cónyuge conociendo las valoraciones y términos de la liquidación las acepte y posteriormente formule una demanda accionando la rescisión por lesión.

Pero, como ya tiene sentado la STS de 03/06/2004, con ocasión de un convenio regulador en el que se procedió a la liquidación de la sociedad de gananciales y se declaraba en el mismo que con ello quedan compensados los haberes de ambos cónyuges y que posteriormente otorgaron la correspondiente escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que se practicaba el inventario y avalúo y se hacían las correspondientes adjudicaciones, de la prueba pericial practicada en el proceso resultaban unos valores reales, diversos de los que se habían hecho constar en las capitulaciones y, en consecuencia, afirmaba que en las dichas

capitulaciones se produjo una lesión a la actora en más de la cuarta parte superando el límite del art. 1.074 CC por lo que procedió a estimarse la acción de rescisión por lesión.

Es más, la STS de 17/05/2004 negó que tuviera validez, como acto propio vinculante, la aceptación por el cónyuge perjudicado de una valoración de determinados bienes hecha en la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal. Así señalaba:

> *"La rescisión por lesión de la liquidación está consentida por el Código civil (arts. 1.410 y 1.074) para reparar agravios económicos sufridos en la partición, no porque existe un vicio en el consentimiento de los que la llevan a cabo: la rescisión presupone actos o negocios jurídicos válidos (art. 1.290), por lo que no puede admitirse la tesis del recurso; bastaría entonces la validez del acto, lo que implica un auténtico consentimiento libre de vicios, para que la lesión económica no pudiese ser corregida, con lo cual se hacen inútiles las normas legales que la acogen. Tampoco puede ser acogida la prohibición de ir contra los propios actos porque la rescisión por lesión es una excepción muy cualificada de carácter legal, que es incompatible con aquella doctrina. Si el negocio jurídico válido es susceptible de perder sobrevenidamente su eficacia por lesión, no es razonable sostener en su contra que quien lo celebró va contra sus propios actos al atacarlo por lesión."*

En sentido similar se pronunciaron las SSTS de 30/10/2002 y 10/12/2003, entre otras.

Sin embargo, la STS de 06/03/2003 estimó la existencia de renuncia a la acción de rescisión al declarar que el convenio regulador no ha supuesto desequilibrio económico alguno para ninguna de las partes.

En el caso enjuiciado en el cual se había suscrito un convenio regulador con unas determinadas adjudicaciones, aprobado judicialmente, en el que se incluían las siguientes cláusulas:

- Cualquier otro bien que pudiera aparecer como ganancial, será privativo de aquél que ostente la titularidad, ya sean inmuebles, títulos valores, cuentas, depósitos bancarios o dinerarios o cualquier otro y así expresamente lo reconocen y aceptan ambos otorgantes.
- Ambos se comprometen al otorgamiento de los instrumentos públicos precisos a fin de cambiar la titularidad registral de los inmuebles hasta ajustarla a lo estipulado en el presente.
- Como quiera que el matrimonio no ha supuesto desequilibrio económico para ninguno de los cónyuges, éstos renuncian a reclamarse nada por este concepto, así como tampoco por el de alimentos entre ellos, ni a estipular nada al respecto, a parte lo ante expuesto.

El TS se planteó la cuestión de si es posible o no considerar que el convenio y su aprobación implicaban la renuncia a cualquier reclamación ulterior, y, por tanto, la improcedencia de la acción ejercitada en los autos. Así afirmaba que:

> *"La lectura de las estipulaciones del convenio regulador y la consideración de estar inscritas en el más amplio pacto sobre separación y divorcio, con consecuencias diferentes a la liquidación de la sociedad de gananciales, como es el de guarda y visita de los hijos, obliga a concluir que en la cláusula séptima se ha renunciado a la rescisión por lesión al declararse que el convenio no ha supuesto desequilibrio económico alguno para ninguna de las partes. En este caso no puede admitirse, por tanto, la inexistencia de renuncia a la acción de rescisión por lesión que ha tenido en cuenta para la estimación de la demanda la sentencia recurrida, pues la renuncia es clara y de interpretación univoca; y, además, se deduce de hechos, actos o conductas relacionadas con la misma, como lo son todas las estipulaciones que se contienen en el convenio y que se han sometido a aprobación jurisdiccional y contra los propios actos ahora se pretende modificar lo pactado"*

Las SSTS de 19/03/2008 y 30/10/2008 inciden en el hecho de que cuando el renunciante conoce *"todas las circunstancias de hecho que determinan la realidad y la existencia de la lesión"* la renuncia es válida. Por lo tanto, pude mantenerse la validez de la renuncia cuando no concurre un vicio de la voluntad o de cualquier causa que pueda producir la invalidez de los negocios jurídicos. En la primera sentencia la cláusula establecida en convenio regulador era del siguiente tenor: *"Con estas asignaciones y compensaciones económicas existentes entre los esposos y, por tanto, liquidada la sociedad legal de gananciales, renunciando a toda acción recíproca posterior."*

La segunda sentencia admite como renuncia la cláusula que señalaba que *"nada tienen que reclamarse por razón de la disolución de la sociedad de gananciales quedando liquidada y extinguida la misma, dando al presente convenio valor de mutua transacción."*

En la doctrina hay quien critica la mezcla que suele producirse entre conceptos de pensión compensatoria y liquidación de gananciales afirmando que no es correcto que la pensión compensatoria sea un elemento a considerar en las operaciones propias de la liquidación de gananciales y que la misma pueda influir o no en la

rescisión de la liquidación por lesión.

Lo que sí es cierto que es a la inversa; es decir, la liquidación de bienes sí puede influir en la pensión compensatoria. Así, por señalar las pioneras, la SSTS de 20/02/2014, 04/04/2017 y 14/02/2018.

Tampoco debemos olvidar que el convenio regulador no deja de ser un todo en el que las partes pretenden alcanzar un equilibrio entre las dos posturas hallándose íntimamente ligadas entre sí, no solo las cuestiones de derecho dispositivo, sino estas con las cuestiones de orden público a fin de poder alcanzar una convenio regulador asumible por ambos y con la finalidad de presentarlo ante el Juzgado para su ratificación.

La propuesta inicial de convenio regulador que los cónyuges presentan a la aprobación judicial viene confeccionado por la plasmación de una serie de concesiones recíprocas que las partes se hacen entre sí, que forman un conjunto único, un todo del cual no pueden ser desligadas las unas de las otras. Su valoración debe de ser conjunta pues, lo contrario, equivaldría a desequilibrar las recíprocas concesiones que una y otra parte se han otorgado en aras de alcanzar un acuerdo por el cual regular las consecuencias de su separación o divorcio.

A modo de ejemplo, son muchos los convenios en los que se pactan cesiones gratuitas de la vivienda familiar a favor de los hijos y en seguida se pretenden aplicarlas normas de la donación. No cabe duda que estamos ante un acto traslativo de dominio a título gratuito pero ¿es realmente una donación? Existen opiniones discrepantes pues hay quien entiende que pese a la gratuidad del acto no nos encontramos ante una donación pues la formación del consentimiento no es la propia y pacífica de esta figura jurídica y si no la de un contrato con evidentes intereses contrapuestos, a cuyo consentimiento y perfección se llega por vía transaccional, del acuerdo. Este ejemplo creo que es clarificador pues las propuestas de convenio regulador se alcanzan de ese modo; es decir, dando y recibiendo, cediendo y obteniendo; todo ello es fruto de un proceso de negociación del cual una concreta prestación no puede ser desligada del resto.

Algo de eso subyace en la STS de fecha 05/02/1990 que examinaba la pretensión de uno de los cónyuges de dejar sin efecto una donación causada en el convenio regulador por no ser el instrumento adecuado para ello, según el recurrente. Así nuestro TS señalaba que:

> *"Ciertamente la denuncia desde el plano formal de los institutos jurídicos es exacta…ahora bien, si esa tesis es predicable de cualquier donación de inmuebles, no obstante, no cabe proyectar su rigor o disciplina en el contrato particular que suscribieron los interesados en 13 de diciembre de 1985, en donde **se ha rubricado su** **designio determinante de su causa o razón de ser de preparar un convenio regulador** **de su virtual estado de separación personal y patrimonial, y por ello, se efectúan una** **serie de recíprocas cesiones de bienes o derechos y se asumen otro tipo de obligaciones como la de otorgar en su caso las escrituras públicas consiguientes** **según el relato expuesto, por lo que no cabe disociar la eficacia de ese conjunto de** **pactaciones**…, con lo que no sólo se rompe el equilibrio prestacional acordado sino que hasta se rompe el presupuesto determinante o base del contrato; la globalidad, pues, de lo así pactado, que reúne todos los requisitos de viabilidad general y no traspasa límite alguno prohibido, conduce a la necesidad de que cada parte cumpla sus compromisos, y ello al margen de que por una particular calificación de una de las prestaciones -**y no se olvide que cada una, en singular, formaban parte de la cadena** **determinante de la carga prestacional asumida por la contraprestacional recibida**, a la manera de un tránsito de patrimonios afín con la idea de causa referida en el artículo 1.274.1.º del Código Civil- quepa acaso descolgar en un plano meramente formal a la misma de ese "totum" pactado y, entonces, doblegar su eficacia al situarla, exclusivamente, subsumida en una ordenación que no tiene que operar por ese nexo obligacional y por repetido enganche a la serie o proceso de transferencias patrimoniales de que trae origen (y es que, podría decirse, con la doctrina más decantada en nuestro Derecho, que, en puridad, el contrato suscrito entre las partes en 13 de diciembre de 1985, dentro de la atipicidad contractual que rige en nuestro ordenamiento ex artículo 1.255 del Código Civil, más bien se trasluce una manifestación de las llamadas uniones de contratos, en donde con una dependencia de bilateralidad en lo acordado, no desaparece la esencial unidad de contrato o de consentimiento contractual, abocando, pues, en una especie de contrato mixto o contrato combinado con prestaciones coaligadas, esto es, que cada parte asume una serie de obligaciones o contenido propio prestacional en contrapartida a las que, a su vez, asume la otra parte, de tal suerte que aún cuando puede ocurrir ---como en el caso del litigio- que cada una, en la asignación respectiva al obligado, sea de distinta naturaleza, de dar cosa inmueble, acciones, o participación económica, en su conjunto, como se dice, están incardinadas en el total exigible a cada contra parte, sin que, por ello, sea posible, se reitera, salvo la ruptura de ese contexto contractual*

y hasta la misma causa u objetivo perseguido por las partes --que es, no se dude, colmar, en su personal esfera de afectación, el resultado del completo tránsito de lo prometido y recibido, trasunto del "do ut das"- desvincular alguna parte de ese total prestacional o prestación singular aplicándoles un tratamiento jurídico independiente a las del resto a que va incorporada…; de ahí que, en sede la causa según el artículo 1.274 del Código Civil, la de cada parte, será, en su indiscutible versión de negocio mixto de carácter oneroso, el gravamen de lo comprometido y el monto de reciprocidad satisfactiva de lo recibido a cambio…"

En definitiva, la jurisprudencia del TS ha venido admitiendo la validez de las renuncias efectuadas en convenios siempre que tengan las características de ser: - claras,

- terminantes
- o deducidas de hechos o actuaciones de interpretación unívoca, no dudosa o incierta (SSTS de 22/02/1994 y 06/03/2003).

La STS de 17/03/2006 llega a admitir la renuncia tácita a la rescisión, doctrina aplicable a la de los bienes gananciales, dada la remisión efectuada por el artículo 1410 CC y la ya aludida STS de 22/02/1994 afirma que:

"A estos corolarios no es obstáculo la doctrina de esta Sala sobre las cualidades que deben poseer las renuncias, ya que no puede interpretarse de manera que sólo sean válidas las que se hagan con palabras prácticamente sacramentales. ***Es posible inferirlas o deducirlas de hechos, actos o conductas que han de llevar rectamente, sin duda alguna, a darles la significación de renuncias****,…"*

Entiendo que habrá de estarse a cada caso concreto para, tras su análisis, poder optar o no por la eficacia de la transacción pues, como he dicho antes, si en las operaciones divisorias existe una renuncia expresa difícilmente podremos accionar la rescisión pues, quien lo pretendiera, iría contra sus propios actos. Lo mismo sucederá si en el reparto influyen de manera decisiva el resto de acuerdos económicos que hayan podido adoptarse en el convenio regulador; es decir, si la fijación de una determinada pensión, la atribución del uso, el pago de la hipoteca, etc., influyeron a la hora de fijar las adjudicaciones pues no olvidemos que el convenio regulador se pacta normalmente como un todo. En caso contrario, no veo ninguna dificultad apara ejercitar la acción rescisoria cuando se produzca una lesión en más de la cuarta parte.

Dicho lo anterior, hay que señalar que no basta cualquier lesión o desvalor para justificar la rescisión, sino que el art. 1.074 CC exige que la aquella exceda del límite de lo tolerable, limitando el mecanismo de corrección a los casos en que el verdadero valor de los bienes que se asignan a una de las partes para el pago de su cuota de participación en la sociedad de gananciales no cubra, al menos, tres cuartas partes del valor que le correspondería recibir con arreglo al que efectivamente tienen las cosas que componen el caudal.

Tampoco podemos olvidar que la rescisión se basa en la existencia de una errónea valoración de los bienes determinante de lesión. Por lo que, si el problema que se plantea es que se ha omitido alguno o algunos bienes, el precepto a aplicar no es el art. 1.074 CC sino el art. 1.079 CC, que dispone que la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.

No estaríamos ante una lesión que pueda corregirse mediante la rescisión de la partición, sino ante la omisión de un determinado bien que, en su caso, puede dar lugar a la adición o complemento, pero no a la rescisión.

Recuérdese en este sentido que la jurisprudencia tiene declarado que, para apreciar lesión, no se pueden considerar otras cosas que las adjudicadas, no las omitidas, cuyo remedio no es la impugnación de la partición realizada sino la subsanación mediante la adición de lo que faltare, como se pronunció la STS de 08/03/1995.

5.- Cauce procedimental para la formalización de la rescisión por lesión

La acción de rescisión por lesión habrá de ventilarse por el cauce de alguno de los dos procesos declarativos; a saber, el ordinario o el verbal y ello en función de la cuantía de la lesión.

La cuantía de la lesión debe calcularse sobre la cuota ideal que corresponde a cada cónyuge, esto es, sobre el 50% que correspondería al marido o a la mujer atendiendo al valor de los bienes al tiempo de ser adjudicados, tal y como refieren innumerables sentencias del TS, doctrina que se ha vendió manteniendo invariable desde la STS de 31/12/1903, 19/04/1904, 05/05/1920, 28/02/1930, 05/11/1949 y otras muchas más 17/01/, 04/02, 23/03 y 04/12/1985.

Por otro lado, deberá ser el propio perjudicado por la partición el que inste la rescisión por la lesión por él sufrida, lo que, conlleva a que sea éste el que deba acreditar la realidad de la lesión y que su importe fue superior a la cuarta parte.

Esto es importante porque es la lesión, como daño, la que fundamenta la acción del demandante que por ello es el perjudicado y esa lesión debe ir referida a la cuota que legalmente le corresponda a quien insta la acción rescisoria. Esto podría tener mayores complicaciones en la partición de una herencia pero me estoy refiriendo a la sociedad de gananciales y, por lo tanto, si a cada uno le corresponden 400.000,00 € será sobre esta cifra sobre la que se calibrará si la cuota real asignada al actor le lesiona en más de la cuarta parte; es decir, debería haber recibido como máximo 299.999,99 €.

6.- Momento en el cuál puede solicitarse la rescisión por lesión

Ni que decir tiene que la rescisión por lesión solo puede interesarse cuando la partición haya sido total; es decir, cuando se hayan repartido y adjudicados todos los bienes.

Como hemos dicho antes, nunca podrá instarse una acción de rescisión cuando el problema planteado es de omisión de algún bien, derecho u obligación pues no hallaríamos no ante un problema del art. 1.074 CC sino del art. 1.079 CC y ello por el principio de conservación de la partición que conlleva que la omisión de alguno o algunos de los bienes partibles no provoca la rescisión sino que la liquidación se complete con los bienes omitidos. La rescisión se basa en la existencia de un error en la valoración de los bienes que es lo que determina la lesión.

Una omisión no puede provocar una consecuencia tan radical como es la rescisión por lesión sino que, como reiteramos, por el principio de la conservación de la partición, la consecuencia sería la adición del bien a la partición, esto es, su complemento corrigiéndose las operaciones divisorias mediante la introducción de la nueva partida bien al activo bien al pasivo y proceder a efectuar el reequilibrio de los lotes en función de dicha adición. Pero, en ningún caso, la rescisión de la partición.

7.- Plazo para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión

Ni que decir tiene que la acción de rescisión por lesión es una acción de caducidad y habrá de ejercitarse dentro de los cuatro años siguientes y, dado que el Código Civil nada señala al respecto en cuanto al cómputo del plazo, será de aplicación la regla general según la cual, conforme previene el art. 1.969 CC, aquel comenzará a transcurrir desde el día en que pudo ejercitarse; es decir, desde la celebración del contrato.

8.- Consecuencias de la acción de la rescisión por lesión

El Código Civil establece en su art. 1.295, 1º que:"*La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con su frutos, y del precio con sus intereses";*

Parte siempre de la base de que la rescisión obliga a devolver, añadiendo el párrafo segundo del mismo precepto que: *"la indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio."*

Sin embargo, silencia si la indemnización ha de incluir los frutos e intereses que la lesión ha impedido percibiera el perjudicado. A este respecto la doctrina jurisprudencial y científica apoya unánimemente el criterio afirmativo, pues no hay otra forma de alcanzar la reparación plena del daño sufrido, evitándose así el enriquecimiento injusto del demandado.

La certeza de la doctrina esta ratificada por el art. 1.295 del Código Civil que señala que: "La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses…"

Ahora bien, los efectos rescisorios por lesión en más de una cuarta parte en la partición de la herencia o de la sociedad de gananciales tienen su especialidad que viene recogida en el art. 1.077 del Código Civil que previene que: *"El heredero demandado podrá **optar** entre indemnizar el daño causado o consentir que se proceda a nueva partición."* Añadiendo el párrafo segundo del mismo precepto que *"la indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio."*

Por lo tanto, y a diferencia de lo establecido en la norma general de la rescisión referida anteriormente, el demandado por rescisión, en un contexto de partición hereditaria o liquidación de sociedad de gananciales, tendrá la opción de optar entre realizar una nueva partición o indemnizar al demandante de la lesión el daño causado.

A modo ilustrativo y al respecto transcribimos la ya antigua SAT Bilbao de 20/04/1988 que textualmente señalaba:

> *"la parte actora, bajo el apartado c) del ordinal 2º, pretende se condene al demandado a abonar a la actora el importe equivalente a los frutos e intereses que la lesión ha impedido que percibiera, cuya cuantía se fijaría, en caso de desacuerdo, en ejecución de sentencia. Pretensión que debe tener favorable acogida por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.295 del Código Civil y como medio de obtener una reparación plena del daño sufrido."*

En consecuencia, si el demandado optase por la indemnización, habrá de indemnizar al accionante por lo que dejó de percibir a causa de la lesión en el período comprendido entre la efectiva realización de la liquidación y la fecha en que se hiciera realmente efectiva la reparación del daño, lo que lógicamente incluye frutos e intereses.

V.- LA ACCIÓN DE COMPLEMENTO O ADICIÓN DE LA PARTICIÓN Y LA ACCIÓN DE EXCLUSIÓN DE BIENES PRIVATIVOS

Pueden existir muchísimas razones por las cuales los cónyuges no incluyan determinados bienes en el inventario a liquidar. Razones como la simple conveniencia de dejar para un momento posterior su liquidación (domicilio familiar gravado con uso); desconocimiento de su existencia; equivocación padecida al considerarlo privativo; etc.

La STS de 23/10/2003 accede a la adición de la fijación de un derecho de reembolso por aumento de valor del art. 1.360 del CC tras una liquidación señalando que:

> *"En consecuencia y, siendo procedente la acción entablada al respecto en mor a los citados arts. 1079 y 1410 -en su reenvío- es indiscutible que, en lo relativo a la inaplicación de los arts. 1359 y 1360, en torno a la titularidad del negocio de fontanería, no es posible, como hace la Sala "a quo", invalidar cualquier pretensión "ex post" para acreditar su verdadero carácter tras esa liquidación por no apreciarse vicio alguno cuando se pactó aquella distribución, cuando se demuestra que por su indebida omisión procede su adición…"*

En la STS 23/12/1998 se señaló que:

> *"…la omisión voluntaria o involuntaria de bienes o valores, la solución que procede es su complemento y adición, como correctamente lo han entendido las dos sentencias de la instancia, y con mayor razón, cuando las deudas omitidas no se ha acreditado en este caso que hubieran causado perjuicio alguno para los acreedores (STS de 20/11/1993), tratándose de deudas de cargo por igual del marido y de la mujer."*

Así pues, la partición de la sociedad de gananciales no puede interpretarse como una renuncia tácita de los cónyuges al resto de los bienes gananciales no contemplados en dicha partición y ello por cuanto la atribución de privaticidad de un bien ha de ser expresa; ha de constar en una declaración documental. En consecuencia, la omisión no cabe admitirse, en principio, como una renuncia tácita ni como una atribución tácita de la naturaleza de un bien privativo.

En este sentido la STS de 20/06/2008 afirmó que:

> *"…la falta de constancia del bien adquirido en el inventario de bienes gananciales de la escritura de liquidación carece, como ha dicho la jurisprudencia, de intensidad jurídica suficiente para hacer significativa esta ausencia en orden a demostrar el carácter privativo del bien (SSTS 24 de julio de 1996, 29 de diciembre de 2001, etc.) de modo que, en caso de duda, habría que inclinarse por la ganancialidad."*

Del mismo modo, la acción contraria a la adición o complemento a la partición es la acción de exclusión de la liquidación y adjudicación ya realizada de bienes que tenían naturaleza privativa. Así la STS de 25/07/2002 aborda un caso en el cual se trataba de excluir un bien de naturaleza privativa del acerbo ganancial, lo que acredita la viabilidad de tal posibilidad, al igual que lo que sucede en las STS de 19/09/2002 y 21/02/2007.

Por su parte la STS 05/10/2022 plantea un supuesto interesante sobre un premio de lotería obtenido vigente la sociedad de gananciales. La cuestión planteada versaba sobre la procedencia de la acción de adición o complemento de una liquidación de gananciales en un caso en el que se omitió incluir en el inventario del convenio regulador suscrito cuatro años antes el dinero procedente del premio de lotería cobrado por el marido y cuya existencia era conocida por la esposa.

El Juzgado de Instancia desestimó la demanda al apreciar renuncia tácita y actuación contra los propios actos por parte de la esposa, mientras que la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de aquella, condenando al esposo a practicar una liquidación adicional, incluyendo en el inventario de la sociedad de gananciales, practicado cuatro años antes de la formulación de la demanda, el importe restante del premio de lotería obtenido durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

Señalar que el premio fue de 60.000 € pero el 20% fue destinado al pago de impuestos y 14.000 € a la cancelación del préstamo hipotecario que gravaba la que fue vivienda conyugal. Es importante señalar que la esposa no invocó que la omisión del dinero resultara de su ocultación dolosa o fraudulenta por parte del esposo, ni tampoco que la omisión determinara un consentimiento viciado por error sustancial que permitiera la anulación de la liquidación conforme a las reglas generales de invalidez de los negocios jurídicos.

Obviamente el ex marido formuló el pertinente recurso de casación planteando la improcedencia de una adición a una liquidación de gananciales en un caso en el que la esposa conocía la existencia del bien que no se incluyó en el inventario de la liquidación elaborado de mutuo acuerdo e invocó la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aprecia la existencia de renuncia tácita cuando se acepta un inventario en el que no se incluye, a sabiendas, un bien y además se declara que con las adjudicaciones realizadas los cónyuges se dan por pagados en sus derechos derivados de su sociedad económica matrimonial. En definitiva, se partió de una liquidación válida y eficaz, cuyos efectos se querían mantener pero completándola con el dinero que se dice se omitió.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo señala que la procedencia del complemento o adición de la partición estará en función de las circunstancias que concurran, es decir, si fue la voluntad de las partes realizar una liquidación por entero de la sociedad o, por el contrario, meramente parcial o, si ignoraban la existencia de los bienes omitidos o, a la inversa, conocían su existencia y no los incluyeron a sabiendas.

Si los cónyuges hubieran querido hacer una liquidación meramente parcial pueden, posteriormente, llevar a cabo una división del bien que permanece en comunidad y, a falta de acuerdo, acudir al juzgado.

Ahora, si querían realizar una liquidación total, la mera omisión de un bien ganancial no comporta por sí sola la atribución al bien de carácter privativo si no manifiestan otra cosa las partes.

Por otro lado, la omisión de un bien ganancial tampoco implica necesariamente una renuncia al ejercicio de las acciones o derechos que correspondan, si no hay renuncia, procedería la acción de complemento o adición de la liquidación (STS de 10/03/1997; 20/09/1999; 23/12/1998 y 23/10/2003).

Así, se ha admitido la acción de adición o complemento respecto de los bienes aparecidos o descubiertos después de la partición, entendiendo que la hecha se limitó exclusivamente a los bienes conocidos en ese momento (STS de 20/11/2003).

También se ha entendido que el hecho de que no se incluyeran determinados bienes en las operaciones particionales no implica renuncia a los demás bienes que en lo sucesivo puedan aparecer (STS de 19/11/1977).

Ahora bien, no menos cierto es que, en atención a las circunstancias, es posible llegar a la conclusión de que la omisión de bienes conocidos por ambos cónyuges en la liquidación practicada de mutuo acuerdo puede comportar una renuncia que impide reclamar posteriormente el complemento o la adición.

Lo mismo puede decirse que el contenido de una cláusula por la cual los cónyuges se dan por pagados en su haber puede considerarse como una renuncia; este fue el caso que se estudió en la STS de 17/03/2006; renuncia tácita que ya fue admitida en STS de 30/10/2001 al señalar que:

> *"si bien la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente, el artículo 6.2 del Código civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita"*.

Por lo tanto, el único modo de salvar esa situación, es decir, la omisión de un bien junto a la ante la existencia de una cláusula de renuncia, sería a medio de la impugnación del acto de la liquidación por hallarse este viciado por error provocado o cuando se violenta el consentimiento del otorgante (STS de 30/09/1996).

En definitiva, no procede el complemento o adición de la partición prevista en el art. 1.079 CC, aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales por remisión del art. 1.410 CC, cuando, conociendo la existencia de bienes que no se incluyen en el inventario y los interesados manifiestan, mediante una cláusula de cierre incluida en el convenio regulador, que dan por finiquitada la liquidación y se dan por pagados con las adjudicaciones efectuadas.

El contrato de alimentos: una propuesta frente a la soledad no deseada

C. ALICIA CALAZA LÓPEZ

Notario de A Estrada (Pontevedra)
Doctora en Derecho

I. EL CONTRATO DE ALIMENTOS. 1. TIPIFICACION. 2. LOS SUJETOS IMPLICADOS: 2.1. EL CEDENTE. 2.2. EL ALIMENTISTA: Diversos supuestos. 2.3. EL ALIMENTANTE: La asistencia personalizada. Hipótesis de pluralidad de obligados y la posibilidad de transmisión de sus obligaciones. 3. EL CONTENIDO DEL CONTRATO. 3.1. EL CAPITAL. Amplitud de posibilidades. 3.2. LA PRESTACION ALIMENTICIA. La esencia del contrato de alimentos. 4. LA PROBLEMÁTICA DEL INCUMPLIMIENTO Y LA RESOLUCION. 4.1. LA INOBSERVACIA DE LAS OBLIGACIONES: Hipótesis. 4.2. LA RESOLUCION. 4.3. EFECTOS. 4.4. UNA ALTERNATIVA: LA PENSIÓN SUSTITUTORIA. 5. LA EXTINCION.

1. EL CONTRATO DE ALIMENTOS[1]: TIPIFICACION

Entendemos por contrato de alimentos aquel en cuya virtud una de las partes, llamado alimentista, transmite determinados bienes o derechos a otra, llamado alimentante, en contraprestación de la asistencia vitalicia que este último ha de proporcionar al primero.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esa finalidad –en adelante LPPD–otorgó carta de naturaleza, en los artículos 1.791 a 1.797 del CC, al contrato de alimentos, dotando de tipicidad legal a una institución de consolidada tradición consuetudinaria, el vitalicio, reconocida por la doctrina y jurisprudencia, y ampliamente utilizada en la práctica social. Su origen inmediato se puede recabar en los documentos, fundamentalmente escrituras notariales, donde se ha procurado ofrecer una respuesta jurídica a las necesidades asistenciales de personas de avanzada edad, sin familiares directos para atenderles, o que, desasistidos por éstos, procuran tales servicios en personas ajenas al círculo estrictamente familiar.

2. LOS SUJETOS IMPLICADOS

En principio las partes del contrato son, el cedente y alimentista, y si bien esta es la estructura subjetiva "tipo" del contrato, no resulta infrecuente que se modifique por la sub-entrada adicional de otras personas, de forma que concurran una pluralidad de sujetos en la parte cedente o en la cesionaria.

2.1. *EL CEDENTE*

Si el cedente es menor de edad, los padres que no puedan atender personalmente a su cuidado, piénsese en padres ancianos, enfermos etc., y en su defecto los tutores precisarán previa autorización judicial previa para suscribir el contrato, correspondiendo, en todo caso, al Juez examinar casuísticamente si procede concederla, para lo cual atenderá al interés superior del menor, procurando impedir realidades encubiertas de abandono de hecho o dejación de las obligaciones y responsabilizándose, en cualquier caso, los representantes de la vigilancia del correcto cumplimiento de las obligaciones asumidas por el alimentante en el desarrollo ulterior del contrato[2].

1. Un trabajo en extenso, vid. CALAZA LOPEZ, A., *El contrato de alimentos como garantía de asistencia vitalicia*. Ed. Thomson Reuters ARANZADI. Cizur Menor, 15 de enero de 2020. ISBN 978-84-1308-727-6.

2. Los padres o tutores tienen, entre otras, la obligación legal de asistir y velar por el menor y, en su consecuencia, tan solo podrán recurrir a la prestación alimenticia por vía contractual por causas plenamente acreditadas que respondan a una verdadera imposibilidad de asistir al menor; adicionalmente, cabe subrayar que la obligación alimenticia a cargo del alimentante, no suprime ni minora en modo alguno el deber de los padres o tutores de alimentar al menor, así como de vigilar el exacto cumplimiento contractual, en su caso.

Desde un punto de vista jurídico no hay objeción alguna para que el menor emancipado, pueda constituirse en alimentista anticipándose con esta solución a un eventual escenario de dependencia física o intelectual. Sabido es que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor y que, en su caso, necesita, el complemento de capacidad para gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor. En este punto la Jurisprudencia sostiene como regla general, que, dado el carácter restrictivo de las prohibiciones contenidas en el Código, estas no deben ser interpretadas de forma extensiva, y ello porque si prevaleciera el criterio contrario quedarían sumamente mermadas y frecuentemente ilusorias las ventajas de la emancipación.

Si el cedente es una persona con discapacidad y dispone de una medida de apoyo de origen judicial, y, en concreto se ha designado un curador representativo, habrá de solicitar la previa autorización judicial para celebrar el contrato. Si la medida de apoyo legal del interesado fuera una curatela asistencial habrán de comparecer ambos cuando en la resolución judicial así se hubiera especificado, en otro caso comparece el interesado *per se*, sin perjuicio de la asistencia prestada en la fase previa.

Si la persona con discapacidad dispone de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, se deberán aplicar, como es bien sabido, de forma prioritaria y sin necesidad de autorización judicial, salvo que el propio interesado lo hubiera establecido en salvaguarda de sus intereses, anticipándose así a un eventual conflicto de intereses o injerencias indebidas.

Si la persona con discapacidad sin medidas de apoyo puede conformar y exteriorizar su voluntad conjugando el apoyo institucional del notario[3] con la asistencia de un guardador de hecho, hemos de seguir el criterio de la Circular informativa del Consejo General del Notariado 3/2021, del que cabe concluir que las actuaciones asistenciales, con independencia de la clase de acto al que se refieran, se hallan dispensadas de autorización judicial, en tanto que si lo están las actuaciones representativas.

La voluntad, el consentimiento contractual, constituye el eje de la seguridad jurídica y es precisamente en este punto donde los profesionales del Derecho y, específicamente los notarios afrontamos la siempre delicada pero imprescindible tarea de evaluar las facultades volitivas y de discernimiento de las personas; particular dificultad se presenta en determinadas dolencias neurodegenerativas – léase Alzhéimer, demencia frontotemporal, Parkinson, esclerosis lateral amiotrófica, que en una fase inicial son difícilmente recognoscibles en tanto en cuanto no exteriorizan señales de una posible merma del discernimiento perceptivo-cognitivo.

Una adecuada valoración del discernimiento junto al cabal asesoramiento e información exhaustiva de los derechos que adquieren las partes y las obligaciones recíprocas que asumen, permitirá abordar la elaboración de un contrato de alimentos que responda a las necesidades expuestas por el alimentista así como la delimitación de la fórmula concreta en que ha de ser satisfecha la prestación alimenticia, garantizando al propio tiempo la ausencia de vicios en la formación de la voluntad.

El consentimiento, resulta obvio, ha de ser libre y consciente, la falta de tales aditamentos determina que se encuentre viciado, a raíz de lo cual podemos afirmar que si la voluntad de los contratantes se ha formado defectuosamente existirá un vicio de la voluntad, cuyo origen puede situarse en el error o la ignorancia, el dolo, y la violencia o intimidación. Así podría suceder que en el alimentista concurriera algún vicio en la formación de su voluntad, y así sucedería, en efecto, cuando el interesado no alcanza a conocer o descifrar en integridad y exactitud las consecuencias jurídicas del negocio que pretende otorgar, y confunde *ad ex* el contrato de alimentos con un testamento en el que impone al beneficiario la obligación de prestar alimentos al testador, incurriendo en el equívoco y la contradicción de ignorar la pérdida patrimonial de presente que conlleva el contrato. Asimismo concurriría un consentimiento viciado cuando el alimentante se prevalece del estado de salud del alimentista, aquejado por una crisis depresiva o en tratamiento farmacológico con efectos secundarios sedantes, parestesias o alucinaciones, situación esta en la que se hace captación ilícita de voluntad de una persona enferma.

Por otra parte, dentro de la intimidación cabe distinguir aquellos supuestos excepcionales en que el individuo suscribe el contrato con una absoluta falta de consentimiento, donde la carencia es de tal magnitud que lleva aparejada la inexistencia contractual, de aquellos otros, más comunes, en que el referido vicio afecta al consentimiento libre y provoca la anulabilidad, impugnabilidad o nulidad relativa, en conformidad con el principio "*voluntas coacta voluntas* est".

Unos y otros vicios pueden afrontarse con la intervención del notario, al que incumbe reglamentariamente la superior protección y defensa de la parte más débil, por lo que en los contratos celebrados por alimentistas

3. Respecto a qué entendemos por el apoyo institucional del notario, vid., CALAZA LOPEZ, A., "Alineamiento entre la Ley de Derecho Civil de Galicia y la Ley 8/2021: integración autonómica del nuevo paradigma de la discapacidad". *La reforma de la discapacidad.* Fundación del Notariado. Madrid. 2022. ISBN: 9788495130464.

de edad avanzada, con dificultades especiales, o en situación de vulnerabilidad se impone una particular diligencia, esmero, y sensibilidad, que nos permita apreciar de primera mano las inquietudes, necesidades, preocupaciones y expectativas del potencial contratante, y en su atención informar de modo claro, detallado y paciente, pero también constante, las consecuencias jurídicas del negocio jurídico proyectado, las obligaciones asumidas, las garantías legales y aquellas otras convencionales para defender su posición jurídica ante una hipotética coyuntura de incumplimiento obligacional. Asimismo, en igualdad de condiciones, el instrumento público notarial salvaguarda los intereses del alimentante, al erigirse en la prueba capital de la transmisión onerosa ante una potencial reclamación de legitimarios del alimentista, al fallecimiento de este, o incluso durante la vigencia del contrato, si se pretende su anulación alegando la falta de discernimiento, mediante la prueba *iuris tantum* que contiene la escritura.

Lamentablemente el legislador ha desechado la exigencia de forma pública para el contrato de alimentos que tiene por principales destinatarios a las personas mayores y/o con necesidades especiales, pese a lo cual disciplina de forma explícita la inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad contradicción que obedece a que se opta implícitamente por la escritura pública como forma de celebración del contrato.

2.2. *EL ALIMENTISTA: Diversos Supuestos.*

El alimentista es la persona física directa e inmediatamente beneficiaria de la prestación de alimentos, a la que no se exige ningún requisito de edad, ni siquiera estar incluido en un determinado rango determinado de edad. Y si bien suele coincidir con la persona que cede los bienes, existen otros supuestos, en los que quien los transmite no tiene por objetivo recibir personal o, al menos exclusivamente, la prestación asistencial, sino que utiliza parte de sus recursos personales para beneficiar a un tercero

En esta situación cedente y alimentista son personas distintas, siendo innecesaria, en tal caso, la intervención del segundo por no ser parte en el contrato. Con todo, la cuestión más problemática debuta ante el incumplimiento de la obligación y bascula en torno a legitimación del alimentista para ejercitar la acción de resolución; resulta obvio que el tercero puede exigir al alimentante el cumplimento pero mayor debate suscita si el alimentista dispone efectivamente de legitimación para ejercitar la resolución por incumplimiento al no tener la consideración de parte contratante.

A pesar de que en las relaciones obligatorias se sostiene mayoritariamente que el tercero se halla investido de facultades para el ejercicio de aquellas acciones dirigidas a la defensa y protección de sus derechos e intereses, en el contrato en favor de tercero, por la señalada razón de no ser este parte en el contrato, la acción de resolución por incumplimiento correspondería exclusivamente a los sujetos contratantes en sentido estricto. Ello no obstante, la particularidad del contrato de alimentos justifica sobradamente que el legislador haya optado por otra solución, disponiendo así el artículo 1.795 CC que *el alimentista puede optar entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato.*

Si son varias personas las beneficiarias de la prestación habrán de atenderse las necesidades de los alimentistas a medida que vayan surgiendo, y sin que la extensión o calidad de la prestación dependa del valor de los bienes transmitidos por cada uno de ellos, debiendo considerarse que el valor total constituye un todo para la atención del conjunto. Ello no obstante, cuando los alimentistas sean simultáneos, el debate gira en torno al régimen solidario o mancomunado que ha de regir la relación entre los mismos; en principio, en defecto de pacto, se impone el carácter mancomunado de los créditos *ex* art. 1.138 CC, de modo que cada alimentista podría reclamar la parte o cuantía de la prestación que le corresponda, procediéndose a su división si no está previamente establecida en el contrato, como es obvio esta solución dista mucho de ser la más conveniente para este contrato donde no pueden concebirse prestaciones periódicas exactas para cada alimentista sino que, muy al contrario, han de ajustarse a las necesidades de cada uno de ellos, desiguales y variables en función de su situación existencial.

Es por ello por lo que se justifica una excepcional mancomunidad, mancomunidad *sui generis* o mancomunidad simple, en la que cada alimentista podría reclamar su propia parte, determinada por la atención y satisfacción de sus necesidades individuales al tiempo que debuten. Cabe, no obstante, hacer una excepción en aquellos contratos en que los alimentistas, o bien son un matrimonio, pareja de hecho, relación de análoga naturaleza o hermanos, situación ésta en la que resultará mucho más práctico y eficiente que uno de ellos pueda reclamar la prestación para todos, máxime si el que la necesita se halla imposibilitado para hacerlo personalmente. Distinto del anterior es el supuesto en que los alimentistas sean sucesivos, donde cada uno se beneficiará de la prestación alimenticia al extinguirse o finalizar la del anterior, por lo que tan solo se admitirá la reclamación del acreedor que en cada momento corresponda.

2.3. *EL ALIMENTANTE: La asistencia personalizada. Hipótesis de pluralidad de obligados y la posibilidad*

de transmisión de sus obligaciones.

El alimentante es la persona que se obliga a prestar alimentos y asistencia al alimentista, a cambio del "capital" que recibe.

La articulación del contrato de alimentos a través de la Ley 41/2003, de una clara inspiración asistencial de las personas con discapacidad permite afirmar que el principio inspirador de esta fórmula jurídico-privada es la protección exhaustiva con vocación de asistencia, personal y material. Por su parte, la experiencia apunta que sus principales usuarios son las personas mayores, los sujetos aquejados por una enfermedad persistente de carácter degenerativo así como los menores con discapacidad intelectual diagnosticada.

En estos y otros casos, frente al internamiento en un centro residencial especializado hemos de preguntarnos cuál es el "ingrediente" distintivo, aquel componente particular qué prevalece en el ánimo del alimentista, o el cedente, - para el caso de padres e hijos que no puedan atenderle en el futuro-, que motiva la decisión de escoger este instrumento asistencial. En este sentido, el elemento particular y categórico del contrato de alimentos respecto de otros como la renta vitalicia que garantiza una pensión periódica fija cobertera de las necesidades económicas, o el ingreso en una residencia lujosa con infraestructura y servicios más profesionalizados, es el factor personal: el alimentista se decanta por esta fórmula asistencial procurando una atención y cuidado con un trato personal, cercano y afectivo.

El contrato analizado se significa por un acusado carácter *intuitu personae,* entre las partes suele mediar una previa relación de confianza –por razones de vecindad o familiaridad– que conforma la íntima voluntad, determinación y convicción del alimentista de que será atendido y cuidado personalmente por el alimentante, a quien identifica individualmente como la persona obligada a la ejecución de la prestación alimenticia. Desde la óptica notarial, podemos atestiguar que el alimentista se siente amparado y protegido en la medida en que es cuidado por el alimentante con afecto y dedicación, si bien y en el mismo plano, cuando se reconozca su autogobierno, su capacidad de autocuidado, hasta donde sea posible, y siendo respetado su poder de control sobre la toma de decisiones en cuantas facetas de la vida estime conveniente.

El señalado cuidado personal, de igual exigibilidad jurídica que la asistencia material o económica, introduce un factor determinante en este tipo negocial, que le dota de una mayor especialidad frente a otros contratos con vocación asistencial como la renta vitalicia, el seguro de dependencia o la hipoteca inversa, que si bien participan de la finalidad de protección económica de las personas mayores, con discapacidad o dependencia, carecen del señalado matiz personal que implica un contrato de alimentos. A la vista de las numerosísimas resoluciones judiciales[4] así como de la diversidad de supuestos y cláusulas contractuales notariales, resulta patente que la atención a las necesidades afectivas, de compañía, así como el amparo y apoyo personal al alimentista goza de un peso concreto y específico en el contrato de alimentos que no podemos desconocer.

La indicada particularidad se ha constatado de forma explícita en el vitalicio gallego, y así el art. 148.1 LDCG declara sin riesgo de ambigüedad y de forma contundente que "La prestación alimenticia deberá comprender el sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica, así como las ayudas y cuidados, *incluso los afectivos*, adecuados a las circunstancias de las partes". La comparativa del texto gallego y su homólogo común permite concluir que el legislador estatal ha caminado hacia unos derroteros de corte más patrimonial [5], y así lo declara en la propia Exposición de Motivos, cuando configura el contrato de alimentos como una alternativa al de la renta vitalicia para atender a las *necesidades económicas* de las personas con discapacidad o dependencia.

La preponderancia del sustento patrimonial sobre el afectivo no implica el olvido o desconocimiento de este último, que resulta igualmente exigible; en este sentido cabe apuntar, por una parte, que ha de entenderse incluido en la *asistencia de todo tipo* del art. 1.791 CC y que, por otra, la aparición de cualquier causa grave que impida *la pacífica convivencia de las partes*, conduce a la novación de la forma de ejecutar la prestación, pasando de un modelo de convivencia personal al del pago de una pensión monetaria, dejando, por tanto, evidenciada una incuestionable relación personal entre alimentista y alimentante, reforzada por la llamada directa a la convivencia, para la cual, resulta obvio, es presupuesto *sine qua non* una relación personal estrecha, inmediata y directa.

4. Vid., la STSJ de Galicia, de 17 de enero de 2000 (RJ 2000/6954) donde advierte que, siendo la prestación de alimentos incluso necesaria, aunque secundaria, como causa del contrato, en su configuración como contrato típico, la necesidad de alimentos por parte del alimentista no resulta esencial, y así lo ha establecido la Ley al no exigirla como presupuesto estructural. En el idéntico sentido otras posteriores, entre ellas, la de 24 de mayo de 2006 (RJ 2007/3620) que subraya como característico del vitalicio, la presencia del elemento afectivo, ya señalado por la SAP de A Coruña, de 9 de febrero de 2001 (AC 2001/442).

5. El legislador priorizó la regulación del patrimonio protegido, por ello declara que "el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma".

Descendiendo a la realidad notarial, verificamos que el solicitante de este contrato suele ser, de ordinario, una persona mayor de sesenta y cinco años con una pensión media y un patrimonio propio, que vive en una soledad no escogida ni deseada y aspira a vivir su último ciclo vital en compañía, con la tranquilidad que le proporciona la asistencia personal afectiva del círculo familiar del alimentante, por lo que bien puede decirse que la vertiente personal del contrato de alimentos es fundamental, y en determinados contextos negociales, de mayor relevancia que la patrimonial. El alimentista espera, con toda legitimidad, mantener una relación afectuosa, o cuanto menos educada, considerada y cordial con el alimentante, de quien se aguarda que esté atento a sus necesidades materiales y a sus preocupaciones de todo orden, máxime si se ha pactado la convivencia en el hogar familiar.

Por supuesto, los cuidados afectivos poseen tanto categoría como causa autónoma, en atención a lo cual, una asistencia tosca desprovista de cercanía y rayana en el desprecio, supone que el alimentista pueda instar la novación en la forma prestacional, e inclusive la resolución contractual. Este es el proceder de las diversas instancias jurisprudenciales[6] anteriores y posteriores a la LPPD que reconocen con reiteración, la vertiente afectiva del contrato de alimentos, al punto de que su contravención, aun a pesar de la dificultad probatoria y su imposible coercibilidad, constituye incumplimiento del alimentante y por tanto, causa de resolución. La contrapartida surgirá por la falta de entendimiento personal o la incompatibilidad de humor, que pone en serio riesgo la subsistencia del sistema alimenticio si no se da el necesario ajuste entre dos o más personas en caracteres, costumbres y aficiones para lograr la convivencia, es decir, lo que se denomina «congeniar»[7].

La complacencia del alimentista, su nivel de satisfacción respecto de las atenciones personales recibidas carece de parámetros uniformes y como en todas las relaciones personales estará íntimamente ligada al talante y personalidad de las partes implicadas; tampoco puede medirse o fijar de antemano qué grado de cercanía personal debe ofrecer el alimentante, pues si en unos casos se espera un comportamiento al estilo de "cuidador" doméstico del alimentista en otros se pretende un acompañamiento en el decurso del día, compartir conversación, ocio y amistad[8]. En definitiva se impone el respeto, como norma convivencial cotidiana, lo cual no exige mucho más que mantener un trato afable y considerado, y que ha de extenderse al todo el núcleo del obligado y por tanto a los familiares y personas que convivan[9] bajo el mismo techo; respeto que ha de ser recíproco, y que cabe esperar del alimentista, al que pide un comportamiento "normal", evitando conductas histriónicas o peticiones a todas luces desorbitadas, en pro del bienestar domestico pues si las desavenencias son propiciadas por la conducta déspota, humillante, ofensiva, o, en definitiva obstruccionista del alimentista, facultarían al alimentante para solicitar la novación prestacional o, inclusive la resolución contractual.

Dicho esto, la asistencia personal no ha de confundirse con la disposición continua e inmediata a pie de cama a lo largo del *iter* contractual, no significa que siempre y en todo momento el alimentante haya de encargarse de forma directa del alimentista, pues dentro de la extensa escala de prestaciones que concurren en el contrato, razones de conveniencia y oportunidad apuntan que la obligación del art. 1.791 CC deba ser interpretada armonizando las necesidades presentes y futuras de ambas partes. Atendida la extensión temporal, para nosotros vitalicia, del este instrumento asistencial, proponemos que el alimentante, a su vez, se asista en la ejecución de determinadas tareas de terceros[10], sean familiares o personal contratado, para desarrollar faenas complementarias de tipo doméstico, o servicios de enfermería, etc.

Sin embargo, pese a lo dicho, no hay impedimento legal alguno para que una persona jurídica ocupe la posición de alimentante-deudor; en tal caso el cedente y/o alimentista transmitiría los bienes o derechos que constituyan el capital a una residencia, centro o institución similar que persiga fines lícitos de asistencia,

6. Cfr. SAP Córdoba, de 8 de febrero de 1994 (AC 1994/223) advierte sobre la exigibilidad de estas prestaciones al señalar que "A cambio de ello cedió el bien inmueble de su propiedad a una familia a la que conocía hacía tiempo y de la que esperaba obtener esas prestaciones que, con toda la carga afectiva que pudiese implicar, se convirtieron por mor del pacto, en auténticas obligaciones jurídicamente exigibles aunque haya de reconocerse que la coercibilidad encuentra no pocas dificultades" En el mismo sentido, la STSJ de Galicia, de 17 de enero de 2000 (RJ 2000/6954) al sostener: "los cuidados y ayudas de tipo afectivo, conforman junto a los alimentos un contenido típico del contrato, pudiendo ser incluso elemento determinante del otorgamiento de aquél…, por lo que la prestación de alimentos puede ser incluso secundaria, aunque necesaria, como causa del contrato".

7. Cfr. SAP de Islas Baleares, de 17 octubre de 2014 (AC 2014/2001).

8. Si bien se refiere a la obligación de cuidar al testador, la SAP de Madrid, de 8 de junio de 2018 contiene interesantes apreciaciones.

9. En este sentido la LDCG contempla expresamente en su art. 153 como causa de resolución la conducta gravemente injuriosa o vejatoria de la persona obligada a prestar alimentos, de su cónyuge o pareja o de los hijos con los que conviva respecto al alimentista.

10. Vid., SAP de Pontevedra, de 23 de febrero de 2010 (JUR 2010/155594) relativa a un caso en que es un familiar cercano –la hija de los esposos contratantes–, quien, durante los días laborables, atiende al alimentista.

a cambio de su manutención, alojamiento y atención de sus necesidades hasta su fallecimiento[11]. Este centro deberá contar entre sus fines primordiales con la prestación de asistencia, y ha de estar dotado de infraestructura sanitaria material y personal específicamente habilitada para la atención tanto de aquellas personas que se hallen física o psíquicamente con gran dificultad o imposibilidad para su autogobierno ordinario, como para aquellas otras cuya subsistencia dependa de cuidados especiales, y también de otras que, siendo autosuficientes, hayan tomado la legítima decisión de vivir en compañía de otros residentes.

En los contratos con personas jurídicas la relación de confianza entre las partes se traslada del plano personal al profesional, cediendo el carácter *intuitu personae* en pro de la profesionalización del alimentante, sin que por ello haya de decaer forzosamente, ya que el cedente igualmente seleccionará y escogerá aquel centro específico que mejor satisfaga sus propias necesidades físico-sanitarias, o las del alimentista en cuyo favor se contrate, al tiempo que la institución cesionaria contratará con aquellos alimentistas cuyas características en cuanto a edad, salud física, estado psíquico e incluso conducta social esté en condiciones de atender.

En el caso de que se haya contratado con una pluralidad de alimentantes, la regla general impone la presunción de no solidaridad *ex* art. 1.138 CC de modo que el alimentista podría reclamar a cada uno de los obligados tan solo la parte correspondiente de la conducta comprometida, sin pretender más de cada sujeto pasivo, quien, no estaría obligado a atender tal petición. Qué duda cabe que, esta mera hipótesis de mancomunada dividida, ni es acorde con la necesidad asistencial del alimentista, ni materialmente cabe la posibilidad de que el acreedor tenga como carga adicional concretar en qué obligado recae qué parte de conducta a desenvolver por parte de los deudores. De modo que, en buena lógica, la doctrina jurisprudencial se ha ido flexibilizando y si bien en un primer momento se justificó la solidaridad derivada no solo de los términos, sino de hechos o actitudes concluyentes, en la actualidad es suficiente que la naturaleza del contrato, o el interés a proteger así lo aconsejen, para la aplicación la estricta solidaridad de los alimentantes y uno de ellos responda por todos.

En otro orden de cosas, ha de subrayarse que, salvo pacto en contrario, no es de aplicación el art. 150 CC que, en sede de alimentos legales, determina la extinción de la obligación por fallecimiento del obligado a suministrarlos, sino el art. 1.257 del propio cuerpo legal que establece como norma general la transmisibilidad *post mortem* de los derechos y obligaciones nacidas *ex* contrato –con tres excepciones: pacto en contra, intransmisibilidad legal, o su naturaleza especial–.

Precisamente en esta última excepción a la regla general, encuentra, *a priori*, un argumento favorable, la intransmisibilidad *post mortem* de las obligaciones asumidas por el alimentante a sus herederos. Si uno de los elementos definitorios del contrato de alimentos es el carácter personalísimo de la prestación asistencial, una primera interpretación nos llevaría a concluir el resultado antes señalado, frustrándose con ello la finalidad de cuidado vitalicio del alimentista que se habría quedado sin las atenciones pactadas durante el resto de su vida. Si la obligación asumida en virtud del contrato de alimentos no fuera transmisible, el fallecimiento del deudor se constituiría en causa de extinción del contrato, los herederos sucederían en los bienes adquiridos por el cesionario –ya integrados en la masa hereditaria– quedando liberados de la obligación de asistencia para con el cedente, que a mayores sufriría la pérdida patrimonial; o como alternativa podría entenderse que concurre una causa de resolución del contrato, con un resultado si acaso menos perjudicial para el alimentista en el plano estrictamente económico pues recuperaría los bienes que en su día había entregado en contraprestación.

Para evitar estas desafortunadas consecuencias se argumenta que el referido carácter personalísimo ha de exigirse, con más intensidad, en la parte acreedora, facilitándose así la transmisión de las obligaciones, en caso de fallecimiento del alimentante inicialmente obligado, a sus herederos. Otro argumento alternativo puede encontrarse en el carácter vitalicio del contrato, que haría innecesario "forzar" su naturaleza personal, ni pactar explícitamente la transmisión de la obligación a los herederos del cedente.

3. EL CONTENIDO DEL CONTRATO

3.1. *EL CAPITAL. Amplitud de posibilidades.*

Una vez perfeccionado el contrato por el consentimiento de ambas partes, el cedente está obligado a la entrega, poniendo el bien en poder y posesión del alimentante, momento éste que suele coincidir en el tiempo con el otorgamiento del contrato, máxime si tiene por objeto un inmueble, alcanzándose con ello la transmisión

11. El elemento aleatorio está, al fin, plenamente acreditado y puede constatarse en ambas partes; para el alimentista la transmisión del capital que constituye su principal obligación en absoluto se ve alterada por el hecho de que el destinatario sea una persona jurídica, la incertidumbre del beneficio o merma patrimonial es exacta, y, por su parte, la institución o centro especializado, recibe el bien ignorando a que cuantía final ascenderán los gastos de manutención, cuidado y asistencia del alimentista, por lo que puede concluirse que ambas partes contratantes se exponen a idéntico riesgo de ganancia o pérdida a resultas del contrato.

del dominio en conformidad al sistema de título y modo que rige en el sistema jurídico español. Sin embargo, no existe inconveniente alguno diferir la entrega a un momento ulterior, señalando un *dies a quo*, o aplazándolo incluso hasta el fallecimiento del cedente.

Como ya hemos constatado, declara el art. 1.791 CC que "por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de *un capital en cualquier clase de bienes y derechos*". El término " capital" engloba una amplia casuística, y así puede recaer no solo en bienes, muebles o inmuebles, o derechos, sino también en derechos distintos al de propiedad, como derechos reales limitados sobre cosa ajena, etc., la condición *sine qua non* es que, sea cual fuere la naturaleza del capital, ha de ser susceptible de valoración patrimonial y encontrarse en la esfera de disponibilidad del titular.

En realidad el objeto típico del contrato es un bien inmueble, generalmente la vivienda habitual del alimentista, y habitualmente se transmite no su plena titularidad sino la nuda propiedad.

En un escenario socioeconómico con altas tasas de precariedad laboral, elevado coste de la vida y correlativa imposibilidad de ahorro familiar, así como un parque de viviendas con un valor en el mercado inmobiliario inalcanzable para buena parte de la población, la convivencia en la vivienda del alimentista parece una solución altamente provechosa para todos los implicados por los argumentos que exponemos. Por una parte, y desde la perspectiva del alimentista, está constatado que la reiteración de hábitos periódicos es altamente beneficiosa para su salud física y psíquica, se encuentra protegido en su domicilio habitual, en un escenario social que percibe como seguro, favoreciendo con ello tanto su estabilidad emocional como un desarrollo activo de sus actividades cotidianas. Por otra parte, hemos de convenir que si el objeto de cesión coincide, como es frecuente, con la vivienda del alimentista, aun cuando se estipulen garantías como la reserva del usufructo, no cabe duda que se facilita el acceso a la propiedad de los alimentantes, minorándose, de modo adicional, los no desdeñables gastos de conservación y mantenimiento de la vivienda, gastos a los que tal vez el alimentista no pueda hacer frente con sus propios ingresos, habitualmente provenientes de una exigua pensión estatal, siendo por lo demás relativamente usual que los alimentantes acometan obras de reforma y mejora de accesibilidad, para el adecuado uso y disfrute de todos los convivientes.

Por otra parte, la transmisión o cesión de derechos tales como el uso o habitación de carácter vitalicio que el cedente ostente sobre un bien inmueble, así como la de titularidades y/o aprovechamientos que al alimentista corresponda sobre tales bienes, ha sido admitido por la Jurisprudencia. En cuanto a la transmisión en bloque de la totalidad del patrimonio del cedente, si bien algunas resoluciones judiciales lo admiten, hemos de advertir sobre la conveniencia, mejor aún la necesidad, de reforzar legalmente las garantías de quien al fin y a la postre, será la parte más débil de contrato. Estas cautelas en pro del alimentista, las reivindicamos ante un progresivo deterioro físico y cognitivo que pueda llegar a imposibilitar la defensa de sus derechos ante un potencial incumplimiento del alimentante.

3.2. *LA PRESTACION ALIMENTICIA: La esencia del contrato de alimentos.*

De una interpretación integradora de la regulación legal del contrato, puede concluirse que la voluntad de las partes modaliza, individualiza y demarca el contenido de la prestación alimenticia, y que, en defecto de pacto, a nuestro juicio, existe un contenido primario o básico, predeterminado en el art. 1.791 CC comprensivo de *vivienda, manutención y asistencia de todo tipo al alimentista,* que, en todo caso debe respetarse.

En cuanto a las prestaciones consensuadas, concurren una pluralidad de hipótesis, de tal modo que en algunos casos el contenido se determina por una remisión genérica a la obligación legal de alimentos y, en otros por una descripción con vocación de exhaustividad, de las obligaciones de dar y hacer que engloba. El empleo de fórmulas detallistas, sin merma de la claridad que debe presidir el contenido estipulado, no supone mayores inconvenientes pues una enumeración de las prestaciones acordadas, despeja dudas e incertidumbres, al tiempo que facilita el cumplimento íntegro y exacto de la obligación alimenticia. En suma, si ya *ab initio* se fijan las reglas de las partes contratantes, se evitará el recurso a los Tribunales para su interpretación.

Como es natural los pactos sobre el contenido de la prestación alimenticia no solo no pueden ser contrarios a las leyes, la moral y al orden público, sino que, en buena lógica deben respetar la finalidad asistencial y el espíritu proteccionista que vertebra el contrato de alimentos. Consecuentemente, aquellos que menoscaben el contenido de la prestación, y la reduzca al extremo de poner en riesgo la asistencia del alimentista han de quedar excluidos del contenido de este contrato; idéntica consideración cabe realizar de aquellas relaciones obligatorias en que se pacta una prestación alimenticia vacía de contenido, dispensando implícitamente al alimentante de su ejecución, o cuando las prestaciones son figuradas, en todos estos supuestos el contrato podría estar presidida por un ánimo de liberalidad para con el alimentante, en perjuicio de los derechos de los legitimarios del alimentista.

Al señalar el art. 1.793 CC que *la extensión y calidad* de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato entendemos, *sensu contrario,* que la prestación prototipo o básica puede integrarse y complementarse con aquellas otras particulares adaptadas a las específicas necesidades del alimentista. En definitiva, se impone elaborar y redactar un contrato de alimentos "a la medida" del alimentista, evitando las escrituras o contratos "tipo", pues las necesidades de un alimentista si bien pueden ser similares, jamás serán idénticas a las de otros, resultando imprescindible individualizar el contrato, ciñéndolo casuísticamente en atención a la seguridad jurídica, claridad y eficacia exigible de una escritura pública.

Tradicionalmente y hasta la tipificación del contrato de alimentos, cualquier referencia jurídica al ámbito se determinaba recurriendo al art. 142 CC; desde la entrada en vigor de la Ley 41/2003, por "alimentos" se comprenderán, en principio, los tres elementos identificados en el art. 1.791 "vivienda, manutención y asistencia de todo tipo". La línea divisoria entre los alimentos *ex lege* de los surgidos *ex contractus*, se encuentra en el tipo de necesidad del alimentista, siendo la primera de subsistencia y la segunda de asistencia de modo que en este caso la obligación del alimentante no se limita a prestaciones de subsistencia tan mínimas como económicamente evaluables, sino que trasciende de esa perentoriedad material y abarca un complejo escenario.

La obligación de proporcionar vivienda, distinta de la de suministrar habitación, más propia de los alimentos legales, implica que el alimentante ha de poner a disposición del alimentista una vivienda digna y adecuada, de las características especificadas en el contrato, en su caso, en cuanto a superficie, distribución, practicidad, accesibilidad, entorno o ubicación, proximidad de servicios de atención primaria etc.

Para nosotros, la finalidad asistencial del contrato de alimentos justifica que la convivencia bajo el mismo techo haya de entenderse como un elemento esencial del contenido contractual, de tal modo que, salvo pacto expreso en contrario, sea inherente al negocio en sí. En esta línea interpretativa, sería posible exigir su cumplimiento en cualquier momento, aunque inicialmente, por las circunstancias que fueren, el alimentista residiera en otro domicilio distinto; en este sentido, no debemos olvidar que estamos ante un negocio de tracto sucesivo y duradero, en el que la edad del alimentista va minorando de forma progresiva su independencia personal y por ello, aun cuando en el momento inicial de la contratación, el alimentista prefiera vivir solo, al paso del tiempo puede llegar a depender de la asistencia continua e inmediata del alimentante para cubrir sus necesidades primarias, o en la contingencia de que el alimentista sufriera un accidente que le deje privado para siempre de movilidad; tales escenarios y tantos otros posibles demandan, a nuestro entender, que la asistencia exigible deba ser satisfecha en régimen de convivencia, y ello aunque no se hubiera pactado de forma explícita en el contrato[12].

Dicho esto, lo cierto y verdad es que la regulación del Código Civil, excepción hecha del art. 1.792 CC que parece presumir el régimen convivencial, pues no en vano, establece como alternativa el pago de una prestación monetaria si sobreviene alguna circunstancia grave que imposibilite la *pacífica convivencia*, el texto legal, decimos, no impone taxativamente la obligación del alimentante de prestar vivienda en régimen de convivencia, ante lo cual y para sortear eventuales controversias en este tema, convenimos en la necesidad de fijar, de antemano, en el clausulado contractual el lugar de cumplimiento de la prestación. En su defecto, bien podría entenderse cumplida con la puesta a disposición del alimentista de una vivienda, sin estar obligado a vivir con él, frustrando con esta solución parcial e insuficiente la legítima aspiración del alimentista de alcanzar una asistencia integral, la atención duradera implícita en la convivencia ordinaria bajo el mismo techo.

En puridad, el destinatario del contrato de alimentos no necesita una vivienda, tiene un patrimonio suficiente que precisamente le permite autofinanciar su cuidado, sufragar su estancia en un domicilio independiente o trasladarse a una residencia con todos los servicios contratados, si así lo deseara; muy al contrario, el objetivo y propósito del alimentista "estándar" es vivir en compañía, participar e integrarse en un hogar, recibir cariño y afecto, esquivando una indeseada soledad.

A falta de convivencia bajo el mismo techo, y excepción hecha de circunstancias extraordinarias como las señaladas, calificamos de irrenunciable la exigencia de proveer al alimentista de una vivienda cercana, próxima a la del alimentante, que facilite la presencia activa diaria de este último y su inmediata disponibilidad a través un sistema de comunicación diaria, para la atención de sus necesidades cotidianas. Como es natural corresponde el alimentante asumir todos los gastos necesarios para que el alimentista disponga de una vivienda equipada o, si así se ha pactado, su ingreso residencial en el centro especializado que se haya seleccionado.

12. Descendiendo al plano práctico, la casuística de las cláusulas de convivencia es variopinta, tal y como demuestran los casos vistos por diferentes resoluciones, entre ellas, SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 4 febrero de 2005 (JUR 2005/85768) que declara la resolución de un contrato, por incumplimiento de la esta prestación, ante la negativa de los cesionarios de darle habitación al cedente o SAP de Jaén, de 7 de junio de 2010 (AC 2010/1425).

Por otra parte, la enumeración del Código obliga a deslindar, dentro de la genérica expresión "asistencia de todo tipo", la estrictamente material, comprensiva de atenciones con sus correlativos gastos no incluidos específicamente en las dos prestaciones anteriores*, ad ex* la asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica, gastos de educación, entierro y funeral, de otro tipo personal relativa a un ámbito más íntimo, cercano, afectivo y moral. Existe otro tipo de gastos menores, de carácter residual, como el conocido "dinero de bolsillo", que se considera comprendido en el genérico concepto de asistencia, sin la imperiosa precisión contractual al respecto, siempre y cuando su importe no sea elevado, y tenga un carácter netamente complementario.

4. LA PROBLEMÁTICA DEL INCUMPLIMIENTO Y LA RESOLUCIÓN

4.1. *LA INOBSERVANCIA DE LAS OBLIGACIONES: Hipótesis.*

Por lo que respecta al alimentista, es inusual que quebrante su principal o casi única obligación de entrega, pues tal y como atestigua la práctica notarial la entrega o cesión suele concordar con el otorgamiento de la escritura pública. Cuestión bien distinta es aquella situación de actitud manifiestamente obstativa al cumplimiento del alimentante, de pasividad o de rechazo; y así, por ejemplo cuando el alimentista cambia voluntariamente de domicilio o impide el acceso a la vivienda, y contrata para su cuidado personal, los servicios de una tercera persona. En estos casos y otros similares es fundamental que el alimentante observe una conducta proactiva, en el sentido de manifestar su disposición a cumplir el contrato, por ejemplo notificando a los alimentistas la puesta a disposición de su domicilio –conforme a lo estipulado– y recibir las prestaciones fijadas, acreditando su voluntad inequívoca de cumplir en tiempo y forma.

En lo atinente al alimentante, suele afirmarse que incumple el deudor no sólo cuando no ejecuta la prestación debida, sino también cuando la ejecuta sin ajustarse a lo convenido, ya sea en forma o en tiempo, que provocan, en todo caso la incompleta satisfacción del interés del acreedor, existen, por tanto, tres posibles contextos: incumplimiento defectuoso, incumplimiento tardío e incumplimiento absoluto.

La imposibilidad que justifica la resolución no es única y exclusivamente aquella imposibilidad absoluta, de corte material y objetivo, sino que han de entenderse comprendidas situaciones como la demora excesiva, la insuficiencia o la inexactitud en el cumplimiento que, en definitiva, frustran la finalidad negocial. En todo caso, incumplida la obligación por el alimentante, el alimentista puede optar entre exigir el cumplimiento, con abono de los alimentos devengados con anterioridad a la demanda, o bien la resolución contractual, con aplicación de las reglas de las obligaciones recíprocas, además de la posibilidad de conversión de la prestación alimenticia en una pensión pecuniaria actualizable *ex* art. 1.792 CC.

La ejecución forzosa será realmente complicada en un contrato de tintes tan marcadamente personales como el que nos ocupa; ello no obstante, habría que deslindar los contratos de alimentos en que se haya convenido que las prestaciones sean acometidas por la persona del alimentante de aquellos otros en los que gran parte de las prestaciones alimenticias pueden y, si acaso deben, ser ejecutadas por un tercero a cargo y costa del alimentante, como el cuidado de grandes dependientes; pues bien, ante el incumplimiento del contrato pactado en la primera modalidad no atisbamos otra solución que acudir al cumplimiento por equivalencia, fijando el valor económico de la prestación, transformando, por tanto, el modo de ejecución, mientras que, en el segundo, la opción de cumplimiento parece más viable.

4.2. *LA RESOLUCIÓN.*

A la impropiamente denominada condición resolutoria explícita se refiere el art. 1.797 CC al señalar "Cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de *condición resolutoria explícita*...".

En puridad el pacto resolutorio expreso es, con mucho, la garantía más utilizada por las partes en los contratos de alimentos, y ello a pesar de la fuerte presión fiscal que concita. Es incuestionable que este pacto favorece al alimentista, refuerza su seguridad jurídica y, por ende, la tranquilidad de saber que si la relación que aborda no fructifica por incumplimiento de la prestación alimenticia, podrá resolver el contrato. Además de estas razones, el pacto resolutorio expreso responde a irrefutables objetivos de eficiencia civil y publicidad registral, pues el alimentista tiene la facultad de resolver automáticamente, *ipso iure*, evitando la prolongación de una situación fáctica de incertidumbre así como la intervención de los Tribunales de Justicia.

Resulta esencial advertir que la cláusula resolutoria – no obstante la recurrente nomenclatura de "condición" resolutoria- opera en exclusivo interés y beneficio del alimentista, a la parte cumplidora frente a la contraparte que ha incumplido, a diferencia del régimen propio de incumplimiento de las verdaderas condiciones.

La cuestión más controvertida estriba, como antes apuntamos, en determinar a quién corresponde la facultad resolutoria, al cedente del "capital" en tanto que parte contratante que ha sufrido la merma patrimonial, o al alimentista, en tanto que beneficiario directo de la prestación y perjudicado inmediato por el incumplimiento. Han de evaluarse dos hipótesis; en el contrato de alimentos que atribuye al alimentista el ejercicio de la acción, no hay debate; en otro caso, lo más juicioso será asimismo atribuir la facultad de entablar la acción al alimentista, y ello porque es el "perjudicado" directo por el incumplimiento –recordemos en este punto que el art. 1.124 CC invoca nominalmente al perjudicado– y porque en puridad tan solo él puede apreciar si concurre o no el incumplimiento, así como sopesar si le conviene optar por la ejecución forzosa, apostando por la conservación del contrato, o le resulta más ventajosa la resolución con restitución de los bienes inicialmente cedidos.

En los contratos de alimentos con pluralidad de cedentes, la legitimación activa para el ejercicio de la acción de resolución corresponderá, en buena lógica, a todos ellos respecto de todos los bienes cedidos, y ello porque los bienes se transmiten en bloque, con la finalidad de alcanzar la íntegra atención y satisfacción de las necesidades de los alimentistas, a modo de un todo indivisible, con todo, habrá de ventilarse casuísticamente la posibilidad de que uno de ellos actuase con legitimación suficiente por los demás.

Otro escenario que debemos examinar es que al fallecimiento de uno de los alimentistas tenga lugar el incumplimiento de la obligación alimenticia por el alimentante, probablemente porque en vida de los primeros ejercían una función de recíproca ayuda; ante una situación como la señalada la jurisprudencia reconoce al cónyuge supérstite legitimación para instar la resolución y recuperar la totalidad de los bienes.

Partiendo del carácter personal de la acción, únicamente el alimentista reúne los elementos de juicio necesarios para apreciar y alegar la causa, justificar el incumplimiento de la obligación alimenticia y, en consecuencia, instar la resolución contractual, por lo que es dudosa la posibilidad de transmitir la acción a los causahabientes del alimentista. SI el alimentista legitimado ha desistido de manera formal, o simplemente no lo hace, sus herederos estarán privados de legitimación para ejercitarla una vez tenga lugar el fallecimiento aquél de quien trae causa.

Ahora bien una vez instada la resolución por el alimentista, la acción pierde su naturaleza personal y se transpone a un plano económico-patrimonial, donde, en efecto, si se transfiere a los herederos del cedente. Del mismo modo, pero por diferentes razones, también se admite la transmisión de la acción en los supuestos de incumplimiento palmario, aquí la licitud de la transmisión dependería ya no tanto del efectivo ejercicio *inter vivos* de la acción, cuanto del hecho certero e irrebatible del incumplimiento, de tal manera que, incumplida que sea la obligación alimenticia germina el derecho a instar la resolución.

4.3. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

En materia de incumplimiento objetivo, hemos de matizar las consecuencias específicas de la resolución del contrato de alimentos, pues, aun cuando se considera que la retroactividad *ex tunc* sea el efecto típico de la resolución *in genere*, en los contratos con prestaciones recíprocas de tracto sucesivo o, mejor dicho, continuo, en el que fácilmente pueden haberse cumplido parte de las prestaciones, la resolución pretende extinguir el contrato con mera eficacia *ex nunc*, o hacia el futuro, a fin de que subsistan las prestaciones ejecutadas[13].

Es habitual insertar un pacto de retención, en cuya virtud el alimentante que probadamente haya incumplido perderá, en beneficio del alimentista, el derecho a recuperar los alimentos prestados; este pacto evita la estricta aplicación del criterio de la retroactividad que para el alimentista supone la devolución de las prestaciones obtenidas con un redoblado problema, la imposible, por una parte, restitución *in natura* de las atenciones personales que habrán de ser evaluadas patrimonialmente y la difícil, por otra, disponibilidad de capital dinerario suficiente para atender a tal pago.

Por lo que respecta a la obligación del alimentante de reintegrar "el capital", si este ha consistido en bienes inmuebles que han sido inscritos en el Registro de la Propiedad, la resolución por incumplimiento operará automáticamente. Por el contrario, si la transmisión no ha tenido acceso al Registro, o bien recae sobre bienes muebles, habrá que comprobar si el bien permanece en el patrimonio del alimentante o si éste lo ha transmitido a un tercero, y, en último término, si no puede restituir los bienes recibidos, el alimentista tendrá derecho al resarcimiento pecuniario.

Por otra parte, a tenor del art. 1.796 CC, una vez resuelto el contrato, "habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit que le permita constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida". Ciertamente este precepto no es un dechado de claridad legislativa, y no lo es porque propone un superávit quimérico o inexistente si reconsideramos que, conforme al artículo precedente, han de restituirse

13. Si conforme al art. 1795 CC el alimentante debe restituir inmediatamente los bienes recibidos y el alimentista las prestaciones recibidas o su equivalente en metálico parece que el legislador se ha decantado por dotar a la resolución de efectos *ex tunc.*

los mismos bienes recibidos, por lo que parece que está pensando en los bienes entregados en sustitución de los transmitidos por el alimentante, en cuyo caso lo que en definitiva ha de interpretarse es que, una vez resuelto el contrato, el alimentista deberá disponer de la sustitución por equivalencia, esto es, la estimación patrimonial de los bienes que en su día entregó con los que pueda constituir una pensión.

4.4. UNA ALTERNATIVA: LA PENSIÓN SUSTITUTORIA.

El art. 1792 CC facilita la solución convencional a una diversidad de situaciones que pueden tener lugar vigente el contrato y que suponen una variación sustancial de las circunstancias que las partes tuvieron en cuenta al celebrarlo. En definitiva se trata de evitar la conclusión anticipada del contrato, por el evidenciable deterioro personal y daño patrimonial que supondría para el alimentista, introduciendo al efecto la posibilidad- que no obligación- de modificar el régimen prestacional, sustituyendo la asistencia *in natura* por una pensión pecuniaria.

Dos son las circunstancias previstas por el legislador, una involuntaria y objetivable como lo es el fallecimiento del alimentante, y otra de tipo relacional, enraizada en el matiz personal del contrato, la conducta y el talante de los contratantes, en definitiva, el buen o mal entendimiento entre las partes, difícil de apreciar y acreditar, y, por tanto, de corte subjetivo. En el primer caso se atribuye la facultad de solicitar la modificación de la prestación, - tanto a su acreedor, el alimentista, como a los herederos del deudor-, medida lógica y comprensible si pensamos que ambas partes afrontan una relación estrecha e intensa de corte personal que no habían proyectado hasta ese momento.

Desde la perspectiva del acreedor de los alimentos convencionales podemos contemplar, al menos, dos hipótesis bien diferenciadas; la primera responde a aquellas situaciones en las que el alimentista reside desde la formalización – muchas veces incluso antes- en el domicilio familiar, conviviendo bajo el mismo techo con el primitivo alimentante y sus herederos, y en la que concurren dos factores que facilitan *a priori* la subsistencia del contrato: de una parte, la familiaridad recíproca, y de otra, el conocimiento directo e inmediato de la atención prestacional.

En el segundo de los supuestos se concede al alimentante, o, fallecido éste a sus herederos, y al alimentista la facultad de transformar la forma prestacional cuando concurra cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, es decir cuando haya una rotunda disparidad de caracteres o incompatibilidades personales, lo que comúnmente se conoce en España como “no congeniar” y en Francia como “incompatibilidad de humor”.

En definitiva este precepto consagra una medida sostenida por la jurisprudencia y que residía en sustituir la prestación alimenticia en especie por el pago de una pensión de alimentos, cuando o bien no se conseguía probar clara y suficientemente el incumplimiento de los alimentantes, o bien el alimentista obstaculizaba la prestación y el alimentante suplía la obligación de asistencia personal por el pago de una prestación monetaria, aplicando analógicamente el art. 149CC.

Señala el Código Civil que para establecer la pensión sustitutiva se atenderá, en primer lugar, a lo acordado y previsto por las partes en el contrato y, a falta de pacto en este sentido, será la que decrete el Juez. Por tanto, y no obstante la dificultad de probar hechos que tienen lugar en un escenario de intimidad corresponderá al órgano judicial, valorar y concluir si con esta solución se cumple, si quiera de modo alternativo, la finalidad asistencial, y en caso afirmativo, su cuantía dineraria.

El legislador impone una cierta revalorización cuando especifica que “la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable, a satisfacer por plazos anticipados”. Por desgracia esta llamada parece vacía de contenido, en tanto que ni disciplina reglas, pautas o criterios para su puesta en práctica, y lo que es peor, omite cualquier referencia a la auténtica esencia y particularidad de la obligación alimenticia contractual, la variabilidad. En puridad del tenor literal del precepto no se colige la variabilidad de la pensión en función de las necesidades del alimentista y si bien tal afirmación es irrefutable, no es menos cierto que, atendido al espíritu tuitivo y la finalidad asistencial que conforma el contrato de alimentos, el término “actualizable” ha de ser interpretado como la concordancia, correlación y conformidad de la cuantía económica de la pensión a las necesidades del alimentista en el momento en el que se desencadene la conversión.

5. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Señala el art. 1794 CC que “la obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero[14]”.

14. A su vez, el art. 152 CC, en sede de alimentos legales dispone “Cesará también la obligación de dar alimentos: 1. Por muerte del alimentista; 2. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender

El descarte de la causa segunda del art. 152CC, es lógica si tenemos en cuenta que, con arreglo al art. 1793 del propio cuerpo legal "el contenido de la prestación alimenticia no depende de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni del caudal del alimentista"; por tanto, la fluctuación de la fortuna del alimentante ni constituye causa de extinción del contrato, ni tampoco puede fijarse como límite, medida o parámetro de la prestación alimenticia[15].

La tercera causa de extinción hace referencia al supuesto en que el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia es inaplicable al contrato de alimentos, que tiene por causa *negotii* la asistencia integral, que no la subsistencia vital.

La intelección del art.1794CC, señalando que la cuarta causa no se aplica al contrato de alimentos convencional nos llevaría al absurdo de interpretar a *sensu contrario* que, el contrato debe mantenerse aun cuando el alimentista perverso, maltratara de obra o injuriara gravemente de palabra al alimentante. De seguirse esta línea exegética podríamos encontrarnos con que el alimentista pudiera observar una conducta reprobable para forzar de hecho el incumplimiento por imposibilidad del alimentante, - inerme ante tal comportamiento- e instar la resolución contractual con la eventual recuperación del capital cedido, en perjuicio de un cesionario bien dispuesto para el cumplimiento de su obligación.

Por lo que se refiere a la causa señalada con el número cinco, cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa, resulta obvia su inaplicabilidad, sin que merezca mayor análisis.

Así pues, conforme al Código Civil, la única causa común de extinción de los alimentos legales y los convencionales es la muerte o fallecimiento del alimentista, o del último que sobreviva de ser varios; no, sin embargo, el fallecimiento del alimentante u obligado a proporcionar alimentos, y esta es una de las notas distintivas de los alimentos convencionales y los legales, donde también el fallecimiento del alimentante constituye una causa de extinción a diferencia de los alimentos nacidos *ex contractu* donde la obligación de prestar los alimentos no se extingue por la muerte del obligado, sino que se transmite a sus herederos, prolongándose a lo largo de la vida de la alimentista.

A pesar de que, por contraste con la legislación gallega y catalana, el Código Civil, no instituye una transmisión *ope legis* de la deuda alimenticia a los herederos del alimentante, esta solución puede inferirse de una interpretación conjunta e integradora de los art. 1791 y su correlativo siguiente que, atendido el carácter personalísimo de este contrato, se anticipa a una eventual disconformidad de caracteres entre las partes para arbitrar el recurso de sustitución de la prestación *in natura* por una especie de renta vitalicia actualizable, siguiendo de esta manera la línea trazada por las resoluciones recaídas en esta materia antes de la regulación *ex novo* del contrato de alimentos

Al fin la extinción de la relación alimenticia tiene lugar, asimismo, cuando, frente al incumplimiento del alimentante el acreedor de la prestación insta la resolución contractual *ex* art. 1795CC, y, de modo análogo, cuando se pacte, como es habitual, la cláusula resolutoria explícita, bajo los presupuestos, en las condiciones y con las consecuencias que hemos pormenorizado.

sus propias necesidades y las de su familia; 3. Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia; 4. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación; 5. Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa".

15. El carácter bilateral y oneroso del contrato de alimentos, la circunstancia de que el alimentante se obligue a proporcionar la prestación, a cambio, o, en contraprestación del capital recibido supone que las vicisitudes que experimente el patrimonio del cesionario a lo largo del *iter* contractual deban resultarle, a estos efectos,
Indiferentes.

Instrucción para Ayuntamientos en casos de empadronamiento de menores

NURIA ESTHER CARRILLO PÉREZ

Abogada de Familia
AEAFA

Resolución de 3 de febrero de 2023, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Autonómica y Local, por la que se modifica la de 17 de febrero de 2020, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del Padrón municipal. Publicado en BOE nº 33, de fecha 8 de febrero de 2023, páginas 17975 a 17987, (13 páginas).

https://www.boe.es/boe/dias/2023/02/08/pdfs/BOE-A-2023-3291.pdf

La presente resolución se ha dictado como consecuencia de la LO 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que modificó el artículo 154 del Cc a los efectos de dejar constancia de la determinación del lugar de residencia de los menores forma parte de las funciones de patria potestad.

A pesar de que esta es la directriz que preside el cambio y a pesar de que a ella se hace referencia en el EM de la resolución, sigue refiriéndose al hecho de que quien realice los trámites ostente la guarda del menor, (según consulta realizada por el órgano que dicta la resolución al Ministerio de Justicia).

Asimismo, se han creado nuevos modelos de tramitación como anexo I y anexo II de la resolución.

El principio general es:

1.- los menores de edad no emancipados tendrán la misma vecindad que los padres que tengan su guarda o custodia o de sus representantes legales, salvo autorización por escrito de estos para residir en otro domicilio o municipio diferente.

2.- los mayores de edad que presentan alguna discapacidad y tengan nombrado de forma excepcional un representante voluntario o judicial tendrán su misma vecindad, salvo autorización por escrito para residir en otro domicilio o municipio.

Para acreditar dicha representación será suficiente, en principio, el Libro de Familia o certificación de nacimiento.

EMPADRONAMIENTO INTERESADO POR AMBOS PROGENITORES

"En caso de que se solicite la inscripción o cambio de domicilio de un menor con ambos progenitores, se exigirá además la cumplimentación de la hoja padronal o formulario por el que se notifiquen al Ayuntamiento los datos de inscripción del menor, firmada por los dos progenitores"

EMPADRONAMIENTO INTERESADO POR UNO DE LOS PROGENITORES CON CONSENTIMIENTO DEL OTRO O CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL

"Cuando se solicite la inscripción o cambio de domicilio de un menor con uno solo de sus progenitores, será necesario acreditar el consentimiento de ambos (siempre que uno de ellos no haya sido privado de la patria potestad, en cuyo caso deberá presentarse la correspondiente resolución judicial) o, en su defecto, aportar una autorización judicial.

El consentimiento de ambos progenitores podrá recogerse en la hoja padronal mediante la que se notifiquen los datos de inscripción del menor, si estuviera habilitada para ello, o en una autorización por escrito que se acompañe a la misma".

EMPADRONAMIENTO INTERESADO POR UNO SOLO DE LOS PROGENITORES CUANDO NO HAY CONSENTIMIENTO DEL OTRO NI AUTORIZACIÓN JUDICIAL

"(…), Será posible el empadronamiento según la siguiente casuística: 1.- Cuando no existe resolución judicial que se pronuncie sobre la guarda o custodia del menor, (separaciones de hecho, separaciones en trami-

tación,...), el progenitor solicitante deberá aportar una declaración responsable conforme al modelo que figura como anexo I, indicando que se encuentra en uno de los siguientes supuestos:

a) Que no puede aportar el consentimiento del otro progenitor, pero se puede producir una afección a los derechos del menor y ha interpuesto procedimiento judicial para obtener la autorización judicial pertinente (adjuntar documentación acreditativa), o

b) Que no puede aportar el consentimiento del otro progenitor por imposibilidad manifiesta para recabarlo y se puede producir un perjuicio para el menor.

2.- Cuando existe una resolución judicial que atribuye la guarda y custodia en exclusiva al progenitor que solicita la inscripción o el cambio de domicilio.

"El solicitante deberá aportar una declaración responsable conforme al modelo que figura como anexo II, indicando que tiene atribuida en exclusiva la guarda y custodia del menor, (adjuntar resolución judicial) y se encuentra en uno de los siguientes supuestos:

a) Que no puede aportar el consentimiento del otro progenitor, pero se puede producir una afección a los derechos del menor y se ha interpuesto procedimiento judicial para obtener la autorización judicial pertinente (adjuntar documentación acreditativa),

b) Que no puede aportar consentimiento del otro progenitor porque la sentencia se dictó en rebeldía o el otro progenitor está en paradero desconocido y no se está cumpliendo el régimen de visitas en ninguno de los dos casos, o

c) Que no puede aportar el consentimiento del otro progenitor por imposibilidad manifiesta para recabarlo y se puede producir un perjuicio para el menor".

3.- Empadronamiento cuando existe una resolución judicial que establece la guarda y custodia compartida por ambos progenitores.

"Si la resolución judicial por la que se fija la guarda y custodia compartida no se pronuncia sobre el lugar de empadronamiento, el Ayuntamiento exigirá prueba documental de que existe mutuo acuerdo entre los progenitores antes de tramitar cualquier modificación del domicilio del menor y, en caso de que no se pueda acreditar el mutuo acuerdo, deberá exigir la presentación de una nueva resolución judicial que se pronuncie expresamente sobre el empadronamiento, y no llevará a cabo la modificación en tanto no se aporte alguno de los documentos anteriores".

EMPADRONAMIENTO EN EL DOMICILIO DE UN TERCERO

"(…), se requerirá la autorización por escrito de ambos, o de uno de ellos junto con la correspondiente declaración responsable, en función de los supuestos siguientes:

1.- La guarda y custodia la ostentan ambos progenitores:

- Si existe resolución judicial que se pronuncia sobre la guarda y custodia compartida, "se requerirá la autorización por escrito de ambos o resolución judicial, no siendo posible el empadronamiento con declaración responsable".

- Si no existe resolución judicial que se pronuncie sobre la guarda y custodia (separaciones de hecho, separaciones en tramitación,...), será posible el empadronamiento con la autorización por escrito de uno de los progenitores junto con una declaración responsable, (anexo I), cuando se encuentre en alguno de los siguientes supuestos, es decir:

a) Que no puede aportar el consentimiento del otro progenitor, pero se puede producir una afección a los derechos del menor y ha interpuesto procedimiento judicial para obtener la autorización judicial pertinente (adjuntar documentación acreditativa), o

b) Que no puede aportar el consentimiento del otro progenitor por imposibilidad manifiesta para recabarlo y se puede producir un perjuicio para el menor.

2.- Guarda y custodia atribuida en exclusiva a uno de los progenitores.

El empadronamiento será posible con su autorización junto con una declaración responsable, (anexo II), cuando se encuentre en alguno de los siguientes supuestos:

a) Que no puede aportar el consentimiento del otro progenitor, pero se puede producir una afección a los derechos del menor y se ha interpuesto procedimiento judicial para obtener la autorización judicial pertinente (adjuntar documentación acreditativa),

b) Que no puede aportar consentimiento del otro progenitor porque la sentencia se dictó en rebeldía o el otro progenitor está en paradero desconocido y no se está cumpliendo el régimen de visitas en ninguno de los dos casos, o

c) Que no puede aportar el consentimiento del otro progenitor por imposibilidad manifiesta para recabarlo y se puede producir un perjuicio para el menor.

MENORES TUTELADOS

"En los supuestos de tutela, acogimiento, etc. la representación se acreditará mediante la aportación de la resolución judicial o administrativa correspondiente".

PADRÓN DE MENORES MAYORES DE 16 AÑOS QUE VIVE SOLO

Habida cuenta de lo expuesto en los artículos 243 y 247 del Cc, y de que el mismo cuerpo legal no requisito formal del consentimiento paterno para vivir independiente de los progenitores, y que configura este sistema de emancipación como una presunción, "el gestor del Padrón debe entender que cuando un mayor de dieciséis años aparece inscrito en un domicilio distinto del de sus padres o tutores es precisamente porque tiene su consentimiento para vivir independiente. Por ello es correcto dar de alta en el Padrón a un menor de edad que sea mayor de dieciséis años sin exigir requisitos o documentos distintos de los que se requieren para cualquier mayor de edad.

Por otra parte, cualquier menor a partir de dieciséis años podrá solicitar la modificación de sus datos padronales, aportando la documentación correspondiente".

CAPACIDAD JURÍDICA EN MATERIA PADRONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Con carácter general, tras la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, "no procede realizar ningún tipo de distinción en el empadronamiento de estas personas. Por lo tanto, pueden realizar los trámites padronales en nombre propio, sin necesidad de representante".

"No obstante, cuando excepcionalmente haya que nombrar un representante judicial, de conformidad con el artículo 249 del Código Civil, el mismo deberá acreditar la representación a efectos padronales mediante la correspondiente autorización o resolución judicial.

Por otra parte, la disposición transitoria quinta de la Ley 8/2021 establece un régimen transitorio para la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley (el 3 de septiembre de 2021), estableciendo un plazo máximo de tres años para que estas revisiones se lleven a efecto. Mientras tanto, los cargos que fueron nombrados en virtud de resolución judicial seguirán actuando en interés de la persona con discapacidad hasta que se produzca la revisión, por lo que sus actos deben entenderse válidamente realizados".

El único pacto sucesorio del Código Civil: la promesa de mejorar o no mejorar del art 826 y su utilidad práctica

Fernando Gomá Lanzón

Notario

Los más de 400 artículos que el Código Civil dedica al derecho de sucesiones contienen multitud de instituciones y posibilidades, y algunas de ellas se encuentran muy olvidadas, cuando quizá podrían tener una utilidad práctica interesante. Tal ocurre con la llamada promesa de mejorar o no mejorar, regulada en el artículo 826:

Artículo 826. La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida. La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto.

Un artículo breve, en apariencia no demasiado trascendente, y que sin embargo contiene una excepción absolutamente extraordinaria y única a la regla general del artículo 1271.2, que prohíbe los pactos sucesorios: Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.

Esta prohibición de pactar se insiste y remacha en otros artículos, como el 816 que dice que toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción.

O, en donaciones, cuando se impide a los legitimarios renunciar anticipadamente, en vida del donante, a la computación de donaciones a efectos de calcular su legítima (655).

O con la prohibición expresa del testamento mancomunado, en la medida que supone un pacto sucesorio entre los cónyuges respecto de las cláusulas comunes (669).

Pero el artículo 826 sí recoge un verdadero pacto sucesorio, puesto que se refiere a cuestiones hereditarias que producen efecto en vida del causante, y que, además, éste no puede revocar por testamento, sino que tiene que estar a lo pactado.

Lo cierto es que este pacto puede decirse que en la práctica es inexistente, como si careciera por completo de utilidad. Y, sin embargo, puede serlo, y mucho, en la actualidad, puesto que del matrimonio inseparable con hijo comunes, propio de la época del Código Civil y en el que este tipo de promesas quizá no tuvieran tanta razón de ser, se ha pasado a una realidad en el siglo XXI en la que hay muy frecuentemente dos o más matrimonios, con hijos de varias relaciones que confluyen en un nuevo matrimonio de los respectivos padres.

Y ello tanto en situaciones de crisis matrimonial como en el caso contrario, que se vaya a contraer matrimonio y existan o puedan existir hijos comunes y no comunes.

Así, por ejemplo: Matrimonio con hijos anteriores por parte de uno o de los dos contrayentes: Una pareja que se va a casar, o ya se ha casado, teniendo uno de ellos, o los dos hijos, de anteriores relaciones, y que pactan en capitulaciones matrimoniales que no van a mejorar a los hijos anteriores respecto de los que tengan comunes en su relación. Es una forma de asegurarse de que los hijos comunes que tengan ya, o que puedan tener en el futuro, no vayan a ser de peor condición en la herencia que los hijos que proceden de otras relaciones respectivas.

En el mismo caso anterior, pueden pactar mejorar a los hijos comunes que tengan, o que puedan tener en el futuro, en el porcentaje de la herencia que se especifique, respetando obviamente los derechos legitimarios de los demás.

Matrimonio que se va a divorciar con hijos comunes: pueden pactar, habitualmente como parte del convenio de divorcio aunque siempre en escritura de capitulaciones, que los hijos comunes queden mejorados respecto de los que puedan cada uno de los padres tener en el futuro con otras relaciones. Es, de nuevo, una forma de asegurarse para los hijos un porcentaje cierto en la herencia de uno, o los dos progenitores. En cierto sentido, comparte razón de ser con la pensión alimenticia que se pacta en el convenio de divorcio para los hijos, acordar para ellos determinadas prestaciones económicas.

Por su parte, el artículo 827 del Código, completa la regulación, diciendo: La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero. Reitera que la mejora en capitulaciones no es revocable, es un pacto sucesorio, obligatorio y que se impone a lo dispuesto en el testamento de los que lo han otorgado. Dentro del Código Civil es, desde luego, una rarísima avis, pero son artículos como todos los demás, y perfectamente aplicables y exigibles.

La mención al contrato oneroso celebrado con un tercero remite a un supuesto casi de laboratorio, la doctrina pone como ejemplo el muy improbable caso ejemplo de que dos consuegros (con hijos casados entre sí) pacten un negocio oneroso, en el que la prestación de uno de los dos fuera la promesa de ese padre de mejorar a su hijo, el cual está casado con el del otro contratante.

Existe muy escasa jurisprudencia y doctrina acerca de esta figura, en consonancia con su ausencia de utilización, pero sí podemos apuntar lo siguiente:

La promesa de mejorar o no mejorar solamente puede referirse a los que legalmente son aptos para recibir este beneficio, es decir, los descendientes. Este pacto solamente se puede modificar o anular conforme al artículo 1331 CC, es decir, con el concurso de sus otorgantes. Si son otorgadas antes del matrimonio, quedan sin efecto si el matrimonio no se celebra dentro del años siguiente (1334 CC).

La promesa de mejorar puede referirse a hijos ya nacidos, concebidos e incluso concepturus. La promesa de mejorar debe entenderse en sentido amplio, pudiendo incluir el tercio de libre disposición (STS 14 de noviembre de 1958).

En mi opinión, también debe considerarse una promesa de mejorar el establecer en capitulaciones matrimoniales que la donación que se haya hecho por parte de algún padre a un hijo común tenga el carácter irrevocable de no colacionable –es decir, mejora sin que se pueda posteriormente alterar dicha condición por vía testamentaria.

Siendo una figura tan especial, será muy conveniente en las capitulaciones fijar exactamente todos los aspectos de la misma: porcentaje de mejora, transmisibilidad a descendientes del mejorado, causas de ineficacia o condiciones impuestas, en su caso, etc.

NOTA: Este artículo ha sido publicado anteriormente en la web "Hay Derecho"

EL SUPREMO AL DÍA

M.ª Dolores Azaustre Garrido

TS

SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 2022
Roj: STS 1759/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1759
Nº de Recurso: 5270/2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Aunque el matrimonio se celebró cuando la esposa tenía 55 años, se fija pensión compensatoria pues el matrimonio se prolongó durante 20 años, y ella dejó de trabajar poco antes de contraer el matrimonio, teniendo 74 años cuando se dicta la Sentencia de divorcio y una discapacidad del 85% que precisa de la ayuda de otra persona. Además, se tiene en cuenta la atención del esposo desde el inicio de la relación, dada la mala salud de aquella. Para fijar la cuantía se valora que percibe una pensión pública y que es usufructuaria de un inmueble cuya nuda propiedad pertenece al esposo, y que puede utilizar o arrendarlo. Los efectos de la pensión que fija el Tribunal Supremo se retrotraen a la fecha en que se dictó la Sentencia por la Audiencia Provincial, primera resolución que la fijó.

El recurrente entiende que en la sentencia recurrida se ha limitado el tribunal al fijar la pensión compensatoria, en equiparar los patrimonios, lo cual no es la finalidad de lo establecido en el art. 97 del C. Civil.

Como señala la STS 236/2018, de 17 de abril, con cita de las SSTS de 22 junio de 2011, y 18 de marzo de 2014, rec. 201/2012: “El punto principal se refiere al concepto de desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así dice que “(...) tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones eco-

nómicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge"".

En la sentencia 100/2020, de 12 de febrero, se declara: "Ahora bien, como señala la reciente STS 96/2019, de 14 de febrero, la simple desigualdad económica no determina de modo automático un derecho de compensación y es preciso ponderar en conjunto la dedicación a la familia, la colaboración en las actividades del otro cónyuge, la situación anterior al matrimonio, el régimen de bienes a que haya estado sometido el matrimonio, así como "cualquier otra circunstancia relevante", de acuerdo con lo dispuesto en la recogida en último lugar en el art. 97 CC.

"Ello es así, dado que las circunstancias concurrentes del art. 97 del CC operan como criterios determinantes de la existencia del desequilibrio y como módulos de cuantificación de su montante económico (SSTS de 19 de enero de 2010, de pleno [RC n.° 52/2006], luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 [RC n.° 514/2007], 14 de febrero de 2011 [RC n.° 523/2008], 104/2014, de 20 de febrero y 495/2019, de 25 de septiembre, entre otras muchas)".

A la vista de esta doctrina jurisprudencial debemos declarar que el tribunal de apelación ha valorado el desequilibrio existente entre los cónyuges tras el divorcio.

El tribunal de apelación ha tenido en cuenta: 1. Los 20 años de matrimonio, en régimen de separación de bienes; 2. Que ella dejó el trabajo al casarse o poco antes, cuando ya convivía con él, pero no consta que nada le impidiese seguir trabajando; 3. Que ella tenía 74 años al momento de la sentencia del juzgado; 4. La alta dependencia física de ella (83% de discapacidad), que precisa de la ayuda de otra persona; 5. La atención al esposo, dada su mala salud, desde el inicio de la relación;

Estos datos junto con la disparidad de ingresos aconsejaban, con evidencia, la fijación de una pensión compensatoria, por lo que no es cierto que la Audiencia Provincial solo tuviese en cuenta la diferente situación económica.

Por otro lado, consta que la Sra. Juliana tiene una pensión de 900 euros, que al momento del divorcio mantenía una notable cantidad de dinero en su cuenta corriente, pese a que no tenía ingresos propios y que adquirió (vigente el matrimonio) el usufructo de un piso, garaje y trastero, del que quien fue su esposo tiene la nuda propiedad, por lo que puede disfrutar de las rentas derivadas de dicho piso, o habitarlo. No consta que antes del matrimonio tuviese la propiedad de bienes inmuebles, unido ello a que se confundieron en la sentencia recurrida los ingresos netos con los brutos.

En suma, se ha producido un desequilibrio económico tras el divorcio, si bien no de tan elevada proporción como el valorado en la sentencia recurrida, unido ello a que la recurrente obtuvo durante el matrimonio una situación económica de privilegio, con respecto a la que disfrutaba antes del matrimonio.

Todo ello nos lleva a establecer una pensión compensatoria de mil euros (1000.- euros), con carácter indefinido, con efectos desde la fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial, primera resolución que la fijó (sentencia de esta sala 689/2021, de 8 de octubre).

TS

SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2022

Roj: STS 1946/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1946
Nº de Recurso: 6230/2021
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Habiéndose trasladado la madre, por motivos profesionales a otro país, ambos progenitores deberán costear los desplazamientos del padre para mantener el contacto con su hijo en el régimen de visitas fijado en la sentencia, si bien se establece como máximo la contribución de la progenitora en 150 euros por cada viaje de ida y vuelta, cantidad que se actualizará anualmente conforme al IPC.

En condiciones de armonía familiar, la relación jurídica paternofilial se construye sobre la convivencia de los hijos con sus progenitores. En un contexto de tal clase las responsabilidades parentales se ejercen, de una forma natural y espontánea, a través de recíprocos pactos informales para atender al cuidado y crianza de los hijos comunes, con la obligación de actuar en interés de la familia (art. 67 CC). No obstante, la fractura de la pareja pone fin a la convivencia, produciéndose lo que se ha denominado disgregación del ejercicio de las facultades propias de la patria potestad, que precisa una reconfiguración adaptativa a la nueva situación.

Surge, entonces, necesariamente, un nuevo modus vivendi, que si no es cuidadosamente regulado constituye un potencial traumatizador para los hijos. A un menor, no se le puede privar del contacto con sus progenitores, máxime cuando el padre y la madre desempeñan un decisivo rol en el ulterior desarrollo de la personalidad de sus hijos, en tanto en cuanto participan en su formación integral cara a la futura incorporación al mundo de los adultos.

Es más, la comunicación y estancia con sus progenitores se configura como un derecho del menor, una de cuyas plurales manifestaciones normativas se encuentra en el art. 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando proclama 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".

A través de este derecho busca el Legislador que la ruptura de la pareja no acarree la desvinculación con los hijos, porque es bueno para éstos, para su desarrollo integral y afianzamiento de su identidad, el mantenimiento de la relación personal con su padre y con su madre, al formar parte de su núcleo afectivo y de dependencia.

En este caso, si bien es cierto que, cuando los litigantes ponen fin a su convivencia, el hijo del matrimonio no había nacido, y, por lo tanto, desarrollado lazos afectivos y de dependencia con su padre; sin embargo, no se le puede privar de la relación con su progenitor, ya que ello iría radicalmente en contra de sus intereses, al ser indiscutibles los beneficios que tal comunicación suponen, puesto que el mantenimiento de esos vínculos de relación operan como mecanismo de apoyo y ayuda constante y futura.

Lo razonado es trascendente, y guarda indiscutible conexión con el objeto del recurso, toda vez que facilitar el contacto padre e hijo, al constituir el interés y beneficio del menor, conforma obligación de ambos progenitores. Es cierto que, como personas adultas y conscientes de sus responsabilidades, los litigantes desde el primer momento no han cuestionado dicha relación. Viven por decisión propia y avatares de la vida en localidades distantes y países diferentes, en un mundo cada vez más globalizado. El padre en Madrid y la madre, con el pequeño, en ..., al prestar sus servicios como profesora en la Universidad de ... (Reino Unido). Es evidente, que tal circunstancia dificulta, que no impide, los contactos padre e hijo, que se vienen desarrollando mediante desplazamientos periódicos del demandado al lugar de residencia del menor.

Esta Sala ha declarado, ya desde las sentencias 289/2014, de 26 de mayo; 529/2015, de 23 de septiembre, 664/2015, de 19 de noviembre, 565/2016, de 27 de septiembre que: "[...] debe ajustarse a dos principios generales de ineludible observancia en esta materia.

1. El interés al menor, art. 39 Constitución y art. 92 Código Civil.

2. El reparto equitativo de cargas, art. 90 c) y art. 91 del Código Civil.

Es esencial que el sistema que se establezca no pierda de vista el interés del menor, de forma que no dificulte su relación con cada uno de los progenitores.

Por otro lado, es preciso un reparto equitativo de cargas, de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de forma equilibrada y proporciona-

da a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc".

En este sentido, la sentencia 482/2018, de 23 de julio señala que: "[...] en casos de ingresos similares de ambos progenitores (sentencias 664/2015, de 19 de noviembre, 565/2016, de 27 de septiembre), que es el caso, ha optado la sala por repartir al 50% los gastos de desplazamiento del menor".

Si bien, la anterior sentencia se refiere al desplazamiento del menor, la misma solución ha de imperar en el caso de que sea uno de los progenitores quien se traslade al lugar del domicilio del niño o de la niña para propiciar el régimen de visitas acordado.

La efectividad de dicho régimen implica indiscutibles costes, tanto de viaje como estancia en el extranjero, y es evidente que siendo similar la capacidad económica de los litigantes, éstos deben colaborar, equitativamente, a su satisfacción, en tanto en cuanto garantes y responsables del bienestar del hijo común, el cual no es únicamente objeto de protección jurídica, sino también el titular del derecho de relacionarse con su padre, que le deben garantizar ambos progenitores, como titulares de la patria potestad, contribuyendo a los gastos que se generen.

Tal carga económica no tiene que ser soportada, exclusivamente, por el padre, que es quien realiza además el esfuerzo de los desplazamientos a Inglaterra para verse con su hijo. En este sentido, la Audiencia resuelve que la contribución de la madre deberá efectuarse por cada viaje y que comprende también los gastos de estancia, con exclusión de los relativos al mantenimiento, pero con un límite de 150 euros, por cada viaje de ida y vuelta, habida cuenta de la variación de precios según la época, anticipación en que se efectúe la compra de los billetes o reservas, lugar en que se lleve a efecto el hospedaje etc. El recurrente no aporta elemento de juicio alguno para considerar que dicha barrera sea desproporcionada a las circunstancias concurrentes. No indica en el recurso el coste que le supone desplazarse para comunicarse con su hijo. Ni se ataca, por arbitraria, la valoración del tribunal provincial.

Por todo ello, se desestima el recurso en este extremo; no obstante, sí procede acogerlo, con respecto a la actualización de los 150 euros, que deberá llevarse a efecto anualmente conforme al IPC, por un criterio elemental de proporcionalidad.

Igualmente, se estima el recurso en relación al montante de la pensión de alimentos, en tanto en cuanto, tras fijarse en 400 euros al mes por el Juzgado, se eleva a 600 euros mensuales, por la sola circunstancia de que la madre tenga que contribuir a los gastos de desplazamiento del padre para comunicarse con su hijo, con lo que se traslada a éste el coste de los mismos.

En cualquier caso, los alimentos del hijo no corren ningún riesgo, y la suma determinada por el juzgado no vemos razones para modificarla en atención a las circunstancias concurrentes antes reseñadas y la pronta escolarización del niño, por su edad.

TS

SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 2022
Roj: STS 1952/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1952
Nº de Recurso: 6733/2021
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Ha habido un cambio de circunstancias derivado de la edad de la niña, que no alcanzaba al firmarse el convenio regulador los dos años de edad, mientras que ahora tiene nueve años, así como también por el hecho de que el padre ha sido absuelto de la comisión de un delito de violencia sobre la mujer, que impidió fijar la custodia compartida en su momento.

Pues bien, en este caso, la variación postulada consiste en ampliar la pernocta del domingo de semanas alternas, de manera que la estancia de los progenitores con su hija sea igualitaria. El recurrente, desde el momento de la ruptura matrimonial, viene disfrutando con normalidad del régimen de vistas con la menor, sin repercusiones negativas en la personalidad de la niña, que cuenta con un excelente rendimiento escolar, sin que se aprecien distorsiones en su desarrollo psico-emocional por la ruptura convivencial entre sus progenitores o por mor del régimen de visitas establecido. El recurrente cuenta además con el apoyo que le dispensan sus padres, con los que convive, lo que permite también la integración de la niña con la familia paterna.

En las sentencias 9/2016, de 28 de enero; 166/2016, de 17 de marzo; 433/2016, de 27 de junio y 175/2021, de 29 de marzo, hemos dicho que "la estabilidad que tiene el menor en situación de custodia exclusiva de la madre, con un amplio régimen de visitas del padre, no

es justificación para no acordar el régimen de custodia compartida".

Y, también, hemos declarado que para establecerlo no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas habilidades para el diálogo que se deben suponer concurrentes (sentencias 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero, entre otras), sin que la existencia de desencuentros propios de la crisis de convivencia justifique per se, que se desautorice este específico régimen de comunicación. Sería preciso que existiese prueba de que dichas diferencias o enfrentamientos afectaran de modo relevante a los hijos menores, causándoles un perjuicio (sentencia 433/2016, de 27 de junio). Lejos de ello, las relaciones entre los litigantes son razonables, con posibilidad de diálogo cara a la satisfacción del interés de la menor.

En contra del criterio de la sentencia recurrida, consideramos que ha habido un cambio de circunstancias derivado de la edad de la niña, que no alcanzaba, al firmarse el convenio regulador, los dos años de edad, mientras que, en el próximo mes de agosto, cumplirá nueve años, así como también por la circunstancia de que el padre ha sido absuelto de la comisión de un delito de violencia sobre la mujer, que impedía disfrutar del régimen de custodia compartida o fijarlo en su momento.

Como dijimos en la sentencia 124/2019, de 26 de febrero: "Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, rec. 1889/2014, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: (i) la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015, rec. 469/2014, que valora que "en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta sala y de la propia sociedad". Añade que no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida" (sentencia 162/2016, de 16 de marzo).

El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida.

Como afirma la sentencia 182/2018, de 4 de abril, de mantenerlo así la sentencia recurrida "petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre "".

Por todo ello el recurso debe ser estimado, la sentencia de la Audiencia casada, y ratificadas las medidas fijadas por la resolución del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, con la indicación, no obstante, de que el régimen de custodia sobre la menor es compartido, y no monoparental atribuido a la madre.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

TS

SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2022

Roj: STS 2176/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2176
Nº de Recurso: 6110/2021
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Las partes pactaron, al amparo de la libre autonomía de la voluntad, dentro del marco de sus facultades dispositivas, la fijación de una pensión compensatoria a favor de la recurrente, su importe, su periodicidad mensual, las concretas causas de extinción de la misma, con lo que la sentencia del tribunal provincial, al desconocer los términos de lo pactado, infringió lo dispuesto en el art. 1255 del CC, sin que la validez y cumplimiento de los contratos pueda quedar al arbitrio de una de las partes contratantes como establece el invocado art. 1256 CC. La pensión compensatoria no se fijó con ningún límite temporal, sino con "carácter vitalicio", y se pactaron las causas de extinición.

La sentencia 233/2012, de 20 de abril, se refiere a los convenios reguladores de la forma siguiente: "Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación... El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos, como es el que ahora nos ocupa, (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes".

De igual manera, la sentencia 572/2015, de 17 de octubre, como manifestación de una consolidada jurisprudencia, señala que: "La sentencia de 22 de abril de 1997, traída a colación por la de 31 de marzo de 2011, Rc. 807/2007, pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: "en primer lugar, el convenio en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mismo que prevé el artículo 90 CC..."".

Y, por último, podemos citar la sentencia 678/2015, de 11 de diciembre, que insiste, de nuevo, en que "los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación".

Pues bien, en el contexto expuesto, el recurso debe ser estimado, toda vez que las partes pactaron, al amparo de la libre autonomía de la voluntad, dentro del marco de sus facultades dispositivas, la fijación de una pensión compensatoria a favor de la recurrente, su importe, su periodicidad mensual, las concretas causas de extinción de la misma, con lo que la sentencia del tribunal provincial, al desconocer los términos de lo pactado, infringió lo dispuesto en el art. 1255 del CC, sin que la validez y cumplimiento de los contratos pueda quedar al arbitrio de una de las partes contratantes como establece el invocado art. 1256 CC.

La pensión compensatoria no se fijó con ningún límite temporal, sino con "carácter vitalicio", y su extinción quedó condicionada a que la demandada "conviva maritalmente con otra persona, contraiga nuevo matrimonio, o bien tenga un trabajo por cuenta propia o ajena, cuya retribución sea superior a 1500 euros mensuales brutos, sin incluir pagas extras", ninguno de cuyos supuestos es declarado probado por la Audiencia.

El pacto sobre la pensión compensatoria, obrante en el convenio regulador suscrito, no es contrario a la ley, la moral, ni al orden público (art. 1255 CC), no exige un especial requisito de forma, y concurren para su validez los requisitos del art. 1261 del CC -consentimiento, objeto y causa-, que no se cuestionan.

En definitiva, los pactos son lex inter partes (ley entre las partes) en los términos del art. 1091 del CC y deben cumplirse a tenor de sus cláusulas (sentencias 827/2010, de 17 de diciembre; 44/2017, de 25 de enero y 136/2021, de 10 de marzo), lo que conforma una elemental manifestación del respeto que merece la palabra dada reflejada en la regla latina pacta sunt servanda (los acuerdos deben ser mantenidos).

Al no atribuirse valor al pacto suscrito en el convenio regulador, el recurso de casación debe ser estimado y, en este extremo, ratificado el pronunciamiento del juzgado sobre la pensión compensatoria.

TS

SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 2022

Roj: STS 2307/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2307
Nº de Recurso: 5734/2021
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª de los Ángeles Parra Lucán

Asumir por el tribunal el informe psicosocial sin someterlo a valoración con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional.

Por lo que se refiere a la insistencia de la recurrente en la necesidad de estar al contenido del informe psicosocial, hay que recordar que, tal y como manifestaron las sentencias de instancia, tales informes deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales (SSTS de 18 de enero de 2011, rec. 1728/2009; 9 de septiembre de 2015, rec. 545/2014; 135/2017, de 28 de febrero, y 318/2020, de 17 de junio). En definitiva, como advierte la sentencia 705/2021, de 19 de octubre, asumir por el tribunal el informe psicosocial sin someterlo a valoración con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional.

En el presente caso, la Audiencia ha analizado el informe pericial en su conjunto y en relación con el resto de la prueba y justifica detalladamente y de forma coherente las razones por las que se aparta de sus conclusiones. Ha valorado que los progenitores cuentan con las habilidades necesarias para atender al hijo, que no existe un rechazo del hijo a relacionarse con ambos progenitores y que las discrepancias en cuestiones sanitarias y de educación del menor que han existido carecen de relevancia. El informe de la perito judicial, pese a considerar que ambos progenitores estaban capacitados para el cuidado del hijo, propuso la custodia materna atendiendo principalmente a la consideración de que el padre no favorecía el desarrollo de la relación con la madre, algo que encuentra explicación por sus reticencias hacia la idoneidad de la madre para el cuidado del hijo en atención a los datos objetivos de las dos alcoholemias que la Audiencia da por probadas, aunque también excluya la existencia de problemas médicos relacionados con el alcohol. La Audiencia explica que no comparte las conclusiones del informe porque el amplísimo régimen de visitas desarrollado a partir del auto de medidas provisionales, con pernoctas entre semana, se ha desarrollado normalmente y sin que consten incidentes surgidos con ocasión de este. Esta última circunstancia, unida a la capacidad de ambos padres para el cuidado del hijo en todos los aspectos de su vida, es la que motiva principalmente su decisión.

Por lo demás, la parte recurrente introduce hechos que no son tenidos en cuenta en la sentencia y que ni siquiera están acreditados en el procedimiento. Así, menciona que los progenitores solo se comunican por correo electrónico, cuando este dato solo se recoge en el informe pericial como simple relato de la madre. O la alusión a una posible manipulación del menor por parte del padre, que tampoco se menciona en la sentencia ni se desprende de la pericial.

Por estas razones debemos concluir, de manera coincidente con lo manifestado por el Ministerio Fiscal en su informe de oposición al recurso que, partiendo del respeto a los hechos declarados probados, la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, y no de forma irracional, aparente o estereotipada, la conveniencia del sistema de guarda y custodia compartida.

En consecuencia, el motivo segundo del recurso de casación se desestima.

TS

SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 2022

Roj: STS 2307/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2307
Nº de Recurso: 5734/2021
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª de los Ángeles Parra Lucán

Aunque ninguno de los progenitores solicitó la custodia compartida es procedente su adopción, pero la razón por la que el juzgado adoptó la custodia compartida (y el criterio fue confirmado por la sentencia ahora recurrida) no se basó en el mero hecho de que la solicitara el Ministerio Fiscal, ni en la bondad abstracta de este sistema de guarda, sino en el dato, según dice literalmente la sentencia del juzgado de que "en la actualidad de hecho se está llevando a cabo un sistema de guarda y custodia compartida". Lo anterior debe ponerse en relación con la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre la flexibilidad a que debe someterse la aplicación de las normas procesales cuando de lo que se trata es de hacer efectivo el superior interés del menor.

La madre interpone recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3.º LEC y fundado en dos motivos. En el primer motivo la recurrente denuncia la vulneración del principio de favor filii y del art. 92.5 y 8 CC por aplicación incorrecta. En el desarrollo del motivo se alega, en síntesis, que es doctrina de la sala que es necesario que la custodia compartida sea pedida al menos por un progenitor (cita la sentencia 400/2016, de 15 de junio) y, en este caso, ninguna de las partes solicitó la guarda y custodia compartida, ni siquiera en forma subsidiaria, y que una vez acordada por el juzgado fue motivo de impugnación por ambos progenitores en sus recursos de apelación. En el motivo se introducen además algunos argumentos sobre la inadecuación de la custodia compartida que son reiterados en el motivo segundo, por lo que nos remitimos a lo que digamos sobre ello al resolver el motivo segundo.

El primer motivo va a ser desestimado por lo que explicamos a continuación.

Es cierto que en las sentencias 229/2012, de 19 de abril, 257/2013, de 29 de abril, 400/2016, de 15 de junio, y 389/2017, de 20 de junio, la sala ha reiterado que para la adopción de la custodia compartida es necesario que la solicite uno de los dos progenitores porque se precisa una decisión basada en un plan contradictorio que garantice el éxito de la institución en beneficio de los hijos.

También es verdad que el caso que juzgamos el padre, en su demanda y en la contestación a la demanda reconvencional de la madre, solicitó la atribución de la guarda del hijo y se opuso a la atribución de la custodia exclusiva a la madre invocando problemas psiquiátricos y de consumo de alcohol de la madre. Esta última, por su parte, como dice en su recurso de casación, también solicitó la atribución de la guarda en exclusiva para ella.

Sin embargo, lo que la recurrente omite es que la razón por la que el Ministerio Fiscal solicitó la custodia compartida, tal y como se recoge en la sentencia del juzgado, que valoró de manera determinante esta circunstancia, fue "que hasta el momento el menor ha pasado 14 noches con el padre y 15 o 16 noches al mes con la madre, por semanas de lunes a lunes para evitar conflictos entre los progenitores, manteniéndose el sistema de vacaciones por mitad en navidad y semana santa y en verano en la forma que se está desarrollando fijándose las quincenas en la forma solicitada por la parte demandada". De tal manera que, atendiendo a este dato, la razón por la que el juzgado adoptó la custodia compartida (y el criterio fue confirmado por la sentencia ahora recurrida) no se basó en el mero hecho de que la solicitara el fiscal, ni en la bondad abstracta de este sistema de guarda, sino en el dato, según dice literalmente la sentencia del juzgado de que "en la actualidad de hecho se está llevando a cabo un sistema de guarda y custodia compartida con fines de semana alternos de viernes a lunes más los martes y jueves con pernocta las semanas que los fines de semana el menor no está con el padre y con visitas las semanas que los fines de semana el menor si lo pasa con el padre, no habiéndose aportado elemento probatorio alguno de que ello no haya resultado adecuado para el menor". La Audiencia, que como ha quedado dicho confirma el criterio del juzgado, también valora cómo se ha venido desarrollando de hecho el régimen fijado en las medidas provisionales, "sin que consten incidentes algunos surgidos con ocasión del mismo".

Debemos partir, por tanto, puesto que este dato no ha sido impugnado por la recurrente de que, a pesar de que el auto de medidas provisionales le atribuyó a

la madre la guarda con visitas del padre, de hecho, la forma de desarrollarse el régimen fue equivalente a una custodia compartida, tal como se declara en la sentencia del juzgado confirmada por la de apelación. En consecuencia, el tribunal de apelación contaba con la realidad de cómo se venía desarrollando la guarda y pudo valorar si el sistema de custodia compartida era adecuado para el interés del niño, aun cuando no se hubiera acompañado a los escritos de ninguna de las partes un plan para su debate.

A esta razón debemos añadir que la postura procesal del padre no ha sido tan simple como quiere hacer entender la recurrente, pues no solo es que ahora solicite que se mantenga la custodia compartida, sino que de hecho, aunque solicitó la custodia exclusiva a su favor, en su escrito de apelación, tras reiterar los argumentos esgrimidos en primera instancia para oponerse a la custodia de la madre, añadió: "ello sin perjuicio de que una vez que la misma se encuentre en óptimas facultades de atender a las obligaciones de su hijo, pueda optar a un régimen de guarda y custodia compartida, sin que al momento se pueda comprender este régimen como el adecuado". En el caso, una vez descartado por la Audiencia el riesgo denunciado por el padre para que la madre asumiera la guarda del niño, el aquietamiento del padre a la sentencia recurrida y su oposición al recurso de casación de la madre corroboran lo expuesto.

Lo anterior debe ponerse en relación con la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre la flexibilidad a que debe someterse la aplicación de las normas procesales cuando de lo que se trata es de hacer efectivo el superior interés del menor. Así lo ha recordado recientemente el Tribunal Constitucional en su sentencia 178/2020, de 14 de diciembre, con cita de otras anteriores, entre las que destaca por lo que aquí interesa la STC 4/2001, de 15 de enero, que rechazó que hubiera incongruencia en la sentencia que, al resolver el recurso de apelación, y en atención a las circunstancias sobrevenidas, y en interés del menor, revocó la sentencia de instancia en un extremo (la atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor de edad) que no había sido cuestionado por los litigantes, dado que el padre se había aquietado a la custodia atribuida por el juzgado a la madre y únicamente apeló la cuantía de los alimentos. Esta sala se ha hecho eco de la doctrina del Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como la 308/2022, de 19 de abril, o la 705/2021, de 19 de octubre, que recuerda cómo "el principio del interés superior del menor debe inspirar y regir toda la actuación jurisdiccional que se desarrolla en los procesos de familia y que, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental (STC 65/2016, de 11 de abril, quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado; STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4). Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2), tal como resume recientemente la STC 178/2020, de 14 de diciembre, y esta sala ha venido reiterando hasta la saciedad".

Por estas razones debemos concluir que, en el presente caso, y en atención a las circunstancias fácticas expuestas y a la necesaria flexibilidad con que deben aplicarse las normas en aras a la tutela del interés superior del menor, la adopción de la custodia compartida no infringe el art. 92 CC ni la doctrina de la sala por el hecho de que en sus escritos iniciales ninguno de los padres la solicitara. El motivo fundamental por el que la sentencia recurrida establece este sistema de guarda respecto del niño atiende al dato de que, a pesar de que en medidas provisionales se atribuyó la guarda a la madre, de hecho, se vino desarrollando un sistema de reparto igualitario del tiempo y de las funciones de guarda entre ambos progenitores, lo que permitió al tribunal valorar la adecuación del funcionamiento de este sistema para satisfacer de la mejor manera posible, una vez producida la separación de los padres, a la protección del superior interés del menor.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

TS

SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 2022

Roj: STS 2305/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2305
Nº de Recurso: 868/2019
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª de los Ángeles Parra Lucán

Lo que no puede pretender la esposa es que, por el hecho de que la disolución del régimen económico se produjera con la firmeza de la sentencia de divorcio, ella pueda retener íntegramente las cantidades de dinero ganancial de las que dispuso antes de la disolución de la sociedad de gananciales, que es lo que resultó de la sentencia de primera instancia. Partiendo del carácter ganancial del dinero del que dispuso la esposa procede reconocer, conforme a los arts. 1390 CC y 1397.2 CC, un crédito a favor de la sociedad por el importe del dinero dispuesto que no hubiera sido destinado a la satisfacción de cargas familiares.

El recurso de casación consta de un único motivo en el que se denuncia la infracción del art. 1392 CC, en relación con los arts. 95, 1393.3.º y 1394 CC. En su desarrollo, la recurrente argumenta que, de acuerdo con la jurisprudencia de la sala, la disolución del régimen económico se produjo con la firmeza de la sentencia de divorcio, sin que en el caso concurran las circunstancias a que se refiere la sentencia 226/2015, de 6 de mayo, que admitió que en caso de separación larga y prolongada pudieran retrotraerse los efectos de la disolución del régimen económico.

1. El motivo va a ser estimado porque, ciertamente, de acuerdo con la doctrina de la sala, debe entenderse que la disolución de la sociedad de gananciales la produce la firmeza de la sentencia de divorcio como un efecto legal.

La sentencia 287/2022, de 5 de abril, recuerda, con cita de la sentencia 136/2020, de 2 de marzo, que la cuestión referida al momento en el que se produce la disolución de la sociedad de gananciales está expresamente regulada en los arts. 95 (redactado por la Ley 15/2015, de 2 de julio), 1392 y 1393 CC. En particular, conforme a esta regulación, en caso de divorcio judicial la disolución de la sociedad de gananciales la produce la firmeza de la sentencia como un efecto legal.

En las sentencias 297/2019, de 28 de mayo, y 501/2019, de 27 de septiembre, citadas a su vez por la sentencia 136/2020, de 2 de marzo, también dijimos: "la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no se integran en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro".

Además, de acuerdo con la sentencia 297/2019, de 28 de mayo, "la separación duradera mutuamente consentida a la que se refiere la doctrina de la Sala para rechazar pretensiones abusivas de un cónyuge, matizando el tenor del art. 1393.3.º CC, no es la que deriva de la situación que se crea tras la admisión de la demanda de divorcio (art. 102 CC) ni con el dictado de las consiguientes medidas provisionales (arts. 103 CC y 773 LEC)".

Por tanto, no deben equipararse a las situaciones de separación que permiten rechazar pretensiones abusivas de un cónyuge la mera admisión a trámite de la demanda de divorcio ni el dictado del auto de medidas provisionales (sentencia 297/2019, de 28 de mayo), ni la salida del domicilio familiar de uno de los esposos seguida de la presentación de la demanda de divorcio (sentencia 501/2019, de 27 de septiembre), ni el dictado de un auto que acuerda la orden de protección (sentencia 136/2020, de 2 de marzo). Aunque sí es posible rechazar las pretensiones de un cónyuge dirigidas a reclamar derechos sobre bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando, en atención a las circunstancias del caso, se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario al principio de buena fe proclamado en el art. 7 CC (sentencias 226/2015, de 6 de mayo, y las anteriores que en ellas se citan; 297/2019, de 28 de mayo; 501/2019, de 27 de septiembre; 136/2020, de 2 de marzo, y 287/2022, de 5 de abril).

2. La aplicación de esta doctrina al caso determina que estimemos el recurso de casación y, al asumir la instancia, resolvamos las cuestiones planteadas en el recurso de apelación por el Sr. Olegario en el sentido de que se incluyera en el activo de la sociedad un crédito por las cantidades de dinero de las que dispuso la Sra. Lourdes después de la separación de hecho.

La vía por la que la sentencia recurrida estimó la apelación del Sr. Olegario consistió en incluir en el activo el saldo de las cuentas y depósitos controvertidos al amparo del art. 1397.1.ª CC (conforme al cual han de comprenderse en el activo los bienes gananciales

existentes en el momento de la disolución). Esta manera de proceder es técnicamente incorrecta, porque de hecho ese dinero ya no se encontraba en las cuentas comunes cuando se disolvió la sociedad de gananciales, dadas las previas extracciones realizadas por la Sra. Lourdes. Pero tratar de salvar ese inconveniente, como hizo la Audiencia, mediante la declaración de la retroacción de la disolución a un momento anterior a la disposición unilateral del dinero es igualmente incorrecto, pues impide valorar si tales disposiciones se realizaron, total o parcialmente, en beneficio o lucro exclusivo del cónyuge que realizó la disposición (arts. 1390 y 1397.2.º CC). Esta manera de proceder, más allá de la incorrección dogmática, genera unas consecuencias prácticas que han conducido a imponer a la Sra. Lourdes el reembolso de todas las cantidades de que dispuso con independencia de su aplicación, lo que es contrario al fundamento del reintegro que le es exigible, de acuerdo con la regulación aplicable y que sirve de fundamento a la pretensión del Sr. Olegario.

A estos efectos, dispone el art. 1390 CC: "Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto".

Además, conforme al art. 1397.2.º CC: "Habrán de comprenderse en el activo: (...) El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados".

3. En el presente caso, el Sr. Olegario en su propuesta de inventario solicitó la inclusión en el activo del dinero de diversas cuentas bancarias y depósitos de los que dijo que no tenía información sobre su cuantía en el momento de la liquidación. La Sra. Lourdes no negó que fueran gananciales, pero alegó desconocer su importe. Posteriormente, cuando tras práctica de la prueba se acreditó que había realizado unas extracciones antes de la disolución de gananciales, la Sra. Lourdes argumentó que ello obedecía a la necesidad de atender, dada la separación de hecho, al pago de los gastos de alquiler de la vivienda y de manutención de las hijas comunes, dada la insuficiencia de ingresos para hacer frente a tales gastos.

Lo que no puede pretender la Sra. Lourdes es que, por el hecho de que la disolución del régimen económico se produjera con la firmeza de la sentencia de divorcio, ella pueda retener íntegramente las cantidades de dinero ganancial de las que dispuso antes de la disolución de la sociedad de gananciales, que es lo que resultó de la sentencia de primera instancia.

Partiendo del carácter ganancial del dinero del que dispuso la Sra. Lourdes procede reconocer, conforme a los arts. 1390 CC y 1397.2 CC, un crédito a favor de la sociedad por el importe del dinero dispuesto que no hubiera sido destinado a la satisfacción de cargas familiares.

La sentencia recurrida acepta las alegaciones del Sr. Olegario acerca de las extracciones realizadas por la Sra. Lourdes del dinero ganancial (aunque incorrectamente diga que se incluye en el activo el importe de los depósitos y saldos), y su importe no ha sido discutido por la Sra. Lourdes (60.000 euros del depósito número NUM011 de Catalunya Caixa; 2.500 euros del depósito número NUM012 de Catalunya Caixa; de la cuenta número NUM007 de Catalunya Caixa, de un saldo de 1.708,85 euros, solo dejó 73,68 euros; de la cuenta número NUM008 de ING de un saldo de 3.151,15 euros, dejó 1427,36 euros; del depósito número NUM015 de ING, dispuso de 10.000 euros; se consideró además que la cuenta número NUM016 de ING por importe de 4.691,02 euros, tenía carácter ganancial).

Dada la facilidad probatoria (art. 217.6 LEC), corresponde a la Sra. Lourdes acreditar que la disposición del dinero ganancial no se hizo en su exclusivo lucro o beneficio. A estos efectos, la alegación genérica de la Sra. Lourdes de que debía atender a los gastos generados por el mantenimiento de dos viviendas, no es argumento suficiente, dada la importancia de las cuantías extraídas. Pero sí ha quedado acreditado que la Sra. Lourdes asumió el pago de gastos que deben considerarse cargas de la sociedad, en particular las dirigidas a la satisfacción de su necesidad de vivienda y las aportaciones a la manutención de las hijas, gastos que ya alegó en la comparecencia ante la letrada de la Administración de Justicia y que quedaban justificados en la suma de 8.800 euros de alquiler (establecida en el contrato de arrendamiento presentado por las dos partes) y de 2.600 euros para la manutención de las hijas (aportaciones hechas, según resulta del intercambio de correos entre las partes, mediante ingreso por parte de la Sra. Lourdes en una cuenta corriente para la manutención de las hijas comunes, que quedaron en el domicilio familiar junto con el Sr. Olegario). El Sr. Olegario no ha discutido la cuantía de estos gastos, sino la procedencia del reconocimiento del derecho de la Sra. Lourdes a retener esas cantidades lo que, por lo dicho, dada la justificación de su destino a la satisfacción de gastos ordinarios de la familia, sí consideramos procedente.

En consecuencia, debemos concluir que debe incluirse en el activo de la sociedad un crédito contra la Sra. Lourdes por el importe del dinero de los depósitos y cuentas corrientes gananciales de los que dispuso unilateralmente tras la separación de hecho, lo que se concretará en ejecución de sentencia, si bien de ese importe deberán descontarse las sumas de 8.800 y 2.600 euros, por considerar que ha quedado acreditada su aplicación al levantamiento de las cargas familiares.

No nos pronunciamos sobre las demás partidas del inventario establecidas por la sentencia de primera instancia y confirmadas por la de apelación y que no fueron impugnadas por las partes, ni sobre las partidas establecidas en la sentencia de apelación y que no han sido recurridas.

TS

SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 2022

Roj: STS 3002/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3002
Nº de Recurso: 6885/2021
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª de los Ángeles Parra Lucán

No puede declararse una doble filiación materna dado que la demandante y la madre biológica nunca han contraído matrimonio, aquella no prestó su consentimiento al proceso de inseminación artificial, ni inició la única vía entonces posible para la determinación de la filiación como era la adopción. Tampoco ha quedado acreditado que existiese posesión de estado y el interés del menor no aconseja dicha declaración de maternidad.

En el caso que juzgamos, por lo que decimos a continuación, el recurso de la madre debe ser estimado y, al asumir la instancia, la demanda de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta por quien fuera su pareja, desestimada.

1. La maternidad por naturaleza de la demandada quedó determinada por el parto (arts. 120 CC). Por el contrario, con arreglo al derecho vigente aplicable, no pudo haber determinación de la maternidad a favor de la demandante. En ese momento, el art. 7.3 LTRA permitía la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre que consintiera ante el encargado del Registro civil que se determinara respecto de ella la filiación cuando el niño naciera. En el caso, demandante y demandada nunca han contraído matrimonio, la demandante no prestó su consentimiento para que quedara determinada su maternidad, ni inició la única vía entonces posible para la determinación de la filiación, la adopción, lo que ha justificado diciendo que era muy caro.

2. De acuerdo con la jurisprudencia, sintetizada por la sentencia 267/2018, de 19 de mayo, resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos (nomen, tractatus, fama). En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el nomen en el sentido estricto de que el niño usara los apellidos de la demandante, pero sí resulta absolutamente imprescindible el tractatus, es decir, actos de atención y asistencia al hijo que comporten el cumplimiento de la función propia de madre, e igualmente es necesario que concurra la fama, una exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes. Es preciso, por tanto, que consten de manera continua y actual hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Cuando el art. 131 CC exige que la posesión de estado sea "constante" no añade nada que no resulte ya del propio concepto de posesión de estado, que requiere un grado de persistencia, actos continuados, reiterados, que en el caso no se dan.

3. La sentencia recurrida ha valorado como decisivos hechos que, a juicio de esta sala, y en atención a las circunstancias, no lo son y, sin desvirtuar la realidad afirmada por el juzgado, ha prescindido de hechos relevantes que, junto a otros, tienen su trascendencia (la titularidad de una tarjeta de familia monoparental y los carnets individuales de la madre y el hijo que reflejan el modelo de familia que integran; la tarjeta sanitaria del hijo con los apellidos de su madre; que el niño llamara "papá" a Raimundo, pareja de su madre).

No se niega que demandante y demandada tuvieran una relación sentimental ni que la demandante sintiera afecto y cariño por el hijo de su compañera, incluso después de su ruptura como pareja, pero ello no determina que sea su madre.

A juicio de esta sala es fácil advertir que toda la relación de la demandante con el niño se ha basado en la decisión de la madre, quien velando por lo que consideró ajustado al interés de su hijo, permitió esa relación y, posteriormente, una vez que consideró que no era beneficiosa para él, decidió ponerle fin.

En el modelo de relaciones convivenciales existentes tanto entre las partes como con terceras personas, a partir de los hechos acreditados, se advierte que la unidad familiar estaba constituida por la madre y su hijo. Ha sido la voluntad de la madre la que ha permitido compartir un espacio afectivo con quien mantenía una relación sentimental (primero, con quien era su pareja cuando nació el niño, la ahora demandante, y luego con su pareja posterior, Raimundo, a quien según considera acreditado el juzgado, el niño llama padre, cuando por su edad más avanzada sabe que no lo es).

Esa relación afectiva y convivencial incluye a la hija de la demandante, lo que sin duda refuerza la valoración por parte de la demandada de que su hijo no se viera privado de un entorno afectivo del que disfrutó cuando convivieron, incluso cuando ya no eran pareja ambas mujeres. La trascendencia que la sentencia recurrida otorga a la fantasía infantil de la hija de la demandante (nacida en 1995 de otra relación) de tener un hermano o hermana cuando quedó embarazada la demandada no es determinante de una relación de maternidad del niño con la demandante. Así lo confirma el que se diga que la hija de la demandante consideraba como madre también a la demandada, lo que indudablemente no convierte a esta en su madre ni razonablemente nadie lo ha pretendido. Por lo demás, en este entorno convivencial, los usos del lenguaje utilizados por el entonces niño y la adolescente no son determinantes de una posesión de estado de madres de las partes en este procedimiento, ni de la demandada respecto de la hija de la demandante ni de la demandante respecto de Fidel.

La sentencia recurrida ha prestado más atención a las manifestaciones de terceros (la mayoría, personas del círculo familiar cercano de la demandante, una amiga, y una madre del colegio, que no tienen un conocimiento sino sesgado de la relación) que al comportamiento de la actora, difícilmente compatible con la afirmación de una maternidad vivida de forma constante y sin fisuras. La sentencia recurrida no ha valorado las contradicciones en el actuar de la demandante, pues no solo no consintió la inseminación ni realizó intento alguno de que posteriormente quedara determinada la filiación por las vías legales disponibles (alegando que no era posible porque todavía estaba casada con una pareja anterior o que la adopción era muy cara), sino que no ha asumido gastos del menor, porque según dice no se le pidieron e, incluso, cuando ejercita la demanda y acumula la petición de custodia compartida o subsidiaria de visitas no solo no ofrece pagar alimentos sino que se opone a la petición subsidiaria de la madre de que los preste con el argumento jurídico formal de que no era el momento procesal oportuno. Ello, evidentemente, no comporta una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan.

4. La sentencia recurrida tampoco ha valorado adecuadamente el interés del menor.

Como dijimos en la sentencia 45/2022, de 27 de enero, no puede darse por supuesto que el superior interés del menor quede tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recaería en dos personas. No es esa una valoración correcta del interés del menor que conduzca a la estimación de una reclamación de maternidad, porque desde ese punto de vista todas las acciones de reclamación de paternidad y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas, aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales.

Tampoco se ajusta a los criterios que ha adoptado la sala en las citadas sentencias 740/2013, de 5 de diciembre, y 836/2013, de 15 de enero de 2014, que atendieron al interés de los menores de preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno filial. En el presente caso no se da esa situación ni se ve el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el ya adolescente.

Como bien dice el Ministerio Fiscal en su escrito de apoyo al recurso de casación interpuesto por la madre, el desarrollo legislativo del principio básico del interés superior del menor contenido en el art. 2 LOPJM modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, exige:

"1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

"Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

"2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales,

"a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

"b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

"c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

"(...)

"3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

"a) La edad y madurez del menor.

"b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidia-

ria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

"c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

"d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

"e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

"f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

"Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. (...)".

En este caso, la constancia en el informe psicosocial del discurso argumentado de las razones por las que Fidel no quiere mantener la relación con la demandante no pueden dejar de valorarse, como incorrectamente ha hecho la sentencia recurrida, a la hora de estimar la acción de determinación de la maternidad reclamada.

Es improcedente y contrario al interés del menor que, tras no haber quedado determinada la filiación por el cauce legal previsto para ello se fije judicialmente cuando no solo no resulta de una constante relación de maternidad vivida, sino que además es contraria a la voluntad, los deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente, a quien debe reconocerse su derecho a participar en las decisiones progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en una etapa tan fundamental para su vida.

Por estas razones, el recurso de casación se estima, y por las mismas razones se desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandada y se desestima la demanda, pues no se dan los presupuestos legales ni jurisprudenciales para que prospere la reclamación de maternidad extrajudicial por posesión de estado.

SENTENCIAS COMENTADAS

Vacunación del menor

AP GUADALAJARA, SEC. 1.ª, AUTO DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Se accede a la petición del padre de concederle autorización para vacunar a la menor de covid 19, teniendo en cuenta la opinión de esta antes de proceder a su vacunación. La autorización se circunscribe al estado actual de vacunación, no a ulteriores dosis que pudieran establecerse en futuras campañas de vacunación.

Resumen de los antecedentes del recurso de apelación. La parte demandada en el expediente de jurisdicción voluntaria, Alejandra, recurre contra el auto de primera instancia que decide estimar la petición realizada por el padre, Remigio, para que se le atribuya la facultad de decidir acerca de la vacunación del covid de su hija común menor, Caridad. El recurso se fundamenta en error en la valoración de la prueba pues esa decisión no es acorde al interés de la menor, habiéndose basado en el informe forense del instituto de Medicina Legal y sin que haya tenido en cuenta las pruebas practicadas por la parte recurrente, habiendo aportado documentación suficiente para conocer desde un punto de vista científico la situación de la llamada "vacuna contra el Covid 19", y sus riesgos en los menores.

El Ministerio Fiscal y la parte promotora del expediente se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la resolución recurrida.

Solicita la progenitora-recurrente que, en interés de su hija Caridad, sea ella la que decida en relación sobre si procede o no ponerle la vacuna contra el Covid 19, ya que considera que no procede, a diferencia de su padre.

Así planteados los extremos del recurso cabe recordar que la determinación sobre si poner una vacunación o no a una menor es una medida de ejercicio de patria potestad que debe ser adoptada de consuno por ambos progenitores y, en su defecto, es decir, cuando existe discrepancia, debe acudirse a la autoridad judicial, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Es decir, la vacunación de una menor, queda excluida de las decisiones que unilateralmente puede adoptar el progenitor custodio, precisando el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, autorización judicial.

Debe recordarse que en esta materia el interés del menor es el principio esencial que debe atenderse.

Sentado lo anterior, argumenta la recurrente error en la valoración de la prueba porque el auto recurrido se ha basado, para resolver, en el informe emitido por la Médico Forense del instituto de Medicina Legal y no en la documentación presentada por ella, consistente en el Informe 115 del Instituto Carlos III, las conclusiones elaboradas por el colectivo profesional "Biólogos por la verdad", y el Análisis científico elaborado por el doctor en Ciencias Químicas Don Carlos Francisco, que, según manifiesta, corrobora su tesis y acredita sobradamente los riesgos de dicho producto en los menores, así como la conveniencia de no proceder a su inoculación.

Estamos, pues, ante una controversia cuya adecuada decisión requiere de la posesión de conocimientos técnicos y prácticos, por lo que debemos acudir a los informes periciales existentes en las actuaciones sobre la materia.

En el caso examinado debe ponerse de relieve, en primer lugar, que la menor nació el NUM000 de 2010, por lo que, si bien tiene 11 años, pronto cumplirá los 12, y no se alega que presente algún síntoma de relevancia en cuanto a enfermedades, ni consta alergias graves a medicamentos o vacunas.

Y en cuanto a la cuestión de la vacunación de la menor debemos dar por reproducido lo indicado por el

Médico Forense, que es recogido en el auto recurrido, al quedar corroborado con los informes oficiales emitidos al respecto. En concreto por:

--El informe de 9 de diciembre de 2021, elaborado conjuntamente por el Comité Asesor de Vacunas de la AEP (CAV-AEP), la Sociedad Española de Infectología Pediátrica (SEIP) y la Asociación Española de Pediatría (AEP), que recomienda la vacunación frente a la COVID-19 de los menores entre los 5 y 11 años, por ser la medida más efectiva para combatir la pandemia actual. Señala que los ensayos clínicos de las vacunas en estos casos han demostrado que la vacunación es eficaz, lo que asegura la primera condición para que esta pueda administrarse en la infancia. Añade que tanto la amplia experiencia acumulada con la vacunación de adolescentes y adultos, como los ensayos clínicos disponibles muestran que la vacunación pediátrica cuenta con un perfil de seguridad favorable, lo que constituye, también, una condición imprescindible. Concluye que, entre las razones que apoyarían la recomendación de la vacunación en los niños se encuentra la de disminuir la carga de enfermedad que supone la COVID-19 en este grupo de edad, actualmente el de mayor incidencia con más de 200 casos por 100 000, y aunque lo más frecuente es que la infección por SARS-CoV-2 curse de forma asintomática o con síntomas leves, existen formas graves como el SIMP asociado a SARS-CoV-2, la covid persistente y la neumonía. Además, hay que considerar los efectos colaterales que la pandemia ha tenido en los niños y adolescentes, entre los que se encuentran la falta de normalidad en la escolarización, derecho fundamental de la infancia y base imprescindible para el bienestar y desarrollo personal de cada niño, y los trastornos de salud mental que se han evidenciado como consecuencia de la pandemia.

--La Agencia Europea del Medicamento que amplió la autorización de la vacuna contra el Covid el 24 de febrero de 2022 para los menores comprendidos entre los 6 a 11 años, habiéndola ya aprobado con anterioridad entre los 12 y 18 años, con pfeizer y moderna al tener una eficacia similar a la de adultos. Expone que los efectos secundarios más frecuentes son también similares. La mayoría de los efectos secundarios de la vacunación son leves y de corta duración y no todos los vacunados los padecen: dolor en el hombro o brazo, sensación de cansancio, malestar, escalofríos, dolor de cabeza, fiebre baja, raramente inflamación de ganglios de axila o cuello del lado de la inyección.

--La Agencia Estatal de Medicamentos y la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, que ha aprobado la vacunación para estas edades, con las consiguientes garantías de calidad, seguridad y eficacia.

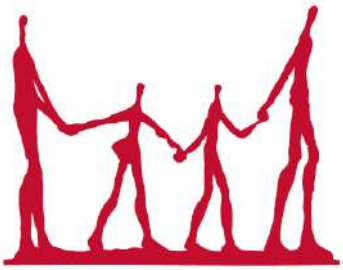
Todas estas agencias señalan que las vacunas no causan perjuicio para la salud, al contrario, la mayoría de los estudios científicos llevan a concluir que los beneficios son innegables, tanto individual como poblacionalmente. Esta vacuna, como otras, son los instrumentos más eficaces de lucha contra las enfermedades infecciosas; está catalogada como medicamento inmunológico especial. Han supuesto una reducción importante de la prevalencia de enfermedad grave, hospitalización y muerte en los grupos de población vacunada. La vacunación a los menores (sin factores de riesgo sobre enfermedades infecciosas) proporcionará beneficios a nivel individual y sobre la aparición de brotes en los centros educativos.

Es cierto que en jóvenes y adolescentes se ha notificado con mayor frecuencia casos de miocarditis y pericarditis asociados a la vacunación, con evolución similar a las que aparecen por otras causas, generalmente con buena evolución. Pero como concluye el informe del forense, vale la pena vacunarse a pesar del riesgo de miocarditis y pericarditis que ocurren muy raramente, pues estas patologías son más frecuentes si se padece la infección natural del virus por contagio. El balance riesgo/beneficio es claramente favorable a la vacunación. Conviene vacunarse para evitar contagiarse con el virus y poder padecer cualquiera de sus complicaciones, entre ellas, la miocarditis y pericarditis. La vacuna no produce la enfermedad al no contener virus ni otros microorganismos, siendo conveniente la vacunación si se busca el interés del menor.

La parte recurrente, en contra de todo lo expuesto, señala que sus componentes podían ser perjudiciales para la menor y para acreditarlo aportó información extraída de internet y estudios de un doctor en Ciencias Químicas, de modo que no se trata de informes oficiales avalados por las autoridades sanitarias que desvirtúen todos los anteriores.

En consecuencia, solo estaría contraindicada en personas con antecedentes de reacciones alérgicas graves, que no es el caso del menor en el supuesto de autos.

Por todo lo cual, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar el Auto recurrido.



Se mantiene la custodia compartida

AP BALEARES, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2022

No hallamos motivo para modificar el régimen de custodia para asignarlo en exclusiva al padre, porque no consideramos que ese cambio vaya a beneficiar a la hija en mayor medida que la guarda y custodia compartida que ahora rige, para lo cual no es suficiente con el deseo de la hija y sin que el distinto estilo educativo del padre y de la madre e incluso el nivel de exigencia que cada uno tiene para con su hija constituyan razón suficiente para hacerlo.

La solución a adoptar en este caso, en el que se discute el régimen de guarda y custodia sobre la hija común, Lorena, pasa obviamente por decidir la mejor solución atendiendo al mayor beneficio que pueda reportar a la niña, en el orden psico-afectivo y en el de su educación, en su desenvolvimiento social y atendiendo también a su situación habitacional en la vivienda de cada uno de los progenitores.

Desde la indicada perspectiva, centrada en contribuir al mayor bienestar integral de Lorena, lo que también está en la base de la sentencia de primera instancia, iniciaremos nuestro análisis haciendo una breve alusión a nuestra sentencia nº 314/2.017, de 10 de octubre, dictada en litigio en el que también discutían los litigantes el régimen de guarda y custodia de Lorena. Somos conscientes, obviamente, del paso del tiempo desde aquella resolución, pero sí queremos destacar que la pretensión del también allí demandante, Sr. Conrado, se sustentaba en análogos argumentos que en el presente pleito, porque también insistía el actor en diversos incumplimientos de la madre de sus deberes propios de la patria potestad para con su hija, al pasar ésta mucho más tiempo con su padre, achacando también una inhibición de la Sra. Candida en la relación con la hija común. Era un momento en que ambos progenitores precisaban del apoyo de terceras personas para el cuidado de Lorena, pues en aquella época Don Conrado trabajaba como patrón de yate y ya dijimos que no había nada negativo en tales auxilios. Valorábamos la complementación de los diversos estilos educativos del padre y de la madre y el buen vínculos que ambos tienen con su hija, una niña que percibe a ambos como figuras de seguridad y confianza, que presentaba un buen rendimiento escolar y no mostraba patología de tristeza o ansiedad, habiendo indicado la psicóloga que Lorena es activa, curiosa e inquieta, alegre y cariñosa, mostrando los recursos propios de su edad y consciente de la problemática que afecta a sus padres. Todo ello se producía en el contexto de un régimen de guarda y custodia compartida, que la psicóloga interviniente recomendó mantener y así lo acordamos. Cabe igualmente recordar que la derivación del caso al Programa de Coordinación de Parentalidad en el Centro de Atención Integral a la Familia, la decidimos atendiendo a la recomendación de la perito, para tratar de disminuir la tensión y conflictividad existente entre los progenitores, para mejorar su comunicación y con el fin de alcanzar metas comunes respecto de las necesidades de Lorena.

Por consiguiente, nuestra misión en este momento es pronunciarnos sobre si ha existido una alteración sustancial de las circunstancias, o al menos un cierto cambio, que justifique ahora la guarda y custodia exclusiva paterna en bien de Lorena.

El documento nº 5 de la demanda incorpora el informe de parentalidad de 15 de mayo de 2.018, del que resaltamos la buena relación que mantiene Lorena tanto con su padre como con su madre, habiendo lle-

gado a manifestar la niña, en la entrevista de acogida de 10 de enero de 2.018, que está bien adaptada al reparto de tiempo actual, que le gustaría hablar más con su padre y con su madre y que preferiría realizar los intercambios los lunes, para así poder planificar el fin de semana con el progenitor custodio en esa semana. También se valora en el informe una buena adaptación de la menor al entorno escolar, tanto académico como social.

El documento nº 6 de la demanda contiene el nuevo informe de parentalidad fechado el 4 de marzo de 2.019. En él se muestra a Lorena cómoda y contenta en los domicilios del padre y de la madre y ambos los reconoce como su hogar. Dijo no llevarse muy bien con la pareja de su padre, echando en falta a éste cuando ella está en casa. Manifestó su agrado en estar con su padre y con su madre, añorando a ésta porque trabaja mucho y pasa mucho tiempo en casa de la Sra. Abelardo, que la cuida muy bien. Apreciaron las psicólogas que redactan el informe que ven en Lorena un vínculo positivo con ambos progenitores, a quienes reconoce como figuras significativas de referencia, de seguridad y protectoras.

Consideramos estos informes desde la perspectiva del bienestar de Lorena en su situación actual, es decir, inmersa en un régimen de guarda y custodia compartida y lo hacemos porque nos desvela que la niña se encuentra bien, contenta y adaptada a dicho régimen, no habiendo indicio alguno, como también dice la juzgadora de primera instancia, de que el sistema compartido de guarda y custodia le esté produciendo un perjuicio en su desenvolvimiento psico-afectivo y educacional, conclusión que queda reforzada a la vista de la información proporcionada a esta Sala por el " DIRECCION000 " e incorporada al rollo, en la cual se refleja que la niña ha tenido un buen curso y muestra interés en aprender, haciendo gala de una responsabilidad cada vez mayor, y aparece como amigable y sociable. Refleja el informe la buena progresión de la menor en el idioma inglés y la mejora en su confianza en matemáticas; el informe es también positivo en el área de ciencias y humanidades y en cuanto a su comportamiento cabe destacar que se le califica como encantadora y muy trabajadora, habiendo mejorado su relación con los compañeros. Es cierto que el informe también indica que Lorena es muy sensible y que no le gusta destacar por ser diferente, por lo que los retrasos en acudir al centro deberían solucionarse, ya que eso le ayudaría mucho.

A la vista del mencionado informe y aunque también el colegio ha advertido que cuando la niña está con su madre acude al centro en ocasiones sin el uniforme e incluso despeinada, lo cual le hace sentirse incómoda, lo cierto es que estas deficiencias en el cuidado de Lorena, aun cuando deben ser revertidas, no constituyen una situación que permita modificar el régimen de guarda y custodia compartida, al que la niña está completamente adaptada como hemos advertido antes. Y también consideramos que dado que Lorena se encuentra perfectamente bien con su padre y con su madre y que las dos viviendas que comparte, cuando está con uno o con otra, son considerados por la niña como su hogar y que su dinámica escolar, tanto académica como social es adecuada, entendemos que lo más adecuado a su mayor beneficio es el mantenimiento de la guarda y custodia compartida, debiendo recordar en este momento que lo que más quiere Lorena es disponer de tiempo de relación y de hacer planes con cada uno de sus progenitores.

En este sentido, la exploración de la niña realizada por la Sala puso de manifiesto su deseo de vivir con su padre, aunque también dijo que quería mantener visitas regulares con su madre, al menos una vez por semana. Puso de relieve que cuando vive con su madre se siente más presionada, ya que ella es muy exigente y enérgica. Sin embargo, también describió las actividades extraescolares que desarrolla, que la tienen ocupada prácticamente toda la semana, aparte de los deberes que ha de realizar y ello es, obviamente, fuente indudable de presión, aunque Lorena también dijo que no se siente forzada a realizar esas actividades, que le agradan. Y en la exploración tampoco descubrimos elemento alguno - tampoco se acredita con otros elementos de prueba practicados- que desvele desatención de la madre o bien conductas realizadas por ella que puedan perjudicar a la niña.

En definitiva, atendiendo a la exploración de la menor y al resto de la prueba que hemos analizado, no hallamos motivo para modificar el régimen de custodia para asignarlo en exclusiva al padre, porque no consideramos que ese cambio vaya a beneficiar a Lorena en mayor medida que la guarda y custodia compartida que ahora rige, para lo cual no es suficiente con el deseo de Lorena y sin que el distinto estilo educativo del padre y de la madre e incluso el nivel de exigencia que cada uno tiene para con su hija constituyan razón suficiente para hacerlo

Régimen de visitas cuando están en curso actuaciones penales

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 2022

Aun en supuestos de condena penal firme, el Tribunal puede ponderar las circunstancias del caso y establecer, motivadamente, un régimen de estancias y comunicaciones con el progenitor no custodio. Evidentemente, en los casos que exista condena van a exigir un plus de motivación pues deberán considerarse los hechos declarados probados y la trascendencia sobre las relaciones paternofilialles. En el presente caso solo se está en la fase inicial de las diligencias penales y se considera procedente la fijación de un régimen de visitas.

Tras el dictado de la sentencia apelada, el DOGC publicaba el día 2 de diciembre de 2021 el Decreto Ley 26/2021, de 30 de noviembre de modificación del Libro segundo del Código Civil de Cataluña en relación a la violencia vicaria. Esta norma entró en vigor el 3 de diciembre de 2021 de conformidad con lo establecido en su Disposición Final.

Tal como recordaba su exposición de motivos, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica (Convenio de Estambul) ratificado por España y por tanto integrado en nuestro ordenamiento jurídico, explicitaba que los estados partes debían adoptar todas las medidas legislativas y otras medidas necesarias para actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia.

Ya el CCCat en el año 2010 excluyó la posibilidad de atribuir la guarda - exclusiva o compartida- al progenitor contra el que se hubiera dictado una sentencia firme o mientras existieran indicios fundamentados de violencia familiar o machista. El artº 233-1.2 imponía a la autoridad judicial que adoptara las medidas necesarias en caso de violencia familiar o machista.

En el ámbito estatal han sido especialmente importantes los avances legislativos en materia de protección de las víctimas de violencia de género y de sus hijos e hijas. La LO 8/2015 de 22 de Julio y la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia cambiaban un elemento esencial: los hijos e hijas sujetos a la guarda y custodia de las mujeres maltratadas ya no eran meros testigos de la violencia de género sino que pasaban a tener la condición de víctimas de la violencia, pudiendo adoptarse por el juez civil o penal medidas que conllevaran la prohibición de estancias y comunicación con el agresor. En igual sentido se modificó el artº 1 de la LO 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género cuyo objeto de protección directa ya no eran solo las mujeres víctimas de la violencia sino que extendía su protección especial a los hijos y a los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las víctimas, permitiendo adoptar medidas de protección integral en relación a cualquier menor, fueran o no hijos del agresor. También debe subrayarse la modificación operada por la LO 8/2015 sobre los artículos 65 y 66 de la LO 1/ 2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género de forma que en los casos en que los/las jueces/zas no adoptaran alguna de las medidas de suspensión de la patria potestad, custodia, régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, debían pronunciarse, en todo caso, sobre la forma en las que se ejercerían, adoptando las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer y teniendo que realizar un seguimiento periódico de su evolución.

Estas reformas tuvieron su reflejo en la praxis judicial siendo varias las sentencias del TS que incidían sobre el derecho de los menores a que su vida se desarrollase en un entorno libre de violencias (entre

otras STS de 4 de febrero de 2016).

En el ámbito estatal, la reforma operada en el artº 94 del Código civil a través de la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal para el Apoyo de las Personas con Discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, modifica sustancialmente la regulación del régimen de visitas y estancias al establecer: "No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, los deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior".

Este precepto solo es aplicable en territorio de Derecho común pero el contexto de su publicación y la interpretación que ha suscitado han de servirnos en el análisis de la normativa vigente en Cataluña.

Tras la LLei 17/2020 de 22 de diciembre que modifica parcialmente la LLei 5/2008 de 24 de abril sobre el Dret de les Dones a erradicar la violencia masclista, ya se disponía en su artº 4 que por violencia vicaria debe entenderse toda forma de violencia machista ejercida contra los hijos e hijas con la finalidad de provocar un daño psicológico a la madre.

Como decíamos, el 3 de diciembre entraron en vigor las modificaciones de los artículos 233-11, 236-5 y 236-8 del Código Civil de Cataluña.

El artº 233-11 del CCcat redactado de conformidad con el Decret LLei 26/2021 dispone en su párrafo 3 "En interés dels fills i filles, no es pot atribuir la guarda al progenitor, ni es pot establir cap règim d'estades, comunicació o relació, o si existeixen s'han de suspendre, quan hi hagi indicis fonamentats que ha comès actes de violencia familiar o masclista. Tampoc no es pot atribuir la guarda al progenitor, ni es pot establir cap règim d'estades, comunicació o relació, o si existeixen s'han de suspendre, mentre es trobi incurs en un procés penal iniciat per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i la indemnitat sexual de l'altre progenitor o els seus fills o filles, o estigui en situación de presó per aquests delictes i mentre no s'extingeixi la responsabilitat penal. 4. Excepcionalment, l'autoritat judicial pot establir, de forma motivada, un règim d 'estades, relació o comunicacions en interés de la persona menor, un cop escoltada, si té capacidad natural suficient".

El artº 236-5 al introducir los párrafos 3 i 4 queda redactado en el siguiente sentido. "3. El progenitor i altres persones a què fa referencia l'article 236-4.2 quan hi ha indicis fonamentats que han comès actes de violencia familiar o masclista, no tenen dret a relacionar-se personalment amb els fills o filles. Tampoc hi poder establir relacions personals mentre es trobin incursos en un procès penal iniciat per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i la indemnitat sexual de l'altre progenitor o els seus fills o filles, o estigui en situación de presó per aquests delictes i mentre no s'extingeixi la responsabilitat penal. 4. Excepcionalmente, l'autoritat judicial pot establir, de forma motivada, un règim d 'estades, relació o comunicacions en interés de la persona menor, un cop escoltada, si té capacidad natural suficient".

La aplicación al caso de la reciente reforma, no alberga género alguno de duda; la Disposición adicional establece: Todas las medidas que se hayan de acordar que estén en trámite en la fecha de entrada en vigor de este decreto se han de adaptar a la nueva normativa.

El hecho que la sentencia se dictara al amparo de la legislación anterior no impide, por mandato legal, a esta sala, la aplicación de la nueva norma. No existe indefensión pues el apelado, al dársele traslado del hecho nuevo, pudo alegar lo que a su derecho hubiera convenido e incluso interesar nueva prueba que hubiera permitido a la sala tener un ámbito mayor de conocimiento. Y no existe indefensión respecto del cambio legislativo pues el apelado estaba perfectamente defendido y representado por profesionales del derecho. Sobre los hechos nuevos debe recordarse igualmente que el artº 752 de la Lec dispone que en los procesos a que se refiere este título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento, disposición aplicable a las pretensiones de ius cogens y que alcanza también a la segunda instancia. A mayor abundamiento el artº 236-3.1 del CCat permite a la autoridad judicial, en cualquier procedimiento, adoptar las medidas necesarias para evitar cualquier per-

juicio personal o patrimonial a los hijos en potestad.

Superado este primer obstáculo, lo que puede plantearse es, si la condena firme determina necesariamente la suspensión de todo régimen de relaciones o si la cláusula de excepcionalidad del párrafo 4º del artº 233-111 y del artº 236-5, que permite al tribunal acordar o mantener el régimen de estancias, relación o comunicación, de forma motivada, es también aplicable en los supuestos en los que el progenitor haya sido ya condenado.

La pregunta debe responderse, al entender de esta sala, en sentido afirmativo. La cláusula de excepcionalidad se establece en ambos casos en un párrafo separado por lo que cubre la totalidad de los supuestos. Véase que el CC estatal sí es más preciso y excluye de la cláusula de excepcionalidad claramente los supuestos de ingreso en prisión -provisional o por sentencia firme-, pero no lo hace así el legislador catalán. Sí la voluntad legislativa hubiera sido suspender o denegar en cualquier caso las estancias una vez se dictara sentencia firme condenatoria, así lo habría dispuesto, tal como en la redacción anterior del artº 233 recogía que la sentencia firme impedía el otorgamiento de la guarda a la persona condenada. Por tanto, aun en supuestos de condena firme, el tribunal puede ponderar las circunstancias del caso y establecer, motivadamente, un régimen de estancias y comunicaciones. Por supuesto que la existencia de una condena va exigir un plus de motivación pues deberá considerar los hechos declarados probados y la trascendencia sobre las relaciones paternofilialles.

El propio TS en su reciente sentencia de 27 de octubre de 2021 (ROJ: STS 4022/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4022) dictada tras haber entrado ya en vigor la reforma del artº 94 del CC estatal, pese haber sido condenado el padre por un delito de violencia de género - maltrato del artº 153.1 y 3 del CP -, aunque casaba la sentencia y revocaba la guarda compartida, sí fijaba un régimen de estancias entre el aquel y los menores.

Después de un examen general sobre la legislación aplicable y centrándonos en las cuestiones que resultan controvertidas en esta alzada, es incuestionable la existencia de unas Diligencias Previas nº 2511/20 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Hospitalet de Llobregat como consecuencia de la denuncia formulada por la Sra. Petra en fecha 19 de noviembre de 2.020, y que en las mismas se dicta una Orden de Protección mediante Auto de 22 de noviembre de 2.020, donde además se acuerdan como medida civil atribuir la guarda de la hija común menor de edad a la madre y limita las relaciones personales entre el padre y la hija a una sesión de visitas a través del punto de encuentro del domicilio de la madre los fines de semana alternos sin perjuicio de lo que se acuerde en la vía civil.

Lo primero que debe quedar expuesto en este momento, es que la recurrente Sra. Petra se pretende en esta alzada la reducción de las visitas entre el padre y su hija menor que solicita que se lleven a cabo mediante una visita a través del Punto de Encuentro los fines de semana alternos.

A la hora de determinar sobre la cuestión que se plantea en esta alzada de forma necesaria debemos tener en cuenta que del examen de la denuncia formulada que origina las actuaciones penales y la orden de protección acordada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Hospitalet, gran parte de los hechos que se exponen en la referida denuncia ya fueron objeto de otra denuncia en el año 2.019 de los que el Sr. Amadeo fue absuelto por Sentencia de 4 de noviembre de 2.019 del Juzgado Penal nº 16 de Barcelona, y que el resto de los hechos denunciados y alegados como hechos de nueva noticia en esta alzada, se trata de hechos supuestamente ocurridos a raíz de la Vista celebrada en las presentes actuaciones en la primera instancia, alegando la denunciante ahora recurrente que a raíz de ese día del juicio “aumenta el tono de sus ataques tanto verbalmente como por escrito obligando a mi mandante, el día 19 de noviembre de 2.020...a interponer nueva denuncia”.

Partiendo de cuanto ha quedado expuesto y dada cuenta que la sentencia recurrida atribuye a la madre la Guarda y Custodia de la hija común menor de edad, y que el régimen de relaciones paterno filiales que se establece en dicha resolución en cierta forma resulta alterado (o al contrario) por las medidas civiles que se adoptan en el Auto de 22 de noviembre de 2.020 como consecuencia de hechos posteriores a la celebración de la Vista en la primera instancia, y atendiendo a la edad de la hija común y demás circunstancias que concurren en el presente supuesto, consideramos que debe establecerse un régimen de relaciones entre la hija común menor de edad y su progenitor no custodio de fines de fines de semana alternos sin pernocta (sábado y domingo) de 11,00 horas a 19,00 horas con recogida y entrega en el Punt de Trobada más cercano al domicilio del menor, quedando sin efecto el régimen de visitas y estancias de vacaciones escolares que se establece en la sentencia recurrida sin perjuicio de que pueda interesarse la modificación de la medida ahora adoptada una vez que se modifiquen las circunstancias que ahora se tienen en cuenta, y de forma especial, cuando tenga lugar la finalización de las responsabilidades penales bien por el cumplimiento de las mismas o bien, porque tenga lugar el archivo de las actuaciones penales.

Extinción de uso por convivencia con un tercero

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2022

La convivencia de la madre con un tercero ha sido admitida por esta en la entrevista mantenida para la elaboración del informe psicosocial, y aunque desmiente este hecho al ser interrogada en la vista, admite que su pareja tiene llave del piso, figura en los buzones y tiene domiciliado su vehículo en la vivienda desde 2014, datos estos que vienen a evidenciar que la presencia del tercero no es ocasional ni esporádica.

Se alega, de igual modo, que la juzgadora de instancia ha incurrido en error al dar por probado que la demandada tiene constituida una nueva familia cuando en modo alguno ha sido acreditado tal extremo.

La discrepancia con la valoración de la prueba realizada en la instancia ha de examinarse a la luz de la sentencia 3/96, de 15 de enero del Tribunal Constitucional que señala que en nuestro sistema procesal la segunda instancia se configura, como una "revisio prioris instantiae " en la que el tribunal superior u órgano " ad quem " tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (" quaesio facti") como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (" quaestio iuris ") para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas de aplicación al caso; si bien no es menos cierto que ello no supone ignorar que, respecto de aquellas pruebas que han sido practicadas con inmediación judicial, el juez "a quo", tiene elementos más fundados para calibrar su entidad, eficacia y credibilidad y que por ello le han conducido a la objetivación de las circunstancias concurrentes, pero sin que ello impida su nueva valoración de la Sala y la modificación de lo por él objetivado cuando se le exponga a aquella y aprecie que ha incurrido en error en su valoración el juez de instancia.

En este caso, la convivencia ha sido admitida por la demandada en la entrevista mantenida para la elaboración del informe psicosocial, aunque desmiente este hecho al ser interrogada si bien admite que su pareja tiene llave del piso, figura en los buzones y tiene domiciliado su vehículo en la vivienda desde 2014, datos éstos que vienen a evidenciar que la presencia del tercero no es ocasional ni esporádica.

En todo caso, del informe del detective privado, ratificado en el acto de la vista y practicado como prueba testifical, según el art. 265.1.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se desprende que la cohabitación del actual compañero de la madre es cierta y asimilable a una unión estable de hecho o extramatrimonial, conclusión que no ha sido desvirtuada, por lo que no existe error valorativo alguno.

Se invoca en la resolución recurrida la sentencia del Pleno de la Sala Primea del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 en la que se aborda la cuestión relativa a la determinación de los efectos que produce la convivencia de la progenitora que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, junto a los hijos menores, con una nueva pareja, respecto de este derecho de uso.

La citada sentencia de casación declara extinguido el derecho de uso en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales argumentando que, tras la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, materialmente la que fue considerada como vivienda familiar pierde su antigua naturaleza por servir en su uso a una familia distinta.

Los argumentos de dicha doctrina jurisprudencial son trasladables al supuesto de autos pudiendo considerarse, a mayor abundamiento, que al regir el sistema de custodia compartida se sobreentiende que el menor ya no reside habitualmente

en el domicilio de la madre sino que habita con la periodicidad semanal alterna determinada en el plan de coparentalidad de la custodia conjunta en el domicilio de cada uno de los progenitores, de tal forma que ya no existe una residencia familiar, sino dos, según indica la sentencia de 14 de marzo de 2017 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Conllevando la entrada de un tercero en la vivienda cuyo uso se concedió a la madre el efecto del cese de la atribución de dicho derecho, no se produce vulneración alguna del interés del menor, de protección prevalente, según el criterio sentado por la referida sentencia de 20 de noviembre de 2018, por lo que no puede acogerse el motivo.

Pensión alimenticia

Devengo de la pensión del hijo mayor de edad desde la interposición de la demanda

AP PALENCIA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2021

Si el convenio regulador suscrito en el curso del procedimiento no fija fecha inicial de devengo de la pensión alimenticia, hay que acudir a lo dispuesto en el art. 148 del CC, y tendrá efectos desde la fecha de interposición de la demanda.

Por lo que hace al fondo del litigio, el ejecutado entiende que la pensión alimenticia solo se devenga desde la fecha del convenio regulador, firmado el día señalado para el juicio y no desde la fecha de presentación de la demanda.

El recurso se desestima por las mismas razones expuestas en el auto apelado. Es decir, el convenio no fija día inicial para el pago de la pensión alimenticia y debe acudirse, para suplir esa laguna, a la regla legal recogida en el artículo 148 del Código Civil.

En este sentido, puede citarse, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2018: "En segundo lugar, estamos ante unos alimentos que se fijan en beneficio e interés de los menores afectados por el divorcio de sus padres, sin estar sometidas a la justicia rogada, hasta el punto de que el párrafo primero del art. 93. CC contempla un derecho incondicional, que debe ser sancionado incluso de oficio ("El Juez en todo caso..."). Hasta tal punto es así que la sentencia 304/2012, de 21 de mayo, que cita la 525/2017, de 27 de septiembre, señala que "no puede alegarse incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el Juez, en virtud de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales". Y si en ausencia de justicia rogada el Juez viene obligado a fijar pensión alimenticia en favor de los hijos menores, ningún problema debería tener en hacer extensiva esta prestación a la fecha en que, con carácter también imperativo, el artículo 148 CC extiende esta prestación al momento de la formulación de la demanda, en unos momentos en que se ha cuestionado este límite temporal impuesto por la norma para hacer efectivos unos alimentos más amplios con fundamento en el artículo 39 de la CE, bien es cierto que con el efecto de negar cualquier posible contradicción de este artículo con el 148.1 CC (Auto del TC de 16 de diciembre de 2014)."

El hecho de que el hijo común sea mayor de edad no altera la aplicación de la norma general prevista en el artículo citado, que tiene como destinatarios a todos los alimentistas y no solo a los menores de edad.

Pensión compensatoria

No se dan los requisitos para su fijación

AP BALEARES, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2022

Atendiendo al tiempo de duración del matrimonio (cuatro años), así como por el cese de los cuidados de la esposa hacia el esposo (con precaria salud) que tuvo lugar cuando llevaban dos años de matrimonio, no procede fijar pensión compensatoria.

En relación con la pensión compensatoria solicitada por la Sra. Delia, extremo al que se contrae el recurso, la juzgadora de primer grado la rechaza atendiendo al tiempo de duración del matrimonio (cuatro años), así como por el cese de los cuidados de la apelante hacia el actor principal, que tuvo lugar cuando llevaban dos años de matrimonio. Considera igualmente la juzgadora que no resulta objetivado en este caso el desequilibrio económico que está en la base de la pensión compensatoria, ya que la recurrente se encuentra en buena situación para acceder al mercado laboral y ha visto aumentado su patrimonio con un inmueble, cosa que no ocurre con el apelado, que permanece en la misma situación económica y dado que su precaria salud le obligará a financiarse los correspondientes cuidados. Refiere igualmente la juez la absoluta indeterminación de la situación económica constante matrimonio y el concreto desequilibrio que puede producir a la Sra. Delia la disolución del vínculo conyugal.

Reacciona la Sra. Delia contra la denegación de la pensión compensatoria instada por su parte y aduce que desde el inicio del matrimonio aquella dedicó exclusivamente su actividad al cuidado del actor, así como a la limpieza y al mantenimiento de la casa, lo cual ocurrió no sólo al comienzo del matrimonio como indica el actor principal sino durante todo el tiempo y hasta el cese de la convivencia, dada la falta de visión del Sr. Eutimio. Y ello habría impedido a la Sra. Delia desempeñar un trabajo fuera del domicilio conyugal. Alega finalmente que ni la herencia que recibió la recurrente ni sus posibilidades actuales de trabajar pueden ser tenidas en cuenta y destaca la animadversión del testigo hacia ella.

Rechaza el Sr. Eutimio que exista desequilibrio económico. Destaca que la situación económica de la Sra. Delia es mejor tras romperse el vínculo conyugal y destaca que esa mejoría se debe precisamente a haber contraído matrimonio, pues de limpiar una vivienda por horas y en situación irregular, pasó Doña Delia a obtener, tras contraer matrimonio, la documentación correspondiente para residir y trabajar legalmente en España, habiendo trabajado en el Polígono de Levante y como empleada interna de Don Rosendo, quien la hizo heredera de sus bienes. Insiste en que los cuidados prestados por la Sra. Delia al Sr. Eutimio sólo tuvieron lugar al principio del matrimonio, desentendiéndose después de él e incluso haciendo uso para sí del dinero del apelado. Destaca que sigue trabajando la Sra. Delia de forma opaca.

Ninguna prueba aporta la recurrente que nos permita considerar la existencia del desequilibrio económico que pueda dar lugar a la pensión compensatoria, conforme a lo dispuesto en el art. 97 del Código Civil. Ni siquiera consta acreditado el cuidado constante del Sr. Eutimio por la Sra. Delia, que el primero sólo admite al comienzo de la relación conyugal, sin que ésta haya facilitado prueba de esos cuidados y de su extensión hasta la ruptura de la relación, ruptura por lo demás especialmente traumática, dados lo acontecimientos relatados en la demanda y en la respuesta al recurso de apelación.

Lo que realmente interesa es conocer si existe el desequilibrio que justifica la pensión y ello no es así, o al menos no lo demuestra la apelante. Los continuos desvelos por el Sr. Eutimio a que hace referencia la Sra. Delia y su imposibilidad de ningún otro trabajo, difícilmente son compatibles con las

atenciones que prestaba, constante matrimonio, a Don Rosendo, persona con la que no mantenía ningún vínculo de parentesco y a pesar de ello la hizo heredera de sus bienes, entre otros, de la vivienda en que residía el fallecido Don Rosendo. Este hecho no ha sido desmentido por la recurrente, por lo que entendemos acreditado que durante el matrimonio entre los litigantes, Doña Delia prestó sus cuidados al Sr. Rosendo en el domicilio de éste, pues de otro modo no se explica que éste la nombrara heredera.

Y por ello consideramos plausible la tesis del actor de haberse visto desatendido siendo invidente por su esposa, pudiendo extraerse también la conclusión de que durante el matrimonio la Sra. Delia trabajó, de modo que no se vio perjudicada en su esfera laboral por el vínculo conyugal.

En definitiva, el recurso debe ser desestimado, ya que no se acredita la existencia de desequilibrio económico que puede dar lugar a la prestación alimenticia.

Cuestiones procesales

En el divorcio no puede acordarse los efectos retroactivos de la disolución de la sociedad de gananciales

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2022

En proceso de divorcio se acuerda la disolución de la sociedad de gananciales, pero no puede resolverse la fecha a la que pueda en su día retrotraerse los efectos respecto al inventario de bienes y/o deudas que integren el activo y el pasivo de la sociedad, cuestión que habrá que resolver en el procedimiento de liquidación.

La representación procesal de D. Enrique, interpone recurso de apelación frente a la sentencia de divorcio recaída en la instancia a 8 de enero de 2.020, interesando de la Sala su parcial revocación para la determinación de la fecha de disolución de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes a 15 de octubre de 1.978, o, subsidiariamente, a 27 de marzo de 1.981.

A la vista de las actuaciones, examinadas detenidamente, es factible anticipar la procedencia de la desestimación del recurso, con lógica confirmación de la disentida, que ninguna crítica merece desde la perspectiva de la alzada.

En primer lugar, negado de contrario, no queda acreditado de manera rigurosa y seria, cuando solo sobre D. Enrique recae el onus probandi o carga de la prueba (artículo 217 de la L.E.Civil), separación de hecho libremente consentida producida a 15 de octubre de 1.978, o a 27 de marzo de 1.981, y ello por más que conste que en efecto el marido fijo su residencia en el extranjero por motivos laborales.

Al respecto, el propio D. Enrique en el acto de la vista celebrada en las actuaciones a 12 de diciembre de 2.019, manifestó no haber abonado pensión de alimentos al hijo común por enviar a la esposa la totalidad de su sueldo; y el común descendiente D. Romualdo, quien depuso en calidad de testigo, afirmo haber mantenido relación con su progenitor, tanto epistolar como telefónica y personal incluso, añadiendo que este retornaba al domicilio familiar en periodos vacacionales, por más que en efecto hiciera referencia a que con posterioridad dejara de hacerlo, en un momento en el que el hijo era aún menor de edad.

En segundo lugar, carece de todo sentido práctico discutir en esta sede de divorcio la fecha a la que pueda en su día retrotraerse el inventario de bienes y/o deudas que integren el activo y el pasivo de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes, en un momento en el que no han concretado ninguno, sin hacer extensivo el litigio a otras cuestiones, debiendo quedar centrado el presente proceso a la declaración de disolución

del vínculo y efectos consecuentes, con disolución ope legis del régimen económico del matrimonio, salvaguardando al tiempo los derechos que terceras personas pudieran ostentar contra la sociedad conyugal, y que son aquí terceros, no oídos siquiera.

Por todas las razones expuestas, ha de rechazarse la pretensión, sin que con esta solución a la problemática planteada se ocasione indefensión al apelante, toda vez que en el correspondiente proceso de liquidación de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes (cauces de los artículo 809 y 810 de la L.E.Civil), será factible retrotraer el inventario, a los solos efectos entre los ex consortes, al momento en el que conste sin duda de ninguna especie, que tuvo lugar la separación de hecho, que en efecto parece se produjo en momento en mucho anterior a la interpelación judicial de divorcio, más en fecha no concretada.

Pese a la desestimación del recurso, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas que se puedan generar en la presente alzada, en atención a la naturaleza de la materia que se enjuicia, concretas circunstancias concurrentes antes expuestas, jurisprudencia recaída en supuestos análogos y posibilidad abierta a ello, aún ambigua, por el juego de lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la L.E.Civil.

Ejecución de sentencias

No puede condicionarse el pago de la pensión alimenticia a que la madre cumpla el régimen de visitas

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 14 DE OCTUBRE DE 2022

El ejecutado ofrece consignar la cantidad que se le reclama por pensiones alimenticias no abonadas para su entrega a la ejecutante si bien condicionada a que por parte de la madre cumpla con la sentencia “y permita a mi patrocinado estar con su hija”, pero en forma alguna puede el ejecutado condicionar el cumplimiento de la obligación de pago.

La resolución recurrida, Auto de 14 de mayo de 2.021 (Auto nº 461/2021), recaída en la primera instancia en los autos incidentales de oposición a la ejecución nº 61/21 (Autos de Ejecución Forzosa nº 47/21), del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Hospitalet de Llobregat, en los que es parte ejecutante y demandada incidental Doña Petra y parte ejecutada y demandante incidental Don Valentín, desestima en su integridad la oposición formulada por el ejecutado Sr. Valentín y manda seguir adelante la ejecución despachada imponiendo además al ejecutado el pago de las costas originadas en la primera instancia.

Frente a la referida resolución, el ejecutado interpone recurso de apelación mediante el que ofrece consignar la cantidad que se le reclama en las presentes actuaciones para su entrega a la ejecutante si bien condiciona la misma a que por parte de la Sra. Petra cumpla con la sentencia “y permita a mi patrocinado estar con su hija”.

La ejecutante Sra. Petra, se opone al recurso de apelación que se interpone de contrario e interesa la confirmación de la resolución recurrida con expresa condena en costas a la parte recurrente por su temeridad y mala fe.

El recurso debe ser desestimado en su integridad. Del examen de los escritos de oposición a la ejecución y de interposición del recurso cabe concluir que tanto la oposición como la apelación constituyen actos en fraude procesal y de expreso desprecio a lo que representa la administración

de justicia. No se alega ninguna de las causas de oposición a la ejecución que establece la ley, ni el ejecutado puede condicionar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de una resolución judicial al cumplimiento de otro tipo de obligaciones aun cuando se deriven del mismo título, y ello sin perjuicio del proceso de ejecución que pueda instarse por el ahora ejecutado y recurrente de estimarlo procedente, como de hecho ha realizado, pero en forma alguna puede condicionar el cumplimiento de la obligación de pago de una determinada cantidad por impago además de una pensión de alimentos a ninguna circunstancia, por lo que se convierte en una mera excusa al cumplimiento de una obligación contenida en la resolución que es objeto de ejecución en las presentes actuaciones.

El artículo 24 de la Constitución Española sienta el principio de tutela judicial efectiva y, en base al mismo, reconoce el derecho de todo ciudadano a plantear por vía de acción, excepción, demanda u oposición, la defensa de sus derechos. La Ley 1/1996 sobre justicia gratuita concreta la forma en la que las personas que carecen de recursos pueden obtener el beneficio de justicia gratuita. En tales casos, con cargo a los presupuestos públicos y, en definitiva, a las aportaciones que los ciudadanos realizan al Estado con sus impuestos, se provén de procuradores y letrados a las partes que carecen de medios económicos.

Por otro lado, como se pone de manifiesto en la resolución recurrida, el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, enumera los motivos de oposición en los supuestos de ejecución de una resolución procesal o arbitral de condena, sin que la oposición formulada por el ejecutado y recurrente haga referencia a ninguno de ellos.

Regímenes económicos matrimoniales

Sanción ante la incomparecencia del cónyuge a la comparecencia de liquidación

AP LUGO, SEC. 1.ª, AUTO DE 20 DE JUNIO DE 2022

Si uno de los cónyuges no comparece personalmente a la comparecencia de la fase de liquidación de la sociedad de gananciales, aunque comparezca su procurador y su Abogado, procede tenerle por conforme con la propuesta de liquidación de la parte contraria.

En segundo lugar se argumenta en no ser conforme a derecho la resolución recurrida en cuanto a la sanción prevista para la incomparecencia del cónyuge, esto es, tenerle por conforme con la liquidación adversa.

El art. 809 de la LEC, en su apartado 1 dice literalmente: “Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto.”

De la literalidad del artículo parece deducirse que la única exigencia para esa comparecencia es la presencia de ambos cónyuges.

La exigencia procesal de presencia personal de los litigantes constituye una excepción a la regla general del apartado primero del artículo 23 de la LEC, que dispone que la comparecencia en juicio será por medio de procurador legalmente habilitado para actuar en el tribunal que conozca el juicio, lo que determina la necesidad de la citación personal de los interesados, pues al ser su presencia obligatoria, el punto tercero del artículo 25 de dicha ley procesal establece que no podrán realizarse mediante procurador los actos que, conforme a la ley, deban efectuarse personalmente por los litigantes.

La Sección 22, de la AP Madrid, en sentencia de 10 de diciembre de 2013, recuerda que la problemática suscitada en orden a la incomparecencia de uno de las partes a la diligencia de formación de inventario, ya había sido analizada por esa Sala, entre otros, auto de fecha 25 de mayo de 2009, señalándose que el artículo 809 de la LEC exige la comparecencia personal de los cónyuges, ya que en el párrafo primero del apartado primero del precepto señalado se determina que los cónyuges sean citados para la comparecencia, mientras que en el párrafo tercero se establecen las consecuencias de la incomparecencia por causa no justificada. En el mismo sentido, la SAP de Asturias, sección 7 del 08 de abril de 2011 siguiendo el criterio mayoritario entre las Audiencias Provinciales, entiende que el precepto exige la presencia personal de los "cónyuges", y por ello emplea este término y no el de parte o litigante o representante procesal, entendiendo que la anterior interpretación del precepto citado no es rigurosa, ni excesiva, ni inadecuada, antes al contrario, la Juez de Primera Instancia se ha limitado a aplicar el mismo, haciendo una interpretación correcta porque la claridad del artículo en cuestión no deja dudas, ni otra posibilidad de interpretación sin causar perjuicio a la parte contraria. En este sentido se ha pronunciado la sección 4ª de esta Audiencia en Auto de fecha 10/03/2009, y esta propia sección en el de 21/01/2003

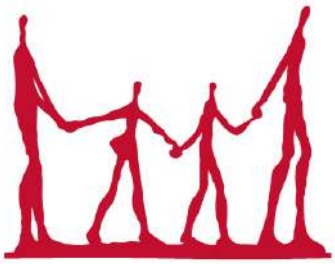
Y como se recoge en el Auto de la AP de León de 22 de diciembre de 2009 establece: " La citación de los cónyuges es esencial, porque la liquidación se hace con la intervención personal del Secretario Judicial y de los cónyuges, por exigencia legal, de suerte que, si alguno de los cónyuges no comparece, la Ley equipara dicha incomparecencia al supuesto en el que ambos cónyuges lleguen a un acuerdo. Se trata de uno de los actos procesales en los que la Ley exige la intervención directa de las partes, que no puede ser suplida, ni con poder general ni con el especial a favor de Procurador, como sucede en otras actuaciones, al estar así previsto de forma expresa en la Ley. La exigencia de comparecencia personal de los cónyuges, obedece, sin duda, a la finalidad de dotar de utilidad práctica a este acto, a fin de posibilitar el acuerdo, sin duda más difícil sin la presencia de los interesados.

El hecho de que en el propio artículo se permita una ausencia razonable y justificada, evidencia que el precepto está exigiendo la comparecencia del "cónyuge", pues es obvio que no cabe que un profesional del derecho, como es el Procurador cuya función es precisamente asistir, en representación de su poderdante, a los actos procesales, pueda alegar causa que justifique su ausencia".

Únicamente mediante solicitud expresa debidamente motivada, y, lógicamente, interesada con anterioridad al acto de la comparecencia, se podrá sopesar la concurrencia de circunstancias extraordinarias que justifiquen en el caso concreto la atenuación de la presunción legal referida. Por lo cual, la única posibilidad de salvar dicha cuestión es alegar y probar una causa que justifique la incomparecencia personal. Pero en este caso, examinada el acta de inventario, dicha justificación en la forma antedicha no ha tenido lugar, por cuanto la solicitud del desistimiento y la posterior suspensión por causa de hallarse la actora de viaje en Italia, se produjo en el acto de inventario y sin aportar justificación alguna de la fecha de inicio y regreso.

En conclusión, siendo ajustada a derecho la interpretación y aplicación del art. 809.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida

La Sala estima, y más aún tras el expreso apercibimiento contenido en la diligencia de ordenación de 23 de septiembre que citaba a las partes a la comparecencia prevista en el art. 810 LEC con las consecuencias derivadas de la falta de comparecencia personal de los cónyuges interesados, que la resolución recurrida es conforme a derecho, y que procede confirmar su tenor literal en cuanto a la necesidad de tener por conforme a D.ª Concepción con la propuesta liquidatoria practicada de adverso.



CASOS PRÁCTICOS

¿Puede un copropietario, sin ostentar la mayoría de las cuotas, ejercitar la acción de desahucio por precario frente al ocupante del inmueble?

Es un problema que se plantea frecuentemente dentro del ámbito del Derecho de Familia y del derecho sucesorio.

Pensemos simplemente en dos cónyuges divorciados que son copropietarios de un inmueble que está ocupado por un tercero, y uno de los copropietarios quiere ejercitar la acción de desahucio por precario mientras que el otro se niega.

También es habitual, en los casos en que no ha tenido lugar la partición de herencia, que uno de los herederos, o una tercera persona, esté ocupando un inmueble que forma parte del caudal hereditario, y no exista mayoría entre los herederos para ejercitar la acción de desahucio por precario. En estos casos ¿los copropietarios en minoría o en igualdad de cuotas tienen legitimación activa para interponer la demanda?

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de febrero de 2023 ha entendido que sí tienen legitimación activa.

La parte demandada negaba que los demandantes puedan oponerse a su uso de la vivienda con el argumento de que no reúnen la mayoría requerida por el art. 398 CC para un acto de administración como es el ejercicio de una acción de desahucio. Sostenía que, si bien con carácter general podría predicarse la legitimación de los actores como copropietarios (art. 394 CC), la oposición a la acción de desahucio por parte de una copropietaria que ostenta el 50% revela que hay criterios dispares sobre la materia discutida, y hasta que estas diferencias no desaparezcan, no puede conocerse con certeza cuál es el criterio más beneficioso para la comunidad.

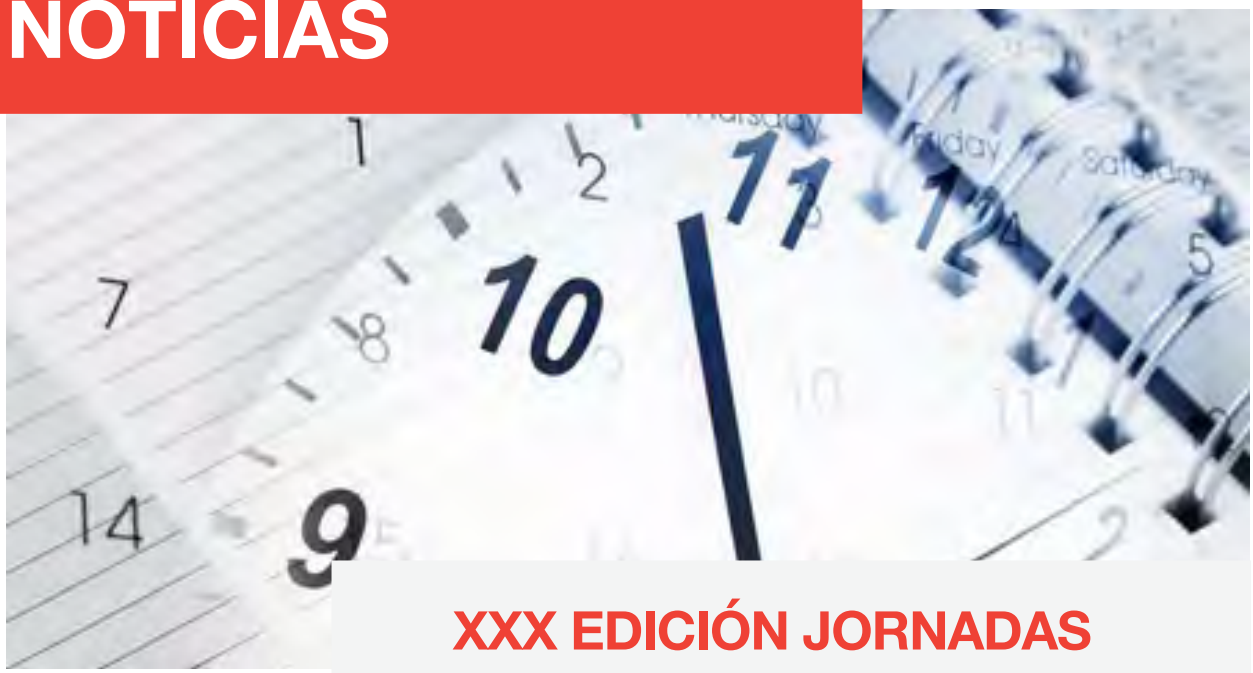
Los razonamientos jurídicos del Tribunal Supremo son los siguientes:

"Ciertamente, las sentencias citadas por la recurrente han negado la legitimación a copartícipes que no representaban mayoría de intereses y que decían actuar en beneficio de la comunidad en supuestos en los que constaba la oposición de otros partícipes a la acción ejercitada. Acreditada la oposición, dice esta jurisprudencia, cede la presuposición que funda la admisión de su legitimación, que no es otra que la presunción de que, a pesar de no acreditar la mayoría, cuentan con la aceptación y conformidad de los demás porque están actuando en beneficio de la comunidad.

Ahora bien, la recurrente prescinde de que esa jurisprudencia que cita se ocupa de casos en los que la acción ejercitada por un comunero sin respaldo de la mayoría y con oposición acreditada de algún partícipe se dirigía a resolver (o contradecía) un contrato previamente concertado contando con la mayoría o la unanimidad requerida según los casos, en función de la naturaleza de acto de administración o de disposición de que se trate. Así, un contrato de arrendamiento (sentencias de 20 de diciembre de 1989 y 460/2012, de 13 de julio), cuya extinción priva a los copropietarios de la renta del alquiler; un contrato de compraventa (sentencias de 8 de abril de 1965 y 26/2000, de 20 de enero), cuya resolución o incumplimiento lleva aparejadas consecuencias restitutorias o indemnizatorias. En ese contexto, cobra sentido la jurisprudencia conforme a la cual, ante la oposición de un condómino, cede la presunción del beneficio a la comunidad de la conducta unilateral dirigida a extinguir o resolver un contrato previamente celebrado en interés de la comunidad, reforzada además por la exigencia de que sean parte en el proceso quienes se pueden ver afectados por el pronunciamiento judicial en atención a las circunstancias concurrentes (sentencia 105/2022, de 8 de febrero).

Pero nada de eso sucede en el caso que juzgamos, pues la acción ejercitada no trata de poner fin a la situación de uso por un tercero establecida previamente por un acuerdo de la mayoría. Por el contrario, el uso de la parte demandada se basa en la sola voluntad de una copropietaria que carece del poder de disposición en exclusiva del derecho de uso sobre la vivienda, pues es titular de una mitad indivisa y, por tanto, no ostenta la mayoría (con independencia de que, aunque la tuviera, en caso de grave perjuicio a los interesados en la cosa común siempre cabría acudir al juez, conforme al art. 398.III CC).

Es decir, se da la paradoja de que la demandada, que basa su posesión de la vivienda en la concesión de quien carece del poder de disposición en exclusiva del derecho de uso, niega la legitimación de los demandantes para exigir que cese en su uso precisamente con el argumento de que son ellos quienes no ostentan la mayoría. Ello a pesar de que, como razona la Audiencia, en criterio plenamente compartible, la acción ejercitada por los demandantes redunda de forma objetiva en beneficio de la comunidad, pues la ocupación de la vivienda podría apreciarse como una carga tanto por los copropietarios como por terceros y ello redundaría en el beneficio económico que se podría obtener en la venta. Este control judicial de que, por su finalidad, el ejercicio de la acción no se desvía del beneficio común, permite concluir afirmando la falta de justificación de la pretensión de la demandada, que pretende mantener, en claro perjuicio de los demás copropietarios, el uso de la vivienda que le fue cedida en precario por una copropietaria. En definitiva, ante la inexistencia de mayoría y el bloqueo de las posiciones, lo que han hecho los demandantes es acudir al juez, como autoriza la primera parte del art. 398.III CC".



XXX EDICIÓN JORNADAS CENTRALES AEAFA

UNAS CENTRALES DE ENSUEÑO

La AEAFA colgó el cartel de 'no hay entradas' con un mes de antelación. El auditorio del hotel Meliá Castilla, de 570 plazas, se quedó pequeño ante la expectación suscitada por las XXX Jornadas Centrales celebradas los días 3 y 4 de marzo. Las previsiones se cumplieron con creces tanto por el nivel de las ponencias como por el formato vibrante, dónde los vídeos musicales y la rigurosidad jurídica combinaron a las mil maravillas.

En esta ocasión, la inauguración recayó en el Defensor del Pueblo, Ángel Gabilondo, la presidenta del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), Victoria Ortega, y la presidenta de la AEAFA, María Dolores Lozano.

Las Centrales coincidieron este año con el trigésimo aniversario de nuestra asociación, fundada en 1993 por un grupo de abogados y abogadas pioneros en el Derecho de Familia en España. Desde entonces, la AEAFA ha sido la principal defensora de la creación de la especialización en materia de Infancia, Familia y Capacidad dentro del orden jurisdiccional Civil.

Ángel Gabilondo
Defensor del Pueblo

Apuesta por el acogimiento familiar

Durante la apertura, Gabilondo ensalzó la labor “esencial para la sociedad” de la abogacía de Familia. A continuación, expresó la preocupación que despiertan en su institución las intervenciones de los poderes públicos en materia de protección de menores, especialmente cuando asumen su tutela y los separan de su grupo familiar.

Según apuntó Gabilondo, es necesario saber cómo se asume esa tutela y si se ha contado con garantías y recursos suficientes para asegurar el interés superior del menor. “La mirada de situarse en el menor, pues es nuestra prioridad. Como también lo es el acogimiento familiar”, enfatizó.

Tras insistir en que el acogimiento familiar es una valiosa alternativa al acogimiento residencial, sea en familia ajena o en familia extensa, afirmó que esta vía necesita de políticas públicas integrales que acompañen y apoyen a los ‘padres’ de acogida.

Bienestar emocional, leitmotiv de las Centrales

M.ª Dolores Lozano

Presidenta de la AEAFA

Por su parte, María Dolores Lozano centró su intervención en el leitmotiv de las jornadas: el bienestar emocional de la abogacía. Lozano comenzó enumerando los factores más perturbadores de nuestra profesión: "La conexión digital constante; la exigencia de inmediatez en la respuesta; el esfuerzo extra de los despacho unipersonales para afrontar los costes de mantenimiento y la captación de recursos; la falta de estabilidad; el resultado del servicio jurídico donde no se analiza el buen trabajo, sino solo el resultado; la mala gestión de nuestras emociones; la frustración ante el fracaso; el sedentarismo que provoca desequilibrio entre mente y cuerpo; la inadecuada gestión del tiempo que controla nuestra vida, y nos esclaviza; la multitarea que provoca innumerables frentes abiertos; el efecto 'San Google' que tanta desconfianza y dudas genera en la relación con nuestros clientes; los malabarismos para atender a nuestras familias…"

Y a continuación dijo: "Todo ello evidencia la necesidad de adquirir habilidades para reducir el nivel de estrés y la ansiedad, además de aprender a dosificar, organizar, diferenciar lo urgente de lo importante, y ocuparnos de desconectar y cuidarnos".

Una sentencia que refuerza a la AEAFA

El momento álgido de la intervención de Lozano coincidió con el anuncio de una noticia que demuestra el compromiso de la AEAFA con la buena praxis y con el conjunto de la abogacía de Familia. Lozano informó a los asistentes que la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid considera "absolutamente veraz" la crítica a la publicidad de divorcios basada en precios irrisorios y desestima el recurso planteado contra la AEAFA y su presidenta por intromisión ilegítima en el derecho al honor.

La Audiencia Provincial, además de desestimar el recurso de apelación, impuso a la parte contraria las costas del proceso que se inició con una demanda por intromisión ilegítima en el derecho al honor contra la AEAFA y su presidenta.

El conflicto tiene su origen en la reunión mantenida por la junta directiva de la AEAFA con el Consejo General de la Abogacía Española en febrero de 2021, durante la cual Lozano alertó del riesgo de publicidad engañosa en las campañas de divorcios a 150 euros, grupones o furgonetas rotuladas con precios irrisorios.

A raíz de estas declaraciones, la parte contraria interpuso una demanda que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia número 104 de Madrid, decisión que ahora ha sido ratificada por la Audiencia Provincial de Madrid. Este tribunal entiende que las declaraciones de María Dolores Lozano no pueden ser calificadas como difamatorias o atentatorias al derecho al honor del demandante. “Al margen de que no se identifique en ningún caso al apelante, sino de forma genérica a ese método publicitario de captación de clientes, en realidad evidencia un acto de libertad de expresión y opinión relacionada con el empleo de métodos publicitarios para la captación de clientes, que serían finalmente atraídos por el precio ofrecido, pero que posteriormente comprueban que los costes económicos son muy superiores a los inicialmente publicados”, manifiesta la Audiencia.

M.ª Ángeles Parra Lucán

Magistrada del Tribunal Supremo

Liquidación de los regímenes económicos matrimoniales: novedades y cuestiones pendientes

La magistrada inició su intervención recordando que los cónyuges tienen libertad para convenir la liquidación de los regímenes económicos. “Los acuerdos sobre liquidación en sentido amplio tienen eficacia entre las partes como negocio jurídico con independencia de su forma (documentos privados) siempre que reúnan los requisitos de validez de los negocios (arts. 1255 y 1261 CC) y no existan vicios del consentimiento”, resaltó. Y ello, aunque no se hayan ratificado a presencia judicial ni homologado judicialmente, tal como señala la STS 572/2015, de 19 octubre, sobre atribución de carácter privativo a bienes de forma diferente a la prevista en la regulación legal del régimen económico matrimonial (REM).

Si no se ha disuelto el REM mediante sentencia de separación, divorcio o capitulaciones, advirtió, “no puede disolverse mediante un contrato privado (STS 3 febrero 2006)”. Respecto a la modificación del régimen económico matrimonial -por ejemplo, acordando la disolución de la sociedad de gananciales y pactando separación de bienes-, necesariamente debe hacerse en capitulaciones matrimoniales en escritura pública.

Cuando la liquidación se hace en el marco de una crisis matrimonial y hay hijos, “deben respetarse las normas imperativas de protección de los hijos, como por ejemplo la que prohíbe la compensación de deudas por alimentos (art. 151 CC)”, incidió.

M.ª Ángeles Parra Lucán **José Luis Cebrano Reder**
Moderador

"Con todo, la modificación del REM mediante capitulaciones no tiene por qué ir asociada a una crisis matrimonial, pueden obedecer a cualquier motivo, pero en todo caso queda abierta la posibilidad de impugnaciones por parte de terceros en caso de liquidaciones en fraude de sus derechos", añadió.

En su ponencia, María Ángeles Parra también repasó la jurisprudencia más relevante sobre temas puntuales de liquidación y división. En este sentido, incidió en que "producida la liquidación y la adjudicación en proindiviso de varios bienes, a falta de acuerdo, puede ejercerse la acción de división respecto de algún bien y mantener la indivisión respecto de otros bienes que se mantienen en comunidad (sentencia 942/2006, de 4 octubre)".

Por lo que se refiere al momento de la valoración de los bienes, destacó que es doctrina reiterada (con apoyo en el art. 1397 CC) "la de que debe atenderse a cuando se hace efectivamente la liquidación, no cuando se presenta la demanda de divorcio ni cuando se disuelve el rem por sentencia (SSTS de 23 de diciembre de 1993, 8 de julio de 1995, de 16 de mayo de 2000, de 25 de mayo de 2005, de 6 de junio de 2006)".

Respecto a los reembolsos (arts. 1364, 1398.3 CC), la actualización debe hacerse conforme al IPC, por ser lo más coherente con la exigencia de que se haga el reembolso del valor actualizado. "No es una deuda de dinero en que deba devolverse la misma cantidad de moneda para liquidar la obligación, sino de valor, en la que la prestación debida se manifiesta en un equivalente de poder adquisitivo. Por ello, la aplicación del IPC fijado por el INE se ajusta a la finalidad de actualización mejor que el interés del dinero, que se utiliza en cambio como un sistema para liquidar los daños y perjuicios (sentencias 371/2021, de 31 de mayo, 224/2022, de 24 de marzo)", subrayó.

Vivienda familiar

La magistrada del Supremo reconoció que, en el ámbito de la liquidación de gananciales, el problema se ha suscitado sobre todo con la vivienda familiar. "En la mayoría de las ocasiones constituye el bien de mayor valor del activo", dijo.

Para la vivienda familiar, como recuerda la sentencia 54/2017, de 27 de enero, la adjudicación del uso a uno de los esposos hasta la liquidación no comporta que deba adjudicársele contra su voluntad en propiedad

con abono en metálico al otro, por ser factible proceder a su venta y repartir el dinero ente ambos. “Ello no ha impedido que, excepcionalmente, con apoyo en el primer párrafo del art. 1062 CC, esta sala haya confirmado la sentencia que, en atención a las circunstancias del caso, adjudicó a uno la vivienda familiar con compensación en dinero u otros bienes al otro (sentencias 630/1993, de 14 de junio, y 104/1998, de 16 de febrero, citada por el recurrente), o que adjudicó a la esposa el inmueble que constituía su residencia, con compensación al marido por el exceso de valor respecto del piso que se le adjudicó a él”, detalló.

Por otra parte, destacó los efectos de la STS 591/2021, de 9 septiembre: recuerda que en la partición se requiere la formación de lotes que permitan la adjudicación independiente a cada cónyuge: si ello no fuere posible por ser los bienes indivisibles y no compensables con otros, su adjudicación a uno de ellos con abono del precio o su mitad al otro, si así lo convinieren, y en último término su venta y reparto del dinero obtenido. En este caso, dijo, “la contadora adjudicó el inmueble que constituía la vivienda familiar y la totalidad de su ajuar a la esposa con obligación de compensar a su esposo por el exceso de adjudicación: la esposa manifestó que no deseaba adjudicárselo por el precio de tasación y que no disponía de capacidad económica para poder hacer frente a la deuda que se le asignaba. Se entiende que procede la venta del inmueble en pública subasta con admisión de licitadores extraños y reparto del producto de la venta al 50%”.

Finalmente, también destacó la sentencia 458/2020 de 28 julio, la cual excluye la subasta respecto de las participaciones sociales de una sociedad limitada constituida para la explotación de un negocio familiar gestionado por el esposo y su hermano, y rechaza la oposición a la partición realizada por el contador designado judicialmente, que adjudicó al marido las participaciones con la obligación de pagar a la esposa el valor de la mitad. Se considera que la venta en pública subasta de todas las participaciones sociales gananciales, en la situación fáctica descrita, hace ilusoria la concurrencia de terceros a la subasta. “Por tanto, no resultará razonable acordar la subasta, aunque lo pida uno de los partícipes cuando, dada la naturaleza de los bienes, su valor no sea suficientemente líquido por no poder acceder a un mercado organizado”, insistió.

José Luis Seoane Spiegelberg

Magistrado del Tribunal Supremo

El carácter vinculante de los pactos matrimoniales y custodia de hijos menores

El magistrado del Supremo arrancó su ponencia incidiendo en que la comunicación y estancia de los hijos con sus progenitores se configura como un derecho del menor, una de cuyas plurales manifestaciones normativas se encuentra en el art. 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando proclama: "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".

"A través de este derecho busca el Legislador que la ruptura de la pareja no produzca como efecto secundario la desvinculación con los hijos, porque es bueno para éstos, para su desarrollo integral y afianzamiento de su identidad, el mantenimiento de la relación personal con su padre y con su madre, al formar parte de su núcleo afectivo y de dependencia (STS 403/2022, de 18 de mayo)", recalcó.

La custodia compartida no es una medida excepcional

Spiegelberg recalcó el beneficio que para los hijos constituye el régimen de custodia compartida y que compila la STS 404/2022, de 18 de julio. La citada resolución indica: "La jurisprudencia reiterada sostiene, en consonancia con los conocimientos y estudios que nos brinda la psicología, que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino normal e incluso deseable, en

tanto en cuanto permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea factible y en cuanto lo sea".

Modificación de custodia monoparental a compartida por variación de circunstancias

Sobre el cambio de circunstancias, el magistrado destacó varias sentencias relevantes, como la STS 404/2022, de 18 de julio. Esta última aborda un caso de cambio de circunstancias derivado de la edad de la menor; la absolución del padre de los cargos por violencia de género formulados contra él; y la inexistencia de incidentes entre las partes en los últimos tres años.

"No se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a estos cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida", señala el TS.

Incidiendo en este concepto, la STS 162/2016, de 16 de marzo, señala que el transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental "no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida".

Régimen de custodia compartida y desavenencias entre los padres

No obstante, existen casos donde la custodia compartida resulta contraproducente. Cuando la tensa situación entre los progenitores desaconseje este tipo de régimen de guarda y custodia, sería necesario que la mala relación sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial. "Así, en la STS 545/2022, de 7 de julio, se descartó el régimen de custodia compartida debido a que las malas relaciones entre los progenitores la hacían inviable, tal como corroboró el informe psicosocial", justificó el magistrado.

Y bajo tales condicionantes, la sentencia razonó: "Si bien se cumplen la mayoría de los criterios exigibles técnicamente para aceptar una custodia compartida, la mala relación existente entre los padres, la falta de diálogo constructivo entre ellos que les impide llegar a acuerdos sobre cuestiones nimias como las actividades extraescolares de los hijos, y la implicación de los menores en el conflicto no aconsejan esta fórmula de parentalidad. En las situaciones conflictivas, como la actual, hay una fuerte evidencia de que los altos niveles de conflicto post divorcio son perjudiciales para los hijos. Como criterios para poder aceptar una custodia compartida en estos casos, según las recomendaciones de Emery (2005) dadas con la finalidad de evitar daños a los niños, es necesario que el conflicto esté contenido. Como mínimo se requiere una cooperación pasiva, consistente en no demonizar al otro progenitor delante de los hijos/as, no usarlos como mensajeros, ni como espías.

El valor de los informes psicosociales

Para explicar qué valor se debe dar a los dictámenes psicosociales durante un proceso, Seoane se apoyó en la STS 437/2022, de 31 de mayo, que señala: "Por lo que se refiere a la insistencia de la recurrente en la necesidad de estar al contenido del informe psicosocial, hay que recordar que, tal y como manifestaron las sentencias de instancia, tales informes deben ser analizados y cuestionados jurídicamente por el tribunal, como ocurre con los demás informes periciales (SSTS de 18 de enero de 2011, rec. 1728/2009; 9 de septiembre de 2015, rec. 545/2014; 135/2017, de 28 de febrero, y 318/2020, de 17 de junio)".

Y a renglón seguido, zanjó: "Como advierte la sentencia 705/2021, de 19 de octubre, asumir por el tribunal el informe psicosocial sin someterlo a valoración con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponden al tribunal por su atribución constitucional".

Pactos matrimoniales. La vigencia del principio de autonomía de la voluntad

José Luis Seoane reconoció en su ponencia que en los últimos tiempos "asistimos a una potenciación creciente del principio de la libre autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, cada vez más privatizado".

Por este motivo, los pactos prematrimoniales son "perfectamente válidos y exigibles, siempre que concurran los requisitos de toda clase de contratos; es decir, consentimiento, objeto y causa (art. 1261 del CC), se respeten las exigencias de forma "ad solemnitatem", requeridas para determinados actos jurídicos, y siempre que los acuerdos adoptados no sobrepasen los límites que a la libre autonomía de la voluntad de las partes impone el art. 1255 del CC, que exige no sean contrarios a la ley imperativa, a la moral y al orden público", recalcó.

José Luis Seoane Spiegelberg **Beatriz de Pablo**
Moderadora

"No nos ha de ofrecer duda tampoco que, al hallarnos ante auténticos negocios jurídicos de familia, son impugnables por las mismas causas reguladoras de la ineficacia de los contratos: nulidad absoluta por ausencia de los requisitos del art. 1261 (pensemos por ejemplo en el caso de una simulación absoluta o que contengan una causa ilícita); anulabilidad por la concurrencia de vicios del consentimiento (arts. 1265 y ss. del CC), o acciones rescisorias por lesión en las adjudicaciones efectuadas o fraude de acreedores (arts. 1274, 1291 y ss del CC)", añadió.

Vinculación de pactos sobre pensión compensatoria

Un caso de esta naturaleza fue abordado en la STS 59/2022, de 31 de enero. El objeto del proceso radicaba en la petición de extinción de la pensión compensatoria fijada a favor de la demandada en un procedimiento de divorcio, por la superación del desequilibrio económico existente al tiempo de su fijación. En sentencia previa entre las partes de 22 octubre 2008, dictada en procedimiento de modificación de medidas definitivas, por el Juzgado se refrenda un acuerdo entre las partes sobre la precitada pensión, según el cual:

En efecto, no ha de ofrecer duda tampoco la validez de los negocios jurídicos de familia, en los que las partes pactan, con carácter vinculante, acuerdos que entran dentro de su esfera dispositiva, relativos a sus relaciones personales y patrimoniales, siempre que concurran los requisitos del art. 1255 del CC; es decir, que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público, y, por lo tanto, que no vulneren el interés superior de los hijos menores, pues en tal caso no serían vinculantes, o el principio constitucional de igualdad del art. 14 CE (arts. 90.2 CC y 1328 CC), siempre, además, que concurran los requisitos necesarios para la existencia de cualquier contrato, cuales son el consentimiento, el objeto y la causa (art. 1261 del CC).

Fco. Javier Forcada Miranda

Magistrado de le AP de Madrid
Letrado jefe de Sección del servicio de relaciones internacionales del CGPJ

Reglamento 2019/1111. Cuestiones prácticas

Desde el 1 de agosto de 2022 es de plena aplicación en España un nuevo instrumento legal de la Unión Europea en materia de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones relativas a cuestiones matrimoniales, de responsabilidad parental y sobre sustracción internacional de menores. El magistrado examinó la norma consciente de que nos enfrentamos a un instrumento de elevada complejidad técnica y difícil puesta en práctica por parte de los operadores jurídicos. Por tanto, manifestó, "necesita de una cierta preparación y entendimiento, no siempre fáciles de conseguir".

Entre las novedades que conlleva el Reglamento Bruselas II ter, Francisco Javier Forcada del Reglamento Bruselas II ter, incidió en que este texto pone mayor énfasis en el derecho del menor a expresar sus opiniones. "Ya no se vincula a una edad determinada o concreta del menor, sino que tan solo depende de que tenga capacidad para formarse sus propios juicios", recalcó. "Hace falta así que concurra una capacidad que sea suficiente y madura para formar una voluntad y para poder conocer y entender el alcance y trascendencia de aspectos muy importantes para la vida del niño. La voluntad del menor, para ser relevante, ha de ser autónoma, firme, decidida y responder al interés superior del propio niño", expuso.

Por otra parte, Francisco Javier Forcada admitió que, con el

Fco. Javier Forcada **M.ª Dolores López-Muelas**
Moderadora

nuevo Reglamento Bruselas II ter, el legislador europeo no se ha aventurado en un territorio desconocido. "Estamos ante una refundición y eso quiere decir que ya partimos de una experiencia aplicativa previa. El legislador europeo ha pretendido mejorar la autonomía de la voluntad, simplificar los procedimientos de reconocimiento y ejecución, mejorar la gestión de los casos de sustracción internacional de menores, aumentar los niveles de cooperación y de comunicación entre órganos jurisdiccionales y proteger de una forma más efectiva el interés superior del menor, y para ello se ha centrado en refinar una legislación que ya existía y que había sido perfilada, en muchos aspectos, por la jurisprudencia del TJUE", dijo.

El magistrado acabó su intervención citando dos nuevas guías prácticas y una nueva herramienta para profesionales sobre el reconocimiento y ejecución transfronteriza de acuerdos celebrados en el marco de asuntos familiares en los que intervienen menores.

"Un elemento práctico que viene a apoyar la efectiva implementación del nuevo Reglamento Bruselas II ter lo es la guía práctica aprobada en 2022 por la Comisión Europea en el marco de los trabajos de la EJN-civil. La guía recoge los criterios establecidos en la anterior con respecto Reglamento Bruselas II bis, incorporando todas las novedades del nuevo Reglamento Bruselas II ter, muy particularmente por referencia a la jurisprudencia emanada por el TJUE", repasó.

Además, y en el ámbito de la Red Judicial Española de Cooperación Jurídica Internacional (REJUE), ya disponemos en el Prontuario , de una nueva "Guía práctica sobre la sustracción internacional de menores, Reglamento 2019/2011 del Consejo, de 25 de junio, Reglamento Bruselas II ter", a disposición de todos los órganos jurisdiccionales españoles, de la Fiscalía y del Ministerio de Justicia, y que ha sido elaborada en fecha 24 de mayo de 2022 en el marco del XXII Encuentro REJUE, Águilas, Murcia, que tuvo lugar los días 23 y 26 de mayo de 2022.

A. Javier Pérez Martín

Magistrado

Nueva problemática de las acciones de filiación: aspectos sustantivos y procesales

Uno de los momentos más esperados de las Jornadas Centrales de la AEAFA fue la intervención del magistrado Antonio Javier Pérez Martín. En esta ocasión, el titular del Juzgo de 1ª Instancia número 7 de Córdoba enfocó su ponencia en las acciones de filiación.

Sus primeras palabras sirvieron para encuadrar unos procesos que se distinguen por su dificultad. “Existe la creencia de que nuestro derecho se rige por el principio de ‘la libre investigación de la paternidad’, pero que nadie se llame a engaño. Eso eso no es verdad. El propio legislador pone enormes trabas para que pueda investigarse libremente la paternidad”, alertó.

A continuación, citó las principales trabas. La primera, de carácter procesal. “No se va a admitir a trámite la demanda en la que se ejerce una acción de filiación cuando se da alguna de estas dos circunstancias: En primer lugar, cuando se pretende impugnar una filiación declarada por sentencia firme, o determinar una filiación contradictoria con otra que hubiera sido establecida también por sentencia firme. Y, en segundo término, cuando la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación no va acompañada de un principio de prueba de los hechos en que se funda (este precepto no es aplicable en aquellos casos en los que se ejercita una acción de filiación con base en el Código Civil de Cataluña)”.

Pero si se superan esos escollos y la demanda se admite a trámite, el legislador pone un segundo obstáculo a la investigación de la paternidad:

A. Javier Pérez Martín **María José Sánchez**
Moderadora

para solicitarla hay que estar legitimado y no todas las personas pueden ejercitar una acción de filiación.

El tercer obstáculo nace de la existencia de unos plazos de caducidad tanto para la reclamación como para la impugnación. “Algunos juzgados entienden que si la acción está caducada esta circunstancia debe apreciarse inicialmente y la demanda debe ser inadmitida”, especificó Javier Pérez Martín.

Llegado a este punto, la pregunta era inevitable: ¿Por qué pone el legislador tantas trabas a la libre investigación de la filiación? “La filiación es una cuestión de orden público que, aun afectando directa y preferentemente al interés del hijo, afecta a la paz familiar y al reconocimiento social de la filiación lo que exige unas garantías de estabilidad y seguridad”, resumió el magistrado.

Durante su exposición, Antonio Javier Pérez Martín prestó especial atención al concepto de posesión de estado y a sus implicaciones para el ejercicio de la reclamación de la filiación, pese a que ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento Civil mencionan este concepto. Sin embargo, el Tribunal Supremo sí cita los elementos necesarios para su declaración en varias sentencias: El “mantenimiento de la educación y vigilancia en calidad de padre durante la época en que la hija precisaba tal protección”; la utilización pública por la menor del apellido correspondiente al presunto progenitor, “hecho que no le era desconocido a éste, y buena prueba de ello es que autorizó con su firma los boletines de notas del colegio, además de que nunca impugno la situación registral donde la niña figura con su apellido”; o la preocupación por las “necesidades y entrega de regalos” y las manifestaciones repetidas de la paternidad.

No obstante, Antonio Javier Pérez Martín recalcó en las últimas sentencias del Alto Tribunal se advierte de que la posesión de estado “es solamente un medio de prueba y de legitimación, y nunca un título que origine un vínculo de filiación”.

La ponencia de autor de Los Libros Azules hizo un repaso pormenorizado de los casos que pueden suscitarse en esta materia. Aunque le Código Civil regula las acciones de filiación sin distinguir entre paterna o materna, los nuevos tipos de familia dan pie a una casuística enorme. Como ejemplo elocuente, Pérez Martín explicó el supuesto de dos mujeres que convivían como pareja y que prestan con su firma el consentimiento para la práctica de la inseminación artificial. Tras contraer matrimonio, nacen dos gemelas que son inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que ésta los ostenta. A los dos años la madre y su esposa rompen relación y se dicta posteriormente sentencia de divorcio. La esposa de la madre ejercitó la acción de reclamación de filiación materna matrimonial siendo estimada por el juzgado al constar el consentimiento y la posesión de estado. Esta sentencia, como recordó Pérez Martín, fue confirmada por la Audiencia Provincial.

Matilde Cuena Casas

Catedrática de Derecho Civil

Concurso de acreedores y familia: régimen matrimonial, vivienda y alimentos

La declaración de concurso de una persona física ya sea empresaria o consumidor conlleva importantes implicaciones para la familia en función del régimen económico matrimonial por el que se rige la pareja, sobre todo, cuando el concursado está casado en régimen de gananciales. Por otro lado, se presenta una dificultad añadida en este terreno derivada de la circunstancia de la existencia de una pluralidad de regímenes económico-matrimoniales en el territorio español, dada la competencia legislativa que sobre esta materia ostentan las comunidades forales.

Tal como explicó la catedrática Matilde Cuena Casas durante su conferencia, el concurso de acreedores es un proceso de ejecución colectiva al que se acoge el deudor en situación de insolvencia. La masa activa del concurso comprende todos los bienes que pertenecen al deudor en la fecha de declaración de concurso. En la masa pasiva se incluyen las deudas contraídas por el concursado.

“Este esquema puede parecer muy claro, pero cuando el concursado está casado en régimen de gananciales se altera y complica de manera notable por la especial naturaleza de la sociedad de gananciales, carente de personalidad jurídica, no pudiendo ser declarada en concurso”, argumentó Cuena. A partir de este argumento, la catedrática fue desgranando los principales aspectos de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal y sus implicaciones en el Derecho de Familia.

Entre las muchas cuestiones que se formuló, destacó el capítulo que dedicó a la posición jurídica en la que queda el cónyuge codeudor no concursado. ¿Puede el cónyuge o pareja no concursada evitar la ejecución hipotecaria de la vivienda? El problema se suscita cuando la vivienda habitual se encuentra gravada con una hipoteca en garantía de un préstamo hipotecario contraído solidariamente por ambos cónyuges.

“Cuando ambos cónyuges están casados en régimen de gananciales, y sólo uno de ellos se declara en concurso, la vivienda ganancial formará parte de la masa activa (art. 193 TRLC) y la deuda hipotecaria entrará en la masa pasiva (art. 251.2 TRLC). Si el préstamo se está pagando, lo recomendable en este caso es que

el deudor se acoja al plan de pagos que no conlleva liquidación del patrimonio. De esta forma, obtendrá una reestructuración de su pasivo por la vía del art. 492 bis y se evitará la ejecución de la vivienda habitual", esgrimió.

"En el caso de que el concursado escoja el itinerario de liquidación, y el cónyuge no concursado pueda hacerse cargo del pago del préstamo hipotecario, éste podría solicitar la disolución del régimen conyugal para dejar de generar, en su caso, recursos gananciales y ejercitar en la liquidación de la sociedad de gananciales su derecho de adquisición preferente sobre la vivienda (art. 125.3 TRLC). El cónyuge se adjudica la vivienda en la liquidación de gananciales. Sin embargo, el concursado no pierde su condición de deudor hipotecario, salvo consentimiento del acreedor (art. 1205 CC). El pasivo hipotecario permanece en la masa pasiva y la vivienda en la masa activa, pero haciéndose constar en el inventario la adjudicación al cónyuge del concursado. En esto consiste el mandato de coordinación entre la liquidación de la sociedad de gananciales y la liquidación concursal", abundó.

Respecto al concurso de acreedores y el deber de alimentos, Matilde Cuena entiende que la prestación de alimentos presenta especialidades de régimen en el procedimiento concursal. "En lo que se refiere a prestaciones de alimentos debidas y no pagadas, las mismas tienen la consideración de crédito contra la masa (art. 281.2 y 242.1.3ºTRLC). Es una excepción al carácter subordinado del crédito que ostentan personas especialmente relacionadas con el deudor. Asimismo, y en lo que se refiere a la exoneración del pasivo insatisfecho, las prestaciones por alimentos son crédito no exonerable (art. 489 TRLC)", explicó.

En relación con el régimen jurídico de las pensiones por alimentos fijadas por un juez de familia, recordó la catedrática, "el art. 124.3 TRLC señala que la obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez del concurso. El exceso tendrá la consideración de crédito concursal ordinario".

En este sentido, recordó que el juez del concurso no puede modificar sentencia dictada por juez de familia por carecer de competencia (art. 52.1 TRLC).

Sobre la posibilidad de reclamar la pensión de alimentos a un deudor concursado, Matilde Cuena matizó que, el TRLC distingue escenarios en función de los parientes afectados.

"En primer lugar, respecto al propio concursado, su cónyuge y descendientes bajo su potestad, el art. 124 TRLC prevé un derecho de alimentos con cargo a la masa activa, siempre que exista estado de necesidad del concursado y de los parientes que menciona el precepto y exista suficiencia de la masa activa. El derecho se extiende a las parejas de hecho inscritas y siempre que el juez aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se deriva la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común. Por lo tanto, sí tendrán derecho de alimentos en el concurso hasta la apertura de la fase de liquidación quienes, salvo excepciones, no lo tienen con arreglo a la legislación civil", afirmó.

Respecto a los terceros distintos de los mencionados en art. 123 TRLC, la masa activa es subsidiaria. Por tanto, "solo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos", indicó.

Clara Gago Simarro
Profesora Universidad de Oviedo

Carmen López-Rendo Rodríguez
Profesora-Titular Universidad de Oviedo

Las acciones en defensa de los derechos hereditarios

En una ponencia a dúo, Clara Gago y Carmen López-Rendo, iniciaron su intervención analizando las acciones que pueden llevar a cabo los herederos en caso de privación de la legítima. “La preterición intencional se produce cuando el testador omite de forma consciente a sus legitimarios en el testamento sin que estos hayan recibido nada en vida en concepto o pago de su legítima”, esclarecieron.

En estos casos, “la acción deberá ejercitarse contra los legitimarios no preteridos para la reducción de sus cuotas y, en defecto de otros legitimarios, contra los instituidos herederos por el testador”, indicaron. Para ello, deberán recurrir a un procedimiento de juicio ordinario ex artículo 249.2 LEC al tratarse de un pleito de cuantía indeterminada.

Respecto al plazo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2015 admite una preterición intencional pese a que se ejercitó treinta años después de la fecha de la muerte del causante.

A renglón seguido, Clara Gago y Carmen López-Rendo abordaron la impugnación de la desheredación. Esta institución está al servicio del testador para evitar que el legitimario que ha cometido una conducta grave y perjudicial regulada expresamente en el Código Civil tenga derecho a recibir lo que por legítima le correspondiera en su sucesión. “De tal modo que evita que el que no haya estado a las duras pueda beneficiarse de las maduras”, coligieron.

Por el contrario, la desheredación injusta supone la privación de la le-

gítima o la desheredación hecha sin causa o basada en hechos no imputables al legitimario desheredado. En estos casos, la impugnación corresponde al legitimario desheredado, pues la desheredación ordenada por el testador será eficaz mientras no sea contradicha en vía judicial.

Asimismo, en caso de fallecimiento del desheredado, podrán impugnar sus herederos, quienes podrán beneficiarse de la sentencia estimatoria. No obstante, Gago y López-Rendo, recalcaron que, en el caso de que no fuera recomendable iniciar un procedimiento judicial, los hijos o descendientes del desheredado ocuparán "su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima (art. 857 CC) sin que sea necesario impugnar la desheredación".

Finalmente, respecto a la indignidad, Claro Gago y Carmen López-Rendo adujeron que, en este caso, el ofensor es incapaz para suceder mortis causa puesto que el legislador presume que el testador, de haber conocido la conducta cometida por el sucesor, no le hubiera dejado nada por testamento y, en caso de ser legitimario, incluso le hubiese desheredado.

En estas situaciones, la doctrina mayoritaria especifica que ostenta legitimación activa todo aquel que tendría derecho a la sucesión del causante o derecho de acrecer como consecuencia de la declaración de incapacidad (por ejemplo, los parientes con derecho a suceder abintestato en defecto del indigno).

Miguel Fernández Galán

Psicólogo General Sanitario especialista en la atención psicológica de la abogacía

El bienestar del abogado/a de Familia. Claves para afrontar una profesión con un importante impacto emocional

Por primera vez en unas jornadas de la AEAFA, una de las ponencias no tuvo carácter jurídico y se enfocó al leitmotiv de este encuentro profesional: el bienestar de la Abogacía. La intervención del psicólogo Miguel Fernández Galán sorprendió por la puesta en escena que ejecutó junto al vocal de la AEAFA Óscar Martínez, quien interpretó a un abogado sobrepasado por su trabajo y con graves problemas para conciliar la vida privada y laboral.

Como si se tratara de una consulta, el psicólogo fue respondiendo a las preguntas que iba planteando Óscar Martínez, quien asombró por sus dotes interpretativas. “A través del ejercicio de su profesión, el abogado corre el riesgo de convertirse en testigo involuntario de las peores facetas de la naturaleza humana, tales como demandas por motivos puramente vindicativos, tragedias, delitos terribles y aspectos oscuros de los asuntos familiares que, en conjunto, pueden llegar a ser difíciles de gestionar”, explicó Miguel Fernández Galán.

Si a la difícil naturaleza del conflicto jurídico que permea la labor del abogado le añadimos que el ejercicio de la profesión se desarrolla en un contexto laboral especialmente complejo, resulta lógico considerar que “los abogados se encuentran sometidos a un desgaste personal y profesional permanente”, subrayó.

“Si deseamos mantener viva nuestra ilusión acerca de nuestro proyecto laboral y evitar quemarnos, necesitamos tomar vacaciones de cuando

en cuando y desconectar de éste", recomendó. "Independientemente de dónde transcurra nuestro descanso, con tal de lograr una desconexión real deberíamos poder delegar la mayoría de nuestras tareas habituales por lo menos por unos días, exceptuando por supuesto aquellas posibles emergencias realmente urgentes. Estos períodos de descanso nos pueden ayudar a reflexionar respecto al motivo por el cual iniciamos este proyecto y cuáles son nuestros objetivos, permitiéndonos volver a la oficina descansados y con nuevas ideas frescas y positivas para nuestro ritmo de trabajo", abundó.

De la interpretación en el escenario quedó patente que la abogacía es una opción laboral exigente y estresante. Sin embargo, a pesar de la habitual connotación negativa del término, el estrés no es siempre el problema que resolver. "Un grado óptimo de estrés es la respuesta natural del organismo que nos permite afrontar con eficacia las demandas del entorno. Sentirnos motivados, enfocados y emocionados son formas de estrés positivo. No obstante, el estrés adquiere un cariz peligroso cuando alcanza niveles excesivamente elevados como para ser gestionados adecuadamente. Un ejemplo de esto es el caso del estrés crónico, habitualmente construido en base a la exposición continuada a contextos excesivamente demandantes sin disponer de la posibilidad de alejarnos de éstos por un tiempo", adujo Fernández Galán.

Antes de concluir su intervención, Galán dejó una serie de recomendaciones, entre ellas, adoptar una estrategia a la hora de gestionar y planificar la carga de trabajo. "Para ello, resulta útil preguntarse qué objetivos prioritarios deben ser alcanzados el día de hoy o bien esta semana, mes o trimestre. Hacer uso de una agenda física o virtual en la que anotemos estos objetivos a nivel diario o semanal nos permitirá enfocar nuestros esfuerzos en aquellos frentes de mayor urgencia, evitando distraernos con tareas secundarias. Asimismo, tomarnos un tiempo regularmente para observar si estamos avanzando en nuestras metas o si éstas requieren ser modificadas por otras puede ser un uso inteligente de nuestro tiempo", dijo.

Asimismo, incidió en evitar el trabajo innecesario. "No todos los clientes u oportunidades serán adecuados para nuestro negocio. Asumir casos que no encajen con los objetivos del despacho puede traer beneficios a corto plazo, pero a largo plazo no serán más que distracciones de aquellas oportunidades relevantes para nuestra empresa. Saber rechazar una oferta de negocio sin temor es una auténtica habilidad por desarrollar en el mundo empresarial. A la hora de hacerlo, es necesario enfocarse en los beneficios a obtener a la hora de acceder a encargarnos de un caso. Después de todo, rechazar un caso no sólo nos permitirá evitar distracciones, posibilitará al cliente encontrar a otro profesional que se decida a aceptar su propuesta", añadió.

Foro Abierto

María Pérez Galván. Vicepresidenta de la AEAFA
Luis Romulado Hernández. Presidente de la AP de Badajoz
Carmen López-Rendo. Abogada y Profesora de Universidad
Matilde Cuena Casas. Catedrática de Derecho Civil

Los asistentes al congreso y los miembros de la mesa resolvieron las numerosas preguntas que se habían remitido a la organización los días previos a las jornadas. Modificación de medidas, el reparto del tiempo de las mascotas, el régimen de separación de bienes, las capitulaciones prematrimoniales o qué debe entenderse por gastos de formación de los hijos fueron algunos de los aspectos que se trataron.

Matilde Cuena Casas

Amiga de la AEAFA

La catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense Matilde Cuena fue nombrada 'Amiga de la AEAFA' en un acto en el que intervinieron la vicepresidenta de la AEAFA, María Pérez Galván, y la Tesorera de la asociación, Carmen López-Rendo.

Autora de varias monografías y numerosos artículos en revistas especializadas, Cuena ha desarrollado varias líneas de investigación sobre transmisión de los derechos reales; Derecho de Familia y concurso de acreedores; prevención del sobreendeudamiento privado: préstamo responsable; y ficheros de solvencia patrimonial y actualmente centrada en la "tutela de usuarios de servicios FinTech".

Matilde Cuena Casas es, junto a Carmen López-Rendo, codirectora del Curso de Alta Especialización en Derecho de Familia que organizan de forma conjunta la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense y la AEAFA.

Música en directo con La Banda del Pop

Entre las novedades de esta XXX Jornadas Centrales de la AEAFA cabe destacar el concierto en directo de La Banda del Pop, que interpretó música española de los años ochenta y noventa. Los asistentes pudieron bailar hasta altas horas de la madrugada con los éxitos del mejor pop y rock español. Previamente, cerca de 180 personas asistieron a la cena de gala del congreso, que este año sumó un récord de asistentes.

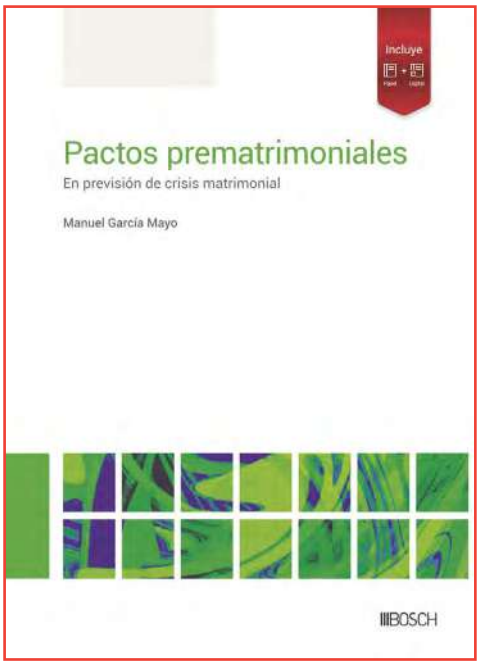
Clausura

María Dolores Lozano Ortiz
Presidente de la AEAFA

Isabel Winkels
Vicedecada del Colegio de Abogados de Madrid

PACTOS PREMATRIMONIALES EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL

Manuel García Mayo
Editorial Bosch
1.ª Edición
2023 - 288 pág.



Los pactos prematrimoniales son acuerdos que se hacen entre dos personas que van a contraer matrimonio en el que se establecen las condiciones económicas y patrimoniales que regirán durante la vigencia del matrimonio y en caso de divorcio o disolución del mismo. Estos pactos pueden incluir disposiciones sobre la propiedad de bienes, la distribución de bienes en caso de separación o divorcio, el régimen económico durante el matrimonio y cualquier otra cuestión que los contrayentes deseen establecer.

Los pactos prematrimoniales son una forma de proteger los intereses económicos de cada uno de los cónyuges y pueden ser útiles para evitar conflictos en el futuro. Sin embargo, es importante tener en cuenta que estos acuerdos deben ser justos y equitativos para ambas partes y no pueden ir en contra de la ley o de los principios éticos. Además, es recomendable contar con la asesoría de un abogado para asegurarse de que el acuerdo cumpla con todas las exigencias legales y sea válido.

DERECHO MATRIMONIAL Y DONACIÓN

VARIOS AUTORES

Editorial Bosch

2023 - 344 pág.

Esta segunda edición del volumen quinto de la colección "La Oficina Notarial", se presenta totalmente actualizada y se centra en las complejas situaciones matrimoniales y familiares que, en muchos casos, se resuelven en las Notarías.

Se aborda de manera práctica el análisis de distintos trámites y documentos relacionados con la institución del matrimonio y que, tras la aprobación de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, se autorizan también en los despachos notariales. En este sentido, se presta especial atención a los numerosos aspectos prácticos que han surgido tras varios años de aplicación de la norma.

Asimismo, se examinan los nuevos cargos tutelares introducidos por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, proporcionando orientación a los profesionales del Derecho, pues la citada ley representa un verdadero cambio de paradigma.

La última parte de esta obra se dedica a la donación, cuya institución en los últimos años ha experimentado un incremento notable derivado de un tratamiento fiscal muy favorable en algunas Comunidades Autónomas.

Al igual que el resto de volúmenes de esta colección, el presente libro contiene abundante jurisprudencia de los órganos judiciales y administrativos, así como números formularios que resultarán de extraordinaria utilidad.

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

Los días 8 y 9 de junio tendrán lugar una de las citas más importantes del año para la abogacía de Familia. Este año, las jornadas de Málaga abordan las cuestiones prácticas en liquidación de gananciales.

Las jornadas se celebrarán en el Salón de actos del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga. Paseo de la Farola nº 13, 29016 MÁLAGA, en modalidad presencial on line.

JUEVES 8 DE JUNIO

16:00 horas. Acreditación de asistentes.

16:30 horas. **Inauguración y apertura de las Jornadas**.
Excmo. Sr. Alcalde de Málaga, D. Francisco de la Torre Prados.
Ilmo. Sr. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, D. Salvador González Martín.
Sra. Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia, D.ª María Dolores Lozano Ortiz.
Sra. Delegada en Málaga de la Asociación Española de Abogados de Familia. D.ª Soledad Benítez-Piaya Chacón.

17:00 horas. PRIMERA PONENCIA.
La vivienda Familiar en la Liquidación del Régimen Económico.
Ponente: D. Ángel Luis Rebolledo Varela. Catedrático de Derecho Civil de la universidad de Santiago de Compostela.

18:30 horas. SEGUNDA PONENCIA.
Mesa de debate.
Intervinientes:
Ilma. Sra. D.ª Soledad Jurado Rodríguez, Magistrada de la Sección VI de la Audiencia Provincial de Málaga.
Ilma. Sra. D.ª Gloria Muñoz Rosell, Magistrada del Juzgado de Familia nº 6 de Málaga.

21:00 horas. Cena opcional en Doramar.

VIERNES 9 DE JUNIO

9:30 horas. PRIMERA PONENCIA.
Sociedad de gananciales: Partidas a incluir en el activo.
Ponente: D.ª Carmen López-Rendo Rodríguez. Abogada; Tesorera de la AEAFA.

10:45 horas. SEGUNDA PONENCIA.
Sociedad de gananciales: Partidas a incluir en el pasivo.
Ponente: D.ª Clara Gago Simarro. Profesora Doctor de la Universidad de Oviedo.

12:00 horas. PAUSA CAFÉ (por deferencia de La Canasta)

12:30 horas. TERCERA PONENCIA.
Problemática procesal en la liquidación de la sociedad de gananciales.
Ponente: Ilmo Sr. D. Antonio Javier Pérez Martín, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Córdoba.

14:00 horas. COMIDA LIBRE.

17,00 horas. **Foro abierto sobre el análisis de la Ley Trans**.
Intervinientes:
Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román. Magistrado de la Audiencia Provincial de Valladolid
Ilma. Sra. D.ª Mariela Checa Caruana, Decana del Ilustre Colegio de la Psicología Andalucía Oriental.
D.ª Charo Rodríguez García. Trabajadora social del Equipo Técnico de los Juzgados de Menores de Málaga.

19,00 horas. Clausura.
D.ª Soledad Benítez-Piaya Chacón, abogada y Delegada de la Aeafa en Málaga.

2023

5-6
OCTUBRE

XXVII JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA SEVILLA 2023 AEAFA · ICAS

PROBLEMÁTICA DE LAS EJECUCIONES EN DERECHO DE FAMILIA

LUGAR DE CELEBRACIÓN

SALÓN DE ACTOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

C/ Enramadilla, nº 18-20 (frente Edf. Viapol)
41018 SEVILLA

DIRECTORA DE LAS JORNADAS

D.ª MARÍA PÉREZ GALVÁN

Abogada de Familia y
Vicepresidenta de la AEAFA

JUEVES 5 DE OCTUBRE

16:00 h.

ACREDITACIÓN Y ENTREGA DE DOCUMENTACIÓN

16:30 h.

PRESENTACIÓN Y APERTURA

D. Rafael Márquez Romero
Presidente de la Secc. 2ª de Familia de la AP de Sevilla

D. Fernando Rodríguez Villalobos
Presidente de la Diputación Provincial de Sevilla

D. Óscar Fernández León
Abogado. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla

D.ª María Dolores Lozano Ortiz
Abogada de Familia y Presidenta de la AEAFA

ORGANIZAN

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

Abogacía Sevilla

libertas ediciones

JUEVES 5 DE OCTUBRE

17:00 h.

INCUMPLIMIENTOS DE OTROS PACTOS CONTENIDOS EN EL CONVENIO REGULADOR: Problemática procesal de la ejecución de los pactos no homologados judicialmente. La ejecución de las escrituras notariales. Casuística de los distintos pactos y solución jurídica para su ejecución. Posible solicitud de modificación respecto de esos otros pactos no aprobados judicialmente.

D.ª Sabina Galdeano Bonilla
Abogada de Familia

18:30 h.

PROBLEMÁTICA DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LOS BIENES MUEBLES EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: Incidencias en la ejecución de sentencia en relación a la atribución del uso. Destino de la vivienda cuando su uso no ha sido atribuido judicialmente a ninguno de los cónyuges o cuando finalizó el uso. Pago de los gastos de la vivienda. Problemática en relación a los bienes muebles. Uso y abono de los gastos de los vehículos propiedad de los cónyuges.

D. Antonio Javier Pérez Martín
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba

21:30 h.

CENA (opcional). **Hotel Alfonso XIII**

VIERNES 6 DE OCTUBRE

10:00 h.

INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS: Pensiones alimenticias, pensiones compensatorias y compensación por el trabajo para la casa: Presupuestos para la ejecución y causas de oposición. Problemática de los gastos extraordinarios. Otras cuestiones de carácter económico en la ejecución de Sentencia.

Dª. Antonia Roncero García
Magistrada de la AP de Sevilla, Sección 2ª de Familia

11:30 h. PAUSA

12:00 h.

INCIDENCIAS DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: Medidas a adoptar por el Juzgado ante el incumplimiento: Multas coercitivas, coordinador de parentalidad, puntos de encuentro, mediación, intervención de servicios sociales, intervención de servicios de salud mental y terapias familiares, cambio de custodia. Sentencias del TEDH sobre el incumplimiento de visitas. La suspensión y la restricción de visitas en ejecución de sentencia. El cambio de residencia de los progenitores y la incidencia en el régimen de visitas. El incumplimiento del régimen de visitas por el progenitor no custodio.

Dª. Dolores Viñas Maestre
Magistrada de la AP de Barcelona, Sección 18ª de Familia

14:00 h. PAUSA

16:45 h. PRIMERA COMUNICACIÓN

PROBLEMÁTICA EN LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA QUE ACUERDA LA EXTINCIÓN DEL PROINDIVISO.

D. Juan Manuel Ávila Encío
Letrado de la Administración de Justicia de la Sala Primera del Tribunal Supremo

17:15 h. SEGUNDA COMUNICACIÓN

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ASPECTOS PERSONALES Y ECONÓMICOS.

Dª. Susana Hernando Ramos
Fiscal de Familia

17:45 h. TERCERA COMUNICACIÓN

EL MALESTAR DEL CLIENTE EN MATERIA DE FAMILIA. COMO GESTIONARLO DESDE LA PSICOLOGÍA.

D. Miguel Fernández Galán
Psicólogo general sanitario

18:00 h. FORO ABIERTO

D. Antonio Javier Pérez Martín
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba

D.ª M.ª Dolores Azaustre Garrido
Abogada de Familia

D.ª María Pérez Galván
Abogada de Familia y Vicepresidenta de la AEAFA

20:00 h. CLAUSURA

COLABORAN

TuEquipaje.com — La libertad de viajar sin equipaje
Santander Justicia
Diputación de Sevilla
Wolters Kluwer
Lefebvre Inteligencia Jurídica
editorial jurídica sepin