

REVISTA
Abogados
de **Familia**

119

MARZO 2023



**LOS QUE NOS PRECEDIERON
MARCARON EL CAMINO: CUIDADO
CON NUESTRA ACTUACIÓN Y
CON LA DESUNIÓN**

Hacer derecho en Familia

**ÚLTIMAS
SENTENCIAS DEL
TRIBUNAL SUPREMO**



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, M.^a Dolores López-
 Muelas Vicente, M.^a José Sánchez González, Óscar Martínez Miguel, Álvaro Iraizoz
 Reclusa y Ramon Quintano Ruiz.

REVISTA
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 contenida en esta publicación.

SUMARIO

04 EDITORIAL

LOS QUE NOS PRECEDIERON MARCARON EL CAMINO: CUIDADO CON NUESTRA ACTUACIÓN Y CON LA DESUNIÓN

Ramón Quintano Ruiz

06 REFLEXIONES

HACER DERECHO EN FAMILIA

José Ramón López-Agulló

09 El Supremo al día

M.ª Dolores Azaustre Garrido

21 Sentencias Comentadas

Patria potestad. Guarda y custodia. Régimen de Visitas. Vivienda. Alimentos. Gastos extraordinarios. Pensión compensatoria. Compensación por el trabajo para la casa. Cuestiones procesales. Ejecución de Sentencia. Regímenes económicos matrimoniales. Filiación.

58 Casos Prácticos

59 Novedades Bibliográficas



LOS QUE NOS PRECEDIERON MARCARON EL CAMINO: CUIDADO CON NUESTRA ACTUACIÓN Y CON LA DESUNIÓN

Tal y como sabéis, durante este año 2023 la AEFAFA está celebrando sus primeros 30 años de vida y es de justicia comenzar agradeciendo a todos los compañeros que han formado parte de las diferentes juntas directivas de nuestra asociación su altruismo y espíritu de servicio desinteresado para con todos los socios. Ellos han velado por nuestros intereses y reivindicado constantemente y ante todas las instituciones la tan anhelada especialización en Infancia, Familia y Capacidad dentro del orden jurisdiccional civil.

A ver si, este año sí, la conseguimos. En ello continúa la presente Junta.

Me gustaría recordar que, tal y como rezaba el lema de las recién celeradas XXX Jornadas Centrales, juntos somos más fuertes. Y es que corremos el riesgo de que, por ser varias las asociaciones que han aflorado últimamente y, por tanto, varias las interlocutoras y diferentes los matices —y en ocasiones, no únicamente matices— de las peticiones de cada asociación, perdamos fuerza, el mensaje se desdibuje y el legislador acabe sin saber qué es lo que tiene que hacer.

Desde sus inicios —¡cuando el Derecho de Familia aún era lo que era!—, la AEAFA ha venido realizando de forma discreta, perseverante y tenaz una inmensa labor de motor de cambio. Sin ella, hoy no estaríamos casi a punto, o eso nos gustaría pensar, de lograr esa ansiada especialización de los operadores jurídicos. Hay que recordar que, por poner un solo ejemplo, fue la AEAFA la que hace ya muchos años propuso la celebración de los encuentros anuales del CGPJ con la abogacía especializada en Derecho de Familia que tantas mejoras ha introducido en la práctica del foro.

Entiendo que aquella manera de actuar de los que nos precedieron —por personalizarlo en dos compañeros que nos han dejado recientemente y que atesoraban una gran elegancia iuris, Luí́s Zarraluqui y Paco Vega— debería ser la correcta forma de actuar del abogado de familia si no queremos incurrir en un cierto desalineamiento entre cómo ha venido actuando y actúa nuestra asociación y lo que, por ejemplo, hacemos y mostramos en redes sociales. ¿Somos conscientes de que con nuestros actos contribuimos a prestigiar —o a desprestigiar— nuestra profesión y nuestra asociación? ¿Somos discretos, veraces y prudentes? En definitiva, ¿actuamos en coherencia con los valores de la AEAFA y principios de actuación que se recogen en el ya ‘antiguo’ pero plenamente vigente “Decálogo deontológico AEAFA para la Abogacía de Familia”?

Resumiendo: Es fundamental mantener la ya consolidada forma de actuar como asociados de la AEAFA y no perder de vista que quienes han representado, representan y representarán a la AEAFA, trabajaron, trabajan y deberán trabajar para servir a la AEAFA, no para servirse de ella.

Ramón Quintano Ruiz
Vocal de la AEAFA



HACER DERECHO EN FAMILIA A esa gran familia que es AEAFA

José Ramón López-Agulló Lendínez

Abogado. Profesor del Máster en Abogacía del Colegio de Abogados y la Universidad de Jaén. Socio de AEAFA

Si la memoria no me falla, pertenezco a la AEAFA desde hace más de veintidós años, no recuerdo con exactitud como conocí la existencia de la asociación, supongo que internet y las incipientes redes sociales del momento tendrían mucho que ver en aquella decisión. Por aquél entonces llevaba pocos años de ejercicio, pero el hecho de haber opositado a notarías marcaba notablemente la derivación de mi despacho hacia una cierta especialización en el área del derecho civil. Sin embargo, la casuística que llegaba al bufete iba cada vez más orientada al ámbito matrimonial, es decir al terreno del derecho de familia. Esa circunstancia me llevó a tratar de formarme lo mejor posible, en una materia tan sensible y en constante evolución como era la familia, para poder dar una respuesta adecuada a la problemática que conllevaba cada nuevo asunto, como la petición de medidas provisionales, la atribución del domicilio familiar, la guarda y custodia de los hijos menores, las pensiones compensatorias o de alimentos, la modificación de medidas o la liquidación del régimen económico matrimonial, entre otras peticiones que podían plantearse en un procedimiento matrimonial tanto de índole contencioso como consensual.

Poco a poco fui tomando conciencia de la gran responsabilidad, personal y profesional, que tenía frente a sí el abogado de familia, pues te coloca frente a un tipo de procedimiento que incide en la vida afectiva y bienes de las personas, superando lo puramente jurídico. Una separación o divorcio, como fracaso del vínculo o experiencia matrimonial, afecta a quienes lo protagonizan, es decir los cónyuges, pero también a los hijos comunes de la pareja, si los hubiera, produciendo un cambio muy decisivo en las vidas de todos sus protagonistas. Las personas y sus bienes, entran en una dinámica judicial que es preciso saber defender con tenacidad, desde el primer momento, con las armas que nos ofrece la ley, la doctrina, la jurisprudencia y actuando siempre, como letrados, dentro de la reglas que determina la deontología profesional.

En esa ecuación, que me planteaba cada nuevo pleito de familia, conocer en primer término, y pertenecer después a la AEAFA, supuso un avance muy importante en el día a día de mi tarea profesional, porque vi, desde el primer momento, que la asociación tenía, y tiene, la formación e información al asociado como sus grandes y permanentes retos.

AEAFA, como una de las asociaciones de abogados y abogadas especialistas más importantes e influyentes de nuestro país, ha sabido aglutinar en su órbita a los más destacados conocedores y prácticos en derecho de familia, y apostar, como antes señalaba, por formar e informar sobre la materia, amén de ser indispensable su presencia y participación activa en cualquier foro jurídico que se precie, defendiendo y reivindicando, hasta la saciedad, la imperiosa necesidad, y ahora más que nunca, de una jurisdicción especializada en derecho familia.

Entre la amalgama de correos, casi diarios, que recibimos de ella, y seguimos recibiendo quienes la integramos, con las últimas novedades doctrinales y jurisprudenciales, está también la invitación a participar en las diversas jornadas que, a lo largo y ancho de todo el territorio nacional, organiza la AEAFA, a través de su diferentes delegaciones, y por supuesto la especial llamada a acudir a sus Jornadas Centrales de Madrid, que cada año se celebran en los albores del mes de marzo, y que en este 2023 llegarán, ahí es nada, a sus treinta ediciones. Durante mis primeros años de asociado, la verdad sea dicha, no me planteaba el hecho de asistir a alguna de esas jornadas, quizá por estar en otras ocupaciones o por no tener contacto directo con

otros asociados, al tener la AEAFA, por aquél entonces, menos implantación en la provincia de Jaén.

Hasta que un año decidí ir a sus Jornadas Centrales, y confieso que fui un poco a la aventura, sin conocer a nadie, sólo conocía, por su nombre, a ilustres y reputados abogados, catedráticos, jueces o fiscales que firmaban sus colaboraciones en las publicaciones de la AEAFA, pero a quienes, en muchos casos, no ponía cara. Sin duda, en mi experiencia, como socio de AEAFA, hay un antes y un después de asistir a aquellas primeras Jornadas Centrales. Desde el minuto uno supe que aquello era algo más que escuchar ponencias, de altísimo nivel jurídico y participar en los debates posteriores, era también socializar, con otros compañeros y compañeras, llegados de toda España, con un bagaje profesional enorme, un poso humano enriquecedor, y comenzar a compartir con ellos experiencias propias como expertos en familia, porque el ejercicio de la abogacía no sólo se aprende desde la práctica diaria propia, sino también de la que te puedan enseñar otros colegas letrados.

En bastantes casos, y con el paso del tiempo, esos compañeros se convierten en buenos amigos, y ya no son un contacto más en el móvil, sino que la comunicación se hace más fluida, personal y cercana, a los que felicitas por su santo o cumpleaños, cuando llega la Navidad o simplemente cualquier día, les envías un mensaje para interesarte por cómo les va todo o pedirles su opinión sobre algún asunto que tienes entre manos en el despacho.

Son compañeros y amigos a quienes te apetece volver a ver en unas nuevas jornadas, y a los que debes, irremediablemente, una visita a su tierra natal, de la que con tanto cariño te hablan, si no has tenido ocasión de conocerla. Porque AEAFA tiene la gran virtud no sólo de liderar el derecho de familia en nuestro país, sino también de hacer familia entre sus asociados.

Pasados los años, para quién suscribe este artículo, que no es nada científico sino que viene sencillamente a expresar un sentimiento, acudir a alguna de sus jornadas es casi de gustosa obligación, porque en todas ellas, además de ponerme al día en la últimas novedades legales, doctrinales o jurisprudenciales en derecho de familia, sigo enriqueciendo el acervo personal, fomentando la amistad y el compañerismo, y eso, frente al mundo globalizado y competitivo que nos ha tocado vivir en general, y a nuestra profesión en particular, es algo fundamental.

Así que termino estas líneas con mi agradecimiento y felicitación a AEAFA, personificada en su junta directiva actual así como en las anteriores, por haber sabido conjugar, tan acertadamente desde su creación, la formación en los contenidos del derecho de familia, infancia y de las personas, con el hecho cierto de hacer piña entre sus socios, en el sentido más amplio del término, haciendo bueno el viejo refrán que nos dice que “ la unión hace la fuerza”. Ahí, creo yo, se encuentra su grandeza

Bienaventurados los abogados que propician la Justicia

José Joaquín Gallardo

Abogado. Ex Decano del Colegio de Abogados de Sevilla

Hace semanas reflexioné en estas páginas sobre la importante actividad que desarrollan extrajudicialmente los abogados, a través del asesoramiento y la resolución de conflictos mediante negociaciones, conciliaciones, mediaciones y arbitrajes. Hoy debo centrarme en la defensa ante los tribunales de los derechos y libertades de la ciudadanía, que es función exclusiva y genuina del abogado. Esa actividad profesional, que se ejerce en estrados revestido con toga o redactando escritos forenses, es absolutamente imprescindible en la vida social y fundamental en clave del estado de derecho, pues éste exige que el respeto a los derechos de las personas sea real, efectivo y susceptible de tutela. El poder judicial es esencial precisamente por ser el último recurso del ciudadano frente a todo tipo de ilegalidades y arbitrariedades.

Los abogados de toga son ineludibles porque ejercitan el derecho fundamental a la defensa de sus clientes y posibilitan así el funcionamiento de la administración de justicia. Sin abogados libres e independientes que hagan realidad el derecho de defensa llanamente no es posible impartir Justicia, pues ese derecho es



la primera salvaguardia del proceso con todas las garantías que la Constitución proclama. La abogacía de tribunales incide tan directamente en la realización del derecho fundamental a la defensa que se constituye en presupuesto de funcionamiento del propio poder judicial.

La efectividad del estado de derecho se sustenta en dos pilares: el poder difuso que reside en cada juez o magistrado al ejercitar la jurisdicción y la profesión liberal que ejercen los abogados. La intervención letrada determina que se pueda dictar sentencia pero también, en buena medida, que esa resolución sea acorde con el valor superior y etéreo de la Justicia, al propiciar que la verdad material aflore al proceso y con ello pueda aplicarse más acertadamente el derecho. Los hechos revisten muchas tonalidades que se evidencian a lo largo del proceso gracias a la contradicción y a la actuación de los abogados, quienes articulan en derecho las pretensiones, formulan alegaciones, proponen pruebas, intervienen en su práctica, informan sobre los hechos y la legalidad aplicable y, en su caso, recurren la resolución judicial ante tribunales de superior rango.

La excelsa función de los abogados resulta a la postre determinante, en positivo o en negativo, de la realización de la Justicia. Con sus aciertos propician una sentencia más justa, que bien lo saben los muchos buenos jueces que consideran a los letrados como lo que son: cooperadores necesarios, fundamentales e imprescindibles en la administración de la justicia. Y con sus errores de asesoramiento, estrategia de defensa o de otra índole, dificultan o impiden que el juez pueda hacer justicia material. Enorme responsabilidad la del abogado, en lógica correlación con la trascendencia y relevancia de su labor.

Mi larga vida profesional e institucional al servicio de la abogacía me permite testimoniar que la gran mayoría de mis compañeros son buenas personas y profesionales comprometidos, que aquello es presupuesto de esto. No son justos los estereotipos que les denigran, cuando los sondeos de opinión califican con notable a estos profesionales. Al recabar la opinión sobre su concreto abogado los ciudadanos elevan la nota a sobresaliente, lo que resulta altamente significativo. Es claro que en la generalidad de los casos los abogados no defraudan la confianza en ellos depositada por sus clientes.

Por ello resulta injusto y lamentable que unos cuantos desalmados, auténticos mercenarios del derecho, manchen la imagen de un colectivo y de una profesión esencial en el ámbito de la Justicia, ese valor fundamentalísimo por el que cotidianamente trabajan con mucha abnegación y dignidad la enorme mayoría de los jueces y abogados. Bienaventurados los abogados que honrada y responsablemente se entregan cada día a propiciar la realización de la Justicia, porque en buena medida ese bien social es también obra virtuosa suya.



M.^a Dolores Azaustre Garrido

TS

SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 2022

Roj: STS 1213/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1213

Nº de Recurso: 4985/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Aunque el ex esposo ha continuado residiendo en la vivienda copropiedad de ambos cónyuges mas allá del momento en el que el hijo alcanzó la mayoría de edad, y a pesar de que la exesposa le requirió para que, por ese uso exclusivo, le abonase una determinada cantidad mensual, no se accede a esta petición pues implicaría que en vez de una comunidad existiese un arrendamiento. Lo que sí podría haber solicitado la ex esposa es la utilización por turnos y no consta que el ex esposo haya negado el uso de la vivienda a la otra copropietaria o que se lo haya impedido u obstaculizado.

La doctrina de esta sala acerca del significado del art. 394 CC y su relación con el art. 398 del mismo cuerpo legal fue fijada, a la luz de la jurisprudencia anterior y de las aportaciones de los mejores especialistas en la materia, por la sentencia 93/2016, de 19 de febrero, del modo siguiente:

“[1].El artículo 394 CC atribuye a cada comunero, siempre que respete los límites que el mismo precepto establece -entre los que no se encuentra el de que la extensión e intensidad del uso sea proporcional a la propia cuota-, la facultad de servirse o usar plenamente la cosa común. Cabalmente eso

es lo que quieren expresar, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala, cuando afirman que el artículo 394 CC establece el “uso solidario” de la cosa común: Sentencias 230/1991, de 23 marzo, 176/1996, de 4 de marzo (Rec. 2440/1992), 510/2007, de 7 mayo (Rec. 2347/2000), y 700/2015, de 9 de diciembre (Rec. 2482/2013).

“En consecuencia, si un comunero usa la cosa común respetando los límites del artículo 394 CC, el otro o los otros comuneros no pueden impedirsele por el mero hecho de que aquél la use el sólo, o de que -teniendo, por ejemplo, todos ellos cuotas iguales (art. 393.II CC)-, aquél la use más que el otro u otros. El mero hecho de que el referido uso de la cosa común sea el único, o de que sea proporcionalmente mayor que la propia cuota, no justifica el ejercicio por el otro u otros comuneros de remedios procesales para poner fin al mismo (reivindicatoria, desahucio, interdictos), ni lo convierte en un uso ilícito que justifique una acción de resarcimiento, ni en un uso sin causa que permita fundar una acción de enriquecimiento injusto.

“2. Los límites, establecidos por el artículo 394 CC, de que el uso por cada comunero de la cosa común sea “conforme a su destino” y de que no “impida a los copartícipes utilizarla según su derecho”, no plantean problemas difíciles de interpretación jurídica. Ese “destino” de la cosa común (que podrá ser más de uno) será el pactado expresa o tácitamente por los comuneros, o el que sea conforme a la naturaleza de la cosa o, por utilizar palabras del artículo 1695.2ª CC, a la “costumbre de la tierra”. Y -como han dejado establecido las Sentencias de esa Sala 78/1987, de 18 de febrero, 764/1996, de 2 octubre (Rec. 3440/1992), y 354/1999, de 30 abril (Rec. 3339/1994), y reiterado las ya mencionadas Sentencias de 7 de mayo de 2007 y 9 de diciembre de 2015 -es sin duda contrario a derecho que un comunero utilice la cosa común de un modo excluyente: que impida el ejercicio por el otro u otro de los partícipes de su igual facultad de uso solidario; que, en palabras del artículo 1695.2ª CC, “impida el uso a que tienen derecho sus compañeros”.

“3. Mayores dificultades interpretativas plantea el límite de que el uso por cada partícipe de la cosa común “no perjudique el interés de la comunidad”: las dificultades propias de cohonestar la facultad de uso solidario ex artículo 394 CC con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 398 CC, a cuyo tenor: “Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes”.

“Ciertamente, hay que partir de la afirmación de que el ejercicio por un partícipe de la facultad de uso solidario de la cosa común que le reconoce el artículo

394 CC no está condicionado a que exista un previo acuerdo de la mayoría de comuneros, conforme al artículo 398 CC, que así lo autorice. Si pudiera deducirse lo contrario de algunos razonamientos de las antiguas Sentencias de esta Sala 61/1965, de 11 de enero, y 913/1988, de 30 de noviembre, no representarían desde hace años la doctrina jurisprudencial.

“Con base en la natural presunción de que el “interés de la comunidad” coincide con el interés de la mayoría (de cuotas) de los comuneros -de que la mayoría es el intérprete del interés de la comunidad-, puede aceptarse la tesis que deberá presumirse ilícito el uso por un comunero de la cosa común que contravenga una previa reglamentación específica del uso de la cosa común acordada por la mayoría. Pero para añadir de inmediato que la exclusión por la mayoría de la facultad de uso solidario, estableciendo por ejemplo un uso por turnos o por zonas, sólo será admisible -i.e. no implicará vulneración del artículo 394 CC -, cuando y mientras venga claramente exigida (por el destino de la cosa o) por el “interés de la comunidad”, por darse una situación de hecho como la descrita por la ya mencionada Sentencia de 23 de marzo de 1991, a cuyo tenor:

“Si bien el artículo 394 CC no condiciona el uso de la cosa común por cada condueño nada más que a que dicho uso no impida a los copartícipes usarla según su derecho, lo que, en principio, implica un uso solidario y no en función de la cuota indivisa de casa uno, ello no puede entenderse de modo absoluto y para todo supuesto, sino que será siempre que lo permita la naturaleza de la cosa común, lo que no ocurre, cuando, como en el caso a que se refiere este recurso, se trate de vivienda o chalé, pues el uso indiscriminado y promiscuo por todos los condueños (que además están enemistados), aunque sea con carácter temporal hasta que se lleve a efecto la disolución de la comunidad, supondría la creación de una previsible fuente de conflictos y discordias”.

“Doctrina, ésta, que reiteró la antes mencionada Sentencia de 4 de marzo de 1996; que fue aplicada por la Sentencia 777/1998, de 31 de julio (Rec. 1098/199); y que ha vuelto a aplicar la también mencionada ya Sentencia de 9 de diciembre de 2015, fijándola en los términos siguientes: “[L]a aplicación de turnos de ocupación con uso exclusivo por periodos sucesivos y recurrentes será considerada como una fórmula justa aplicable a los casos de comuneros de viviendas cuando no sea posible o aconsejable el uso solidario o compartido y la comunidad o algún comunero así lo inste”.

“No existiendo una situación como la que acaba de describirse, la supresión permanente de la facultad de uso solidario de la cosa común requerirá el acuerdo unánime de los comuneros. La mayoría sólo

podrá impedir el ejercicio de dicha facultad temporalmente, en términos en que tal impedimento pueda calificarse de “acto de administración” en el sentido del artículo 398.I CC -en los mismos términos, para mantener la consistencia valorativa, en los que pueda considerarse “acto de administración”, competencia de la mayoría, el arrendamiento a tercero de la cosa común-; y sometido ese acuerdo mayoritario al control judicial de lo “gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común” que prevé el párrafo tercero del mismo artículo 398 CC.

“Hay que sostener, en fin, que, a falta de acuerdo válido de reglamentación específica del uso de la cosa común, no incumbe al comunero imponerse a sí mismo el límite del que su uso “no perjudique el interés de la comunidad”. Con la consecuencia de que -como se ha escrito autorizadamente-, “si el partícipe viene usando más que los demás, aunque tal uso fuera incompatible con el de los otros, eso por sí solo no lo convierte en un uso sin causa, sin justificación e ilícito, de modo que pueda dar lugar a una acción de enriquecimiento o de resarcimiento del daño. Para ello parece necesario infringir una reglamentación específica del uso, o un requerimiento -caso de no existir aquella- del comunero lesionado por uso incompatible con su derecho”. Afirmación, la transcrita, que claramente se desprende tanto de la repetida Sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1996, como de las posteriores 416/1996, de 20 de mayo (Rec. 3398/1992), 975/2004, de 20 octubre (Rec. 2712/1998) y 1234/2007, de 28 de noviembre (Rec. 3613/2000).

“4. A la luz de lo anterior, se comprende bien la duda de la doctrina científica acerca de si lo que el artículo 394 CC concede a cada comunero es un derecho en sentido propio, resistente a la mayoría, o una mera facultad, ciertamente no excluyente de la misma facultad de los demás partícipes, y que no permitiría fundamentar pretensiones de que los demás comuneros hagan o dejen de hacer algo. Cabría pensar -ha escrito el mismo autor antes citado- que la norma del artículo 394 CC “es solamente una manifestación del principio *quod tibi non nocet et alii prodest non prohibetur*”. En opinión de esta Sala, es algo más que eso: más de lo que ya resultaría de aplicar a los comuneros, respecto del uso por cada uno de la cosa común, lo dispuesto en el artículo 7.1 CC. Pero resulta en cualquier caso seguro que habrá de rechazarse -por aplicación de cualquiera de los mencionados artículos- toda pretensión de un comunero de limitar el ejercicio por otro de la facultad de uso solidario, cuando el concreto uso de que se trate beneficie a éste y no cause a aquél ningún perjuicio relevante”.

La sentencia recurrida no se ajusta, tampoco, a la

doctrina anterior.

La Audiencia no dice, en ningún momento, que el uso que ha dado a la vivienda el Sr. Eduardo no haya sido conforme con su destino. Y tampoco dice que este haya impedido a la Sra. Gema utilizarla según su derecho.

Lo que la Audiencia sostiene es que, aunque el uso exclusivo de la vivienda por el Sr. Eduardo derivado de una situación anterior legítima no atribuye a la Sra. Gema derecho a compensación o indemnización, sí surge ese derecho a su favor cuando el Sr. Eduardo continua en la posesión de aquella contra la oposición expresa de la Sra. Gema, que le requirió para que le compensara de tal ocupación exclusiva y excluyente, por lo que debe indemnizarle los perjuicios causados que se concretan en la imposibilidad de arrendar el inmueble a terceros y así obtener la renta correspondiente.

Pero esa argumentación infringe nuestra doctrina, pues el requerimiento efectuado al Sr. Eduardo por la Sra. Gema, que la Audiencia valora jurídicamente de forma incorrecta, no tiene por objeto exigirle la efectividad de su misma e igual facultad de utilizar la vivienda, sino reclamarle el pago de una cantidad por el mero hecho de ejercitar la suya. Como si en vez de una comunidad existiera un arrendamiento. Y el Sr. Eduardo, en vez de un condueño que se sirve de la cosa común conforme a su destino y porque tiene, igual que la Sra. Gema, la facultad de usarla, fuera un arrendatario que por hacerlo esté obligado a pagar un precio.

La Audiencia, que soslaya que la utilización por turnos constituye una posibilidad, no afirma que el Sr. Eduardo haya negado el uso de la vivienda a la Sra. Gema o que se lo haya impedido u obstaculizado, desconociendo su facultad de usar y manteniendo para sí el uso exclusivo de aquella. Ni que el uso que él ha venido haciendo de la vivienda contravenga algún tipo de reglamentación específica o de acuerdo existente sobre el particular. Ni siquiera, aun estando la administración de la cosa sometida al acuerdo de la mayoría, que la Sra. Gema llegara a plantear o a mostrarse partidaria de dar la vivienda en arrendamiento.

A partir de tales circunstancias, que son las que califican el caso, no cabe concluir que el Sr. Eduardo haya franqueado los límites que establece el art. 394 CC. Ni que el uso que ha venido haciendo de la vivienda pueda calificarse de ilícito o sin causa dando pie, de forma justificada, a una acción de resarcimiento o de enriquecimiento injusto

Aunque exista posesión de estado, no puede declararse la maternidad de un menor nacido por gestación subrogada, puesto que la gestación por sustitución comercial vulnera los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos. La protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución puede obtenerse mediante su adopción por la comitente con la que convive y conforma una familia de facto.

Como se ha expuesto, la legislación española declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante, sin que en la reforma de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida llevada a cabo por la Ley 19/2015, de 13 de julio, promulgada con posterioridad a nuestra sentencia de pleno 835/2013, esta previsión legal fuera modificada. Conductas vinculadas con este tipo de contratos, en las que, mediando compensación económica, se entregue a otra persona un hijo o cualquier menor, pueden quedar encuadradas en el art. 221.1 del Código Penal cuando se hayan eludido los procedimientos legales aplicables de guarda, acogimiento o adopción. Asimismo, el art. 26.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, exige para la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales, que «la adopción no vulnere el orden público». Y tras la modificación introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, establece que «[a] estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación » (énfasis en cursiva añadido).

Además de lo expuesto sobre los instrumentos internacionales que prohíben la venta de niños suscritos por España, conforme al art. 3 del citado Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, los Estados firmantes deben tipificar como delito la actuación consistente en «[i]nducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su

consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción», «tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras». España también es parte en la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que en su art. 6 conmina a los Estados parte a adoptar las medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres, en la que puede incluirse la situación que para la mujer gestante resulta de un contrato de gestación por sustitución comercial.

Estas previsiones de las leyes y convenios internacionales contrastan radicalmente con lo que sucede en la práctica. Las agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país, hacen publicidad de su actividad (basta con usar como términos de búsqueda «gestación subrogada» u otros similares en un buscador de Internet para encontrar una amplia oferta de estas agencias dirigida al público español) pese a que el art. 3.1 de la Ley General de Publicidad considera ilícita «la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española». Estas agencias han organizado en España «ferias» presenciales de gestación subrogada en las que publicitan y promueven sus «servicios». Con frecuencia se publican noticias sobre personas famosas que anuncian la traída a España de un «hijo» fruto de una gestación por sustitución, sin que las administraciones competentes para la protección del menor adopten iniciativa alguna para hacer efectiva esa protección, siquiera sea para comprobar la idoneidad de los comitentes. El Informe del Comité de Bioética pone de relieve la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que en la práctica no existan obstáculos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución comer-

cial en la que se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, si ha tenido lugar en el extranjero.

La consecuencia de lo expuesto es que el niño nacido en el extranjero fruto de una gestación por sustitución, pese a las normas legales y convencionales a que se ha hecho referencia, entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado.

En nuestra anterior sentencia 835/2013, afirmamos que si tal núcleo familiar existe actualmente, si el menor tienen relaciones familiares de facto con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial en su favor, la solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido la existencia de una vida familiar de facto incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante (sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 140 y 151 y siguientes, y de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 62). Así lo exige el interés superior del menor (en los términos en que es reconocido por el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) y su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH, que de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH incluye el derecho a la identidad, dentro de la cual tiene gran importancia la determinación de su filiación y su integración en un determinado núcleo familiar.

En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA.

Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción. El Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos «la adopción por parte de la madre comitente [...] en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el inte-

rés superior del niño».

El «estudio de circunstancias socio-familiares» o «las valoraciones sobre la idoneidad para la cobertura de las necesidades de todo orden del menor» (en definitiva, la idoneidad del adoptante o de los adoptantes para asumir la condición de progenitor respecto del menor adoptado) no deben ser consideradas como un obstáculo para la satisfacción del interés superior del menor objeto de la adopción, sino como actuaciones encaminadas a su satisfacción.

En el presente caso, las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito de prontitud en la acreditación de dicha idoneidad (material, afectiva, etc.), junto con la aplicación, en su caso, de la previsión contenida en el art. 176.2.3.º del Código Civil.

La cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3.º en relación al 237, ambos del Código Civil), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años.

Esta solución satisface el interés superior del menor, valorado in concreto, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general (sentencias de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 197, 202 y 203, y de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 65), que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones.

TS**SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 2022****Roj: STS 1381/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1381****Nº de Recurso: 5651/2019****Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán**

La voluntad de separación personal y económica que resulta del comportamiento de ambos cónyuges permite apreciar que nos encontramos ante una previa y significativa separación fáctica con desvinculación personal y patrimonial que hace de difícil justificación con arreglo a criterios éticos y de buena fe la reclamación por parte de la esposa de derechos sobre bienes a cuya adquisición no ha contribuido, por lo que estos no podrán incluirse en el inventario de la sociedad de gananciales. La pretensión de la esposa implica un ejercicio abusivo del derecho contrario al principio de buena fe proclamado en el art. 7 CC.

La sentencia 136/2020, de 2 de marzo, sintetizando la doctrina de la Sala, recuerda 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).

Pero 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; y 136/2020, de 2 de marzo).

La aplicación al caso de la doctrina de la Sala determina la desestimación conjunta de los dos motivos del recurso de casación, pues la sentencia recurrida no es contraria a la jurisprudencia.

Conviene advertir previamente que la recurrente ha ido modificando su argumentación a lo largo del procedimiento. En la apelación solicitó que se tuviera en cuenta el auto de medidas y ahora considera que el momento de disolución del régimen de gananciales a efectos de la confección del inventario en la liquidación debe ser cuando se dictó nuestra sentencia de fecha 14 de febrero de 2019, por la que se resolvió su recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia que, en el procedimiento de divorcio, desestimó su impugnación de las medidas acordadas. Vaya por delante que este planteamiento en ningún modo podría admitirse, pues la impugnación que afecta únicamente a los pronunciamientos sobre medidas no impide la declaración de la firmeza del pronunciamiento sobre el divorcio (art. 774.5 LEC), como ocurrió en el caso, por lo que a efectos del art. 95 CC la sentencia del juzgado que declaró el divorcio era sentencia firme.

Tampoco son admisibles los argumentos de la recurrente acerca de que nos encontramos ante normas imperativas que determinan que necesariamente deba estarse a la fecha de la sentencia de divorcio a la hora de liquidar el régimen de gananciales con independencia de la postura procesal mantenida por las partes. Es evidente que de la misma manera que si las partes están de acuerdo en atribuir carácter privativo o ganancial a determinado bien, o acerca de que uno de ellos asuma el pago de deudas comunes, también pueden ponerse de acuerdo en liquidar atendiendo a determinada fecha, o renunciar a alguno de los derechos que les reconoce la ley, quedando siempre a salvo los derechos de terceros.

Dicho lo cual, también debemos afirmar que la decisión de la sentencia recurrida no es contraria a la jurisprudencia. Ciertamente, la sentencia del tribunal provincial, al reproducir sentencias anteriores de ese mismo tribunal, contiene algunas afirmaciones que podría entenderse que no se ajustan a la doctrina de esta Sala. Sin embargo, la razón por la que en el caso la Audiencia confirma el criterio del juzgado y rechaza la impugnación de la ahora recurrente no es contraria a nuestra doctrina.

La sentencia no declara la retroacción de la disolución de la sociedad de gananciales por el mero hecho de que el esposo se marchara del domicilio familiar. De manera previa a pronunciarse sobre las concretas pretensiones de las partes referidas a la inclusión en el activo y en el pasivo del inventario de diversas partidas, y para rechazar la pretensión de la esposa referida a determinados bienes, la sentencia advierte que en atención a las concretas circunstancias concurrentes constan “actos propios, libres, palmarios y efectivos” de ambos cónyuges que muestran una “voluntad se-

parativa personal y patrimonial” a partir de noviembre de 2013, fecha que coincide con la salida del esposo del domicilio común. Luego aplica este criterio a distintas partidas que se discuten.

La sentencia recurrida llega a esta conclusión a partir de una serie de datos, meramente fácticos algunos, expresivos de una voluntad de separación personal, pero con un componente jurídico indudable en otros casos, reveladores de una desvinculación patrimonial libremente consentida. Así, en particular, tiene en cuenta que la esposa llegara a prohibirle al esposo el acceso al domicilio después de su salida; o que, desde noviembre de 2013, ya no mantuvieran cuentas conjuntas, según admitió la propia actora en su demanda; también que, en virtud de una “escritura de revocación”, la esposa revocara, en atención al deterioro de su relación, la donación del usufructo de la hasta entonces vivienda familiar, donación otorgada en la escritura previa por la que donó a sus hijos la nuda propiedad del inmueble con reserva de usufructo y donación al marido del usufructo, de modo que no se extinguiría hasta el fallecimiento del cónyuge que sobreviviera al otro.

Partiendo de las circunstancias de este supuesto, la conclusión de la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de la Sala, puesto que la voluntad de separación personal y económica que resulta del comportamiento de ambos cónyuges permite apreciar que nos encontramos ante una previa y significativa separación fáctica con desvinculación personal y patrimonial que hace de difícil justificación con arreglo a criterios éticos y de buena fe la reclamación por parte de la esposa de derechos sobre bienes a cuya adquisición no ha contribuido.



Habiendo acordado la sentencia de divorcio, en base al consenso de los cónyuges sobre el particular, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la madre y a los hijos menores de edad, hasta la independencia económica, a lo acordado por consenso se habrá de estar, a no ser que las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges aconsejen la modificación (art. 90.3 CC), lo que no es el caso, dado que nada se acredita en relación con ello.

La Audiencia considera que la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar que se acordó en el proceso de divorcio “es un pronunciamiento que si (sic) puede ser objeto de modificación en tanto que desde su adopción la línea jurisprudencial del TS se ha modificado [...]”. Cita en ese sentido la sentencia del pleno de esta sala 624/2011, de 5 de septiembre, que fija como doctrina: “que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”. Y a continuación, revoca la sentencia de primera instancia por no haber seguido este criterio jurisprudencial.

Sin embargo, conforme a lo dispuesto por el art. 96 CC (tanto en su redacción anterior a la Ley 8/2021, de 2 de junio, como en la posterior a ella), para decidir a quien corresponde el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella procede estar, en primer lugar (“en defecto de” dice la norma), al acuerdo de los cónyuges, que será aprobado por la autoridad judicial salvo que sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90 CC).

Por lo tanto, en el presente caso, habiendo acordado la sentencia de divorcio, en base al consenso de los cónyuges sobre el particular, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la madre y a los hijos menores de edad, hasta la independencia económica, a lo acordado por consenso se habrá de estar, a no ser que las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges aconsejen la modificación (art. 90.3 CC), lo que no es el caso, dado que nada se acredita en relación con ello.

La doctrina que se trae a colación por la Audiencia no resulta de aplicación en el supuesto que analizamos, que se califica, por un lado, por haberse adoptado la medida de forma consensuada, lo que no ocurría en el que fue objeto de la sentencia 624/2011; y por otro lado, por no constatarse la concurrencia de alguna de las condiciones que permitirían su modificación (las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges), lo que también lo separa del que fue objeto de la sentencia aludida, que no fue dictada, como va a serlo esta, en un recurso de casación derivado de un proceso de modificación de medidas.

La doctrina de la sala ha insistido en que para promover una modificación de medidas es necesario probar la existencia de un cambio, si bien es verdad que, precisando, desde la reforma del art. 90.3 CC por la Ley 15/2015, de 2 de julio, que basta con que sea “significativo”, “cierto”, sin que sea indispensable un cambio “sustancial” (entre otras, sentencias 705/2021, de 19 de octubre, 211/2019, de 5 de abril, 567/2017, de 19 de octubre; 242/2016, de 12 de abril).

En el presente caso, al no haberse probado dicho cambio significativo o cierto, la decisión precedente, con arreglo a las normas de aplicación y siguiendo la doctrina en la que procede enmarcar el supuesto, no era modificar la medida que, de conformidad con lo consensuado por los cónyuges, acordó la sentencia de divorcio sobre la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar, sino no hacerlo.

En consecuencia, procede estimar el motivo y con él el recurso interpuesto para, casando la sentencia recurrida y asumiendo la instancia, desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia en lo referido a la desestimación total de la demanda.

TS**SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 2022****Roj: STS 1622/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1622****Nº de Recurso: 4675/2019****Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg**

La donación que efectuó el padre no fue a ambos cónyuges, sino exclusivamente a favor de su hijo, siendo un hecho indiscutido que en la orden de transferencia realizada por el padre figura como destinatario del dinero, exclusivamente, su hijo, sin que, en momento alguno, se designe a la nuera del disponente, como beneficiaria de la donación conjuntamente con quien en tal momento era su marido, lo que sería procedente si esa fuera la voluntad del donante. El hecho de que una cantidad de dinero se ingrese en una cuenta conjunta abierta a nombre de dos o más personas no prejuzga, como es evidente, la titularidad dominical de las sumas ingresadas. No es de recibo, tampoco, integrar la voluntad del donante con los hechos posteriores realizados por los litigantes, ya que son actos propios de estos y no del disponente.

En el caso que nos ocupa, no se discute por las partes que los 3.500.000 de ptas., transferidos por el padre del recurrente, lo fueron a título de donación (art. 618 CC), con lo que se cumple el primero de los requisitos del art. 1353 del CC, antes tratado. No obstante, en el recurso de casación se cuestiona el segundo de ellos; es decir que la donación se llevara a efecto “a los cónyuges conjuntamente”, condicionante legal cuya concurrencia niega el recurrente Sr. Plácido, en contra del criterio sostenido por el tribunal provincial.

Es hecho indiscutido, con evidente reflejo documental, que en la orden de transferencia realizada por el padre del recurrente figura como destinatario del dinero, exclusivamente, su hijo D. Plácido (folio 34, al que se refiere la sentencia del tribunal provincial), sin que, en momento alguno, se designe a la nuera del disponente D.ª Palmira, como beneficiaria de los 3.500.000 ptas. conjuntamente con quien en tal momento era su marido, lo que sería procedente si esa fuera la voluntad del donante.

Por otra parte, el dato de que una cantidad de dinero se ingrese en una cuenta conjunta abierta a nombre de dos o más personas no prejuzga, como es evidente, la titularidad dominical de las sumas ingresadas. Es obvio, por ejemplo, que la circunstancia de que una indemnización, por un accidente de circulación sufrido por uno de los cónyuges, se ingrese en una cuenta común, no supone que los fondos transferidos transmuten su naturaleza jurídica en gananciales, en contra de lo dispuesto en el art. 1346.6º del CC.

Es doctrina de esta Sala que los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados; por lo que habrá de estarse a las relaciones internas entre los titulares, y más concretamente a la originaria procedencia del dinero que nutre la cuenta para calificar el carácter dominical de los fondos. De esta manera, nos hemos pronunciado en las sentencias 1090/1995, de 19 de diciembre; 83/2013, de 15 de febrero; 534/2018, de 28 de septiembre, y 454/2021, de 28 de junio, entre otras.

Por consiguiente, no cabe utilizar como argumento para la determinación de la naturaleza jurídica de los fondos controvertidos, el hecho de que fueran transferidos a una cuenta abierta a nombre de ambos esposos. Esta titularidad conjunta constituye, además, un dato que no tiene que conocer el ordenante, que se limita a girar el dinero a la cuenta que se le indica. Es más, lo normal es que desconozca dicha titularidad.

El ánimo de liberalidad a favor de la nuera no se presume, y de las circunstancias expuestas, en modo alguno, cabe considerar que concurra el segundo de los requisitos antes examinados, precisos para que entre en juego el art. 1353 del CC, esto es que se tratase de una donación conjunta.

No es de recibo, tampoco, integrar la voluntad del donante con los hechos posteriores realizados por los litigantes, ya que son actos propios de éstos y no del disponente.

Como dijimos en la sentencia 483/2007, de 9 de mayo: “La inversión de la cantidad donada por los padres en la adquisición de un bien ganancial no la

transforma, per se, en ganancial, sino que genera una deuda de la sociedad si se ha invertido a favor de ésta, como resulta de lo dispuesto en los artículos 1358 y 1364 del Código civil, por lo que debe rechazarse este segundo motivo, ya que no se puede aplicar la presunción del artículo 1353 del Código civil ni la del 1361, que de todos modos, no se ha citado como infringido”. Por otra parte, el art. 1361 CC es una simple presunción susceptible de ser desvirtuada mediante prueba contrario, como es el caso que nos ocupa, en que consta el origen y naturaleza privativa de los 3.500.000 de ptas.

Por todo el conjunto argumental expuesto, este motivo de casación debe ser estimado.

Estimación del segundo de los motivos de casación

Este segundo motivo debe ser igualmente acogido. En efecto, la circunstancia de emplear dinero privativo en la adquisición de un bien al que se atribuye por los cónyuges la condición de ganancial, no significa la renuncia al derecho de reembolso, ni implica la donación de su importe por parte del cónyuge titular a su sociedad ganancial.

Conforme al art. 1355 CC: “Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga”. Y, por su parte, el art. 1358 del referido texto legal señala que:

“Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación”.

En la sentencia del pleno de esta Sala 1ª 295/2019, de 27 mayo, cuya doctrina aplicamos, ulteriormente, en las sentencias 415/2019, de 11 de julio; 138/2020, de 2 de marzo; 216/2020, de 1 de junio; 591/2020, de 11 de noviembre; 454/2021, de 28 de junio; 795/2021, de 22 de noviembre; 57/2022, de 31 de enero y 128/2022, de 21 de febrero, declaramos que el acuerdo de los cónyuges para atribuir carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición, con lo que se genera un crédito “por el valor satisfecho” a costa del caudal propio de uno de los esposos (art. 1358 CC), de manera coherente con lo dispuesto en el art. 1362.2.ª CC, conforme al cual, la adquisición de los bienes comunes es “de cargo” de la sociedad de gananciales. En concreto, señalamos que: “[...] son gananciales

los bienes adquiridos conjuntamente por los esposos cuando consta la voluntad de ambos de atribuir carácter ganancial al bien adquirido, pero, en tal caso, si se prueba que para la adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hiciera reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso”.

En definitiva, como señala la sentencia 795/2021, de 22 de noviembre: “i) El derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y la financiación de un bien ganancial procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. ii) La atribución del carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y debe reembolsarse el valor satisfecho a costa del caudal propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación, si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3.ª CC). iii) En el caso de que se emplee dinero privativo para pagar la deuda contraída para la adquisición del bien ganancial, nace un derecho crédito del cónyuge titular del dinero, que se integra en el pasivo de la sociedad ganancial, por el importe actualizado de las cantidades satisfechas con tal fin (art. 1398.3.ª CC y sentencia 498/2017, de 13 de septiembre). iv) El mero hecho de ingreso de dinero privativo en una cuenta común no lo convierte en ganancial. En consecuencia, si se emplea para hacer frente a necesidades y cargas de la familia o para la adquisición de bienes a los que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyen carácter ganancial, surge un derecho de reembolso a favor de su titular, aunque no hiciera reserva de ese derecho en el momento del ingreso del dinero en la cuenta (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre; 78/2020, de 4 de febrero; 216/2020, de 1 de junio y 637/2021, de 27 de septiembre)”.

Como también señalamos en las sentencias 657/2019, de 4 de febrero y 128/2022, de 21 de febrero, una cosa es que se admita una amplia autonomía negocial entre los cónyuges (arts. 1323 y 1355 CC) y otra bien distinta que pueda presumirse el ánimo liberal del cónyuge que emplea dinero privativo para hacer frente a necesidades y cargas de la familia. El régimen legal, por el contrario, refuerza que deben restituirse las sumas gastadas en interés de la sociedad.

En conclusión, en las relaciones entre cónyuges, aunque estén sometidos al régimen de gananciales, no se presume que el dinero privativo se aporta como ganancial (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre; 591/2020, de 11 de noviembre; 795/2021, de 22 de noviembre y 128/2022, de 21 de febrero, entre otras).

No puede reconocerse derecho de crédito de la esposa frente a la sociedad de gananciales porque si bien es cierto que tenía una cuenta de ahorro vivienda, no consta que sus fondos se empleasen en la compra del inmueble ya que no se aporta prueba adicional como el movimiento de cuentas bancarias.

La determinación de la naturaleza del dinero empleado en abonar los 18.000.000 de ptas., que la escritura pública de compraventa de la vivienda de 27 de diciembre de 1995, reconoce percibidos por la parte vendedora de la compradora, con anterioridad a dicho acto, otorgando carta de pago, así como los otros 22.050.000 ptas. a pagar, en un solo plazo, el 2 de enero de 1996, deviene decisiva; toda vez que, si los fondos utilizados fueran gananciales, el bien adquirido sería ganancial por aplicación del art. 1347.3 CC. Ahora bien, si el dinero fuera en todo o en parte privativo, el art. 1355 CC permite, no obstante, a los cónyuges, que le atribuyan carácter ganancial, sin perjuicio del derecho de reembolso que corresponde al cónyuge titular de los fondos privativos.

Mientras que, en los supuestos de atribución de ganancialidad realizada de forma voluntaria por los cónyuges, la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido sería irrelevante a efectos de alterar la naturaleza del bien como ganancial; sin embargo, la prueba del carácter privativo del dinero, que incumbe al que lo alegue, para desvirtuar la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC, deviene decisiva para el reconocimiento del derecho de reembolso conferido por el art. 1358 CC.

El recurso interpuesto se fundamenta en el carácter privativo de parte del dinero abonado al vendedor para la adquisición de la vivienda litigiosa. El Sr. Iván siempre negó dicha naturaleza privativa, por lo que tal secuencia fáctica se convirtió en hecho controvertido, y como tal precisado de prueba (art. 281.3 LEC).

El Juzgado desestimó la inclusión del crédito, al no considerar demostrado el destino dado al importe de la cuenta ahorro vivienda de la recurrente.

Interpuesto recurso de apelación sobre tal extremo, la sentencia de la Audiencia no declara que la actora hubiera abonado parte del precio de la compraventa con dinero privativo. Se argumenta que es cierto que se acredita la existencia de una cuenta de ahorro vivienda de la esposa, pero nada consta de

las declaraciones de IRPF de los años 1995 y 1996. Y se concluye que resulta probado “de las actuaciones que la vivienda fue adquirida constante matrimonio, celebrado bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales, sin que se desvirtúe en este supuesto, la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC “. Se señala, igualmente, que, aunque se reconocen abonados 18.000.000 de ptas., no hay ninguna declaración sobre la naturaleza de dicho dinero, ni reserva en la escritura. Es cierto, que se citan los arts. 1355 y 1323 del CC, pero no constituyen la razón fundamental de desestimación del recurso, sino que conforman argumentos complementarios.

El recurso de casación se fundamenta en una inferencia probatoria basada en la consideración de que, como la recurrente tenía una cuenta de ahorro vivienda, sus fondos necesariamente se tuvieron que emplear, en toda su cuantía, en la adquisición de la vivienda ganancial, sin otro aporte probatorio adicional como el relativo a movimientos de cuentas bancarias.

En cualquier caso, la determinación del destino de tales fondos no corresponde a un recurso de casación, en su caso al extraordinario por infracción procesal bajo los condicionantes antes expuestos. La casación no es una tercera instancia que posibilite una nueva revisión del material fáctico del proceso, sino que cumple una función asaz diferente; por un lado, nomofiláctica o protectora de las normas jurídicas de derecho material o sustantivo; y, por otra, de fijación de doctrina, mediante el establecimiento de criterios uniformes de interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho en los términos del art. 1.6 del CC, que sirva de orientación y pauta de actuación para resolver asuntos que guarden identidad de razón.

La técnica casacional exige, por consiguiente, razonar sobre la infracción legal, respetando los hechos y la valoración probatoria de la Audiencia (sentencias 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012, de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviem-

bre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero; 367/2016, de 3 de junio, o más recientemente 477/2019, de 17 de septiembre; 365/2020, de 29 de junio, 476/2020, de 21 de septiembre y 83/2021, de 16 de febrero, entre otras muchas).

Por todo ello, el recurso de casación no puede ser estimado, ya que no cabe considerar infringidos los

arts. 1355 y 1358 CC, si no se declara acreditado, por el tribunal provincial, la procedencia privativa del dinero empleado en el pago del precio de la vivienda conyugal, para que, de esta manera, surgiera el derecho de reembolso por el valor actualizado de las cantidades invertidas, cuya declaración se interesa en el recurso.

TS

SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 2022

Roj: STS 1766/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1766

Nº de Recurso: 2804/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Si el padre, al solicitar la custodia compartida, propuso una pensión de alimentos de 200 o 250 euros, la Sentencia de la Audiencia Provincial no puede fijar una pensión de 150 euros mensuales, por lo que ha incurrido en una grave afectación de la congruencia entre lo pedido y lo concedido.

Considera la madre que se ha vulnerado juicio de proporcionalidad del art. 146 del Código Civil y también el art. 93 del Código Civil.

Se estiman parcialmente los dos motivos, que se analizan conjuntamente, al referirse a los alimentos.

Como dijimos en el fundamento de derecho quinto de la presente sentencia, el tribunal de apelación incurrió en incongruencia, al conceder una cantidad de alimentos inferior a la aceptada por el padre, lo que también advierte el Ministerio Fiscal ante esta Sala, por lo que en la sentencia recurrida se infringe el art. 146 del C. Civil, dado que la cuantía de alimentos fijada no era proporcional al caudal del que los da y a las necesidades de quien los percibe.

Por ello se fija la pensión de alimentos en 250 euros y ello pese a que las estancias del menor son paritarias con ambos progenitores, dada la divergente capacidad económica de ambos, lo que en interés

del menor hace aconsejable establecer una pensión por parte del padre para sufragar las necesidades del menor (sentencia 656/2021, de 4 de octubre, entre otras).

Esta Sala en sentencias 55/2016, de 11 de febrero, y 564/2017, de 17 de octubre, entre otras ha declarado que la estancia paritaria no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción en los ingresos de ambos progenitores (art. 146 del C. Civil).

En conclusión, se estima el recurso de casación, en cuanto se fija una pensión de alimentos abonable por el padre de 250 euros mensuales, y se establece que la madre e hijo saldrán del domicilio familiar en el plazo de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de esta Sala Primera de lo Civil, manteniendo el resto de los pronunciamientos efectuados en la sentencia de apelación.







Privación de la patria potestad

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 2022

Se ratifica la privación de la patria potestad, pues la actitud de desapego del padre (durante los tres años desde que nació la menor) resulta perjudicial para la hija y aquella no es debida una situación de imposibilidad física del padre de visitar o comunicarse con la hija ni por razones laborales, ni por lejanía geográfica ni por cualquier otro motivo que tampoco se ha encargado de alegar en el pleito ni en el recurso. El vínculo paterno filial no está consolidado y no se acredita motivación del padre para restablecer los contactos con la hija ni para ejercer las funciones parentales de forma responsable.

La sentencia de instancia, estimando la Demanda de Guarda y custodia interpuesta por la Sra. Aurelia, acuerda, en interés de la hija menor de edad, Delfina, nacida el NUM000 de 2019, la privación de la potestad paterna, con suspensión de la relación personal y establecimiento de una pensión de alimentos de 150 euros mensuales a cargo del padre.

Frente a esta medida formula recurso de apelación el padre impugnando el pronunciamiento referido a la privación de la potestad parental y suspensión de la relación personal así como a la pensión alimenticia.

El juez de instancia valora adecuadamente la prueba practicada y motiva atinadamente, con correcta aplicación de la doctrina y legislación existentes en la materia, las circunstancias del caso y adopta las medidas más adecuadas al interés de la menor. La Sala no puede más que coincidir con las decisiones tomadas sin que los escasos argumentos que ha podido exponer en esta alzada el recurrente puedan contribuir a modificar lo resuelto.

Si nos centramos en el derecho de la menor, hemos de indicar que en todo lo concerniente a la potestad de los hijos y ejercicio de la misma y del deber de custodia, rige el denominado principio de interés del menor, principio reflejado entre otros en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, Convenio Europeo de Derechos Humanos, en sus artículos 1, 2, 16, 25 y 27, Convención sobre los derechos del Niño y artículos 12 y 15

del Reglamento de la Unión Europea, 2201/2003, de 27 de noviembre. Por ello cualquier medida que se adopte en cualquier procedimiento y en relación a los hijos menores de edad ha de adoptarse considerando prioritario el beneficio del menor, valorando sus necesidades presentes y futuras y también, si ello es posible, su voluntad.

El art. 24 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales reconoce el derecho de los menores a expresar su opinión libremente y recoge que ésta opinión deberá ser tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten en función de su edad y de su madurez. En concordancia con este principio, el art. 770.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que en este tipo de procedimiento será preceptiva la audiencia de los hijos mayores de doce años y a los menores de esta edad si tuvieran suficiente juicio, y art. 211-6 del Código Civil Catalán que reconoce de forma expresa el derecho del menor de edad que hubiere cumplido doce años, a ser informado y escuchado siempre que haya de adoptarse una medida que le afecte personal o patrimonialmente.

Delfina es todavía muy pequeña para poder valorar su opinión, pues solo tiene 3 años y carece de madurez (artº 9 LO Protección Jurídica del menor) pero es suficientemente determinante la propia actuación del padre que no sólo no contactó con su defensa para que pudiera aportar hechos esenciales en su contestación, sino que incluso no compareció al acto de la vista en un procedimiento en el que se debatía una

medida de indudable trascendencia para la vida de su hija e incluso para la propia.

El artículo 236-6 del Codí Civil de Catalunya, que es de aplicación al residir e menor en Catalunya, regula la posibilidad de privar al padre o la madre, total o parcialmente de su potestad, por sentencia firme fundada “en el incumplimiento grave o reiterado de sus deberes”, aunque es un precepto que por su carácter sancionador, debe ser objeto de interpretación restrictiva. De ahí que sólo se acordará tal medida en el caso de que se haya evidenciado una clara renuencia por parte del progenitor al cumplimiento de los deberes que el ejercicio de la potestad parental comporta.

El contenido de la potestad del padre y la madre aparece recogido en el artículo 236-17 del mismo texto legal, cuando dice que son deberes de los padres, el cuidar de los hijos, convivir con ellos y alimentarles en el sentido más amplio, debiendo educarles y proporcionales una formación integral. En principio el ejercicio de la potestad de los padres es conjunto, pudiendo ejercerse por uno con el consentimiento del otro y por ello la potestad será ejercida exclusivamente por el padre o por la madre en los casos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro progenitor.

Dada la trascendencia de la adopción de una medida de tal calibre, la ley limita la posibilidad de acordar la privación de la potestad a aquellos supuestos en que se evidencie un incumplimiento grave o reiterado y ello por cuanto, además, la potestad será ejercida siempre en beneficio del hijo y su esencia radica en la necesidad de proteger al menor de edad atribuyendo a los progenitores en primer lugar este deber de protección y amparo. La privación de la titularidad de la potestad supone la pérdida de las facultades para convivir con el hijo, educarle, formarle, corregirle y por supuesto disfrutar de su compañía, pues la potestad, se compone de un complejo entramado de derechos y deberes, que derivan de la procreación, se alimentan del cariño mutuo entre padres e hijos y se dirigen a la protección de los menores para ayudarles en su proceso de desarrollo individual.

La potestad parental, como recuerda el art. 236-2, es una función inexcusable, que, en el marco del interés general de la familiar, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo a su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo.

En este caso, tal como relata la actora en su interrogatorio, el demandado no ha acudido a visitar a la menor ni le ha prestado soporte económico de clase alguna. Es más, su desinterés está perjudicando a la menor al no facilitar la firma de documentos que

faciliten su acceso a una guardería. El informe social emitido por la Mancomunidad Río Mulas en relación al demandado y su familia evidencia una situación compleja con graves déficits, pero no revela qué causa ha impedido al Sr. Imanol acudir a visitar a su hija o colaborar en los trámites administrativos indispensables para conseguir el acceso a una guardería.

Tampoco ha contribuido a su sostenimiento ni mediante el envío de dinero ni mediante la aportación de bienes indispensables para el mantenimiento de una niña de corta edad. Recordemos que el deber de alimentar a los hijos no sólo es uno de los componentes de la potestad parental sino que es uno de los deberes de mayor contenido ético de nuestro ordenamiento jurídico, que tiene su origen en el hecho mismo de la procreación.

Cuando el texto legal se refiere a que se debe tratar de evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial al hijo ello implica valorar la situación y las consecuencias que en yodos los ámbitos producen los actos y omisiones de los padres porque si la colaboración de ambos progenitores en la formación integral de los menores es esencial para un desarrollo armónico de la personalidad de los hijos, les aporta seguridad y aumenta su confianza, la ausencia de interés, la pasividad ante las necesidades emocionales del hijo y la falta de presencia en la vida del menor producen en el menor una sensación de abandono difícilmente recuperable y que exige al progenitor custodio, en este caso la madre, una dedicación exclusiva y más intensa. Es la actitud de desapego la que resulta perjudicial, y en este caso no viene compensada por una situación de imposibilidad física del padre de visitar o comunicarse con la hija ni por razones laborales, ni por lejanía geográfica ni por cualquier otro motivo que tampoco se ha encargado de alegar en el pleito ni en el recurso.

El vínculo paterno filial no está consolidado y no se acredita motivación del padre para restablecer los contactos con Delfina ni para ejercer las funciones parentales de forma responsable, por lo tanto ya que no se ha cumplido ninguno de los deberes que configura la potestad parental, situación que se ha venido prolongando en el tiempo sin mostrar el padre actitud alguna dirigida a modificar la situación y a participar en el cuidado de la menor, su bienestar presente y futuro y la necesidad mantener su estabilidad y seguridad aconsejaban adoptar esta medida y también la suspensión de la relación personal que no ha llegado a constituirse con normalidad. Por ello el recurso debe desestimarse.

Y respecto de la rebaja de la pensión alimenticia interesada, debemos insistir una vez más que la obli-

gación de prestar alimentos a los hijos uno de los deberes de mayor contenido ético de nuestro ordenamiento jurídico, que tiene su origen en la procreación y se configura como de duración temporal, tiene un contenido absoluto y proporcionado a las necesidades del hijo y a los medios y posibilidades económicas del padre y madre obligados. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 233-2.2 b), 233-8, 236-17, 237-1 y 237-10 del Codi Civil de Catalunya.

Y así como en la cuantificación de los alimentos al hijo debe observarse el criterio de proporcionalidad, criterio doble en la medida que se refiere por una parte a las necesidades del menor en relación a los medios y posibilidades económicas del padre obligado y por otro, a la posibilidad de cada uno de los dos progenitores obligados de contribuir a los gastos y necesidades del menor en relación con el otro obligado, este criterio de la proporcionalidad debe ser aplicado respecto en referencia a otras posibles formas de contribuir a la cobertura de sus necesidades. Cuando el art. 237-7 del CCCat dice que si las personas obligadas a prestar alimentos son más de una, la obligación

de ha de distribuir entre ellas en proporción a sus recursos económicos y posibilidades y por otra parte, ésta previsión legal debe complementarse con aquella atención personal, cuidado y asistencia que padre y madre proporcionan a sus hijos más allá de la satisfacción de sus necesidades materiales a las que en ocasiones por causas ajenas a su voluntad les resulta más difícil atender.

En el presente caso debemos concluir que el Sr. Imanol es un hombre joven - tiene 21 años- y aunque carezca de formación, no consta sufra dolencias psíquicas o físicas que le impidan el acceso al trabajo. Si a ello se suma que la suspensión del régimen de estancias implica que la menor será atendida los 365 días del año por el entorno materno, debemos concluir que la pensión de 150 euros mensuales, considerada una pensión mínima en los actuales momentos de aumento del coste de vida, constituye una pensión adecuada a las actuales circunstancias por lo que procede igualmente rehazar el recurso interpuesto por su defensa.

Se desestima la autorización para el cambio de colegio

AP BALEARES, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 2022

La razón fundamental de la pretensión del padre de cambio de colegio es puramente económica, pues hace referencia a que es profesor en ese colegio y conseguiría la gratuidad de la enseñanza de las menores en un colegio privado de reconocido prestigio, pero no se aprecia razón alguna para acceder al cambio más allá de la económica, por lo que tratándose de una pretensión que supone un cambio muy importante para las niñas, como es el del centro educativo en el que estudian y en el que se encuentran perfectamente adaptadas, no se accede a la petición del padre.

Considera el apelante que su pretensión no es extemporánea atendiendo a la fecha del contrato que le vincula con el colegio DIRECCION000 como profesor, habiéndola puesto de manifiesto en el acto del juicio. Alega el recurrente que esta decisión supondría la gratuidad de la enseñanza para las hijas y que la cuestión sobre el centro escolar de las menores fue formulada como medida definitiva, para el caso de que no se autorizara el cambio de residencia a Málaga. Recuerda la discrepancia frontal de las partes al respecto.

Se trata de una temática que cabe abordar al amparo del art. 752.1 de la Lec., que como la anterior

es de orden público y que debe ser decidida en provecho de Sonia y Tamara, las hijas comunes de los litigantes, sin necesidad de remitir a los litigantes a un procedimiento posterior con los gastos que ello supone, dado que se acredita un desacuerdo absoluto sobre este extremo.

Pues bien, a la vista de la argumentación que ofrece el Sr. José Pablo en su escrito de recurso, concluimos que la razón fundamental de su pretensión es efectivamente la económica, pues se conseguiría de esta manera la gratuidad de la enseñanza de las menores en un colegio privado de reconocido prestigio.

Es evidente que la Sala no va a discutir la calidad educativa del colegio DIRECCION000, pero sí mostramos nuestro rechazo a una pretensión que supone un cambio muy importante para las niñas, como es el del centro educativo en el que estudian y en el que se encuentran perfectamente adaptadas. En este aspecto, el dictamen psico-social recoge las entrevistas efectuadas con las tutoras de las niñas; así y en cuanto a Tamara, su tutora manifestó que la menor no experimentó ningún problema de adaptación al cambiar de profesora de cuarto curso de educación infantil, presentándose como una niña feliz y mostrándose a nivel académico como trabajadora y responsable, sin dificultad en el aprendizaje y con estabilidad emocional. Por el contrario, Sonia sí presenta algún problema en la lecto escritura que ha de trabajarse, pero se trata de una dificultad que se daría

también en el otro centro escolar y que, en principio, no hay base para considerar que se afrontara más eficientemente en este último.

Así las cosas, no apreciamos razón alguna para acceder al cambio más allá de la económica, que no es suficiente porque no se acredita que sea la mejor solución educacional para las hijas y tampoco lo son las derivadas del trabajo como profesor en el colegio DIRECCION000 del Sr. José Pablo porque, como indica la apelada y así lo considera también este Tribunal, dicha circunstancia no altera los protocolos del colegio que también se aplicarían respecto de las menores y carecemos de una base sólida como para considerar que este nuevo colegio les brindaría mayor beneficio que el que les reporta el colegio actual.



Guarda y custodia

Debe mantenerse 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 dis-

cutían 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 vínculo 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 llegado 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, fuen-

te 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

Suspensión de las visitas: existe negligencia en el cuidado

AP VALENCIA, SEC. 10.^a, AUTO DE 30 DE JUNIO DE 2022

Por vía del art. 158 del CC se acuerda la suspensión del régimen de visitas. El informe forense descarta que se adviertan indicios de maltrato intencionado al menor, pero considera que se aprecia negligencia en su cuidado, partiendo de la realidad de las lesiones que presentaba el menor, tanto las quemaduras solares, como las escoriaciones en la espalda y la suciedad.

El Recurso de Apelación se dirige contra el Auto n.º 32/2022, de fecha 25-1-2022, dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Valencia, que estimaba la solicitud de medidas del artículo 158 del Código Civil solicitadas por la progenitora.

Las partes tienen un hijo en común, nacido el NUM000 -2016. Por sentencia de fecha 21-4-2021 se acordó que el menor quedara bajo la guarda y custodia de la madre, con un régimen de visitas con el padre.

Alega el apelante que el Auto infringe lo dispuesto en el artículo 217.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error en la valoración de la prueba y vulneración del artículo 24 de la CE en su vertiente del derecho a tener oportunidad de alegar y probar las propias pretensiones en un proceso legal y en régimen de igualdad con la parte contraria, considerando que correspondía a la demandante la carga de probar los hechos en los que sustentaba su pretensión y los informes médicos en los que se fundamenta la resolución recurrida no justifican la medida adoptada y en

la misma se tienen por acreditados hechos carentes de prueba, como los referidos a las condiciones de la vivienda del apelante, o que el menor esté en riesgo cuando se encuentra con su padre, por lo que solicita que se deje sin efecto la medida acordada.

La parte contraria se opone al recurso, al igual que el Ministerio Fiscal.

El Recurso debe ser desestimado, pues no se aprecian en la resolución recurrida los defectos que se le imputan. El Auto analiza la prueba practicada y en base a los hechos que se acreditan adopta la decisión de suspender el régimen de visitas con el padre, atendiendo al interés del menor. La prueba fundamental son los informes que presentó la demandante con su solicitud, emitidos por profesionales del sistema público de salud, que confirman la realidad de las lesiones padecidas por el menor en junio y agosto de 2021, durante las estancias con el padre, circunstancia que no se ha negado. El informe forense descarta que se adviertan indicios de maltrato intencionado al menor, pero considera que se aprecia negligencia en

su cuidado, partiendo de la realidad de las lesiones que presentaba el menor, tanto las quemaduras solares, como las escoriaciones en la espalda y la suciedad. La decisión que adopta la resolución recurrida ni implica una alteración de la carga de la prueba, ni una inadecuada valoración de la misma, pues si bien las lesiones advertidas en el mes de agosto no revisten especial gravedad, hay dos factores que justifican la decisión adoptada, la corta edad del menor, como se resalta en el Auto, y la proximidad entre las dos fechas en las que el menor precisó asistencia médica tras la estancia con el padre, especialmente porque en ambas el menor presentaba quemaduras por el sol en hombros y espalda y, tras la primera atención recibida en el mes de junio, donde las quemaduras fueron de segundo grado, el médico prohibió que el niño estuviera expuesto al sol sin protección (camiseta anti-radiación o en su defecto protección solar del 50 y aplicar casi de forma continua), pese a lo cual

en el mes de agosto vuelve a presentar quemaduras, además de los arañazos y una falta de higiene general que el facultativo consideró necesario recoger en su informe, lo que denota un cuidado negligente durante las estancias con el padre, reiterado en el tiempo, poniendo en evidencia que el menor puede encontrarse en situación de riesgo en compañía del padre, no porque el progenitor le cause daño intencionadamente, sino porque o no es consciente de los cuidados que requiere un niño de cuatro años o, conociéndolos, no los pone en práctica. Por lo tanto, la decisión que adopta el Juzgado está justificada en atención a las pruebas obrantes en autos, con amparo en las normas contenidas en los artículos 94 y 158 del Código Civil, habiendo dispuesto el demandado de la posibilidad de efectuar alegaciones y practicar prueba, por lo que no se aprecia vulneración del artículo 24 del Código Civil.

Se deniega la autorización para la salida del territorio español

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, AUTO DE 30 DE JUNIO DE 2022

Se aprecia la existencia del riesgo de que los menores no vuelvan a España tras las vacaciones de verano si las pasan con su progenitor en los Estados Unidos, por lo que procede denegar la petición del padre de poder desplazarse con los hijos a aquél país. Ha de mencionarse la publicación en internet en una web de niños robados de fotografías de los menores con su progenitor en la que se solicita ayuda económica para que pueda llevarse a los hijos a Estados Unidos.

El segundo motivo de recurso con relación a las visitas de los menores a Estados Unidos, la Sala solo puede aceptar las consideraciones que se hacen en el escrito de impugnación de la resolución que se formuló por el Ministerio Fiscal, que mantuvo la posición que había tenido en el acto de la vista.

Consta que se han remitido mensajes por el progenitor dirigidos a la progenitora, que reside con sus hijos en España, con posterioridad al dictado de la sentencia de divorcio ignorando lo resuelto en la misma, y ha de mencionarse la publicación en internet en una web de niños robados de fotografías de los menores con su progenitor en la que se solicita ayuda económica para que pueda llevarse a los hijos a Estados Unidos, sin acreditarse que se haya quitado tal anuncio ni que el progenitor haya realizado gestión alguna dirigida a ello. Constan, además, comunicados del progenitor a la progenitora, posteriores a la sentencia de divorcio, en que la acusa de problemas mentales y afirma que considera a la progenitora un peligro para la seguridad de los menores. Dados los

hechos indicados, y tal como señaló el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, se aprecia la existencia de riesgo de que los menores no vuelvan a España tras las vacaciones de verano si las pasan con su progenitor en los Estados Unidos, por lo que procede estimar el recurso de apelación en este punto disponer la suspensión del régimen de visitas vacacional solicitado.





Si la Sentencia atribuyó el uso hasta la liquidación de la sociedad de gananciales no puede modificarse posteriormente hasta que los hijos adquieran la mayoría de edad

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 2022

Quando la Sentencia de divorcio atribuye el uso de la vivienda familiar (en un caso de custodia compartida) a un progenitor hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, no es dable a través de un nuevo procedimiento de modificación de medidas intentar una nueva reasignación del uso del domicilio familiar. La actora solicitaba la prórroga hasta que los hijos alcanzasen la mayoría de edad.

Como antecedentes fácticos a tomar en consideración son de destacar los siguientes:

1) La Sentencia de fecha 29 de octubre de 2018 recaída en el procedimiento de Divorcio Contencioso, aprobó el acuerdo alcanzado por las partes en el que, entre otras medidas, se estableció la custodia de los hijos comunes de forma compartida entre ambos progenitores y se atribuyó el uso del domicilio familiar a los menores en el periodo que les correspondieran estar bajo la custodia de la madre hasta que se liquide la Sociedad de Gananciales.

2) En fecha 11 de marzo de 2020 tuvo entrada en el Decanato de DIRECCION000 demanda de Modificación de Medidas interpuesta por la Sra. Rafaela interesando la atribución del uso de la vivienda hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad.

A la vista de los hechos declarados probados y teniendo en cuenta que es en la Sentencia de Divorcio de fecha 29 de octubre de 2018 cuando se efectúa la atribución del uso de la vivienda familiar a la demandante/apelante, con carácter temporal, dado que estamos en presencia de una custodia compartida, no es dable a través de un nuevo procedimiento de Modificación de Medidas intentar una nueva reasignación del uso del domicilio familiar toda vez que ello no es posible, ya se estableció en la Sentencia de Divorcio cuya modificación se pretende que la duración de la atribución del uso del domicilio familiar se mantendría hasta la liquidación de la Sociedad Ganancial y a dicha resolución que es firme habrá que estar.

Ha de tenerse en consideración que la atribución del uso de la vivienda conyugal, viene basada en presupuestos de intereses necesitados de mayor protección, genéricos que no específicos, y se efectúa al momento de la ruptura o crisis a fines de mero alojamiento, indicando que solo hay un momento de atribución del uso, el de la quiebra de la pareja, y no otros posteriores, salvo cuando los hijos alcancen la mayoría de edad y siempre con carácter temporal, sin conferir al beneficiario mayores derechos de los que deriven del título de ocupación, supuesto que aquí no es aplicable al estar los comunes descendientes bajo custodia compartida.

No puede alegar la parte, al menos en el presente procedimiento que al tiempo de ratificar el acuerdo no gozaba de plena estabilidad emocional siendo que sus facultades se encontraban algo mermadas, toda vez la misma estuvo asistida por profesionales y ratificó el acuerdo sin poner ninguna objeción procedimental al respecto; por lo que su argumento en sede de este procedimiento aparece insostenible y en consecuencia debe ser rechazado el recurso interpuesto, ya que la sentencia cuya modificación se pretende a través del procedimiento de Modificación de Medidas no contiene ninguna medida contraria a lo consensuado por las partes, y como hemos dicho a ella habrá que estar.

A mayor abundamiento indicar que no se ha acreditado que se haya producido modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al tiempo al tiempo del divorcio.

Atribución temporal del uso en base a la diferencia de ingresos entre los progenitores

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 2022

La diferencia de ingresos (él 59.993,82 euros y ella 10.244 euros) justifica que se atribuya el uso de la vivienda a la esposa, si bien solo por el plazo de un año.

Se impugna finalmente por la recurrente el pronunciamiento de la sentencia de instancia por el que no se atribuye el uso del domicilio familiar a ninguno de los cotitulares, solicitando se le atribuya a ella hasta que la hija de los litigantes sea independiente económicamente.

Establece a este respecto el artículo 233-20 del CCCat en su apartado tercero que “No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos:

a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores.

b) Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad.

c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad”.

En el supuesto que nos ocupa, al ser la hija común de los litigantes mayor de edad, quien pretenda la atribución del uso del domicilio familiar deberá acreditar ser el más necesitado. Y de la prueba obrante en las actuaciones resulta que la capacidad económica del Sr. Carlos es muy superior a la de la Sra. Benita quien cuenta con una limitada capacidad económica con la que apenas puede hacer frente a sus necesidades más básicas, entre ellas, procurarse una vivienda.

Si bien en la sentencia de instancia se afirma que no se llevó a cabo actividad probatoria alguna, de la averiguación patrimonial realizada a través del Punto Neutro Judicial, a petición de ambas partes, resulta que el Sr. Carlos cuenta con unos ingresos muy superiores a los de la Sra. Benita. De esta averiguación resulta que en el ejercicio de 2018 el Sr. Carlos obtuvo unos ingresos totales brutos de 59.993,82 euros, disponiendo además de la cantidad de 6.400 euros en cuentas bancarias. Por su parte la Sra. Benita en el mismo ejercicio obtuvo unos ingresos brutos de 10.244 euros, lo que su pone que sus ingresos mensuales no alcanzan los 850 euros. Siendo por tanto la Sra. Benita la parte más necesitada procede atribuirle el uso del domicilio familiar.

No obstante, esta atribución debe tener carácter temporal. Expresamente se dispone así en el apartado quinto del precepto anteriormente citado. No hacerlo supondría ir en contra del espíritu de la norma. La exposición de motivos de la ley dispone que en todo caso la atribución del uso debe hacerse con carácter temporal a fin de poner freno a una jurisprudencia excesivamente inclinada a dotar de carácter indefinido a la atribución en detrimento de los intereses del cónyuge titular. Por ello, valorando la situación económica de uno y otro litigante, así como el hecho de que ambos son propietarios de la vivienda familiar, lo que permitirá que tras la venta o división de la misma ambos puedan obtener un rendimiento que les facilite el acceso a una nueva vivienda, procede fijar un plazo para dicho uso de un año a contar desde la fecha de la presente resolución.



La atribución del uso se prolonga hasta que finalice la liquidación de la sociedad de gananciales

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2022

La atribución del uso se acordó hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y al día de hoy solo se ha dictado sentencia en el juicio del inventario no constando la finalización de la fase de propia de liquidación.

Tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia así como de lo alegado en el escrito de interposición de recurso no puede la Sala sino confirmar el Auto apelado que desestima la oposición a la ejecución por cuanto que el título cuya ejecución se pretende atribuía el uso de la vivienda familiar a ambos litigantes de forma sucesiva y alternativa por periodos anuales hasta la completa liquidación de la sociedad de gananciales y esta liquidación aún no ha podido llevarse a cabo aun que se haya dictado

ya con fecha 25 de Junio de 2019, sentencia de formación de inventario, revocada parcialmente por la sentencia de esta Sala de 26 de Julio de 2020 sin que se acredite que haya recaído sentencia en la fase de liquidación y adjudicación de los bienes gananciales por lo que en consecuencia procede la desestimación de la oposición formulada confirmando íntegramente el Auto apelado sin que proceda hacer expreso pronunciamiento de las costas de esta segunda instancia



Pensión alimenticia

Se extingue la pensión aunque el hijo tenga escasos ingresos

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 2022

Existe causa para la extinción de la pensión alimenticia pues la hija está próxima a cumplir los 27 años de edad, ha completado sus estudios de Grado y Máster y se ha incorporado al mundo laboral. Que obtenga unos ingresos reducidos que no le permitan vivir de manera independiente y siga haciéndolo en el domicilio materno, no es motivo para mantener la pensión.

La demanda interpuesta interesó la extinción de la pensión alimenticia considerando que el periodo de formación de la hija común, que en la actualidad está próxima a cumplir los 27 años de edad, había finalizado al completar sus estudios de Grado y Máster, de modo que, tras haberse incorporado al mercado laboral en el año 2019, debía declararse extinguida la pensión alimenticia en su día fijada en la sentencia que aprobó el convenio regulador suscrito por ambas partes en el proceso de divorcio.

Por la parte demandada se reconoció en el escrito de contestación a la demanda que la hija había

finalizado su periodo de formación y también que se había incorporado al mercado laboral, destacando, sin embargo, que obtenía unos ingresos reducidos que no le permitían vivir de manera independiente, de modo que seguía haciéndolo en el domicilio materno, por lo que los gastos que se generaban persistían, entendiéndose, por tanto, improcedente la extinción de la pensión alimenticia.

En relación a la extinción de la pensión alimenticia ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que nos hallamos en el marco de un procedimiento de modificación de medidas derivado de una anterior sentencia

de divorcio y que, por tanto, debe quedar al margen de cualquier posible reclamación que ya en nombre propio pueda verificar la hija común respecto del progenitor paterno conforme a las disposiciones del Código Civil. Lo que debe centrar nuestra atención en el procedimiento de modificación de medidas en que nos encontramos es si ha existido o no una alteración de las circunstancias tomadas en consideración desde que se dictó la sentencia de divorcio.

Desde este punto de vista, es evidente que la situación está sustancialmente modificada ya que ambas partes están conformes en señalar que la hija común ha finalizado sus estudios de Grado y Máster, disponiendo de formación superior, y que desde el año 2019 ha comenzado a trabajar, incorporándose con un contrato indefinido al mercado laboral. El hecho de que siga conviviendo con la progenitora materna, al no disponer de recursos económicos suficientes para cubrir todas sus necesidades con la cantidad que ingresa mensualmente, no determina en ningún caso que haya de mantenerse vigente la pensión alimenticia a cargo del apelante. La pensión reconocida en el marco del proceso de divorcio atendía a las circunstancias entonces existentes de una hija que tenía pendiente completar su formación e incluso posteriormente acceder al mercado laboral. Todo ello se ha completado en el tiempo trans-

currido desde que se dictó la sentencia de divorcio, disponiendo la hija de recursos propios para cubrir sus necesidades, pudiendo, incluso, colaborar con su madre, dado que con ella reside, para atender determinadas necesidades o gastos domésticos, pero sin que nada de ello determine que deba mantenerse por más tiempo la pensión alimenticia a cargo de la apelante.

En definitiva, completada la formación por la hija común, y habiendo esta accedido al mercado laboral con ingresos propios, el solo hecho de que sus recursos actuales, como lamentablemente está sucediendo en la actualidad con muchos jóvenes, no sean suficientemente elevados como para permitirle vivir de forma independiente, en ningún caso puede implicar que se mantenga por más tiempo la pensión alimenticia a cargo del demandante, por lo que debe accederse a lo solicitado en el escrito de demanda, con revocación de la resolución dictada en primera instancia, produciendo efectos esta resolución desde la fecha en que ha sido dictada. La estimación del recurso determina que quede sin efecto el pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, por lo que, dada la estimación de la demanda, y el especial objeto del proceso, no se hace pronunciamiento en cuanto a las costas de la instancia.

Aunque no tenga ingresos debe fijarse pensión

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 2022

Se fija pensión alimenticia a cargo del padre, aunque no constan ingresos, pues no se alcanza a comprender como el mismo, en pleno auge de cualquier vida profesional por edad y sin padecimiento alguno, con las responsabilidades contraídas por el nacimiento de sus dos hijas, dedique su tiempo, energía y atención a la actividad de productor musical como hobby y no como faceta laboral creativa para componer, producir y coordinar proyectos en diferentes contextos musicales generadores de ingresos, supervisando o dirigiendo actividades de tal índole y con los que alimentar, cual es su obligación a ambas niñas.

Se cuestionan los alimentos de las hijas de 12 y 7 años de edad.

En efecto, tal cuestión objeto de debate ha de resolverse conforme a las previsiones de los arts. 93, 142, 145, 146, ss. y concordantes, todos ellos del Código Civil, que disponen y regulan la pensión de alimentos conforme a unos criterios determinantes cuales son las exigencias de equilibrio y proporcionalidad entre de una parte los recursos del obligado al pago, éstos siempre de carácter objetivo, y las

necesidades del alimentista, de condición subjetiva o relativa, en cuanto su cuantificación dependerá de otros varios factores, entre los que sin duda tiene especial significación la situación económica disfrutada por el grupo familiar y valorando dichas necesidades por el nivel de satisfacción obtenido por la cobertura de otras necesidades más básicas o elementales.

Con tales presupuestos se estima conforme a derecho y a las circunstancias del caso la fijación de la pensión si tenemos en cuenta las condiciones del pa-

dre y las necesidades de las hijas comunes, sin que puedan acogerse los importes fijados en el auto de protección dada la provisionalidad de tales medidas.

Hay que recordar en este punto la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que entre otras en sentencia de 14 de noviembre de 2016 enseña lo siguiente:

“2.- La sentencia de 17 de febrero de 2015, Rc. 2899/2013 contiene las siguientes declaraciones: i) De inicio se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39.1 y 3 CE, y que es de la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico (SSTS de 5 de octubre de 1993 y 8 de noviembre de 2013). De ahí, que se predique un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención.

“Por tanto, ante una situación de dificultad económica habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC (STS 16 de diciembre de 2014, Rc. 2419/2013). ii) Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante.”

Tal doctrina se reiteró en la sentencia de 2 de marzo de 2015, Rc. 735/2014,”.

En los autos la prueba practicada conforme a las exigencias del artículo 217 de la LEC., corrobora el criterio decisorio de la sentencia apelada en cuanto la madre presenta nóminas de 1287,59 euros, 1266,54 euros, 1188, 62 euros, 1173,42 euros.

Cierto que el padre no figura como receptor de prestación según la documentación aportada a los autos pero ha de significarse que cuenta con 36 años de edad, sin patología, incapacidad o disfunción alguna que le impida el desarrollo de cualquier actividad generadora de ingresos contando con una vida

laboral de 4 meses y 24 días, y figurando dado de alta en Servicios de Hostelería, en el año 2016 constando, posteriormente, su demanda de empleo.

Pero lo cierto y verdad es que no se cuestiona por el interesado la afirmación de la sentencia relativa a que lo único que hace es en ocasiones acudir a uno de los dos restaurantes de su hermano a echarle una mano y aunque él afirmó que no percibía nada su madre, la testigo Purificación, indicó que “ su hermano le da algo a su hijo para sus gastos “ entre los que, sin duda, con carácter prioritario junto con sus necesidades se encuentran las de sus hijas, sorprendiendo a la Sala la manifestación del recurrente al razonar que [...] la ayuda que le pueda dar su hermano por ayudarle en el restaurante, ayuda que es para sus gastos, pero que no son ingresos. Y situación que era aislada pues el hermano tiene su propio personal en cuanto recibido por el interesado el numerario que le entrega su hermano por la razón, causa, o título que sea no puede negársele a dicho desembolso la condición de ingreso para el receptor con el que sufragar atenciones alimenticias de las hijas, y sin que tampoco pueda acogerse su alegato relativo a la ubicación del local de negocio que por cercanía al domicilio de la madre, le impediría tal actividad, por razón de la existencia de una orden de alejamiento en cuanto una simple consulta sobre la localización de los dos locales que regente su hermano da como resultado uno sito en la CALLE000 NUM003 y otro ubicado en la CALLE001 NUM004, ambas de la localidad de DIRECCION002.

De otra parte la Sala no alcanza a comprender que el recurrente, en pleno auge de cualquier vida profesional por edad y sin padecimiento alguno, con las responsabilidades contraídas por el nacimiento de sus dos hijas, dedique su tiempo, energía y atención a la actividad de productor musical como hobby y no como faceta laboral creativa para componer, producir y coordinar proyectos en diferentes contextos musicales generadores de ingresos, supervisando o dirigiendo actividades de tal índole, y con los que alimentar, cuál es su obligación a ambas niñas.

Cierto asimismo que las hijas acuden a centro escolar de carácter público generando los gastos propios y habituales de unas niñas de su edad y participando en la proporción respectiva en los gastos de servicios y suministros de la vivienda familiar siendo claro que el importe establecido en la sentencia, ahora apelada, se encuentra en los límites del llamado mínimo vital, razones todas que determinan en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conducen a confirmar la sentencia recurrida.

El empeoramiento transitorio no justifica la reducción de la pensión

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2022

Si bien pudo producirse un empeoramiento de su situación económica en los meses inmediatamente posteriores a la declaración de la situación de pandemia por COVID-19 no se ha acreditado que esta situación persista, siendo de conocimiento general que el turismo se está recuperando una vez transcurridos más de dos años desde entonces. El empeoramiento transitorio de su capacidad económica no puede sustentar la pretensión del recurrente de declarar extinguida la prestación compensatoria que viene obligado a abonar.

La parte apelante sustentaba su demanda en el empeoramiento de su situación económica a causa de la pandemia por COVID-19. Señalaba que cobraba su nómina de la empresa DIRECCION006, mercantil dedicada a la hostelería y que explotaba dos hoteles, uno en Berlín y otro en Lisboa, y que debido a la crisis provocada por el COVID-19 la mercantil pasó a situación de pérdidas y dejó de abonarle la nómina, lo que le obligó a solicitar un préstamo para dar cumplimiento a sus obligaciones. A ello añadía que la situación económica de la Sra. Micaela era similar a la que tenía en el momento de decretarse el divorcio. Solicitaba por ello la extinción de su obligación de abonar la cantidad mensual de 500 euros por hijo, que los gastos escolares y médicos de los menores se abonaran no sólo por él sino entre ambos progenitores por partes iguales, y que se dejara sin efecto su obligación de abonar la cantidad de 1.200 euros anuales para ropa y calzado de sus hijos. También solicitaba la extinción de la prestación compensatoria que en la cantidad de 800 euros mensuales se comprometió a abonar a la Sra. Micaela en el convenio de divorcio.

Se señala por el Sr. José Ignacio en su recurso que su salario se vio drásticamente reducido por la crisis económica producida por la pandemia y que incluso dejó de percibirlo hasta el mes de febrero de 2021 por lo que tuvo que asumir un préstamo para cubrir las obligaciones de la sentencia de divorcio. Añade que a consecuencia de la pandemia los hoteles que explota la empresa de la que es partícipe vieron drásticamente reducida su ocupación y consecuencia de ello son muy altos los niveles de endeudamiento, debiendo asimismo importantes cantidades a sus empleados y teniendo que hacer frente también a elevadas cantidades para abonar un tercer hotel adquirido. Señala además que el problema no es sólo de la empresa DIRECCION006., siendo público y notorio que la pandemia del COVID-19 ha im-

pactado de modo demoledor al sector hotelero, por lo que aportó al procedimiento las declaraciones públicas de la Confederación Empresarial d'Hosteleria i Restauració de Catalunya, así como la constatación en prensa de la magnitud de la crisis. Alega que sus ingresos se han visto reducidos de 15.000 a 6.000 euros mensuales, causa imprevisible, sobrevenida y ajena a su voluntad, la cual tiene carácter definitivo e irreversible por cuanto aunque el sector remonte, el endeudamiento y secuelas condicionarán el futuro del negocio cuyo rendimiento exacto aun es imprevisible. Añade el recurrente que carece ya de solvencia para hacer frente a las cargas asumidas en el procedimiento de divorcio, y considerando que esta situación no tiene visos de remontar en un plazo breve alega que no puede continuar soportando todas aquellas obligaciones que asumió cuando se produjo el divorcio. Considera que en su situación actual no puede hacer frente a las obligaciones contraídas en el procedimiento de divorcio.

Pues bien, dando por supuesto que a consecuencia del confinamiento por la pandemia la situación de las empresas relacionadas con el turismo fue dramática también debe tenerse en cuenta que ha sido una situación transitoria que ya se ha visto prácticamente superada, y que el turismo ha vuelto a una situación similar a los meses previos a la pandemia tras la disminución o eliminación de las restricciones y el aumento de la confianza de los viajeros. No estamos ante un empeoramiento de la situación económica del Sr. José Ignacio de carácter permanente sino ante una situación coyuntural, provocada por la pandemia por COVID-19 y que no tiene visos de mantenerse permanentemente.

Si bien se acreditó por el recurrente que en los meses inmediatamente posteriores a la declaración de la situación de pandemia por COVID-19, y es por todos conocido, se produjo una disminución de la actividad hotelera, no puede afirmarse que esta situa-

ción persista actualmente, siendo de conocimiento general que el turismo se está recuperando, y consecuentemente la situación de los hoteles que explota la sociedad de la que es partícipe el Sr. José Ignacio se habrá visto mejorada. Un empeoramiento transitorio de la capacidad económica no puede sustentar la pretensión del recurrente de declarar extinguidas sus obligaciones alimenticias a las que debe hacer frente.

El turismo se está recuperando en los últimos meses, al menos en los países en los que se encuentran localizados los hoteles de los que es propietario la sociedad en la que participa el Sr. José Ignacio, esto es, Portugal y Alemania. No puede pretenderse la extinción de las obligaciones del recurrente en base a una situación transitoria, no habiéndose aportado prueba alguna que acredite que la disminución de la facturación de los hoteles se haya mantenido o subsista en el momento de dictarse esta sentencia. No se han aportado las facturaciones actuales de los hoteles propiedad del recurrente no pudiendo estarse sólo al montante de las nóminas del Sr. José Ignacio puesto que como se indica en la sentencia de instancia las nóminas pueden ser confeccionadas a los solos efectos de este procedimiento. De la prueba obrante en autos no puede tenerse por acreditado que la disminución de su capacidad económica persista en estos momentos.

Y como se ha expuesto anteriormente una situación transitoria, conyuntural y no permanente no puede justificar la extinción de las obligaciones alimenticias contraídas. La parte apelante sustenta su pretensión en la disminución de ingresos en un determinado periodo, el periodo inmediatamente posterior a la situación de confinamiento por la pandemia, situación que puede decirse se ha visto superada, no habiéndose acreditado cual sea la situación económica de la empresa en la que es partícipe y le abona su nómina en estos momentos.

Señala también el recurrente que debe tenerse en cuenta que los hijos están en custodia compartida y que por ello quince días al mes viven con él, siendo quien atiende directamente sus gastos diarios, por lo que considera que no es procedente que además de asumir los gastos de los hijos relativos a su educación deba abonar 500 euros mensuales por hijo a la Sra. Micaela, más 1.200 euros al año para ropa y calzado, pues sus gastos ya están prácticamente cubiertos. Debe señalarse al respecto que esta es una obligación que asumió voluntariamente en el convenio de divorcio, probablemente para que sus hijos mantuvieran tras la ruptura de sus progenitores un nivel de vida similar al que tenían anteriormente, y para que su nivel económico fuera similar, bien estuvieran

en compañía de su madre o bien en compañía de su otro progenitor. Estas obligaciones fueron voluntariamente asumidas por el recurrente y no pueden dejarse sin efecto porque en estos momentos le parezca que las necesidades básicas de los menores quedan suficientemente cubiertas sin abonarlas.

Sustentaba su demanda el recurrente, y su petición de modificar sus obligaciones alimenticias y la extinción de la prestación compensatoria, en el hecho del empeoramiento de su situación económica y señalaba que la situación económica de la Sra. Micaela era similar a la que tenía cuando se decretó el divorcio. Debe señalarse al respecto que como dispone el artículo 456 de la LEC el recurso de apelación debe sustentarse en los mismos fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia. El recurso debe limitarse a los hechos expuestos en la demanda. No puede ahora entrarse a valorar cual es la situación económica actual de la acreedora de la prestación y si esta ha mejorado o no, debiendo estarse a los hechos expuestos en la demanda y en los que el ahora recurrente sustentaba su petición de extinción de la prestación. Esto es, debe limitarse el recurso, y por ende la prueba que se solicitaba en esta alzada, al hecho alegado de haber empeorado su situación económica por la situación de pandemia por COVID-19 y por la reducción de la ocupación hotelera como consecuencia de ello, lo que le supuso una disminución de ingresos, partiendo de que la situación económica de la Sra. Micaela se mantiene.

Y como se ha indicado anteriormente, si bien pudo producirse un empeoramiento de su situación económica en los meses inmediatamente posteriores a la declaración de la situación de pandemia por COVID-19 no se ha acreditado que esta situación persista, siendo de conocimiento general que el turismo se está recuperando una vez transcurridos más de dos años desde entonces. El empeoramiento transitorio de su capacidad económica no puede sustentar la pretensión del recurrente de declarar extinguida la prestación compensatoria que viene obligado a abonar.

No queda por tanto acreditada que la situación económica del Sr. José Ignacio haya empeorado hasta el punto de no poder hacer frente a las obligaciones que contrajo en el convenio en su día suscrito con la Sra. Micaela, y que el empeoramiento de la situación económica que se produjo a consecuencia de la pandemia subsista en estos momentos. Debe por todo ello ser desestimado el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia de instancia.



El colegio privado es gasto extraordinario

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2022

La asistencia a un colegio privado debe calificarse como un gasto extraordinario al tratarse de un gasto no previsible y necesario, y este gasto fue consensuado por ambos progenitores habiéndose aportado el documento denominado “carácter propio del centro” firmado por el padre como requisito necesario para la matriculación del menor en el centro escolar, sin que conste acreditada oposición o reserva alguna por parte del demandado.

Esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre lo que deba entenderse por gastos extraordinarios. Así, el auto de fecha 17 de junio de 2020, con cita de otro de 29 de abril de 2011 señala “ los gastos extraordinarios en general son aquellos desembolsos económicos, referidos a los hijos, necesarios, imprevisibles, no periódicos y acomodados a la capacidad económica de sus progenitores; han de ser abonados al 50% por ambos padres, y deben ser consensuados antes de su realización, y, en caso de discrepancia han de ser autorizados por el Juzgado, salvo que medien razones objetivas de urgencia. En el auto de fecha 5 de febrero de 2020, esta Sala ha precisado los presupuestos que deben concurrir para que se considere que existe un gasto extraordinario: “habrá que catalogar los gastos extraordinarios como aquellos que excediendo de los habituales u ordinarios son consecuencia de necesidades excepcionales, eventuales, no periódicas y difícilmente previsibles” Y en reciente resolución de 17 de junio de 2020 establece los criterios a seguir para determinar si nos encontramos ante un gasto de esa naturaleza “1º.- Necesario. Que han de cubrirse económicamente de modo ineludible, en orden al cuidado, desarrollo y formación, en todos los órdenes del alimentista; en contraposición a lo superfluos o secundario, de lo que evidentemente, puede prescindirse, sin menoscabo para el alimentista (SAP Toledo de 19 enero 2010); 2º.- No tener una periodicidad prefijada; 3º.- Ser imprevisibles, en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión apriorística, de tal modo que tales gastos pueden surgir o no; 4º.- Ser acordes y asumibles por el caudal del

alimentante y 5º.- No estar cubiertos por los alimentos o gastos ordinarios”

En este caso como se declara en el Auto apelado la asistencia a un colegio privado debe calificarse como un gasto extraordinario al tratarse de un gasto no previsible y necesario, y este gasto fue consensuado por ambos progenitores habiéndose aportado el documento denominado “carácter propio del centro” firmado por el Sr. Gabriel como requisito necesario para la matriculación del menor en el centro escolar, sin que se conste acreditada oposición o reserva alguna por parte del demandado. Por otra parte la consideración como gastos extraordinarios de los gastos escolares se incluyó expresamente en el convenio regulador que en su cláusula séptima incluía entre los gastos que ambos cónyuges abonarían por mitad, aún en caso de desacuerdo, el material escolar y uniformes

Tampoco puede apreciarse la existencia de incongruencia por contradicción con el Auto 734/2020 de 23 de diciembre de 2020 del mismo Juzgado de Primera Instancia por cuanto que dicho Auto considera que debe decidir la madre respecto al centro escolar en que deberá cursar sus estudios el segundo de los hijos Luis pues aún cuando el centro escolar es el mismo en el que cursa sus estudios su hermano, en este caso no se acredita el consentimiento del Sr. Gabriel para su matriculación, debiendo ser por tanto la madre quien asuma el importe de la matrícula y mensualidad del centro escolar.



Se extingue la pensión al acreditarse la relación de pareja

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, AUTO DE 26 DE JULIO DE 2022

La exesposa se limita a negar la convivencia admitiendo únicamente la relación amistosa y a oponer que la posición económica del actor es muy superior a la suya, circunstancia que no tiene consecuencias para el examen de la concurrencia de la causa de extinción invocada en la demanda. La prueba practicada indica la convivencia no solo los fines de semana, sino de forma habitual y prolongada en el tiempo y en consecuencia debe estimarse que existe un proyecto en común, que hay una estabilidad en una situación de pareja que justifica la extinción de la prestación compensatoria.

La reclamación del demandante se fundaba en la concurrencia de un motivo de extinción de la compensatoria, el contemplado en el apartado b) del número 1 del art. 233-19 del CCCat: el derecho a la prestación compensatoria fijada en forma de pensión se extingue por las siguientes causas: b) Por matrimonio del acreedor o por convivencia con otra persona”.

Sobre que se entiende por “convivencia marital”, more uxorio o de pareja, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya ha ido variando para adaptarse a la realidad social de nuestro tiempo. En concreto en las sentencias 30/2008 de 4 de septiembre y 31/2007 de 18 de octubre se requería la existencia de convivencia y que esta reuniera ciertas características que la asimilaban a la convivencia marital: la constitución de forma voluntaria, la estabilidad, la permanencia en el tiempo, la apariencia pública de comunidad paraconyugal. También el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 12 de septiembre de 2005, habla de habitualidad, estabilidad, efectividad y publicidad propias de la vida marital. Sin embargo en la natural evolución de la jurisprudencia que se ha ido adecuando a las actuales formas de relación de pareja observamos un cambio de modo que ya en sentencia del STSJCat de 26 de noviembre de 2009 se dice que no son causas extintivas las meras relaciones amorosas, sentimentales o sexuales, por el hecho de ser precisa para que se produzca el efecto extintivo o excluyente del derecho a la pensión, que las relaciones afectivas de la nueva pareja hayan cristalizado en un proyecto de vida en común, en que

exista una ayuda mutua entre ambos, como hilo conductor, añadiéndose en dicha sentencia que no se considera requisito necesario de la convivencia more uxorio o marital, la convivencia permanente de la pareja bajo el mismo techo, ni que se pruebe que se mantienen relaciones materiales o económicas entre la pareja, dada la dificultad de la prueba, siendo posible que se haya decidido no hacer pública la relación por causa de concurrencia de un cierto sentimiento de culpabilidad o también de interés en no perder la prestación.

Así en la mas reciente sentencia del TSJC 31/2019, de 29 de abril, con cita de las SSTSJC núm. 31/2007 (FD5) y STSJCat núm. 47/2009 (FD3), se insiste en que es necesario que exista “convivencia” y que ésta debe reunir ciertas características que la hagan semejante a la “matrimonial”, aun sin el vínculo jurídico propio del matrimonio exigiendo que la relación hubiese cristalizado en un cierto compromiso materializado en un proyecto de vida en común, con el soporte o ayuda mutuos como hilos conductores, y que reuniese el grado de estabilidad, de intimidad, de comunicación de afectos e intereses y de publicidad que la hiciera comparable con la convivencia matrimonial. De ahí que en primer lugar, la pareja unida por una relación sentimental ha de convivir, lo que excluye que sea motivo de extinción de la pensión las meras relaciones amorosas, sentimentales o sexuales del beneficiario, pero se concreta en cuanto a la convivencia, que no es indispensable que sea permanentemente bajo un mismo techo pues caben alternancias en el domicilio de uno o de otro siempre

que se constate que con la necesaria periodicidad o estabilidad la pareja convive en uno u otro lugar.

El recurso de apelación denuncia la errónea valoración de la prueba practicada, la denegación indebida de prueba propuesta por la demandada y la ausencia de prueba de algunos extremos que se consideran relevantes para la decisión que finalmente adopta la resolución impugnada.

No comparte la Sala las alegaciones efectuadas por la apelante. La prueba efectivamente practicada, aplicando criterios lógicos y acordes a lo que al respecto establecen los artículos 216 y 217 de la LEC, ha sido correctamente valorada. Como ha reiterado la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS, entre otras sentencia de 16 de abril de 2014, el error en la valoración de la prueba ha de ser patente, esto es, “inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia” de modo que “concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones...”.

El examen del material fáctico objeto del proceso corresponde a los tribunales de instancia y en su caso, a los de apelación y la forma en que se plantea en el recurso esta valoración implica la necesidad de proceder a una nueva valoración debiendo la Sala precisar que la apelante podía en esta alzada interesar nuevamente prueba al amparo de lo previsto en el art. 460 de la LEC. Propuso prueba y le fue denegada por referirse no a los hechos alegados en la demanda para motivar la solicitud de extinción de la prestación y controvertidos sino dirigida a constatar que no ha habido empeoramiento de la situación económica del obligado, circunstancia que no fue alegada como causa de la extinción. Por lo tanto, la actividad propuesta y dirigida a acreditar tal extremo ni era útil para resolver lo que se discutía ni en consecuencia fue indebidamente denegada en la instancia.

Y es relevante efectuar esta precisión porque la reclamación del demandante se fundaba en la concurrencia de un motivo de extinción de la compensatoria, el contemplado en el apartado b) del número 1 del art. 233-19 del CCCat y para acreditar este extremo la parte actora propuso la aportación de sendos informes de detectives que además comparecieron y depusieron como testigos declarando sobre la certeza del seguimiento, forma en que se llevó a cabo y tiempo en que se realizó.

El art. 217.2 de la LEC impone al actora la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda. Los informes se refieren a seguimientos efectuados los días 29 de febrero, 4, 5 y 9 de marzo de marzo de 2020 y 30 de septiembre del mismo año, así como los días 17, 18 y 19 del mes de mayo del año 2021. La sentencia se refiere de forma detallada al contenido de estos informes, a la actividad que lleva a cabo tanto la Sra. Tania como el Sr. Arsenio, a los desplazamientos de la pareja por las poblaciones de Martorell y Castellvi de Rosanes, ambas distantes de la población de Casserres en que tiene su residencia la Sra. Tania. Esta población dista casi 77 Kms de Martorell y unos 82 Kms de Castellvi de Rosanes, distancia suficiente para que estimar que salvo que sea por trabajo o por gestiones muy determinadas no se justifica el desplazamiento frecuente o en días consecutivos para visitar a un amigo.

Las explicaciones que dá para justificar su presencia en la vivienda de la AVENIDA001 de Castellvi, y en el inmueble del que también es propietario el Sr. Arsenio en AVENIDA000 de Martorell no resultan lógicas. Si el Sr. Arsenio no reside en esa casa de la AVENIDA001 como alega la demandada en su escrito de contestación (Expositivo 5.5) y solo acuden al mismo para “preparar la casa para su comercialización “ no se justifica la pernocta en dicha vivienda ni que la preparación para encargar a venta se prolongue durante mas de un año. Tampoco justifica la presencia de la Sra. Tania en la vivienda de la AVENIDA000 de Martorell al que accede con llaves propias y en el que según el certificado del Padrón de ese Ayuntamiento sólo consta empadronado el Sr. Arsenio, si allí no realiza actividad laboral alguna y sólo está de visitas pues permanece varias horas siempre entre el margen de las 9 y las 13 horas de la mañana. A esta vivienda llega por la mañana procedente de la vivienda de la AVENIDA001 en Castellvi acompañada del propio Sr. Arsenio. Desde este inmueble, del que entra y sale con toda naturalidad y llave propia acude sola a gestiones de la vida cotidiana como el desplazamiento al supermercado para la compra, entidades bancarias, (incluida la sucursal de Caixabank en la que no consta que disponga de cuenta y en la que permanece tiempo superior al que se utilizaría por ejemplo para utilizar el cajero) o al centro médico y todo ello a lo largo de mas de un año en diferentes períodos en una población en la que ni está domiciliada ni consta que desempeñe actividad laboral ni tiene arraigo o familia, mas allá de la relación de amistad con el mencionado Sr. Arsenio. Ambos se desplazan en un vehículo Chevrolet Matricula...RFK según se aprecia en las fotografías del Informe de detectives que acompaña al escrito de demanda.

Pese a que la apelante alega que no consta ni tuvo acceso a un segundo Informe de detectives por un seguimiento efectuado los días 17, 18 y 19 de mayo de 2021, consta en autos su presentación. Este seguimiento se corresponde con días entre semana y se lleva a cabo por lo tanto más de un año después del primero. Se continúa observando que los desplazamientos se llevan a cabo en el mencionado vehículo, que la Sra. Tania sale de la vivienda en la AVENIDA001 a las 8 de la mañana, regresa al mediodía, y si se desplaza por la tarde a Martorell, regresan ambos al mismo domicilio finalizándose el seguimiento a las 22 horas. Sólo en una ocasión se observa un desplazamiento puntual en un corto recorrido en otro vehículo, Opel Zafira.

La Sra. Tania se limita a negar la convivencia, admitiendo únicamente la relación amistosa y a oponer que la posición económica del Sr. Luis Pablo es muy superior a la suya, circunstancia que no tiene consecuencias para el examen de la concurrencia de la causa de extinción invocada en la demanda.

La prueba practicada indica la convivencia no sólo los fines de semana, sino de forma habitual y prolongada en el tiempo y en consecuencia debe estimarse que existe un proyecto en común, que hay una estabilidad en una situación de pareja que justifica la extinción de la prestación compensatoria lo que nos lleva a coincidir con la decisión de la juzgadora de instancia y desestimar el recurso de apelación.

Se reconoce la pensión aunque trabajó durante el matrimonio

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 2022

Ha quedado acreditada la existencia de un desequilibrio que motiva una pensión compensatoria a favor de la esposa, teniendo en cuenta la edad de la misma 51 años, la duración del matrimonio, 16 años, y aún cuando se acredite que durante los años de convivencia matrimonial trabajaba dedicándose al negocio de uñas esculpidas, desde el año 2020 ha tenido que dejar de trabajar al estar diagnosticada de poliartritis y oligoartritis en ambas manos, por lo que, como se declara en la sentencia apelada en la actualidad no percibe ingresos, acreditándose que está siendo atendida en Cáritas, es demandante de empleo y no es beneficiaria de prestación alguna, por lo que puede considerarse que la ruptura matrimonial ha supuesto un desequilibrio económico.

La pensión que regula el Art. 97 del Código Civil tiene naturaleza estrictamente compensatoria, por cuanto tiende a corregir el desequilibrio patrimonial que la separación o el divorcio provoca en la posición económica de uno de los cónyuges respecto de la que mantiene el otro, y en relación con el nivel de vida que ambos disfrutaban durante la vigencia de la convivencia matrimonial; persigue evitar que el cese de la vida en común entrañe para uno de los cónyuges un sensible descenso del nivel de vida efectivamente disfrutado durante el transcurso de la relación convivencial. El derecho a percibir tal pensión descansa sobre dos presupuestos básicos: la existencia de un claro e inequívoco desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, y la relación causal directa entre tal situación económica, desventajosa para uno de ellos, y el cese de la convivencia matrimonial. En el presente caso, debe estimarse que ha quedado acreditada la existencia de un desequilibrio que motiva una pensión compensatoria a favor de la Sra. Raimunda,

teniendo en cuenta la edad de la misma 51 años, la duración del matrimonio, 16 años, y aún cuando se acredite que durante los años de convivencia matrimonial trabajaba dedicándose al negocio de uñas esculpidas, desde el año 2020 ha tenido que dejar de trabajar al estar diagnosticada de poliartritis y oligoartritis en ambas manos, por lo que, como se declara en la sentencia apelada en la actualidad no percibe ingresos, acreditándose que está siendo atendida en Cáritas, es demandante de empleo, y no es beneficiaria de prestación alguna, por lo que puede considerarse que la ruptura matrimonial ha supuesto un desequilibrio económico para la actora que justifica la fijación de una pensión compensatoria a su favor, estimando la Sala que la cuantía y límite temporal establecidos en la sentencia apelada son plenamente adecuados para que la Sra. Raimunda pueda superar el desequilibrio económico producido por la ruptura matrimonial.



Compensación por el trabajo para la casa

El trabajo para la casa se refiere a la organización doméstica

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 2022

Cuando el art. 232.5 CCCat establece como presupuesto para la atribución de una compensación económica que uno de los cónyuges haya trabajado sustancialmente más que el otro para la casa, no se está refiriendo a las tareas mecánicas, sino a la organización doméstica y esta ha sido desempeñada siempre por la esposa, con independencia de que tuviera el soporte de una asistente doméstica ciertas horas en semana.

Cuando el art. 232.5 CCCat establece como presupuesto para la atribución de una compensación económica que uno de los cónyuges haya trabajado sustancialmente más que el otro para la casa, no se está refiriendo a las tareas mecánicas, sino a la organización doméstica, y ésta ha sido desempeñada siempre por la Sra. Candida, con independencia de que tuviera el soporte de una asistente doméstica ciertas horas en semana. Luego concurre el primer presupuesto.

El segundo presupuesto es que existan incrementos patrimoniales en uno de los cónyuges de los que no participe el otro y que por ello debe ser compensado.

Para la determinación de la existencia de incrementos patrimoniales deben computarse, si existiesen, los bienes que a cada uno pertenecían al inicio del matrimonio o convivencia y los bienes existentes al cese de la convivencia, así como sus cargas y los restantes datos a los que se refiere el artículo 232-6 CCCat.

Las reglas de cálculo de la compensación del art. 232-6 CCCat detallan ahora de forma clara y precisa cómo han de hacerse las operaciones para obtener la existencia de los incrementos patrimoniales compensables que parten del resultado contable de sumar al activo patrimonial de cada uno de los cónyuges integrado por los bienes y derechos que tuviesen en

el momento de la extinción del régimen deducidas las cargas que les afecten, el valor de los bienes de que hubiesen dispuesto a título gratuito y deducir el valor de los bienes que cada cónyuge tenía al comenzar el régimen y que conserve en el momento en que se extingue, así como el valor de los adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen y las indemnizaciones por daños personales (STSJCat 3/2017, de 23 de enero).

En la sentencia de instancia parece razonarse la denegación de la compensación tomando en cuenta las condiciones para la pensión compensatoria y de forma contradictoria con lo razonado en el fundamento quinto, pero no se analiza la concurrencia de los presupuestos legales para la compensación por razón del trabajo para la casa, ni el inventario aportado por la parte reconviniente, para determinar su corrección con arreglo a lo probado. No puede acogerse la denegación de la compensación por los motivos que se expresan en la resolución recurrida.

No se discute que los litigantes carecían de patrimonio propio antes de contraer matrimonio. Tampoco se discute que les corresponde por mitad la vivienda familiar y su gravamen hipotecario, así como un depósito bancario de 94.231 euros. Estos bienes se omiten a efectos de cálculo de incrementos.

La parte reclamante de la compensación se re-

fiere a bienes propios del Sr. Victor Manuel al inmueble adquirido en DIRECCION002 que, descontado el gravamen hipotecario, pretende que se compute en 138.491 euros, mientras el demandante inicial pretende que se compute por 120.000 euros que es la cantidad pagada pues el resto está financiado con hipoteca a 27 años. Asimismo, se refiere a los productos bancarios que constan en el documento 16, y que ascienden a 188.461 euros. Ocurre que se desconoce la fecha de adquisición de dicha vivienda, ni la cantidad realmente entregada por el Sr. Victor Manuel, aunque consta que se le autorizó la hipoteca en noviembre de 2020, por lo que únicamente cabe computar la cantidad concurrente en lo pretendido por ambas partes, es decir, 120.000 euros.

Respecto de los fondos de inversión cabe señalar que el documento 16 se refiere a fondos comunes y no exclusivos del Sr. Victor Manuel y que los únicos bienes exclusivos del Sr. Victor Manuel que existían a fecha de presentación de la demanda de divorcio eran las 474 acciones de ACCIONA S.A. cuyo valor

debemos computar a 103,50 euros por acción, es decir, 49.059 euros, dado que ese precio de la acción era el mismo en las disposiciones efectuadas antes y después de la demanda, según informó Bestinvest.

Por otra parte, debe computarse en el patrimonio de la Sra. Candida el vehículo que es de su propiedad y respecto del que no ha cuestionado el valor atribuido de contrario (36.000 euros).

Luego la diferencia patrimonial a favor del Sr. Victor Manuel es de (120.000 euros + 49.059 euros - 36.000 euros, es de 133.059 euros.

Dado que el resto del patrimonio es por mitad y parte del mismo se debe entender donación del marido, puesto que durante el matrimonio la capacidad económica no era paritaria y teniendo en cuenta la duración del matrimonio (20 años) se estima adecuado fijar una participación del 15%, lo que equivale a una compensación por razón del trabajo para la casa de 19.958,85 euros.

La dedicación a la casa tras pedir excedencia no da derecho a la compensación

AP MADRID, SEC. 24.ª, SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2022

Que la esposa hubiese estado en excedencia durante un determinado periodo de tiempo no es motivo para la concesión de la compensación por el trabajo para la casa puesto que se sustituye voluntaria y temporalmente la aportación del salario por el trabajo en casa, sin merma de sus derechos laborales, antigüedad, cotización y jubilación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es reiterada y constante en relación a que solo procede la compensación cuando el cónyuge que la solicita se ha dedicado de forma exclusiva, aunque no excluyente, al trabajo para la casa. Por tanto, no tendría derecho a la percepción de la compensación el cónyuge que, además de llevar las tareas de la casa, trabajó fuera.

En el supuesto que nos ocupa, la sentencia tiene en cuenta las excedencias que la madre solicitó para el cuidado de los sus hijos, al amparo del artículo 37 Estatuto de los Trabajadores y 47 del Convenio Colectivo de las Residencia de la Tercera Edad y el artículo 4 de la Ley 39/1999, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, que suspende el contrato de trabajo, y que estima en un total de 1675 días, que resultan del informe de vida laboral y, que según señaló el esposo en su interrogatorio, decidieron de común

acuerdo, dado que sus ingresos eran inferiores a los que él percibía.

El importe de dicha compensación, se fija, atendiendo a la solicitud de la esposa, atendiendo al salario mínimo interprofesional, y acogiendo el cálculo que realiza en el hecho segundo de la demanda, conforme al cual, resultando acreditado que ha trabajado en exclusiva en hogar familiar un total de 1675 días, lo que equivale a 4,5 años de trabajo, que a su vez equivalen a 54 meses que, a razón de 1050 euros/mes, con prorrata de pagas extras incluida, asciende a la cantidad total de 56.700 euros, suma en la que se fija la indemnización.

Efectivamente, ambos litigantes acreditan periodos de excedencia para cuidado de sus hijos durante su matrimonio:

* La madre; 1675 días, en ocho periodos, con suspensión del contrato de trabajo, de acuerdo con el artículo 47 del Convenio Colectivo del Sector de Residencias y Centros de Día para personas mayores y el Estatuto de los trabajadores; anuales: de 13-02-07 a 12-2-2008 (Ofelia); 29-09-10 a 15-01-12 (Purificación); y 10-09-2013 a 17-09-2017 (Rosana); durante las vacaciones escolares: 5-8-2008 a 15-09-2008, 22-12-08 a 10-01-19, 31-7-2009 a 19-09-2009; 31-05-2012 a 14-10-2012 y 1-7-2018 a 15-09-18.

* El padre, acredita, asimismo, 535 días, en tres periodos de excedencia laboral por cuidado de hijo/a: 1 de agosto de 2010 a 9 de enero de 2011; 29 de julio de 2011 a 15 de julio de 2012 y del 9 al 31 de marzo de 2013.

Así las cosas, subsiste la idea central de que los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio y, a falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, y, por tanto, el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del art. 32 de la CE de 1978. Es habitual que la obligación de participar en la satisfacción de las precitadas cargas se lleve a efecto por ambos cónyuges con los ingresos procedentes de sus respectivos trabajos, pero ello no cercena la posibilidad de la prestación exclusiva en especie por parte de uno de ellos, mediante la realización de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos comunes.

En el caso que nos ocupa, debemos tener en cuenta que la esposa viene trabajando por cuenta ajena en la misma empresa desde 2004, antes de contraer matrimonio en 2010 (ella con 25 años y él con 39 años), e incluso, ante de comenzar la relación de pareja con el actor, con el que tuvo a su primera hija Ofelia en octubre de 2006, con 21 años. El matrimonio, al final duró diez años y medio, tiempo durante el cual el contrato de trabajo con la misma empresa se mantuvo, con las suspensiones debidas a las excedencias y permisos solicitados por la esposa para cuidado de sus tres hijos, durante los cuales el marido se hizo cargo al cien por cien de la economía familiar y la esposa dejó de contribuir con su salario, aportando su dedicación familiar, en varios periodos coincidentes con las vacaciones escolares de las menores, pero que, además, no excluyó la colaboración del padre, no sólo porque también acredita más de 500 días de excedencia para cuidado de sus hijas, por más que la madre parezca querer ahora olvidarlos, quizás porque pasaron más de cinco años, sino porque también se ocupó de llevar a sus hijas al co-

legio, atenderlas en los deberes o estar presente en sus vidas.

Como señala la sentencia núm. 658/2019, de 11 de diciembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Recurso de Casación núm. 5664/2018. Ponente: D. José Luis Seoane Spiegelberg), el artículo 1438 CC tiene su fuente inspiradora en la Resolución (78) 37, del Consejo de Ministros de la Unión Europea, adoptada el 27 de septiembre de 1978, durante la reunión 298, en la cual, en su apartado III, concerniente a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, nº 8 i) establece que:

“ Las cargas familiares sean soportadas por ambos cónyuges en común, con arreglo a las posibilidades de cada uno de ellos, entendiéndose que los trabajos efectuados en el hogar por uno de los cónyuges se deberán considerar como contribución a las cargas familiares “

Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, introdujo en el art. 68 CC, el deber de compartir las responsabilidades domésticas, así como el cuidado y atención de ascendientes y descendientes.

En definitiva, cada cónyuge ha de contribuir, como pueda y hasta donde pueda hacerlo, en el proyecto común de convivencia marital, y, por lo tanto, el trabajo para el hogar se configura como una forma de contribución a las cargas del matrimonio, así como un título para obtener, en su caso, una compensación pecuniaria por normativa aplicación del mentado art. 1438 CC, al liquidar el régimen económico matrimonial de separación de bienes, que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

Ahora bien, expuesto lo que antecede, no dejando de resultar paradójico que se impute 1050 euros por mes en la indemnización que se concede y a la vez se señale que la esposa tenía unos ingresos de unos 800 euros mensuales por su trabajo, lo relevante es que las partes acordaron sustituir la contribución de la esposa con su salario a la economía familiar, a la que el esposo aportaba no solo su salario sino una casa en propiedad en la que vivieron durante el matrimonio, que abonó en exclusiva, por una dedicación de la esposa a la familia, solicitando la excedencia por cuidado de su hijo, que sólo suspendió su contrato, y no le impidió reincorporarse, tras sus periodos de excedencia; nada cambio, por tanto, desde su matrimonio, incluso desde que empezaron su relación, siguió trabajando donde trabajaba antes del matrimonio y después de su separación en 2018 y su divorcio en 2021.

En suma, los esposos contribuyeron durante su matrimonio en proporción a sus ingresos, bien con su salario, bien con su trabajo, como prevé el artículo 1438 CC, en proporción a sus posibilidades, y ambos solicitaron sendas excedencias para cuidados de sus hijos, de común acuerdo, sin que ello pueda comportar una indemnización a cargo del esposo porque, en tal caso, cabría preguntarse, cuál fue la aportación de la esposa, si se la retribuye, incluso con un “salario superior” al que percibía, las excedencias para el cuidado de sus hijos; es evidente, que si hubiera seguido trabajando en el mismo empleo, que tenía antes del matrimonio, durante el matrimonio y después, disfrutando solo de sus periodos vacacionales o bajas por maternidad, como son derechos adquiridos por su condición de trabajadora, como prevé el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, nada estaría planteándose, pero es que las excedencias para el cuidado de sus hijos antes de los tres años también lo son, conforme al artículo 47 del Convenio Colectivo, y además, computan como cotizadas para la jubilación, por lo que lejos de perjudicar a la esposa, mantiene todos sus derechos y los ve aumentados durante dichos periodos.

Es evidente, que el trabajo en casa de la esposa, que ha sustituido durante sus excedencias, al que tenía fuera, ha tenido un reconocimiento para el levantamiento de las cargas familiares, y así, la esposa que antes aportaba su salario a la cuenta común del BBVA NUM003, en la que el esposo también ingresaba su salario, durante los periodos de excedencia no aportó nada, ya que todos los gastos fueron asumidos por el esposo, incluida su casa privativa, y, además, no dejó de colaborar en su medida, incluso, con otras excedencias por el solicitadas para el cuidado de sus hijas hasta el punto de que la propia madre reconoció que era un buen padre que estaba presente en la vida de sus hijas, aunque el divorcio haya complicado ahora las relaciones, en particular, con su hija mayor Ofelia, que es la única explorada y cumplirá en unos meses 16 años.

Como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el régimen de separación de bienes no exime de la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, aunque puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del art. 32 CE (RCL 1978, 2836), y efectivamente, además, cuando no se puede colaborar con el trabajo

externo y el salario correspondiente, el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que puede constituir también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.

En consecuencia, el precepto sigue teniendo vigencia, a pesar de lo que sostiene la esposa, porque distinto hubiera sido, si al contraer matrimonio, ya en régimen de separación de bienes, la esposa no tuviera trabajo y hubiera estado durante los más de diez años que duró el matrimonio, ocupándose solo del trabajo en casa, como señala la jurisprudencia de Tribunal Supremo, sin cobrar cantidad alguna sin generar derecho alguno con sus cotizaciones ni antigüedad ni promoción profesional ni desempleo; en tal supuesto, la indemnización alcanzaría todo su sentido, pero no es el caso, en el que se sustituye voluntaria y temporalmente la aportación del salario por el trabajo en casa, sin merma de sus derechos laborales, antigüedad, cotización y jubilación.

Así lo han entendido, en interpretación del art. 1438; entre otras, las SSTs:

STS 534/2011, de 14 de julio (RJ 2011, 5122), que fijó la siguiente doctrina, ratificada en otras ulteriores como, por ejemplo, en la STS 185/2017, de 14 de marzo (RJ 2017, 880), según la cual: El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge”.

STS 31/01/2014, rec. 2535/2011, que declara justificado que el sueldo del marido se dedicó exclusivamente al levantamiento de las cargas familiares y rechaza la indemnización porque no puede” presumirse por el mero hecho de no haber trabajado fuera de casa, ni se ha producido una prueba de pérdida de expectativas profesionales o económicas que le hubiesen proporcionado más recursos o tantos recursos al menos como los que pretende que se le compensen por la vía del art. 1438 “.

SSTS 135/2015, de 26 de marzo (RJ 2015, 1170), 136 /2015, de 14 de abril (RJ 2015, 1528) y 614 /2015, de 25 de noviembre (RJ 2015, 5322): Esta jurisprudencia “ por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, (“solo con el trabajo

realizado para la casa”), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa...

STS 28/02/2017, nº 136/2017, ref. 556/2016 (RJ 201773): Revoca instancia y apelación, denegando la indemnización solicitada por la esposa y dice: 3. La sentencia contradice la doctrina de esta sala puesto que la actividad laboral de la esposa, como administrativa y contable, se desarrolló también por cuenta ajena antes y después de que ambos cónyuges pasaran de un régimen de gananciales a otro de separación de bienes, realizada un año antes de que el

esposo abandonara el domicilio familiar (tiempo único que debería computarse), pues no de otra forma se entiende la sentencia, trabajando asimismo desde la ruptura matrimonial. Es más, la sentencia niega a la esposa el derecho a percibir una pensión compensatoria de su esposo porque “La relación conyugal no le ha impedido el desempeño de ningún puesto de trabajo y tampoco la pérdida o merma de expectativas de tal naturaleza”,

En conclusión, examinadas las circunstancias concurrentes, se estima que, en este caso, no procede fijar indemnización a favor de la esposa, en aplicación del artículo 1438 CC, por lo que, con estimación del recurso de apelación formulado en este punto, se revoca el pronunciamiento, que se deja sin efecto.



Cuestiones procesales

Subsanación de la falta de reconversión expresa

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

Si la parte demandada pide la pensión compensatoria por medio de reconversión implícita corresponde al Juez de Familia velar porque los escritos de contestación se ajusten a la norma procesal, estando entre sus facultades (art. 231 Lec) detectar las posibles peticiones de naturaleza reconversional pero implícitamente deducidas, a fin de que se pueda dar traslado de ellas a la parte demandante y con ello evitar posibles indefensiones. En este caso el Juzgado, apreciando la infracción de lo dispuesto en el artículo 406, en relación con el 770.2 d), acordó la subsanación, lo que dio lugar a que la parte demandada formulase reconversión de forma expresa.

La parte demandante recurre alegando la infracción de normas de procedimiento y en cuanto al fondo se opone al establecimiento de la pensión compensatoria a favor de la demandada y al contestar a su apelación se opone a la misma.

La parte demandada, por su parte, se queja de la cuantía de la pensión compensatoria, para que se establezca en 3.000 euros mensuales y en su duración, ya que demanda que se fije sin plazo alguno y sea indefinida. Reitera la demanda la custodia de dos perros y la entrega del vehículo.

Sobre la reconversión implícita que formuló la demandada al contestar a la demanda y su solicitud de

que se establezca a su favor una pensión compensatoria que la parte actora no introdujo en el debate para negar su aplicación.

La parte demandada al contestar a la demanda solicitó el reconocimiento de una pensión compensatoria a su favor. Dicho planteamiento implícito dio lugar a que el juzgado a quo, apreciando la infracción de lo dispuesto en el artículo 406, en relación con el 770.2 d), acordase su subsanación, lo que dio lugar a que la parte demandada formulase reconversión explícita a la que se opuso la parte actora ad cautelam por estimar que la demanda pudo y debió de haber formulado la reconversión juntamente con la contestación a la demanda.

La parte actora apelante en su recurso suscita como motivo de infracción procesal el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 406 y 770.2 d). Vaya por delante que la cuestión ya fue tratada y resuelta por el juzgado a quo en Auto de fecha.

Ningún problema se plantea cuando se trata de la decisión sobre la procedencia o no de otorgar una pensión o prestación compensatoria por desequilibrio económico (artículo 97 CC), cuya petición por el cónyuge demandado está sujeta a reconvencción (art. 406 de la LEC y 770.2 letra d), el supuesto en que la parte demandante solicita expresamente que se deniegue la pensión o prestación, y la parte demandada, sin formular reconvencción, solicita en la contestación a la demanda que se conceda dicha medida. Al respecto al jurisprudencia es pacífica.

En aquellos otros supuestos en los que el actor no se anticipa a la contestación a la demanda para negar el derecho a la pensión compensatoria y es la parte demandada quien reclama dicha pensión por vía de contestación a modo de reconvencción implícita, los singulares principios inspiran los procesos de familia deben llevar al órgano judicial a entender que el incumplimiento de esta formalidad no puede acarrear una consecuencia jurídica tan desproporcionada como tenerla por no formulada, para así dejar

sin juzgar las peticiones implícitas. Lo razonable es interpretar esa exigencia en el sentido de que corresponde al juez de familia velar porque los escritos de contestación se ajusten a la misma, estando entre sus facultades (art. 231 de la LEC) detectar las posibles peticiones de naturaleza reconvenccional pero implícitamente deducidas, a fin de que se pueda dar traslado de ellas a la parte demandante y con ello evitar posibles indefensiones.

La anterior solución es la que ha adoptado el juez a quo y la misma se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva y satisface al mismo tiempo el derecho a la defensa y a la igualdad de armas que asiste a la parte actora.

El motivo, no puede ser acogido. Reiteramos y damos por reproducidas las razones que adujo el juez a quo en el auto de fecha, para desestimar el recurso de la parte demandante, dirigido a negar virtualidad a la reconvencción implícita y a cuestionar que la subsanación de dicha omisión posibilitando que la parte demandada formulase reconvencción explícita en documento independiente a la contestación. La conclusión del juzgador de instancia resulta plenamente conforme a derecho y compatibiliza los derechos a la tutela judicial y a la defensa.

Competencia para la reclamación de cantidad entre ex cónyuges

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2022

No pretendiéndose en la demanda la liquidación de un patrimonio común sino el ejercicio de una acción de regreso en reclamación de las cantidades abonadas en forma exclusiva por la demandante y que debían de ser satisfechas por ambos cónyuges por mitad de acuerdo con lo pactado en la Escritura de Capitulaciones Matrimoniales, la competencia corresponde al Juzgado de 1.ª Instancia y no al Juzgado de Violencia que dictó la Sentencia de divorcio.

El Auto apelado se considera que el Juzgado carece de competencia objetiva por cuanto las cantidades que se reclaman respectivamente las partes y que habrían sido abonadas por uno u otro lo habrían sido en concepto de cargas del matrimonio cuyo pago incumbía ambas partes conforme a las capitulaciones matrimoniales otorgadas aunque se establecieron régimen de separación de entre los cónyuges antes de la sentencia de divorcio, por lo cual la competencia correspondería al Juzgado De Violencia Sobre La Mujer nº 2 de Sevilla que conoció del proceso de divorcio, único competente para el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial de

dicho matrimonio conforme a lo establecido en los artículos 806 y 807 así como 46, 48 y 49 bis de la LEC y de conformidad con la sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo el 21 de diciembre de 2015. Y ello porque en el presente caso si que existe una masa de bienes y deudas a liquidar derivada del matrimonio. Sin embargo como declaraba el Auto de esta Sala de 8 de Julio de 2021 el artículo 248 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que se acudiría al declarativo ordinario para toda contienda entre partes que no tenga señalada por la ley otra tramitación. A su vez, el artículo 806 prevé que se acuda al mismo cuando exista una masa común de bienes y

derechos, cosa que expresamente se admite que no sucede en este caso, en el que solo se quiere reclamar créditos contra el demandado, sin que nunca se afirme que exista un patrimonio a partir.

En consecuencia no pretendiéndose en la demanda origen de estas actuaciones la liquidación de un patrimonio común sino el ejercicio de una acción de regreso en reclamación de las cantidades abona-

das en forma exclusiva por la demandante y debían ser satisfechas por ambos cónyuges por mitad de acuerdo con lo pactado en la Escritura de Capitulaciones Matrimoniales de 6 de octubre de 1998, debe estimarse el recurso interpuesto declarando la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Sevilla para conocer del presente procedimiento.



Ejecución de Sentencia

Debe resolverse la causa de oposición alegada

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2022

El Auto recurrido no entra a resolver sobre el fondo del asunto, limitándose a señalar que el interés del menor no está contemplado en el artículo 556 de la Lec como causa de oposición ante una demanda de ejecución por incumplimiento del régimen de visitas. Esta decisión no es compatible con el derecho a obtener una respuesta judicial respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva.

La recurrente denuncia que el auto apelado no entra a resolver sobre el fondo del asunto, limitándose a señalar que el interés del menor no está contemplado como causa de oposición en el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El recurso se estima, al considerar que el auto apelado ofrece una justificación rigorista de la norma procesal para resolver sobre la oposición de la ejecutada, que no es compatible con el derecho a obtener una respuesta judicial respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, es paradigmática la conocida sentencia de 39/15 de 2 de marzo del Tribunal Constitucional, dictada a propósito de una decisión judicial que no admitió a trámite una oposición en el seno de un procedimiento de ejecución.

“No está de más recordar que la decisión sobre la admisión o no de una demanda (como lo es, desde luego, la demanda ejecutiva basada en un título hipotecario, y como lo es también la demanda incidental de oposición), así como la apreciación de la concurrencia o no de los presupuestos y requisitos materiales y procesales constituyen cuestiones de estricta

legalidad ordinaria, cuya resolución compete a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad que privativamente les confiere el art. 117.3 CE, siendo facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar cuál sea la norma aplicable al supuesto controvertido (STC 122/1999, de 28 de junio, FJ 3). Ahora bien, el Tribunal Constitucional sí puede someter a control las decisiones sobre la concurrencia o no de presupuestos y requisitos procesales en “aquellos supuestos en los cuales la interpretación efectuada por el órgano judicial de la normativa declarada aplicable sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente” y cuando del acceso a la jurisdicción se trate, en los casos en los que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y la relevancia de los intereses que se sacrifican” (STC 33/2002, de 11 de febrero, FJ 5. En el mismo sentido, SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 92/2008, de 21 de julio, FJ 2, y, más recientemente, 129/2014, de 21 de julio de 2014, FJ 4). Asimismo, hemos sostenido que “el derecho a la tutela judicial efectiva excluye que la normativa procesal se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que pre-

serva y los intereses que se sacrifican cuando se trata del acceso a la jurisdicción, y que tal derecho fundamental no exige necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las que resulten posibles” (STC 44/2013, de 25 de febrero, FJ 4, y las que en ella se citan). “En definitiva, y conforme a lo anteriormente expuesto, en nuestro enjuiciamiento habremos de partir de que resultan constitucionalmente legítimas desde la perspectiva del derecho fundamental de acceder a la jurisdicción, aquellas decisiones de inadmisión o de finalización anticipada del proceso, sin que se resuelva sobre el fondo de las pretensiones deducidas en él, cuando encuentren amparo en una norma legal interpretada y aplicada razonablemente y sin rigorismo, formalismo excesivo o desproporción.” (STC 44/2013, de 25 de febrero, FJ 4).

A la luz de la doctrina anterior, la decisión del órgano judicial de no entrar a resolver la causa de nulidad del procedimiento en que se basó la oposición a la ejecución hipotecaria, remitiendo al ahora demandante y a su esposa -como coejecutados- al procedimiento declarativo correspondiente para resolver sobre la procedencia misma del procedimiento especial que se seguía contra ellos, no cumple con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.

Este Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de entender “excesivamente formalista y rigurosa”, desde el punto de vista del derecho de acceso a la jurisdicción, la decisión judicial que, por ejemplo, impidió al tercer acreedor hipotecario intervenir en el avalúo y la subasta del bien hipotecado (STC 6/2008, de 21 de enero, FJ 3); igualmente se otorgó el amparo por considerarse rigorista la interpretación dada a la norma procesal que condujo a tener por transcurrido el plazo de oposición a la ejecución ordinaria, como consecuencia de dar por válida, por aplicación de la norma procesal civil, la comunicación del despacho de la ejecución a un procurador que ya había cesado en su representación (STC 110/2008, de 22 de septiembre, FJ 3).

Ese mismo exceso de formalismo concurre mutatis mutandis en el presente caso, en el que el Auto de 17 de abril de 2012 decidió no entrar a resolver sobre un óbice procesal que determinaría la procedencia misma del cauce especial de ejecución seguido. Es cierto que la STC 41/1986, de 2 de abril, que resolvió un recurso de amparo en el que el demandante se quejaba del incumplimiento de las normas que regulan el procedimiento a seguir, al haber admitido el órgano judicial una causa de oposición suspensiva no prevista en el procedimiento de ejecución que entonces regulaba el art. 131 de la Ley hipotecaria, afirmó (FJ 4) que la decisión sobre si las causas establecidas

en el art. 132 de la Ley hipotecaria, antecedente del actual art. 695 LEC, “son de interpretación estricta y de carácter exhaustivo, o si, por el contrario, pueden los Tribunales paralizar o sobreseer un procedimiento hipotecario por razones diversas de las comprendidas en dicho artículo, o acogiendo a las establecidas en él, si se lleva a cabo una interpretación extensiva de las mismas”, cualquiera que sea la respuesta que se estime más correcta desde el punto de vista del Derecho hipotecario, no viola “el derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor hipotecario cuando éste dispone de otros procedimientos para hacer valer, en definitiva, su derecho”. En el presente caso, sin embargo, la decisión del órgano judicial de no resolver la cuestión procesal planteada por los ejecutados se refiere a un óbice apreciable de oficio por el juez, que afecta a la procedencia misma del procedimiento de ejecución hipotecaria, lo que debería justificar en el presente caso que el órgano judicial hubiera dado respuesta a la alegación de la parte de improcedencia del procedimiento especial.

En estas condiciones, la negativa judicial a examinar una cuestión que debería constituir una premisa lógica en el proceso racional de formación de la decisión, remitiendo a la parte demandante a un proceso posterior, resulta a todas luces desproporcionada, por excesivamente formalista, e incompatible con el derecho fundamental invocado. Lo que planteó el demandante de amparo en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria, fue el incumplimiento de un requisito procesal derivado del propio título de ejecución y apreciable de oficio por el órgano judicial, argumento suficiente para que hubiera sido resuelto en el seno del incidente de oposición, a pesar de no estar previsto así expresamente por la norma (como, por cierto, también ha sido mantenido recientemente por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la reciente Sentencia núm. 462/2014, de 24 de noviembre, fundamento de derecho sexto, relativa a una ejecución de título no judicial). La decisión de no entrar en la cuestión, remitiendo al declarativo posterior para su resolución, no es, por excesivamente formalista, conforme con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tratándose además de una alegación de fácil comprobación por parte del órgano judicial, que debió favorecer así una respuesta más rápida y compatible con la economía procesal que la sostenida por la resolución impugnada.”

Estas consideraciones son válidas con carácter general, pero en el caso presente concurre la singular circunstancia de que el litigio afecta a derechos fundamentales como la protección de la familia y el respeto al interés del menor.

Ello exigía una motivación reforzada por parte del

órgano judicial, que no ha existido.

En efecto, la STC 113/21 de 31 de mayo en procedimiento de amparo suscitado con ocasión de un auto en el que se desestimó la oposición a la ejecución de un título judicial que conllevaba el desalojo con fundamento exclusivo en que los motivos de oposición son los previstos en el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declara que

“Un listado cerrado o tasado de oposición previsto en una norma procesal, que responde a unos fines legítimos muy concretos, no exime del deber de motivación reforzada que incumbe al órgano judicial cuando puede estar afectada la protección de los menores, de las personas con discapacidad y de

las familias dispensada por la Constitución y los instrumentos normativos del derecho regional e internacional de derechos humanos suscritos por España.

Por tanto, en el presente caso, el Tribunal concluye que en las circunstancias concurrentes una respuesta como la dada por los órganos judiciales a la demandante de amparo, que se limita a constatar la inexistencia legal de una causa de oposición a la ejecución, que se fundamentaba en determinados aspectos sobrevenidos al procedimiento declarativo y se basaba en garantías constitucionales, como son las reconocidas en los arts. 39 y 49 CE y en derechos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).”

No procede el lanzamiento al finalizar el periodo de uso

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, AUTO DE 27 DE JUNIO DE 2022

Cambiando el criterio que se seguía anteriormente, la Audiencia no accede a la petición de lanzamiento una vez finalizado el derecho de uso que se concedió en la Sentencia, de modo que será en el juicio de división de la cosa común, ya iniciado, donde la partes puedan obtener satisfacción a su pretensión, pero no en la vía elegida de ejecución de Sentencia.

En cuanto a la procedencia del desalojo de la vivienda, bien ganancial bien propiedad pro indiviso de las partes, una vez agotado el plazo en virtud del cual se ocupó la vivienda en base a la sentencia matrimonial o de guarda y custodia que atribuyó el uso de la vivienda familiar a una de las partes, se trata de una cuestión polémica. Un sector jurisprudencial considera que, al no haberse regulado en el título ejecutivo como debe ser el derecho de uso a partir de la fecha de su extinción, no cabe ejecutar un pronunciamiento no contenido en el título judicial, por lo que no debía admitirse la solicitud de que el hasta ahora ocupante abandone la vivienda. Por el contrario, existe otra corriente jurisprudencial que sostiene que, una vez transcurrido el plazo del derecho de uso, debe acordarse el lanzamiento, pues, aunque la sentencia no contenga el pronunciamiento expreso sobre el desalojo de la vivienda, tal pronunciamiento se encuentra implícito en la decisión de extinción y es una consecuencia necesaria de la misma.

El criterio de esta sección venía siendo el expuesto en segundo lugar, considerando que finalizado el plazo de uso establecido en la sentencia dictada en un procedimiento de familia, cabía la ejecución de la misma acordando el desalojo. Sin embargo, este

criterio se ha modificado a partir del Auto de fecha 8 de septiembre de 2021, dictado en el rollo de apelación 72/2019, y se ha seguido, entre otros, en el auto 104-22 recaído en el rollo 725/21, para aquellos supuestos en que ambas partes son copropietarias de la vivienda y el título que se ejecuta no ha previsto expresamente que la persona a la que se otorga el uso deba desalojar el inmueble al finalizar el plazo establecido en la sentencia. En ese primer auto se razonó de la siguiente forma: En el caso que hoy atrae la atención del tribunal, la sentencia no contiene un pronunciamiento que acuerde expresamente el desalojo de la vivienda, lo que, en el caso de que la vivienda sea propiedad de ambas partes implica que no procede el lanzamiento de quien ocupa el inmueble pues su presencia en él tiene como justificación precisamente su condición de copropietario que le confiere la posesión del mismo, y el derecho de uso conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a las copartícipes utilizar la cosa según su derecho, como dice el artículo 394 del Código Civil, precepto interpretado por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2.016, número 93/2016. En este caso, las partes, si no alcanzan un acuerdo, deberán acudir al procedimiento que corresponda para regular el uso del inmueble,

por ejemplo, estableciendo turnos alternos, o para poner fin a la cotitularidad del mismo, sea un proceso de división de la cosa común, sea un proceso de liquidación del régimen de la sociedad de gananciales. Pero no podrán, por vía de ejecución de la sentencia dictada en un proceso de familia, que se ha limitado a asignar el uso exclusivo durante un tiempo a uno de los cotitulares, conseguir el desalojo de un cotitular que una vez extinguido el derecho de uso exclusivo, sigue siendo cotitular del bien. Si se diera el desalojo en este caso, se estaría lanzando de la vivienda a quien podría entrar de nuevo en la misma con carácter inmediato, convirtiendo en inútil la diligencia de lanzamiento, al igual que lo podría hacer el otro cotitular, de modo que se podría producir una situación de triunfo del más fuerte, porque naturalmente en el caso de cese de la convivencia matrimonial o de pareja, ninguno de los cotitulares estaría dispuesto a consentir el uso compartido de la vivienda. Los tribunales competentes para el proceso de familia no pueden pronunciarse sobre la forma con arreglo a la que los copropietarios deben utilizar el inmueble una vez extinguida la asignación del uso exclusivo a uno de los copropietarios. En el momento en el que se extingue ese uso, renace la situación jurídica previa, que atribuye a ambas partes la cotitularidad del inmueble,

y esa extinción, sin más precisión en el título ejecutivo, no justifica el desalojo de uno de los copropietarios, sin perjuicio, como se ha dicho arriba, de los acuerdos a los que lleguen, o en su defecto, de la decisión judicial que recaiga sobre la propiedad y el uso del bien. En apoyo de esta decisión pueden citarse los autos de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 11 de junio de 2.002 (rollo 634/2001), 25 de octubre de 2.005 (número 234/2005), 7 de octubre de 2.008 (306/2008) y 13 de noviembre de 2.012 (354/2012), de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª, de 22 de noviembre de 2.010 (109/2010), de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 10 de febrero de 2.011 (35/2011), y sección 12ª de 14 de diciembre de 2.011 (236/2011), 7 de marzo (89/2019) y 11 de diciembre de 2.019 (472/2019) y 17 de septiembre de 2.020 (246/2020), entre otras.”

En el caso de autos es evidente porque así se ha reconocido que ambos son propietarios de la vivienda, luego idénticos derechos dominicales tienen por ese título a ocupar la vivienda, de modo que será en el juicio de división de la cosa común, ya iniciado, donde la partes puedan obtener satisfacción a su pretensión, pero no en la vía elegida de ejecución de sentencia.

Nulidad de actuaciones por haber resuelto in audita parte

AP VALENCIA, SEC. 10.ª, AUTO DE 15 DE JUNIO DE 2022

Se acuerda la nulidad de las actuaciones desde el Decreto de admisión a trámite de la solicitud de declaración de la ilicitud del traslado y retención internacional para que se dicte resolución, previa tramitación del procedimiento por el cauce previsto en el art. 778 sexies de la Lec, dado que no existía motivo para tramitar la petición “in audita parte” sin la intervención de la parte demandada.

El Recurso de Apelación se dirige contra el Auto de fecha 7-10-2021, dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de DIRECCION000. El demandante presentó ante el Juzgado solicitud de declaración de la ilicitud del traslado y retención internacional de su hija. El Juzgado dictó Decreto de fecha 21-9-2021 admitiendo a trámite la demanda y requiriendo a la demandada para que en el plazo de tres días compareciera en autos con la menor o manifestara si accedía a su restitución o retorno o se oponía a ella; el Decreto se remitió el 23-9-2021 a la Procuradora que representaba a la demandada en un procedimiento de ejecución seguido entre las partes en el mismo Juzgado, que comunicó al Juz-

gado que no podía hacerse cargo del requerimiento y notificación porque tenía dificultades para comunicarse con su cliente y no había podido confirmar el encargo profesional para la representación y defensa en este procedimiento. El 1-10-2021 se dictó providencia acordando resolver el procedimiento “in audita parte”, dando traslado al Ministerio Fiscal para que emitiese informe en el plazo de una audiencia. La Procuradora presentó el 4-10-2021 Recurso de Reposición contra el Decreto de fecha 21-9-2021, indicando que lo hacía “ad cautelam”, a la espera de que su cliente confirmara el encargo respecto a este procedimiento, y el Ministerio Fiscal informó que procedía declarar la ilicitud del traslado de la menor

por su madre. El 7-10-2021 la Procuradora comunicó al Juzgado que se les había encargado la defensa y representación de la demandada, solicitando que los requerimientos se le efectuaran personalmente y se admitiera a trámite el Recurso de Reposición. El 7-10-2021 se dictó Decreto inadmitiendo el Recurso de Reposición al haberse interpuesto fuera de plazo, así como por procuradora y letrada que carecen de encargo profesional de la demandada. En la misma fecha se dictó el Auto ahora recurrido en apelación.

La parte demandada presentó el poder de representación el día 13-10-2021. El 7-10-2021 se le notificó a la Procuradora la providencia de fecha 1-10-2021 y el 11-10-2021 se le notifica el Decreto de 7-10-2021. El 13-10-2021 se presenta Recurso de Reposición contra la providencia de fecha 1-10-2021 notificada el 7-10-2021; el 19-10-2021 se presenta Recurso de Reposición contra el Decreto de 7-10-2021, notificado el 11-10-2021 por lexnet(folio 72) y en providencia de fecha 22-11-2021 se inadmiten los recursos, alegando que las resoluciones eran firmes, y se acuerda notificar el Auto de fecha 7-10-2011, siendo desestimado el Recurso de Reposición contra esta última providencia.

Se alega en el Recurso de Apelación vulneración de normas procesales y nulidad de todo lo actuado, al haberse notificado la primera resolución a la procuradora designada en otro procedimiento, no admitirse los Recursos pese a estar presentados en plazo y las irregularidades en cuanto al procedimiento para declarar la ilicitud, dictado la resolución sin oír a la demandada

La parte contraria se ha opuesto al Recurso, al igual que el Ministerio Fiscal.

El Recurso debe ser estimado, atendiendo a los motivos alegados en el mismo. El artículo 778 sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que para obtener una resolución declarando la ilicitud de un traslado o retención internacional se podrán utilizar los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, e incluso las medidas del artículo 158 del Código Civil. Tanto los trámites previstos en la LEC, como el procedimiento regulado en los artículos 87 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria prevén el traslado a la parte contraria y la celebración de una vista o una comparecencia. Lo que se hizo en este caso es acordar requerir a la demandada en los términos previstos en el artículo 778 quinquies.2 de la LEC, norma que no es aplicable en este procedimiento, puesto que la menor se encuentra en otro estado, en el que se ha tramitado el procedimiento de restitución; posteriormente, se acordó dictar la resolución "in audita parte" por

razones de urgencia. La primera resolución, dictada el 21-9-2021, se remitió por "lexnet" a la Procuradora que representaba a la demandante en un procedimiento de ejecución seguido ante el mismo Juzgado, que comunicó que no podía hacerse cargo de la notificación, pero la siguiente, dictada el 1-10-2021, no consta que se notificara hasta el 7-10-2021, en la misma fecha en la que se dictó el Auto recurrido y el Decreto inadmitiendo el Recurso de Reposición contra la primera resolución. El 13-10-2021 se presenta Recurso de Reposición contra la providencia de fecha 1-10-2021 notificada el 7-10-2021; el 19-10-2021 se presenta Recurso de Reposición contra el Decreto de 7-10-2021, notificado el 11-10-2021 (aunque debía ser de revisión) y en la providencia de fecha 22-11-2021 se inadmiten los recursos, alegando que las resoluciones eran firmes, siendo desestimado el Recurso de Reposición contra esta última providencia.

Atendiendo a lo expuesto, debe estimarse el Recurso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 225.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considerando que se han producido las infracciones de normas procesales denunciadas por la apelante, específicamente las de los artículos 778 sexies, 133, 135 y 151 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que han afectado al derecho a la tutela judicial efectiva de la apelante, amparada en el artículo 24 de la Constitución Española, por cuanto se dictó resolución sin oír a la parte demandada, sin justificar las razones de urgencia que motivaron esa decisión e impidiendo el acceso a recursos, presentados en plazo, cuando ya estaba personada la demandada en el procedimiento, y, con anterioridad, no consta en las actuaciones que se realizara una notificación en forma a la demandada de la primera resolución dictada, distinta de la efectuada a través de la misma Procuradora que presentó posteriormente el Recurso de Reposición. Es cierto que estos procedimientos relacionados con la sustracción internacional de menores deben tramitarse de manera urgente, pero a diferencia de lo establecido por el legislador para el regulado en los artículos 778. quáter y quinquies de la LEC, en el 778 sexies no se establecen plazos especiales y el demandante dispone de una sentencia firme donde se recogían sus derechos respecto a la patria potestad y la guarda y custodia de su hija, por lo que la urgencia en obtener la declaración de ilicitud del traslado no era tan apremiante.

Por lo expuesto, procede estimar el Recurso de Apelación, acordando la nulidad de las actuaciones para que se subsanen los defectos advertidos y se proceda a dictar resolución previa audiencia a ambas partes, si bien manteniendo la personación de la parte demandada.



Regímenes económicos matrimoniales

Cantidad a tener en cuenta para el cálculo del pro indiviso

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 2022

Para el cálculo de pro indiviso de la sociedad de gananciales por contribuir al pago del préstamo hipotecario de la vivienda privativa de los cónyuges debe tenerse en cuenta también la novación del inicial préstamo hipotecario solicitado aún en estado de solteros, al no acreditarse que de dicho saldo dispusiese exclusivamente uno de los cónyuges.

De acuerdo con el artículo 1.357 del código civil, “los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354”. Por su parte, el artículo 1.354 del código civil establece que “los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.” De la interpretación conjunta de estos preceptos resulta que en aquellos casos en que se compra una vivienda y el ajuar familiar antes del inicio de la sociedad de gananciales, por precio total o parcialmente aplazado, no se aplica la regla establecida en el párrafo primero del artículo 1357 del Código Civil, que determinaría el carácter privativo de tales bienes, sino la norma del artículo 1354. De este modo, aunque tales bienes se hayan comprado a plazos antes de comenzar la sociedad de gananciales, corresponderán pro indiviso al cónyuge comprador y a la citada sociedad en proporción al valor de las aportaciones respectivas. Y debe tenerse en consideración que existe una consolidada jurisprudencia que equipara los “bienes comprados a plazos” a los que se refiere el artículo 1357 del Código civil con la amortización de las cuo-

tas del préstamo hipotecario celebrado para afrontar la compra del bien. En tal sentido, la sentencia de 7 de julio de 2016 con cita de de 23 de marzo de 1992 sentó doctrina en el sentido de que, a efectos y aplicación de lo dispuesto en los artículos 1357 y 1354 CC, son plenamente equiparables las amortizaciones de la hipoteca solicitada para el pago del precio y los pagos de una compraventa a plazos.

En este caso no puede estimarse acreditado que la novación del préstamo hipotecario por escritura de 10 de enero de 2008, encontrándose solteros los adquirentes, ampliándose el capital inicialmente prestado en la cantidad de 32.638,20 euros, siendo el capital final prestado a esa fecha de 125.795,20 euros, se destinase a atender las necesidades de la Sra. María Antonieta constando acreditado que las amortizaciones del préstamo se hicieron por ambos adquirentes hasta la celebración del matrimonio el 10 de enero de 2008 y desde esta fecha hasta la disolución de la sociedad de gananciales por escritura de 7 de abril de 2017 por la sociedad de gananciales por lo que como se declara en la sentencia apelada la vivienda familiar corresponde a la sociedad de gananciales en proporción a las cantidades amortizadas del préstamo hipotecario durante la vigencia de sociedad de gananciales, desde el 10 de enero de 2008 hasta el 7 de abril de 2017 perteneciendo en pro indiviso a ambos cónyuges por las cantidades abonadas de las cuotas de amortización del presta-

mo hipotecario con anterioridad a la celebración del matrimonio y con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales debiendo diferirse a la fase de liquidación propiamente dicha la determinación de las cuotas de participación de los cónyuges y de la sociedad de gananciales en la propiedad de la vivienda familiar, y sin que pueda estimarse acreditado que la ampliación de capital del préstamo hipotecario se dispuso exclusivamente por la Sra. María Antonieta en su propio interés, hecho negado en el escrito de

oposición al recurso y que no puede estimarse acreditado por el hecho de que en los extractos bancarios aparezcan determinadas extracciones sin que conste cual fue el destino de las mismas, y en consecuencia no procede tampoco incluir un crédito de la sociedad de gananciales por el importe de las cuotas amortizadas del préstamo hipotecario, vigente de la sociedad de gananciales y correspondientes a la ampliación solicitada en el año 2008.

Reintegro de pagos de seguro y comunidad de propietarios

AP BALEARES, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2022

En el procedimiento de división de cosa común se estima la demanda reconvenicional y se condena al exesposo a abonarle a quien fue su esposa el importe de la mitad de los pagos realizados por esta en concepto de seguro de la vivienda y comunidad de propietarios. No es obstáculo que el uso del inmueble lo haya venido haciendo la ex esposa ni que no haya reclamado cantidad alguna por estos conceptos durante los últimos dieciocho años, ya que no es de aplicación la doctrina del retraso desleal en la reclamación. No consta acreditado el pacto verbal entre las partes.

Sobre la cantidad correspondiente a los gastos de seguro de la vivienda y gastos de comunidad, vemos que en el hecho 3º de la contestación a la reconvenición se señala lo siguiente: “No se puede negar que se hayan ido devengando una serie de gastos relativos al que fuera domicilio familiar como son los que se tratan de reclamar de adverso, pero no es menos cierto que existía un acuerdo entre las partes de que esos gastos, que se entendían claramente inherentes al uso del domicilio eran asumidos en su integridad por la Sra. Ascensión”.

Centrándonos ahora en la primera parte del pasaje transcrito (“No se puede negar que se hayan ido devengando una serie de gastos relativos al que fuera domicilio familiar como son los que se tratan de reclamar de adverso”) entendemos que la referencia al devengo de gastos relativos al que fuera domicilio familiar “ como son los que se tratan de reclamar de adverso” -sic- comporta el reconocimiento por el reconvenido de que, en efecto, se han devengado los gastos reclamados por seguro vinculado a la hipoteca que grava la vivienda, así como los gastos de comunidad igualmente reclamados; sin que, por lo demás, se cuestionen sus respectivos importes.

Lo que se alega, sin embargo, para oponerse al pago reclamado es la existencia de un acuerdo entre las partes según el cual esos gastos eran asumidos

en su integridad por la Sra. Ascensión en atención a que “se entendían claramente inherentes al uso del domicilio”.

Vemos, no obstante, que tal pacto o acuerdo por el que la Sra. Ascensión asumía en su integridad los gastos del seguro de hogar y los gastos de comunidad no aparece documentado en autos. Tampoco se indica que fuera un acuerdo verbal, aunque todo apunta a que, de existir, tendría tal carácter, dado que ni en el Convenio Regulador, ni en la sentencia de divorcio que lo aprueba, se contiene mención alguna sobre la asunción de la obligación de pago de las cantidades que se devengarán por tales conceptos por parte de la Sra. Ascensión.

Es en este contexto que, al objeto de acreditar dicho acuerdo, se alegó en el escrito de contestación a la reconvenición (y se reitera ahora) la total ausencia de reclamación -judicial o extrajudicial- por parte de la Sra. Ascensión al Sr. Bienvenido de cantidad alguna por dichos conceptos desde que se dictara la sentencia de divorcio (se emplea al efecto la expresión siguiente: “Esos gastos que a día de hoy se reclaman venía obligada la Sra. Ascensión a abonarlos y no el Sr. Bienvenido “ -sic-. Y, “ a mayor abundamiento “ -sic-, se invocaba la doctrina judicial sobre el ejercicio tardío del derecho (al reembolso de las cantidades reclamadas en la reconvenición por los referidos con-

ceptos).

Con todo, vemos que en la impugnación de la sentencia no se habla expresis verbis de pacto o acuerdo entre las partes, sino que se pone el acento en el hecho de que durante 18 años no se ha reclamado cantidad alguna por esos conceptos, lo que evidencia, a criterio del impugnante, la constancia de las partes sobre quién venía obligado al pago de esos importes; desarrollando después su argumentación sobre el retraso desleal o malicioso en el ejercicio del derecho, el uso antisocial y la contravención de los actos propios.

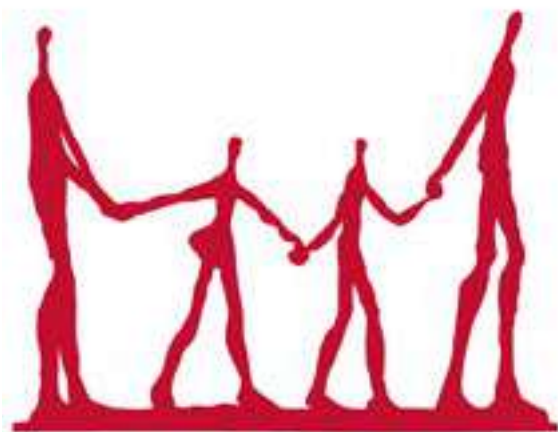
La Sala, examinadas las actuaciones, no puede concluir la existencia de un acuerdo, ya fuera expreso, tácito o presunto, cuya prueba incumbía a la parte reconvenida conforme al art. 217 LEC, por el que la Sra. Ascensión, a partir de la sentencia de divorcio (año 2002), asumía en exclusiva el pago de los recibos correspondientes al seguro de la vivienda vinculado al préstamo hipotecario y los gastos de comunidad de la misma. Es cierto que la falta de acreditación de reclamación alguna por dichos conceptos durante largo tiempo, a diferencia de las reclamaciones por importe correspondiente al préstamo hipotecario o pensión de alimentos, constituye un indicio interpretable en el sentido que pretende la representación del Sr. Bienvenido, mas no resulta suficiente porque no es unívoco. Piénsese que las reclamaciones por hipoteca o pensión alimenticia derivaban directamente del proceso de divorcio, dada la previsión en el Convenio Regulador (Pacto 5º) y la sentencia de 28.05.02, como título ejecutivo; mientras que las referidas al seguro de la vivienda y a los gastos de comunidad no estaban contempladas expresamente en el convenio ni en la sentencia citados.

Por lo demás, la vinculación (en el sentido de preceptividad) del seguro de la vivienda al préstamo hipotecario no ha sido discutida, por lo que debe estimarse el criterio mantenido al efecto por el juzgador a quo. Y, en cuanto a la naturaleza de los gastos de comunidad, si bien la cuestión ha sido objeto de diversos pronunciamientos, recientes resoluciones del TS avalan la consideración según la cual la obligación de su pago deriva de la condición de propietario (en el caso, ambos litigantes), salvo pronunciamiento del juzgado de familia atribuyendo dicho pago al cónyuge o excónyuge a quien se atribuye en exclusiva el uso de la vivienda, sin perjuicio de que éste sea quien debe afrontar en exclusiva los gastos derivados de los suministros (uso). Así resulta de la S TS 244/2022, de 29 de marzo, con cita de las SS 508/2014, de 25 de septiembre, 399/2018, de 27 de junio, y 593/2021, de 13 de septiembre. En la última citada se indica lo siguiente: “ Esta Sala, en sentencias 508/2014, de 25

de septiembre, y 399/2018, de 27 de junio, declaró que es el propietario el obligado al pago de las cuotas de comunidad, si bien el excónyuge debe afrontar el pago de los suministros, sin perjuicio de lo que pueda acordar el juzgado de familia, en los casos de crisis conyugal (rt. 9 LPH). “Dado que en el presente supuesto no existe pronunciamiento del juzgado de familia atribuyendo el pago a la hoy recurrente, debe estimarse en parte el recurso al infringirse la doctrina jurisprudencial, todo ello sin perjuicio de las acciones que en el futuro pueda instar la parte demandante “. Doctrina que resulta de aplicación al caso, pues no se ha cuestionado que los gastos de comunidad reclamados, recogidos en la documental 9 a 11 de la demanda reconvenida, incluyan indebidamente gastos de suministro o de puro uso.

La doctrina sobre el retraso desleal (en relación con el abuso de derecho y actuación contraria a los actos propios), que fue alegada en la contestación a la demanda reconvenida con carácter de “a mayor abundamiento”, no resulta de aplicación al caso.

En efecto. Siendo notorio, en el marco de la doctrina en cuestión, que el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, que no puede presumirse, sino que ha de ser expresa, clara, terminante e inequívoca, no basta para afirmar que ha provocado en la otra parte la confianza de que no le serían reclamados los importes correspondientes a aquellos conceptos, pues para que esto suceda no habría de existir el acuerdo de voluntades previo que, en la tesis expuesta en la contestación a la reconvencción, existió entre las partes, que excluiría de raíz cualquier posible reclamación por inexistencia del derecho, no por el retraso en el ejercicio de la acción.





Se reconoce una filiación materna no matrimonial

AP BALEARES, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 2022

Se establece a favor de la expareja de la madre la filiación extramatrimonial del hijo nacido por fecundación asistida con semen de un donante anónimo ya que ambas dieron su consentimiento libre y voluntario para la utilización de datos genéticos, para el fenotipo del embrión y para el test de compatibilidad, documentos todos ellos firmados por ambas y en los que aparece la actora como pareja femenina de la que va a ser madre biológica del futuro hijo común. Además, en el momento de llevar a cabo la selección de semen buscaron que el donante anónimo fuera compatible con ambas, eligiendo las dos sus características, procediendo la actora a una reserva para ella misma, puesto que como admitió la demandada en juicio, ambas querían que sus hijos compartieran la misma línea sanguínea, esto es, que fuera hermanos del mismo donante anónimo.

Se alza la demandada contra la sentencia de primer grado que establece a favor de la actora la filiación extramatrimonial del hijo habido por la demandada, con la que mantuvo una relación de pareja, nacido por fecundación asistida con semen de un donante anónimo.

La parte apelante basa su recurso en el error en que habría incurrido la juez a quo a la hora de estimar acreditado que existiera voluntad de la demandada de que el hijo nacido de ella por reproducción asistida llegase a ser de ambas como madres del menor, sino que considera que no existió tal voluntad ni consentimiento, ya que la concepción del niño fue solo para que así poder dar un hermano al hijo que tiene la demandada de una anterior relación heterosexual, y aunque reconoce que la actora también conservó el semen del donante de la demandada para, en caso de tener un hijo, que este compartiera la misma línea sanguínea, afirma que la demandada dio una explicación plausible de ello.

Niega, también la demandada, que hubiera habido posesión de estado, entendida como una situación de hecho de la que resulte y se desprende, de modo ostensible, público y notorio y mantenida por cierto tiempo, que por actos del mismo padre o madre o de la familia exista un verdadero reconocimiento perfectamente libre y voluntario de la paternidad. Lo único

que admite la parte demandada es la exteriorización de que con la demandante mantuvo una relación de pareja y que esta acompañó a la demandada en su voluntad de ser madre de otro hijo, pero que era solo de ella y no de ambas como madres.

La apelante para negar que existiera consentimiento y voluntad de compartir la gestación del menor como una unidad familiar, incide en la circunstancia de que pudiendo haberlo hecho la demandada no aceptó contraer matrimonio con la demandante ni se propuso la adopción del menor, precisamente porque la demandada no estuvo conforme en ello, aunque en un inicio, al poco tiempo de comenzar la relación, diera la impresión de lo contrario, lo que hubiera posibilitado que la filiación del menor se hubiera reconocido por la manifestación de la madre no gestante ante el registro, conforme lo prevé el artículo 7.3 de la Ley de Reproducción Asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo o por adopción posterior al matrimonio.

Y en cuanto a la posesión de estado como mecanismo para posibilitar la atribución de la filiación ex artículo 131 del CC y de la jurisprudencia que lo interpreta integrado por el comportamiento afectivo dentro de la relación e interés por el hijo, lo que se conoce por la reputo o proyección exterior y trato notorio sobre la creencia por la familia y allegados del vínculo de la familia, sostiene la parte apelante

que la única posesión que hubo fue la de la actora como pareja de la demandada, pero que de la prueba practicada no cabe extraer que la demandante tuviera a Amadeo como su hijo. Ni que lo hubiera tratado como tal, observando un comportamiento congruente al de una madre, situación que requiere un grado de persistencia, actos continuados y reiterados en el tiempo, que a juicio de la parte apelante en este caso no se dan y ello por cuanto y en opinión de la demandada concurren una serie de contra indicios que desvirtúan, en contra de lo que concluye la sentencia apelada, que existiera dicha posesión de estado, por cuanto: A) la relación de pareja que mantuvieron ambas litigantes no fue prolongada en el tiempo, ni interrumpida; y cuando el menor nació ya estaba rota y por eso la demandada le pidió a la actora que tras el nacimiento de Amadeo se fuera del domicilio y si no lo hizo antes fue debido al miedo que la demandada sentía de la actora por su carácter violento, intimidante y acosador. Esta situación explotó a finales de enero de 2021 cuando la demandada ante el acoso y persecución de la actora se vio en la necesidad de tener que marcharse de su domicilio para ir a residir con su abuela materna en DIRECCION002, formulando una denuncia por estos hechos. B) La demandada antes incluso del nacimiento de su hijo, en fecha NUM000 de 2019, procedió a otorgar testamento, en el que cual, y dado que la demandante no estaba capacitada para compartir la maternidad de su hijo, decide que para el caso de ella llegase a faltar la persona que se haría cargo de la tutela de su hijo sería la abuela materna del menor. C) Tras la ruptura de la relación existen comunicaciones de las que se desprende que el único interés de la actora es el de recuperar la relación con la demandada, sin mostrar interés por el recién nacido. D) La demandada en contra de lo que cabría esperar y ante el rechazo de la recurrente e impedimento para relacionarse con el menor, no demandó ni solicitó la adopción de medidas judiciales tendentes a obtener un régimen de contactos o relaciones para mantener el vínculo con Amadeo, a través de lo establecido en el artículo 160 del CC, sin haber dado una explicación plausible a ese esperable comportamiento, predicable de cualquier madre que quiera a un hijo. E) Tampoco la actora mantuvo contacto con el pediatra.

Para terminar, concluye afirmando la parte recurrente en cuanto a la necesidad de salvaguardar el interés superior del menor que la sentencia apelada con la estimación de la demanda no ampara o no se entiende o no explica como se ve protegido el interés del menor Amadeo, pareciendo más que lo que se protege por encima de todo es el voluntarismo de la actora de ser madre o que se le reconozca como madre más que la debida protección del menor Amadeo.

La parte actora y el Ministerio Fiscal han solicitado la desestimación del recurso sobre la base de que ha existido prueba bastante acreditativa tanto de la relación de pareja como del consentimiento en la maternidad compartida de las litigantes del menor Amadeo, como la existencia de una situación de hecho de la familia y de la demandada de la que resulta que la actora ha sido tenida como madre de Amadeo y esta se ha comportado como tal estando vinculada afectivamente con el niño hasta que la demandada ha impedido todo contacto y relación con su hijo, por lo que la sentencia ha de ser confirmada y el recurso desestimado.

...La atribución judicial de la filiación extramatrimonial a una mujer homosexual, tras la ruptura de una relación de pareja con otra mujer, de un niño nacido por reproducción asistida de un óvulo de esta última fecundado con semen de un donante anónimo, resulta factible y jurisprudencialmente se admite con fundamento en la existencia de una voluntad procreacional conjunta, libre y voluntaria de tener un hijo en común, unida a la posesión de estado, esto es, a la situación de hecho en virtud de la cual la madre no biológica se comporta y es tenida por la familia y terceros, durante un cierto tiempo de modo ostensible, como madre con actos exteriorizadores que lo patentice y evidencien, si bien es de significar que la existencia de esa voluntad de maternidad compartida atenúa la intensidad de dicha posesión de estado.

Esta posibilidad de atribución de la maternidad entre parejas femeninas del mismo sexo, que se asienta en precedentes de la Sala primera del TS (STS 608/14 y 740/13) que interpretan el artículo 131 del CC, en relación con el artículo 7.3 de la Ley de reproducción asistida, tiene por objeto evitar la discriminación que se produce respecto de las parejas femeninas del mismo sexo que estando casadas y no separadas pueden acudir a la posibilidad que concede el artículo antes citado, que permite la inscripción del nacimiento del hijo de la madre biológica por la declaración del nacimiento por su mujer ante el encargado del registro civil y se asienta sobre la base de considerar que la posesión de estado es aplicable no solo a la filiación biológica, sino también que también en el ámbito de la reproducción asistida cuando dicha posesión viene precedida de una voluntad procreacional conjunta y voluntaria.

Expuesto cuanto antecede y revalorando por esta Sala lo actuado ante el tribunal de instancia y tras detenido examen de las alegaciones que vierte la parte apelante, por esta Sala no se constata que la sentencia apelada incida en el error de valoración que se denuncia cometido en el recurso, por cuanto como explica y razona la juez de instancia, con base

a la documentación aportada, que relaciona expresamente la combatida -a la que nos remitimos e incorporamos a la presente, como también sus razonamientos- y declaraciones de las partes y testigos se desprende, con diaphanidad incontrovertida, que entre las litigantes Rafaela y Pilar existió, no solo una relación de pareja que se inició en julio de 2017 y se prolongó hasta finales de 2020, que dejaron de convivir juntas y enero de 2021, en que rompieron definitivamente la relación, conviviendo ambas litigantes en el domicilio de la demandada en el que la actora se empadronó, compartiendo gastos y abriendo la demandante una cuenta con tal objeto, sino que ambas hicieron planes para casarse y convinieron de forma libre y voluntaria llevar a cabo un proyecto común de maternidad compartida, para lo cual en julio de 2018 decidieron materializar esa voluntad conjunta de ser madres acordando que en primer lugar lo fuera la demandada, ya que esta quería dar un hermano al hijo nacido de otra relación heterosexual y posteriormente la actora, acudiendo las dos al instituto de reproducción DIRECCION001, en donde ambas dieron su consentimiento libre y voluntario para la utilización de datos genéticos, para el fenotipo del embrión y para el test de compatibilidad, documentos todos ellos firmados por ambas y en los que aparece la actora como pareja femenina de la que va a ser madre biológica del futuro hijo común, y no solo eso sino que a la hora de llevar a cabo la selección de semen buscaron que el donante anónimo fuera compatible con ambas, eligiendo las dos sus características y la actora procede a una reserva para ella misma, puesto que como admitió la demandada en juicio ambas querían que sus hijos compartieran la misma línea sanguínea, esto es, que fuera hermanos del mismo donante anónimo, a lo que se anuda que el perfil de dicho donante era compatible con la actora ya que esta tenía una enfermedad. Obran también comunicaciones en las que hablan del nombre que le van a poner al bebé. Luego de eso y una vez la demandada queda en cinta existen comunicaciones entre ellas en las que hablan de que van a ser madres y la demandada de nuestro bebé e incluso la actora en su condición de madre del bebé acude y está presente en el paritorio cuando el niño nace y obra aportado un reportaje fotográfico que ilustra ese hecho con imágenes de la pareja y el niño, llegando a explicar la demandada que producido el parto se quedó a dormir con la demandada Pilar en la habitación del hospital. Junto a ello, hay fotos y testigos que avalan la participación de la demandante en la vida del niño y que refirieron que la actora actuaba y se reconocía como madre de Amadeo, de lo que se colige que la apelada, y ello es lógico y comprensible en la medida en que viene precedido por una voluntad conjunta de maternidad compartida, que se considerase y actuase frente a la familia y terceros como madre, primero del nasciturus

y luego del niño Amadeo.

La demandada niega el interés de la actora por su hijo y que solo utiliza a este para que vuelva con ella con una insistencia que incurre en el maltrato y acoso y por eso la denunció en enero de 2021, pero en la misma denuncia la recurrente reconoce que esa insistencia no se limita a recuperar la relación de pareja, sino también a que le deje ver al niño, lo que incide en que es la demandada y no la actora la que impide dicha vinculación y por dicho motivo la actora, poco después, ha interpuesto la presente demanda en marzo de 2021. En esto mismo incide la sentencia de instancia.

Los problemas en la relación, y esto lo admiten las partes, coincidió con el nacimiento de Amadeo en NUM000 de 2019. Ambas se mostraron de acuerdo en que el motivo de su ruptura fueron los celos, aunque discreparon en cuanto a la causa. Para la actora era la demandada la que sentía celos de su relación con el niño y para la demandada era Adolfinia la que se mostraba celosa y la agobiaba por su relación con su ex pareja, motivo por el que la denunció por acoso y maltrato.

En realidad lo que ocurrió y ello se desprende con diaphanidad del recurso y de las manifestaciones de la demandada, residiendo en este aspecto el verdadero núcleo de su impugnación, es que a pesar de que existió una indudable voluntad compartida de ser madres de un hijo y de casarse formando una familia, la demandada, llegado un punto de la relación y por problemas en la convivencia y disparidad de caracteres, se arrepintió y quiso que el hijo común dejara de serlo para ser ella su única madre, más el problema surge porque ese cambio de voluntad se produjo después de que diera su consentimiento libre y voluntario al hecho de la maternidad conjunta y al proyecto que convino con la demandante de formar una unidad familiar en la que cada una iba a ser madre de un hijo del mismo donante y tras haber hecho planes de boda, llegando a relatar la demandada que ese consentimiento, en realidad, no fue libre y voluntario porque se sintió hechizada por la arrolladora personalidad de la actora, como cegada por ella, declaración que a la juez a quo le sonó de todo punto inconveniente a tenor de las explicaciones que la demandada ofreció, apreciación que en esta alzada se comparte, más aún porque la demandada es de mayor edad que la actora y ya estuvo anteriormente casada, es madre de otro hijo y porque quiso soportarla en un denuncia por maltrato presentada al poco de romper su relación y de que le dijera a la actora que se fuera de la vivienda, denuncia que no ha prosperado al carecer de fundamento suficiente, no pudiendo pasar por alto que cuando las litigantes

acuden a la clínica de reproducción ya llevan conviviendo juntas un año, tiempo más que suficiente para que la recurrente pudiera calibrar su decisión de ser madre de un hijo con la actora.

Solo desde esa perspectiva de cambio de voluntad y de renuncia a una maternidad conjunta, previamente aceptada, motivado por una ruptura de la relación se explica la posición defensiva de la demandada, que por ello mismo y porque la maternidad no es renunciante formamos convicción de carece de cualquier recorrido y no puede llevar a la revocación de la sentencia apelada, pues en ella se construye y reconoce la filiación extramatrimonial de la actora a partir de una incontrovertida voluntad de maternidad conjunta voluntariamente aceptada, unido a una posesión de estado de la actora como madre del hijo de la demandada expresada en el marco de una relación de pareja estable que lleva conviviendo juntas durante un año y una situación de hecho durante la concepción del hijo y posteriormente hasta su ruptura, en la que la actora se comportó y fue tenida en consideración pública como madre, primero del embrión y luego del niño, conclusión que viene corroborada por la documentación que examina la sentencia y manifestación de testigos de la parte actora, de cuya verosimilitud no hay porque dudar, pues su testimonio se enmarca en el curso lógico de los hechos y en el contexto de una concepción antecedente compartida por ambas litigantes y que surge con ocasión de una relación de pareja estable.

Por lo que respecta al menor Amadeo este tiene derecho e interés en mantener vinculación afectiva y relación con la mujer con la que su madre biológica consintió su concepción como madre conjunta y se sintió unida y ligada a ella durante su desarrollo embrionario y posteriormente a su nacimiento y hasta que la demanda lo impidió llegando a denunciar a la actora de malos tratos y de acoso motivado porque la demandante quería seguir manteniendo la vinculación familiar y de pareja con la recurrente y el hijo de ambas, siendo por ello que la demandante se vio en la necesidad de interponer esta demanda para que su filiación fuera reconocida, a lo que convenimos, en los mismos términos que concluye la recurrida, que la actora tiene perfecto derecho.

La demandada insiste en su recurso en sostener que el único interés de la actora con su demanda es la de utilizar al hijo biológico de Pilar para presionarla, para que retomen su relación y que por eso la ha denunciado por coacciones y maltrato y que ninguna vinculación ha mostrado con el niño, aportado al respecto una serie de mensajes que se producen en los meses de octubre y hasta la ruptura de la relación y en los que según la parte recurrente la actora no

muestra preocupación ni vinculación con el menor y solo le preocupa su ruptura. Tales mensajes no sirven de prueba con ese objeto pues como refirió la actora y la denuncia de la demandada ante la policía lo corrobora, la relación no se rompió definitivamente hasta enero de 2021, de modo que es lógico que si la relación estaba a punto de finalizar entonces la preocupación de la actora fuera por mantener dicha relación y no por el niño, al que entonces seguía viendo y mantenía contacto con él.


Como explica la recurrida y estamos de acuerdo en ello la demanda no ha acreditado la realidad de esta conducta de acoso, ni justificado una supuesta personalidad patológica de la actora, al respecto de lo cual ni siquiera se ha solicitado informe psicosocial, como causa para negar la habilidad de esta última como madre de Amadeo ni tampoco para fundamentar que el interés de ella por solicitar la filiación del menor fuera vindicativo y para vengarse de la ruptura de la relación o como mecanismo de presión para que retomasen la relación.

Como hemos expuesto más arriba la oposición de la demandada de negar la maternidad extramatrimonial compartida de la actora, no obstante haber estado de acuerdo en ella en el marco de una relación de pareja homosexual estable, solo se justifica y explica a partir de un cambio de opinión y de arrepentimiento de la demandada al no querer continuar la relación de pareja con la actora por haber incurrido en un error en la personalidad de aquella y perder interés y afecto por la misma.

La parte demandada concede especial potencialidad para negar vinculación de la demandante con el menor y que tuviera interés en él en que no como allegada no hubiera solicitado un régimen de visitas o de comunicaciones con el niño. Sin embargo, resta virtualidad a que la actora casi inmediatamente de romper la relación presentase una demanda reclamando la filiación de Amadeo y que ello lo verificase en el contexto de una denuncia por maltrato y acoso, sustentada entre otros extremos en la persistencia de la demandante en imponer su presencia a la demandada y a su hijo Amadeo.

Finalmente, y por lo que respecta al testamento otorgado por la demandada en la que nombra a su madre como tutora del menor Amadeo para el caso de fallecimiento, este acto se enmarca en un cambio de decisión y arrepentimiento después de haber estado de acuerdo en una maternidad conjunta.

Las consideraciones expuestas nos han de conducir a la desestimación del recurso



¿Puede solicitarse la nulidad de actuaciones por defectuosa grabación de la vista, ya que no reproduce las imágenes de los intervinientes?

Con carácter previo hay que indicar que el registro en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen no constituye propiamente un acto o actuación procesal; sino que, como claramente se infiere de los artículos 146, 147 y 148 de la Lec, es una de las formas o medios legalmente previstos para la documentación de los actos o actuaciones procesales.

El carácter defectuoso, el deterioro o la inutilización del soporte material en que se documenta un acto procesal no afecta necesariamente a la propia validez del acto en cuestión, ni puede provocar, por sí mismo, la nulidad de este. Así lo ha dicho la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se recoge, entre otras, en la Sentencia de 8 de mayo de 2014, al señalar que la defectuosa grabación de las vistas no provoca, por sí misma, la nulidad de lo actuado. Y ello, porque no toda irregularidad causa por sí misma la nulidad de actuaciones, ya que ésta es una medida excepcional y de interpretación restrictiva que exige, para poder apreciarla, que se haya producido una efectiva indefensión material a las partes en litigio, esto es, que resulte trascendente de cara a la resolución del pleito.

Por ello, el dato determinante para provocar la nulidad de un acto procesal radica, en todo caso, en que la defectuosa documentación del juicio o de la vista, mediante la grabación audiovisual, haya supuesto una verdadera indefensión material a la parte, quien, por tanto, tiene la carga de precisar y concretar en qué ha consistido la indefensión material provocada por la defectuosa grabación del juicio.



ANUARIO DE DERECHO DE FAMILIA

Antonio Javier Pérez Martín

Editorial Lexfamily

1.ª Edición

2023 - 434 pág.



La resolución de los conflictos jurídicos no puede abordarse únicamente con la interpretación literal de las normas sustantivas y procesales. Como indica el art. 1.6 del Código Civil: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Por tanto, el conocimiento de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y en su caso, de los Tribunales Superiores de Justicia con competencia para la resolución de los recursos de casación cuando se aplican leyes forales, resulta a todas luces imprescindible.

Por ello, hemos considerado que sería de especial utilidad la publicación de este Anuario de Derecho de Familia incluyendo las Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, que han resuelto recursos relacionados con materias propias del ámbito del Derecho de Familia durante el año 2022.

En trece capítulos se abordan los diversos temas que conforman el Derecho de Familia, haciéndose un comentario de cada una de las resoluciones, destacando a modo de título y subtítulo la cuestión jurídica que resuelve la Sentencia, para pasar posteriormente a un resumen de los antecedentes a fin de situarnos en el caso concreto. A continuación se expone, en síntesis, el objeto

del recurso y se finaliza con la solución adoptada por cada uno de los Tribunales reseñando en apartados el texto íntegro y literal de los razonamientos concretos que llevan al Tribunal a estimar o desestimar el recurso.

LA PENSIÓN COMPENSATORIA POR SEPARACIÓN O DIVORCIO

**José Ramón de Verda y Beamonte,
Manuel García Mayo
Manuel Gómez de Valenzuela**

Editorial Tirant lo Blanch
1.ª Edición
2023 - 236 pág.



El presente libro tiene como finalidad proporcionar al lector criterios prácticos, sustantivos y procesales, con los que manejarse ante los Tribunales en el tema de la pensión compensatoria, por separación o divorcio. Se exponen todas las reglas jurisprudenciales existentes en la materia, relativas a los presupuestos de la pensión, al desequilibrio económico, a la cuantificación, modificación y extinción de aquella, sin olvidar el delicado tema de los pactos en previsión de futuras crisis familiares. Al final de cada capítulo hay un esquema orientativo, conteniendo el último de ellos una serie de formularios, útiles para los prácticos del Derecho de familia.

Capítulo 1. PRESUPUESTOS DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA / JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

Capítulo 2. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO / JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

Capítulo 3. FORMAS DE SATISFACCIÓN DE LA COMPENSACIÓN / JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE

Capítulo 4. CUANTIFICACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA / MANUEL ÁNGEL GÓMEZ VALENZUELA

Capítulo 5. PACTOS DE RENUNCIA ANTICIPADA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA / MANUEL GARCÍA MAYO

Capítulo 6. MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA / MANUEL ÁNGEL GÓMEZ VALENZUELA

Capítulo 7. EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA / JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE y MANUEL ÁNGEL GÓMEZ VALENZUELA

Capítulo 8. CUESTIONES PROCESALES DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA / MANUEL ÁNGEL GÓMEZ VALENZUELA

Capítulo 9. FORMULARIOS / MANUEL ÁNGEL GÓMEZ VALENZUELA