REVISTA
Abogados de Familia

Asociación Española de Abogados de Familia

ABRIL 2018

91

03 **Editorial** Qué será de nuestro "patrimonio digital" cuando hayamos muerto

08 **Tema de debate** Custodia compartida: ¿Qué modelo de repartos de tiempo funciona mejor en la práctica?

19 **Jurisprudencia comentada** Temas analizados

■ **Patria potestad**: El padre careció y carece de interés por el hijo. Padre en prisión: atribución exclusiva del ejercicio a la madre ■ **Guarda y custodia**: El padre no puede atender a sus propias necesidades. La nueva descendencia del padre no justifica la custodia compartida ■ **Régimen de visitas**: Problemática de las visitas cuando el hijo las rechaza ■ **Vivienda familiar**: Atribución de uso, no de usufructo ■ **Pensión alimenticia**: La hija mayor dejó voluntariamente el trabajo ■ **Pensión compensatoria:** No se acredita la relación de pareja estable. Efectos de la extinción desde la fecha de presentación de la demanda. Pensión compensatoria por la diferencia de ingresos ■ **Compensación 1438 CC:** El esposo tambien trabajó para la casa cuando estaba en paro ■ **Cuestiones procesales:** Legitimación para reclamar nueva pensión de hijos mayores. Vía procesal para las medidas de administracón de bienes. No se admite como prueba las conversaciones de washap. La cliente no se puso en contacto con su letrada ■ **Ejecución de sentencias:** Convivencia de los hijos con el progenitor no custodio. Pago de la pensión a través de empresa del ex esposo ■ **Regímenes económicos matrimoniales**: Cáculo del pro indiviso en parte ganancial. Adjudicaciones de los activos societarios. El uso por un cónyuge de la vivienda no genera partida en el activo de la sociedad ■ **Protección de menores**: Constitución de la adopción de un menor sujeto a kafala ■ **Uniones de hecho**: Legitimación activa del conviviente para solicitar otorgamiento de escritura pública.

53 **Casos prácticos**

54 **Noticias**

57 **Información bibliográfica**

aeafa

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

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

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

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

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

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

Qué será de nuestro “patrimonio digital” cuando hayamos muerto

APARECEN DOS NUEVOS CONCEPTOS: EL TESTAMENTO DIGITAL, PARA QUE LA HERENCIA DIGITAL PUEDA TENER VIDA POST-MORTEN, Y EL TESTAMENTO DIGITAL INVERSO, PARA QUE EL PATRIMONIO DIGITAL SEA ELIMINADO.

Atrás quedaron esos baúles llenos de recuerdos de nuestros antepasados. Nos ayudaban a comprender su vida y su historia. A través de ellos buceábamos en su intimidad, releyendo esas cartas de amor de caligrafía precisa; observando esas fotografías ya amarillentas, con bordes ribeteados, que habían sido cuidadosamente realizadas y elegidas para ser impresas.

¡Cómo han cambiado las cosas!. Esas cartas y fotografías antes eran la prueba estrella para aportar como principio de prueba junto a una demanda de filiación. Hoy han sido sustituidas por las conversaciones de *whatsapp* y las fotografías de *instagram*, que se disparan *sin ton ni son* porque no cuestan dinero.

Es la realidad, las nuevas tecnologías (ya no tan nuevas) han invadido nuestras vidas, la forma de relacionarnos y nuestra forma de convivencia, tanto en la dimensión laboral, como en la familiar y social. Pero, ¿qué pasará con todo el patrimonio digital cuando ya no podamos gestionarlo?, ¿cómo evitar que nuestros herederos puedan tener acceso a muchos documentos o informaciones que podemos guardar en nuestros dispositivos digitales y no queremos que sean reveladas?; ¿o qué tenemos que hacer si queremos que muchos de nuestros contenidos digitales perduren y puedan seguir siendo utilizados por nuestros herederos?.

Se abre un nuevo objeto de estudio en materia de Derecho sucesorio. Correos electrónicos, conversaciones de chats que pueden tener contenido muy personal, los perfiles de facebook, twitter, multitud de información digitalizada, el incluso el trabajo intelectual de

muchos años, etc ... forman parte de nuestra herencia digital, por lo que se empieza a hablar de la aparición de dos nuevos conceptos: 1) **El testamento digital**, en virtud del cual el causante ha manifestado su voluntad de tener una vida digital post-mortem, y podría nombrar a los herederos del patrimonio digital, o incluso legatarios digitales, 2) **El testamento digital inverso**, en virtud del cual el causante manifiesta su voluntad de que todo su patrimonio digital sea eliminado, por lo que deberían desaparecer todos su perfiles de redes sociales, cuentas de correo, fotos publicadas, etc ...; en definitiva sería la manifestación expresa de borrar toda su vida digital.

Son ya muchas las voces que aconsejan la conveniencia de hacer las necesarias previsiones sobre la herencia digital por vía testamentaria. Por una parte, facilitará que los herederos conozcan cuál era la expresa voluntad del testador sobre la forma de gestionar su patrimonio digital tras su fallecimiento, y en caso de que la intención sea que los herederos puedan seguir disfrutando de esos bienes digitales, se debería dejar constancia expresa –bien mediante un acta complementaria, o designando el lugar en el que se encuentran-, de las claves de acceso a los diferentes contenidos digitales, pues de no ser así, va a ser una labor muy ardua el cierre de esas cuentas o plataformas, y en su caso, el acceso al mismo. También podrían establecerse legados digitales, si queremos encomendar a una persona concreta la gestión, por ejemplo, de una determinada red social. Es más, hay ya incluso empresas especializadas que se dedican a gestionar el patrimonio digital tras el fallecimiento, para limpiar el rastro digital, cerrar cuentas, eliminar perfiles, etc …

SON YA MUCHAS LAS VOCES QUE ACONSEJAN LA CONVENIENCIA DE HACER LAS NECESARIAS PREVISIONES SOBRE LA HERENCIA DIGITAL POR VÍA TESTAMENTARIA

Nos sorprendería ver las especiales condiciones de cada una de las redes sociales o servicios que usamos a diario, para proceder a su cierre o recuperación de información en caso de fallecimiento. Se contienen en eso que denominamos la "*letra pequeña*" que nadie lee. A modo de ejemplo: entre los términos y condiciones de **Apple-Icloud**, se dice expresamente que se acepta que la cuenta es intransferible, y que "*cualquier derecho sobre su Apple ID o sobre el Contenido de su Cuenta termina con su muerte. Si se recibe una copia de su certificado de muerte, su cuenta se cancelará y se eliminará todo su Contenido*"; **Microsoft**, ofrece un servicio denominado "*proceso de familiar cercano de Outlook*" , en el que, tras un proceso de verificación, remitirán a los familiares todo el contenido de Outlook.com (incluyendo mensajes de correo, datos adjuntos, libretas de direcciones, etc …); **Google** a través del servicio "*administrador de cuentas inactivas*" permite la posibilidad de configurar el modo de proceder en el caso de que la cuenta permanezca inactiva en el tiempo que el usuario señale, bien cerrando la cuenta si no actividad en el plazo indicado, o bien remitiendo a otra dirección que indiquemos, los datos o claves que permitan la gestión de los contenidos o herencia digital; **Twitter**, ofrece la posibilidad del cierre de la cuenta tras aportar una serie de documentación que ha de ser remitida por correo postal, o bien el acceso para descarga de los tweets por los herederos; **Instagram**, tras el envío de la documentación acreditativa del interés legítimo, ofrece la posibilidad de dar de baja a la cuenta, aunque sin posibilidad de recuperar la información.; la red social **Facebook**, tras un proceso de verificación de los herederos legales, permite solicitar la eliminación de la cuenta, o bien la conversión de la cuenta en "*conmemorativa*", para proporcionar un lugar en el que amigos y familiares puedan seguir compartiendo recuerdos de la persona fallecida. Conviene precisar que los contenidos adquiridos de pago, como con **google play**, o por ejemplo la biblioteca musical de **itunes**, una vez producido el fallecimiento se da por finalizado el derecho de uso. En la mayoría de estos servicios se entiende que al contratarlos, se adquiere un derecho de uso sobre la música o videojuegos,

pero no la titularidad, por lo que los mismos no pueden ser legados o transmitidos a los herederos. Otra cuestión que puede ser muy conflictiva, nos la encontraremos cuando los contenidos que se encuentran en dichas plataformas digitales sean generadores de derechos de propiedad intelectual (piénsese en la cuenta de un bloguero), en cuyo caso, al margen de la política de la plataforma en cuestión, se habrá de respetar siempre el derecho de los herederos a explotar la obra del autor, durante el plazo de setenta años desde la muerte de su autor.

LOS CONTENIDOS QUE SE ENCUENTRAN EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES PUEDEN SER GENERADORES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL (PIÉNSESE EN LA CUENTA DE UN BLOGUERO)

En definitiva, para evitar todos estos problemas que pueden ser un verdadero calvario, una de las mejores opciones es sin duda –además de revisar las condiciones de contratación de los servicios que usamos-, incluir en nuestro testamento las concretas instrucciones de lo que deseamos hacer con nuestra herencia digital, tanto si queremos que se proceda a su olvido y cancelación definitiva, como si queremos que todos o algunos de los contenidos que la integran puedan seguir siendo gestionados o explotados, por nuestros herederos. Si por el contrario no queremos incluirlo en el testamento digital, sí es fundamental que dejemos siempre a una persona de confianza nuestras claves para que al menos puedan tener acceso al cierre de nuestros contenidos digitales, evitando así muchos quebraderos de cabeza a nuestros seres queridos que no tendrán que lidiar con los prestadores de servicios digitales.

Hasta ahora no existía en nuestro Ordenamiento Jurídico ninguna normativa que regulase legalmente la herencia digital y la potestad de los herederos sobre la información de personas fallecidas. Sin embargo, el próximo día 25 de mayo de 2.018 entrará en vigor el **Reglamento (UE) General de Protección de Datos 2.016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2.016**. Aunque la norma será directamente aplicable sin necesidad de transposición, es necesario que los Ordenamientos nacionales se actualicen para no contradecir lo dispuesto en el Reglamento. Por ello, en nuestro país el 10 de noviembre de 2.017 el Gobierno aprobó el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos que ha sido remitido al Congreso de los Diputados, habiéndose iniciado ya los trámites parlamentarios en el pasado mes de febrero de 2.018. Su finalidad es adaptar la actual LOPD a las exigencias del texto europeo, que persigue la adaptación de las normas de protección de datos a la rápida evolución tecnológica y los fenómenos derivados del desarrollo de la sociedad de la información y la globalización. Como novedad, se establecen una serie de medidas en relación con los datos de las personas fallecidas, tras la que subyace un procedimiento de declaración, registro y ejecución de las voluntades digitales por el titular de los contenidos o datos.

Así, en su artículo 3, el Anteproyecto prevé que los herederos que acrediten debidamente tal condición, podrán solicitar el acceso a los datos de las personas fallecidas, así como su rectificación o supresión, excepto cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. De igual manera, el albacea testamentario, y la persona o institución a la que el fallecido hubiera conferido un mandato expreso para ello, podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de éste, y en su caso, rectificación o supresión. Se establece también que mediante Real Decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de tales mandatos e instrucciones, y en su caso, del Registro de los mismos.

Y de manera más específica, en relación con los posibles contenidos digitales del fallecido en redes sociales, la Disposición Adicional Séptima se refiere expresamente al “Acceso a

contenidos de personas fallecidas", estableciendo que:

"El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información a favor de personas fallecidas se regirá por las reglas previstas en el artículo 3, a saber:

a) Los herederos de la persona fallecida podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión.

Como excepción, los herederos no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley.

b) El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese conferido un mandato expreso para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones.

c) En caso de fallecimiento de menores o personas con discapacidad para las que se hubiesen establecido medidas de apoyo, estas facultades podrán ejercerse, en todo momento, por el Ministerio Fiscal.

Finalmente, el artículo 74 g) del anteproyecto tipifica como infracción leve "El incumplimiento de la obligación de suprimir los datos referidos a una persona fallecida cuando ello fuera exigible conforme al artículo 3".

También con carácter pionero, **la Generalidad Catalana, ha publicado la Ley 10/2.017 de 27 de junio, de las Voluntades Digitales** y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña (vigente desde el 19 de julio de 2.017). En el Preámbulo se expone la necesidad de legislar sobre esta materia, dado que la actual legislación en materia de sucesiones no ofrece respuesta y es cada vez mayor la inquietud que suscita en la ciudadanía al ser cada vez más extendida la presencia en entornos digitales que generan multitud de archivos, de los que, tras la muerte, pueden subsisten derechos y obligaciones de naturaleza jurídica diversa. Por primera vez se define el concepto de "**Voluntades Digitales en caso de muerte**". El objetivo es permitir que las personas puedan manifestar sus voluntades digitales, incorporándolas a un nuevo **Registro de Voluntades Digitales** creado al efecto, para que el heredero, legatario, albacea, administrador, tutor o persona designada para su ejecución, actúen ante los prestadores de servicios digitales después de su muerte o en caso de tener la capacidad judicialmente modificada. Las voluntades digitales se podrán ordenar tanto por testamento, como por un documento que deberá inscribirse en el **Registro Electrónico de Voluntades digitales**. Se regula expresamente que si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas no podrá tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial. Y también se prevé que como disposición modal se puede imponer al heredero o legatario la ejecución de las voluntades digitales del causante.

EL REGLAMENTO (UE) GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS 2.016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, MOTIVARÁ CAMBIOS EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

La Ley 10/2.017 también prevé el **establecimiento de Voluntades Digitales para el caso de pérdida sobrevenida de capacidad de las personas**, si por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pudieran gobernarse por sí mismas. En el poder en previsión de pérdida de capacidad que se realice al efecto, se podrá establecer la gestión de las voluntades digitales y el alcance

de las mismas, para que el apoderado pueda actuar ante los prestadores de servicios digitales. Y en caso de que el poder no contenga declaración de voluntades digitales, el apoderado podrá comunicar a los prestadores de servicios la pérdida sobrevenida de capacidad de su poderdante y solicitar la cancelación de las cuentas activas, incluidas las que tengan contenido patrimonial, con la debida autorización judicial.

LA LEY CATALANA 10/2017 DEFINE POR PRIMERA VEZ EL CONCEPTO DE "*VOLUNTADES DIGITALES EN CASO DE MUERTE*"

Por otra parte, **la Ley 10/2.017 también regula la actuación de los padres y tutores en defensa de los derechos de los menores en las redes sociales**, facultándoles para que velen porque la presencia de dichos menores y tutelados en los entornos digitales sea adecuada, y no le genere riesgos, así como instándoles a promover las medidas adecuadas ante los prestadores de servicios y solicitar, también, con carácter excepcional, la asistencia de los poderes públicos. Les faculta para que, puedan solicitar la suspensión provisional del acceso de los hijos a sus cuentas activas, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o mental, habiéndolos escuchado previamente. Eso sí, el escrito dirigido a los prestadores de servicios digitales, debe ir acompañado del Informe facultativo en que se constate la existencia de ese riesgo y la suspensión quedará sin efecto transcurrido el plazo de tres meses, salvo que sea ratificada por la autoridad judicial. Cuestión diferente será cuando los progenitores quieran solicitar a los prestadores de servicios el **cierre de las cuentas digitales** de los hijos, para lo que necesitarán solicitar una autorización judicial (artículo 236-27.1 k) del Código Civil de Cataluña tras la modificación introducida por el artículo 5 de la Ley 10/2.017) (reconozco que esto último lo tuve que leer varias veces para comprobar que no se trataba de un error. ¡Autorización judicial para solicitar el cierre de las cuentas de los hijos menores!. Estoy convencida de que, antes de acudir a un Juzgado, los padres encontrarán la manera para que el menor les facilite la clave). Lo que se le ha olvidado al legislador es precisar si se requiere la solicitud de uno solo de los progenitores o de ambos, y es que, en caso de que no exista acuerdo entre ellos, tendrán que tramitar previamente el procedimiento del artículo 156 Cc para que el Juez determine a cuál de ellos le otorga la facultad de decidir sobre la suspensión o cierre de las cuentas digitales de los hijos menores.

Como vemos el Derecho se va adaptando a la realidad social y tecnológica. Renovarse o morir. Y aunque el que se marcha va a sufrir ya poco por lo que se haga con su patrimonio digital, se trata, como toda disposición testamentaria, de hacer cumplir su voluntad, permitiéndole disponer las acciones necesarias que desea que realicen sus herederos respecto a la herencia digital.

En contraste con tanta innovación, lo que no cambiará nunca es que nacemos y morimos desnudos. Y que, como con tanta maestría decía D. Antonio Machado, el último viaje lo emprenderemos "*ligeros de equipaje, casi desnudos, como los hijos que van a dar a la mar*". Así lo entendí y sentí cuando visité su tumba en Colliure.

Pero bueno, tendremos que ir pensando qué hacer con nuestro patrimonio digital y aconsejar a nuestros clientes sobre la posibilidad de incluirlo en su testamento. Mientras tanto, os deseo a todos una feliz primavera, y que, en homenaje al poeta, disfrutéis de "*Estos días azules y este sol de infancia*" (fue el último verso que días después de su muerte, encontraron en un papel en un bolsillo de su abrigo).

M.ª Dolores Azaustre Garrido
Abogado de Familia
Vicepresidente de la AEAFA

Tema de
Debate

Custodia compartida: ¿Qué modelo de repartos de tiempo funciona mejoren la práctica?

KEPA AYERRA

Abogado. Bilbao

La fórmula general más adecuada en caso de custodia compartida es la semanal, con el cambio el viernes a la salida del colegio.

Desde que en el año 2005 se introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la custodia compartida, tanto en los convenios reguladores como en las resoluciones judiciales, han sido múltiples las opciones de reparto de tiempos de estancia en esta modalidad de custodia.

Si atendemos a tiempos de estancia iguales, se han dado casos de alternancia de los progenitores por curso escolar, por semestres, por meses, por quincenas, por semanas, hasta por tiempo inferior al semanal. Pero también se han dado periodicidades más “extravagantes”, como repartir los periodos por cuatro semanas, sesenta días, cinco meses etc… aunque ciertamente son anecdóticas.

Sin embargo, asimismo, también se han efectuado y se efectúan diseños de tiempos de estancia en custodia compartida ad hoc para la familia concreta que se trate, fijando tiempos de estancia no al 50%, sino con distintas periodicidades cada progenitor. Respecto de estos repartos que no igualan los tiempos de estancia entre los progenitores, hay que tener cierta prudencia, dado que pese a que es criterio doctrinal y jurisprudencial superado que la guarda y custodia compartida no requiere de un rígido e inquebrantable reparto al 50% del tiempo de estancia, asimilar periodos de convivencia tiene su relevancia desde dos puntos de vista:

- Desde el punto de vista conceptual, dado que, pese a que ha habido en mi opinión confusión al respecto, la custodia compartida y la exclusiva se diferencian por el aspecto cuantitativo, no cualitativo.

- Y desde el punto de vista real, dado que la convivencia por más tiempo con el menor supone una mayor influencia, no jurídica, pero sí de facto, del cónyuge que disfrute de ese mayor tiempo.

Tras esta introducción y respondiendo a la pregunta planteada, considero que la periodicidad más adecuada será la que cada familia configure, efectuando el "traje a medida" que mejor se adapte a su idiosincrasia.

Sin embargo, ciertamente son más habituales los supuestos en los que los cónyuges no confeccionan unos tiempos de estancia específicos, en consecuencia, y en términos generales, en mi experiencia la periodicidad semanal, además de ser la mayoritaria, es la fórmula que mejor funciona en la práctica.

Los motivos los encontramos, tanto en las bondades de este sistema, como en los inconvenientes de otros:

- La estancia semanal con los progenitores es lo suficientemente larga y lo suficientemente corta; es decir, lo suficientemente larga para que los menores estén con cada progenitor tiempo de calidad, pero a la vez, lo suficientemente corta, como para que no pasen mucho tiempo sin convivir con el otro progenitor.

Las custodias compartidas con estancias más largas (mensuales, bimensuales, trimestrales etc…), se convierten en custodias exclusivas alternas; considero que no son las fórmulas que mejor funcionan en la práctica.

Asimismo, las periodicidades más cortas (ej: lunes y martes con un progenitor, miércoles y jueves con otro, y fines de semana alternos) en general pueden ser perjudiciales, dado que supone un nivel de cambio de domicilio para los menores excesivo. Sin embargo, estas periodicidades cortas, quizá puedan plantearse para menores de muy corta edad, dado que según parece, su memoria es de muy corto alcance temporal, consecuentemente necesitan ver a ambos progenitores los más diariamente posible.

- Los cambios de domicilio se minimizan, a diferencia de periodicidades más largas donde tenemos que integrar en el reparto de tiempos, visitas de fines de semana alternos, quizá alguna pernocta intersemanal etc… En el cambio semanal, los menores cambiarán una vez a la semana, siempre el mismo día.

- El encaje del periodo semanal con los periodos vacacionales es natural y sencillo, a diferencia de lo que ocurre con otras periodicidades. Por ejemplo, la periodicidad mensual, complica el reparto igualitario de tiempos, dado que los periodos vacacionales impiden estar meses completos, cada enero debe comenzar un cónyuge diferente el primer mes para cuadrar repartos igualitarios etc…

- Se adapta perfectamente a la semana escolar, es decir, los menores cambian el viernes, domingo o el lunes, pero en los tres casos comienzan la semana con uno de los progenitores, favoreciendo el orden en los días escolares. En periodicidades distintas, que se cuantifican en días, por ejemplo 15 días con cada progenitor, supone efectuar el cambio de custodia

en días intersemanales de colegio diferentes, lo que considero que no ayuda a tener un sistema en el que los menores sepan perfectamente donde les corresponde estar en cada momento y al antedicho orden en los días escolares.

Por otra parte, respecto al cambio los viernes, los domingos o los lunes, considero que las tres opciones son válidas, pero yo me decanto por los viernes por lo siguiente:

- Finalizan la semana con uno y comienzan el lunes con el que han estado el fin de semana. En el caso del lunes, el cambio se produce tras el primer día de colegio, por tanto, de alguna manera se "corta", aunque mínimamente, la semana escolar.

- Además, el cambio se efectúa en el colegio, lo que ayuda a evitar roces entre los progenitores por retrasos etc… lo que no se evitaría con la entrega los domingos.

En consecuencia, por mi parte la fórmula general más adecuada en caso de custodia compartida es la semanal, con el cambio el viernes a la salida del colegio.

GABRIELA DOMINGO

Abogado. Málaga

La experiencia me dice que el mejor momento para el cambio en el reparto alternativo de tiempos es el viernes a la salida del colegio

Por lo que vengo comprobando en la práctica los progenitores vienen solicitando que el cambio tenga lugar los lunes en el colegio, suelen considerar que así comienzan la semana con el cambio, pero, la experiencia me dice que el mejor momento para el cambio en el reparto alternativo de tiempos es el viernes a la salida del colegio, sobre todo pensando en los niños a los que resulta más fácil adaptarse al cambio durante el fin de semana, ajustarse a las circunstancias del progenitor con el que se inicia el periodo y tener el sábado y domingo para esa adaptación: organizar estudios y disfrutar de ocio con el progenitor alterno. El lunes empiezan el colegio ya adaptados y sabiendo que hasta el viernes estarán con el mismo progenitor .

Al padre y a la madre también les resulta en la práctica muy beneficioso haber pasado el fin de semana con sus hijos para retomar las actividades escolares de estos y ponerse al día en todas las facetas de sus hijos con los que no han pasado la semana anterior.

En el supuesto de custodias monoparentales no quiero dejar de decir algo que veo muy beneficioso en tales casos, y que es que el progenitor no custodio, si puede, que sea quien lleve a los niños al colegio por las mañanas o los recoja a la salida, ya que son momentos muy ricos de intercambio, y resulta muy beneficioso para los hijos mantener ese contacto asiduo con el otro; y además veo muy satisfactorio que, en lugar de intercambiar varias tardes a la semana, se establezcan fines de semana alternos largos de viernes a martes por la mañana o de jueves a lunes con la precisión diaria que he expuesto.

JOSÉ LUIS FERRER-SAMA

Abogado. Madrid

Un régimen alterno de semanas es el más aconsejable porque permite a los hijos mucha cercanía a ambos progenitores

Cualquier modalidad de reparto funciona bien si la voluntad de los progenitores y las relaciones con los hijos son buenas y se enfocan de forma positiva.

En la mayoría de los casos un régimen alterno de semanas es el más aconsejable porque permite a los hijos mucha cercanía a ambos progenitores y también implica gran implicación de éstos. Sin embargo, en un supuesto que he tenido se estableció una estancia alterna de cuatro meses con cada progenitor, con unas visitas amplias del otro, y ha estado siendo muy positiva hasta que los hijos se hicieron mayores de edad.

JORGE A. MARFIL

Abogado. Madrid

Hay que diferenciar los periodos en función de la edad de los hijos.

Mi experiencia con la custodia alternativa (llamarla " compartida " en un error conceptual) es suficiente para estimar que en definitiva se trata de un traje hecho a la medida de una familia concreta, porque la verdad es que no hay dos familias iguales.

Así las cosas y por dar respuesta aproximada a la pregunta haría dos bloques: Hijos de 7, 8… 11 años, creo que precisan más cercanía con uno y otro progenitores, por lo que suelo fijar la alternancia semanal, con o sin día entre medias; y de 12, 14, 15 años, entiendo que deben estar más centrados y con menos alternancia, de ahí que procure fijarla con periodicidad mensual.

(AVISO A NAVEGANTES: Aprovecho la ocasión, dado el título de la película que sigue, para indicaros que acaba de estrenarse en Madrid una película francesa, lamentablemente traducida con el título de "Custodia compartida". Se trata de la separación de una pareja en la que el ex marido, psicópata, tortura hasta lo indecible a sus hijos y a su ex esposa, acabando detenido. El título de la película en francés es " Jusqu´à la garde ", algo así como "Hasta el fondo" ó "Hasta la empuñadura", por lo que como puede verse le han puesto un título para atraer espectadores pero sin duda no le hacen ningún favor a este instituto que, con tanto trabajo, seguimos intentando integrar en nuestra sociedad. Vendrán a nuestros despachos gentes alarmadas porque el nombre y el contenido de la película les hagan pensar que es un tipo de custodia no aconsejable. Queda dado el aviso.)

MERCÈ MIRA

Abogado. Barcelona

Depende, porque en derecho de Familia "cada caso es cada caso"

Empezamos diciendo el "DEPENDE", porque que en Derecho de Familia: "cada caso es cada caso" y hay que tener en cuenta todas las circunstancias y peculiaridades de cada familia en concreto y hacer "un traje a medida".

El CODI CIVIL DE CATALUNYA, no establece la Custodia Compartida, ni como obligatoria ni como preferente; aplicamos el "DEPENDE" atendiendo de manera prioritaria "el interés del menor".

I.- REGULACIÓN SUSTANTIVA Y PROCESAL:

Se aplica la misma, tanto a los matrimonios como a las

parejas estables.

Art. 233-8 CCCat. Responsabilidad Parental (Patria Potestad), mantiene el carácter compartido y, en la medida que sea posible, se tiene que ejercer conjuntamente.

Para determinar cómo se tienen que tienen que ejercer las responsabilidades parentales, tienen que presentar sus propuestas de PLAN DE PARENTALIDAD, con el contenido que establece el art. 233-9.

Art. 233-9 CCCat. Plan de Parentalidad, ha de concretar la manera en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Se tienen que hacer constar los compromisos que asumen respecto a la custodia, cuidado y educación de los hijos. Y, concreta los aspectos de forma minuciosa y detallada.

El Plan de Parentalidad es obligatorio aportarlo en los procedimientos de mutuo acuerdo (Art. 233-2 CCCat.), y forma parte del Convenio Regulador, que aprueba la Sentencia.

En los procedimientos contenciosos también se presenta el Plan de Parentalidad que propone cada progenitor, pero las Sentencias no suelen pronunciarse sobre si aprueban uno u otro Plan de Parentalidad, sino que resuelven sobre la Custodia y la forma de ejercerla, de acuerdo con el art. 233-11 CCCat. Criterios para determinar el régimen y la manera de ejercer la guarda:

Se han de tener en cuenta las propuestas del Plan de Parentalidad y, en particular, los criterios y las circunstancias siguientes ponderados conjuntamente.

La vinculación afectiva ….

La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.

La actitud de cada uno de los progenitores…..

El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado…… y las tareas…..

La opinión expresada por los hijos.

Los acuerdos en previsión de ruptura…..

La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

II.- MODALIDADES DE REPARTOS DE TIEMPO:

Todos estos CRITERIOS son muy importantes para decidir, tanto los progenitores de mutuo acuerdo como el Juez en un procedimiento contencioso, sobre la MODALIDAD de Custodia Compartida.

Las MODALIDADES más habituales son:

1.- Semanas alternas: Haciendo el cambio de custodia: el viernes o el lunes en el centro escolar, y en algunos casos el domingo por lo noche, en que el progenitor que finaliza su semana de guarda lleva a los hijos al domicilio del progenitor que la inicia. Con una tarde entresemana, con pernocta o no con el progenitor que aquella semana no tiene la custodia.

2.- Fines de semana alternos, viernes por la tarde a lunes por la mañana, y dos días con cada progenitor entresemana, que pueden ser seguidos: lunes y martes con uno y miércoles y jueves con otro; o bien alternando estos dos días intersemanales: lunes y miércoles con uno y martes y jueves con el otro.

3.- Vacaciones escolares:

3.1.- Las de Navidad y Semana Santa: mayoritariamente suelen repartirse por mitad y de forma alternativa.

Lo mejor es que queden determinadas, ya las mitades que corresponden a cada uno, según los años pares e impares.

Pero también hay casos, cuando hacen las semanas alternas, que las mantienen durante estas vacaciones.

3.2.- Verano: hay muchas modalidades:

3.2.1.- Mitad de todo el período con cada progenitor, pero no seguido, sino repartido en seis periodos alternos.

3.2.2.- Mitad de Julio y Agosto, alternando cada año las primeras y segundas quincenas; y Junio y Septiembre siguen con el reparto 1.- o 2.-.

3.2.3.- Mitad de Agosto; y Junio, Julio y Septiembre siguen con el reparto 1.- o 2.-.

Y, también lo mejor es que queden determinados ya los períodos que corresponden a cada uno, según los años pares e impares. Evita muchos conflictos y posibilita que cada progenitor pueda organizar sus vacaciones con sus hijos con toda la antelación.

III.- QUÉ MODALIDAD DE REPARTOS DE TIEMPO FUNCIONA MEJOR EN LA PRÁCTICA:

Yo me decanto por tener en cuenta la EDAD, acomodando los repartos de tiempo a las distintas edades del hijo que van relacionadas con sus necesidades en el sentido más amplio y autonomía; y suelo establecer las siguientes 4 Modalidades con estancias progresivas:

1ª Modalidad:

De 0 a 6 meses: pernoctas en el domicilio materno y el padre acude al mismo cada día para bañar al bebé, darle la cena y acostarlo.- O bien el padre se lleva al bebé cada día por espacio de unas 2 horas.

De 6 meses a 1 año: El padre se lleva al hijo dos tardes

entresemana, de 17:00 a 20:00 h., y lo tiene una semana el sábado y a la siguiente el domingo de 10:00 h. a 20:00 h., cada uno de estos dos días.

Reparto de los días festivos de Navidad y Semana Santa de forma alterna, manteniendo los horarios.

Una semana en las vacaciones de verano, cada día de 10:00 h a 20:00 h.

De 1 año a los 2 años: El padre se lleva al hijo dos tardes entresemana, de 17:00 a 20:00 h., y lo tiene los fines de semana alternos desde las 10:00 h del sábado hasta el domingo a las 20:00 h.

Reparto de los días festivos de Navidad y Semana Santa de forma alterna, con pernoctas.

Una semana en las vacaciones de verano, con pernoctas.

De los 2 a los 3 años: El padre se lleva al hijo dos tardes entresemana, de 17:00 a 20:00 h., y lo tiene los fines de semana alternos desde el viernes a las 17:00 hasta el domingo a las 20:00 h.

Mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa de forma alternativa.

Dos semanas en las vacaciones escolares, pero no seguidas.

2ª Modalidad: Desde que empieza P-3 hasta que termina P-5:

Con cada progenitor: Dos días alternos entresemana con pernocta, lunes y miércoles, o martes y jueves, así cada progenitor ve a los hijos cada día.

Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana a la entrada del mismo.

Mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa de forma alternativa.

Quince días del mes de Julio y otros quince días en el mes de Agosto, también alternando las quincenas.

3ª Modalidad: Durante toda la Primaria:

Con cada progenitor: Dos días seguidos entresemana con pernocta, lunes y martes o miércoles y jueves. Este sistema requiere que haya consenso y compromiso de los progenitores en las actividades extraescolares de los hijos, pues suelen ser en días alternos.

Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana a la entrada del mismo.

Mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa de forma alternativa.

Quince días del mes de Julio y otros quince días en el mes de Agosto; o bien los seis períodos alternos durante todas las vacaciones de verano.

4ª Modalidad: A partir del inicio de la Secundaria y hasta la mayoría de edad:

Semanas alternas.

Mitad de los tres períodos de vacaciones escolares.

ISIDRO NIÑEROLA

Abogado. Valencia

Puede haber imnumerables sistemas, pero hay que diferenciar en función de la edad de los hijos.

Entiendo que puede haber innumerables sistemas para proceder a repartir los tiempos de convivencia, y se hace cuanto más del todo necesaria la desaparición del término "custodia", para adaptar a cada familia, los tiempos de dedicación a los hijos.

No obstante, creo que el sistema más adecuado, teniendo en cuenta la edad de los hijos, que han dejado de ser lactantes podría ser desde los 2 a los 3 años, dos días seguidos intersemanales y fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en que serían reintegrados por el padre o la madre al centro escolar, y seguir así en el caso que el sistema funcionase bien.

A partir de esa edad seria más conveniente fijar un sistema de comunicaciones y estancias de semanas alternas con intercambio de custodia los viernes a la salida del colegio, de tal forma que el progenitor pase el fin de semana con los hijos hasta cuando el viernes siguiente de nuevo se produzca el intercambio y sin contactos intersemanales con el otro progenitor.

Creo que el sistema mencionado es más adecuado, dado que así el menor comienza con actividades de ocio con el padre o la madre durante el fin de semana, para que luego entre semana pueda aquel de los progenitores que se encuentre bajo su compañía supervisar los estudios y todo lo relativo a la vida diaria del menor, y por tanto, es más adecuado este sistema desde mi punto de vista que el que se produce con los intercambios los domingos o los lunes.

Es bueno que, producida la ruptura, el menor tenga una relación no perturbadora con el otro progenitor, porque a veces, con contactos demasiado frecuentes, puede producirse un efecto contrario al interés del menor.

En cuanto a los contactos telefónicos, telemáticos o por cualquier medio audio visual, si la relación es buena produce un efecto enriquecedor con los hijos, pero si la relación ya no lo es tanto, puede producir un elemento que ponga en peligro la paz y el sosiego de los hijos que deben tener tanto en domicilio paterno como en el materno.

No veo aconsejable el sistema de quincenas y trimestres aunque ya hemos dicho todo va a depender del trabajo de los

progenitores y del reparto de tiempos que en ocasiones se tiene que adaptar a las necesidades de todo el conjunto familiar.

Las Audiencias Provinciales en general son reacias a establecer una custodia compartida cuando el menor reside en diferentes países, si bien mi criterio es contrario a esa apreciación puesto que los hijos pueden tener perfectamente una educación multicultural, siempre y cuando exista una homologación de estudios entre los diferentes países. No veo óbice alguno en que los hijos pasen un curso escolar, p.ej por citar algún país en Reino Unido y otro curso en España, dado que lo importante es adoptar soluciones que redundan en beneficio de los menores y que su interés esté protegido pero que a la vez gocen de la compañía de ambos progenitores, situación que se da con muchísima frecuencia dado el transito de ciudadanos comunitarios entre los diferentes países y ciudadanos no comunitarios.

JOSÉ GABRIEL ORTOLÁ

Abogado. Valencia

Las circunstancias del caso y, sobre todo, la edad de los hijos menores, determinará finalmente la mayor bondad de una alternativa sobre otras.

No creo que exista un modelo genérico que pueda presentarse como idóneo en el reparto de convivencia dentro de los posibles en una custodia compartida. Me parece evidente que las circunstancias del caso y, sobre todo, la edad de los hijos menores, determinará finalmente la mayor bondad de una alternativa sobre otras. Se trata, siguiendo el símil acuñado por nuestro querido amigo de la Aeafa, el magistrado Javier Pérez Martín, de hacer sastrería jurídica con el régimen de relación y convivencia, confeccionando aquel que, reconociendo la edad de los menores, las posibilidades y capacidades de conciliación familiar y laboral de los progenitores, mejor responda al interés del menor en el caso concreto.

Ciñéndome exclusivamente al dato de la edad, y siguiendo con los criterios técnicos imperantes en psicología infantil, parece aconsejable que el sistema a establecer debiera ser, en todo caso, progresivo, de modo que, a menor edad del niño, se le procure un modelo que proporcione mucha frecuencia de trato con ambos progenitores y, de modo decreciente, según el menor avance en edad, se vaya reduciendo progresivamente tal frecuencia.

Es obvio que, como decía antes, habría que analizar cada caso, puesto que las necesidades de cada niño, su desarrollo y la obtención de la madurez, varía entre ellos. De tal modo, la progresión, hasta alcanzar un modelo de estancias más estable y por ende idóneo en edades más maduras, puede ser diferente.

Aprovechando la pregunta que se formula, me parece importante reseñar un error que se observa con frecuencia, en la confección de convenios y en resoluciones judiciales al momento de realizar el reparto de los tiempos, cuando se prevé la realización del cambio de guarda en el centro escolar. Así, es común convenir o resolver los modelos de guarda alterna utilizando la siguiente fórmula: “custodia compartida por semanas alternas desde la salida del centro escolar los lunes hasta su

reincorporación al centro escolar el inmediato lunes siguiente". Pues bien, es importante fijarnos y reconocer que un modelo así establecido deja exento de guarda al menor todos los lunes, en el horario comprendido desde la entrada al colegio hasta su salida, y ello, obviamente, puede dar lugar a problemas. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de que el centro escolar deba dirigirse a un progenitor como consecuencia de alguna incidencia acaecida dentro del ámbito escolar.

RAMÓN TAMBORERO

Abogado. Barcelona

El sistema de guarda por semanas alternas es el más garantista para los intereses del menor.

Como punto de partida, debo dejar constancia que la experiencia de nuestro despacho en orden a la guarda compartida impuesta judicialmente, sin que uno de los progenitores esté conforme con tal reparto del tiempo, ha sido la de un auténtico fracaso en líneas generales; se observa que la Magistratura y sobre todo los equipos psicosociales que apoyan normalmente este sistema, no son conscientes ni conocen suficientemente en la práctica que el sistema de guarda compartida, "ex imperio lege", provocan infinidad de problemas derivados en múltiples situaciones difíciles de prever y que acaban con un sinfín de ejecuciones forzosas que no ayudan a la estabilidad de los menores.

Dicho lo cual, considero que la guarda compartida en procesos contenciosos tiende más a "contentar" a los progenitores que exigen la misma, a pesar de que el otro no esté conforme con ella, con el objetivo de satisfacer su propio "ego", olvidando en muchas ocasiones el auténtico interés y estabilidad de los menores.

En todo caso, contenciosos y también para aquellos que se llegan al siempre positivo mutuo acuerdo, creo que el sistema de guarda por semanas alternas es el más garantista para los intereses del menor.

Iniciar la semana los lunes a la salida del centro escolar, hasta el lunes siguiente, al inicio del colegio, creo que permite complementar correctamente la parte educativa y lúdica de la vida de los niños, siendo aceptable, como mucho, que una tarde de esa semana, los menores puedan ver al otro progenitor.

Esta interrupción de las semanas alternas con cada uno de sus padres, puede tener un buen encaje en los casos de niños pequeños, pero no así a partir de los diez o doce años, toda vez que interrumpe sus rutinas de estudio y trabajo en beneficio del otro progenitor que, con toda su buena fé, convierte esa tarde en un día pseudo-festivo, lo que no ayuda a la estabilidad evolutiva, emocional y de progreso de sus hijos.

Debo finalmente posicionarme en contra del sistema que algunos juzgados vienen adoptando en orden a la denominada regla del 2-2-3, es decir que la cadencia de estancias de los niños con sus padres coincidan en la semana repartida en tal forma que lunes y martes estén con uno de los progenitores,

miércoles y jueves con el otro, y el fin de semana alternándose con cada uno de ellos.

Me atrevería a decir que ese sistema solo tendría cabida para menores entre siete a diez años, y aun así me atrevo a pronosticar que, de adoptarse tal medida (no así cuando la pactan los padres voluntariamente), nos faltaría un día para que los niños puedan encontrar un profesional que en el plano psicológico les ayude a superar la falta de estabilidad que una decisión de ese tipo les puede representar.

FRANCISCO VEGA SALA

Abogado. Barcelona

"*Ad casum*". Depende de cada caso, de cada familia.

"Ad casum". Depende de cada caso, de cada familia.

La pregunta se refiere únicamente a la guarda y custodia "compartida", de la que supone existir infinitas "modalidades", lo cual es cierto en cuanto la ley no las determina ni enumera.. Y de estas infinitas "modalidades" no hay, a nuestro entender, ninguna que podamos calificar de "mejor" que las otras. Dependerá de cómo sea la familia, es decir los padres y los hijos, y del tipo de relación que hayan tenido y tengan los unos con los otros.

En conclusión, no nos sentimos capaces de recomendar una determinada "modalidad" de guarda compartida como "mejor" que las otras.

Ahora bien, si se pide que se indique cuál es la "mejor" es que, implícitamente, se nos está pidiendo que establezcamos mentalmente un escalado y la medida que esté en cabeza será la "mejor", pero no hay que olvidar que en este escalado habrá una medida en la cola, que, entendemos, deberá ser considerada como la que "peor" funciona.

Como hemos dicho nos sentimos incapaces de señalar cuál es la "mejor", pero, sin duda alguna y sin vacilación, señalamos que la "peor" es la llamada "casa-nido", entendiendo como tal, aquella "modalidad" que consiste en que los hijos no se mueven de la vivienda y los padres van entrando y saliendo de ella, viviendo periodos alternativos en la misma. Es fuente de toda clase de incomodidades (hacer las maletas y ordenar y cerrar los armarios cada vez), problemas (¿quien arregla el vidrio o el grifo rotos?) y discusiones.

Patria potestad

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: EL PADRE CARECIÓ Y CARECE DE INTERÉS POR EL HIJO

PADRE EN PRISION: ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL EJERCICIO A LA MADRE

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: EL PADRE CARECIÓ Y CARECE DE INTERÉS POR EL HIJO

El padre se encuentra en paradero desconocido y por lo que se ve careció y carece de interés por la hija menor, pues viene incumpliendo todas sus obligaciones paterno filiales, ante lo cual procede la privación de la patria potestad.

AP MADRID, SEC. 24.ª
SENTENCIA DE 19/06/2017

Se ha ejercitado por la parte apelante, por la representación legal de doña Benita, la privación de la patria potestad del Sr. Don Juan Pablo; que por el contenido de lo resuelto en la sentencia apelada habrá de entenderse que se pide la privación inclusive de la titularidad de la patria potestad.

Al respecto, dispone el artículo 170 del CC que "el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial". Aunque la patria potestad por Derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no solo derechos, sino muy principalmente deberes; puede en determinados casos extinguirse, impedirse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la Ley, cuando sus titulares no asuman las funciones inherentes a ella o las ejerzan con desacierto o perjuicio para el descendiente. El art. 170 del CC, como recoge la jurisprudencia constante de nuestro Tribunal Supremo (vid: S.S.T.S. 6-julio-1.996 ; 18- octubre -1.996 ; y 31-diciembre-1.996), más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo.

El art. 170 del C.C., no obstante, se insiste y no debe olvidarse, es norma de carácter sancionador que debe ser objeto de interetación restrictiva y su aplicablidad exige que en el caso concreto aparezca plenamente probado que el progenitor al que se pretende privar de la patria potestad haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma.

Partiendo de lo que antecede; de la legalidad vigente y doctrina jurisprudencial citadas; de lo dispuesto en el art. 9 en relación con el 3, en la Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, convención de 20 de noviembre de 1.989); y en consonancia con el informe del Ministerio Fiscal del folio 116 de las actuaciones y de fecha 13 de junio de 2.016; procede estimar el presente recurso de apelación al ser lo procedente en el caso privar de la titularidad (también) de la patria potestad a don Juan Pablo con respecto a su hija Sabina, al quedar acreditado en autos que el padre no cumple en absoluto con los deberes de tal instituto jurídico y que indica el art. 154 del CC, pues incluso el órgano a quo lo reconoce e indica, que el padre se encuentra desaparecido desde hace ya mucho tiempo; lo que ha provocado incumplir los deberes de cuidado y asistencia material y moral y se ve de manera palmaria que el padre careció y carece de interés por la menor. Con lo que antecede es suficiente y no es poco, que procede, se insiste, privar al padre de la patria potestad (titularidad también).

PADRE INGRESADO EN PRISION: ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL EJERCICIO A LA MADRE

AP BALEARES, SEC. 4.ª
SENTENCIA DE 30/10/2017

Existe causa para atribuir el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre por cuanto el hecho de que el padre de los menores permanezca ingresado en prisión entorpece el ejercicio, si bien dicha medida solo tendrá vigencia durante el plazo en que permanezca ingresado en prisión.

La representación procesal de D.ª Antonia se alzó contra la sentencia recaída en el primer grado jurisdiccional, cuyo Fallo ha sido transcrito en el primer antecedente de hecho de la presente resolución, alegando que la misma carece de referencia o pronunciamiento alguno sobre lo solicitado por dicha parte en su contestación a la demanda y que fue objeto de debate.

Así, sostiene la parte apelante que dicha representación al contestar la demanda formuló petición del ejercicio en exclusiva de la patria potestad en relación a los hijos comunes. Asimismo, al fijar posturas al inicio del plenario se solicitó e indicó nuevamente tal pedimento. Al finalizar el plenario, en sede de informe se reiteró dicho pedimento.

Sin embargo -se sigue alegando en el recurso- en la sentencia de instancia no se hace referencia alguna a tal cuestión, lo que se considera como una incongruencia omisiva.

Por todo ello interesa, que, en esta alzada, se dicte sentencia en la que se acuerde que mientras dure la situación de presidio del padre, la madre ostente en exclusiva el ejercicio de la patria potestad. Siendo, ésta, la medida más beneficiosa para los menores, que se encuentran bajo la custodia de la madre, siendo ella quien a diario toma las decisiones que afectan a los hijos.

Si examinamos la contestación a la demanda, vemos que la parte demandada, hoy apelante, en la misma interesó que se le atribuyera el ejercicio en exclusiva de la patria potestad.

En la sentencia recaída en la primera instancia, el Juez “a quo” no hace referencia alguna a tal petición formulada en la contestación a la demanda.

En el supuesto que ahora nos ocupa, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 752.1 de la LEC, en relación con los artículos 91, 92 y 156 del Código Civil, esta Sala considera procedente atribuir el ejercicio, en exclusiva, de la patria potestad sobre los menores a la madre, mientras el padre continúe ingresado en prisión.

Desde el punto de vista procesal no existe inconveniente alguno para poder adoptar dicha medida en el procedimiento del que dimana el presente Rollo, al referirse la misma al interés superior de los menores, y haber sido objeto del oportuno debate en la primera instancia.

Y, desde el punto de vista sustantivo, consideramos procedente la misma al entender que existe causa para ello, según lo establecido en el último inciso del párrafo segundo del art. 156 del Código Civil. Y ello por cuanto el hecho de que el padre de los menores permanezca ingresado en prisión entorpece el ejercicio de la patria potestad. Por consiguiente, mientras dure tal ingreso consideramos procedente, en interés superior de los menores, atribuir el ejercicio, en exclusiva, de la patria potestad sobre los mismos a la madre. Medida que, por lo tanto, sólo tendrá vigencia durante el plazo en que el repetido padre de los menores permanezca ingresado en prisión.

Guarda y custodia

EL PADRE NO PUEDE ATENDER A SUS PROPIAS NECESIDADES

LA NUEVA DESCENDENCIA DEL PADRE NO JUSTIFICA LA CUSTODIA COMPARTIDA

EL PADRE NO PUEDE ATENDER A SUS PROPIAS NECESIDADES

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª
SENTENCIA DE 21/12/2017

El padre (pese al incuestionable afecto que sienta por su hija y el recíproco cariño que ésta muestre) desgraciadamente sigue sin poder subvenir con sus propios medios a la subsistencia de ambos y tanto la habitación y alimentación de la niña en sus periodos de convivencia paterna quedan inicialmente supeditados a la discrecionalidad y liberalidad de la octogenaria abuela materna.

En virtud de demanda deducida el 26 de octubre de 2016, instó don Severino la modificación de las medidas contenidas en el convenio regulador de 17 de diciembre de 2012 y sancionadas en la sentencia de divorcio de 20 de febrero de 2013 (copias indiscutidas de dicho documentos obran a los fols. 17 y 21 de estas actuaciones).

En dicha demanda la pretensión inicial se centraba en solicitar la fijación de un régimen de custodia compartida respecto de la hija menor Sara, nacida el NUM000 de 2012 -certificación de nacimiento unida al fol. 15-, y la supresión de la pensión alimenticia mensual de 200 euros fijada en favor de dicha menor (fijado el régimen de custodia compartida cada progenitor ha de correr con los gatos ordinarios que se generan durante el periodo que ejerce la custodia); por otro lado, y con carácter subsidiario, se solicitaba la ampliación del régimen de visitas y estancias fijado a favor del padre (contrástense en este sentido las previsiones contenidas en la estipulación tercera del convenio y las innovaciones -fundamentalmente fijación de miércoles como día de pernocta intersemanal- referidas en el hecho cuarto de la demanda).

Pues bien; como ha sido el caso, que la sentencia de primera instancia ha estimado parcialmente la demanda (fijación de un régimen de custodia compartida por periodos mensuales a partir del 1 de enero de 2018; fijación de un régimen de visitas semanales -martes y jueves- con pernoctas durante fines de semana alternos -desde la salida del colegio del viernes hasta su reintegración el lunes en el centro escolar- a favor del progenitor no custodio en cada periodo; y asunción por cada progenitor de los gastos ordinarios durante el respecto periodo de custodia); finalmente (y haciendo abstracción de la petición de nulidad de actuaciones liminarmente desestimada por la Sala mediante auto de 28 de julio de 2017) ha acontecido que la madre de la menor; doña Marina, ha interpuesto el presente recurso de apelación solicitando la revocación de la sentencia con mantenimiento del régimen de custodia materna y visitas acordado al tiempo del divorcio y elevación de la pensión alimenticia con cargo al padre y a favor de la menor en la cantidad de 350 euros o, subsidiariamente, mantenimiento de dicha pensión en la cantidad actualmente establecida.

Planteado así el objeto y ámbito del debate, se ha de anticipar, una vez revisadas las actuaciones y valoradas las pruebas -documental y testifical- practicadas en esta alzada, que el recurso debe ser estimado.

...Llegados a este punto y dado que el progenitor

demandante del cambio de régimen de custodia no ha acreditado extremo relevante alguno en relación al perjuicio concreto que para la menor puede suponer seguir tal y como deriva de lo fijado en el convenio regulador, ni tampoco circunstancia significativa concreta alguna que evidencie la conveniencia de adoptar un régimen de custodia compartida; la consecuencia, pese a la convergencia que el Ministerio Fiscal muestra con la parte apelada, mal puede ser distinta a la estimación del recurso de la progenitora en lo relativo a la objetiva y razonable improcedencia de adoptar de momento y en este caso concreto un cambio de régimen en cuestión; máxime cuando, tal y como es el caso, el padre (pese al incuestionable afecto que sienta por su hija y el recíproco cariño que ésta muestre) desgraciadamente sigue sin poder subvenir con sus propios medios a la subsistencia de ambos y tanto la habitación y alimentación de la niña en sus periodos de convivencia paterna quedan inicialmente supeditados a la discrecionalidad y liberalidad de la octogenaria abuela materna y cuando, tal y como igualmente es el caso, el régimen de custodia compartida con alternativas estancias mensuales en el domicilio de la abuela paterna, supone alejar a la niña del nuevo hijo de escasos meses de edad que la madre ha tenido con ocasión de un nuevo matrimonio y alejar a la hija del colegio al que acude sin necesidad de transporte alguno dada la cercanía con su domicilio, colegio en el que puede completar su formación escolar y preuniversitaria y en el que disfruta de una significativa cantidad de actividades complementarias que íntegramente son abonadas por la madre y que el padre, por el momento y en tanto no cambie su fortuna, no podría en modo alguno asumir.

En definitiva, el régimen actualmente vigente permite una adecuada y razonable relación de la menor con ambos progenitores (téngase presente el amplio régimen de visitas y estancias del que disfruta el padre conforme a las previsiones del propio convenio), y en dicha tesitura (que sólo se ha visto afectada por puntuales incumplimientos del padre del régimen de visitas) mal cuadraría con el interés superior de la menor y con la propia estabilidad afectiva y material del ésta la fijación de un régimen de custodia compartida sin razón objetiva que lo justifique y, en todo caso, parcial y significativamente a expensas de la liberalidad de un tercero.

Hemos dicho antes, que el padre goza de un amplio régimen de visitas que adecuadamente permite el contacto con la menor y nada se acredita en orden a la necesidad y conveniencia de la menor en orden a la fijación de un día intersemanal de pernocta con el padre dadas las innegables dificultades prácticas que ello conlleva.

LA NUEVA DESCENDENCIA DEL PADRE NO JUSTIFICA LA CUSTODIA COMPARTIDA

AP SEVILLA, SEC. 2.ª SENTENCIA DE 24/11/2017

El nacimiento de un nuevo hijo del padre con su actual pareja no puede propiciar el cambio de modelo de custodia, pues en ningún caso se constata una falta de atención o dejación de funciones por parte de la progenitora custodia que pudiese afectar a la estabilidad emocional o desarrollo equilibrado de la menor que, por otro lado, mantiene un buen rendimiento escolar.

En lo que respecta a las pretensiones revocatorias articuladas a través del recurso interpuesto referidas a la guarda y custodia de la menor de referencia mantenida a favor de la madre y cuya atribución expresa se interesa por el ahora apelante o subsidiariamente un régimen de custodia compartida en la forma pretendida; lo cierto es, que habrá de analizarse en el caso de autos, si realmente se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que propiciaron en su día la fijación de la misma, requiriéndose en orden al posible acogimiento de la acción modificativa entablada la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Un cambio objetivo al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento y de la situación contemplada al tiempo de establecerse la medida que se intenta modificar. 2) Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida y no a factores periféricos o accesorios. 3) Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo por el contrario unas

característica de cierta permanencia en el tiempo. 4) Que el repetido cambio sea imprevisto o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida ya fuese tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias. En este sentido, conviene precisar con carácter previo, que el principio rector en cuanto a la adopción de un régimen de guarda y custodia no puede ser otro que la salvaguarda del interés preferente y superior de la precitada menor a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se trata de garantizar, principio consagrado tanto en la normativa supranacional (Convención de los Derechos del Niño), como en nuestra legislación en diversos preceptos del C. Civil (arts. 92, 93, 103.1, 154, 158 y 170 entre otros muchos), Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor, y en general, en cuantas normas y disposiciones se regulan cuestiones matrimoniales, paternofiliales o tutelares, constituyendo principio básico y orientador de la actuación judicial que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos. Asimismo el régimen de estancias, comunicación y visitas se configura como un complejo derecho-deber, cuya finalidad no es satisfacer los deseos de los progenitores, sino la de proteger los derechos e intereses de los menores, exigiendo estos últimos unos contactos lo mas racionalmente posibles con el progenitor no custodio, debiéndose favorecer con la adecuada flexibilidad tales relaciones que deben propiciar unos sólidos vínculos de apego y afecto pero articulándose las mismas en atención las circunstancias concurrentes y muy especialmente las que resulten mas beneficiosas para el precitado menor de acuerdo con el principio del "favor filii", estimándose que las posibles limitaciones o restricciones a tal derecho han de tener alcance y carácter excepcional. Así las cosas, tras el análisis de la prueba practicada, documental aportada e informe psicosocial unido a las actuaciones se deduce, que si bien es cierto, que en virtud de sentencia dictada con fecha 29 de Noviembre de 2012 en procedimiento de regulación de relaciones paternofiliales derivadas de la unión de hecho de ambas partes hoy litigantes que aprobó el acuerdo al que llegaron ambas partes hoy litigantes, se atribuyó la guarda y custodia de la menor de referencia a su madre Sra. Ofelia, también lo es, que aún aceptando las habilidades y capacidades parentales de ambos progenitores, no se constata una alteración sustancial de circunstancias determinantes para el cambio de atribución pretendida, estimándose por esta Sala adecuado, ajustado y ponderado mantener la guarda y custodia de la precitada menor a su madre, con quien ha estado conviviendo desde su nacimiento y con más intensidad desde la ruptura convivencial y durante la tramitación de los distintos procedimientos en un ambiente familiar, social y escolar estable, sin que el acceso de ésta última al mercado laboral o el nacimiento de un nuevo hijo del ahora apelante con su actual pareja pudiera propiciar el cambio pretendido en cuanto al régimen de custodia (en ningún caso se constata una falta de atención o dejación de funciones por parte de la progenitora custodia que pudiese afectar a la estabilidad emocional o desarrollo equilibrado de la precitada menor que, por otro lado, mantiene un buen rendimiento escolar), sin que pueda aceptarse la pretensión de custodia compartida interesada con carácter subsidiario en el presente recurso, ya que sin olvidar que dicho régimen ha de ser configurado, según la última doctrina jurisprudencial de nuestro T. Supremo, como un sistema parental normal y deseable, debiendo ser implantado siempre que fuera viable y beneficioso para la menor, no se cumplen en el caso de autos los requisitos legalmente establecidos ni concurren otras circunstancias que pudieran propiciarlo como el bajo nivel de conflicto entre las partes y buena predisposición de cooperación, comunicación y respeto entre las mismas; y todo ello con independencia del amplio y normalizado régimen de estancias, comunicación y visitas establecido a favor del padre en lo que respecta a días intersemanales, fines de semana alternos y mitad de períodos vacacionales, que deberá propiciar una mayor vinculación afectiva entre padre e hija, con ambos referentes parentales en un clima de estabilidad y bienestar y cuyo cumplimiento, con la oportuna flexibilidad y consensos, deberá favorecerse por ambos progenitores, De ahí, que sea procedente la desestimación de las pretensiones revocatorias articuladas vía principal o carácter subsidiario a través del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia en toda su integridad.

Régimen de visitas

PROBLEMATICA DE LAS VISITAS CUANDO EL HIJO LAS RECHAZA

AP VALENCIA, SEC. 10.ª
AUTO DE 11/12/2017

Se constata la dificultad de las relaciones de la hija (de 14 años) con su padre, y que éstas responden a sentimientos propios, no a la influencia adulta. Se acordó la intervención del Punto de Encuentro Familiar en la modalidad de visitas tuteladas, pero no está probado que la continuación de la ejecución para el cumplimiento del régimen de comunicación fijado en la sentencia de divorcio responda en la actualidad al beneficio de la hija, por lo que se acuerda iniciar un expediente del art. 158 del CC para resolver lo procedente.

El demandante interpone recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia número 9 de Valencia el día 12 de mayo de 2. 017, que estimó la oposición planteada por la demandada frente a la ejecución instada por el actor, y acordó la deducción de testimonio para la incoación de proceso para la adopción de medidas de protección al amparo del artículo 158 del Código Civil.

Para la resolución del presente recurso no puede desconocerse en primer lugar el informe redactado por la psicóloga señora Rosana a instancias de la demandada (folios 70 y siguientes), fechado el día 2 de marzo de 2. 017, que valoró a la menor y a ambos litigantes, y que recomendó no imponer a la menor, que tiene 14 años, la relación con su padre. En el informe redactado por el psicólogo señor Jesús a instancias del actor (folio 224), hecho el día 15 de marzo de 2. 017, que no valoró a la demandada, se considera que no procede dejar a la voluntad de la hija las relaciones con su padre, afirmando sus buenas cualidades para el ejercicio de la función parental. En el informe realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 94 y siguientes), para el procedimiento de modificación de medidas 272/14 se constata la dificultad de las relaciones de la hija con su padre, y que éstas responden a sentimientos propios, no a la influencia adulta. También se comprueba que se dictó el día 21 de julio de 2. 017 un auto al amparo del artículo 158 del Código Civil que aprobó el acuerdo de las partes y decidió la intervención del Punto de Encuentro Familiar en la modalidad de visitas tuteladas, con remisión de informes con periodicidad mensual. A la vista de todo lo expuesto, y del artículo 94 del Código Civil, procede mantener el auto recurrido, porque no está probado que la continuación de la ejecución para el cumplimiento del régimen de comunicación fijado en la sentencia de divorcio responda en la actualidad al beneficio de la hija, máxime cuando se ha acordado un régimen de relación provisional adaptado a las actuales circunstancias para preservar la relación paterno-filial. Debe por ello desestimarse el recurso de apelación.

Vivienda familiar

ATRIBUCIÓN DE USO, NO DE USUFRUCTO

AP MADRID, SEC. 24.ª
SENTENCIA DE 30/06/2017

La atribución del uso que se regula en el art. 96 del CC no comprende el disfrute o usufructo, porque no incluye el aprovechamiento de los frutos civiles. Solo se concede el uso, y por tanto se revoca la sentencia y el usufructo se tendrá por no puesto.

Por lo que se refiere al empleo en materias de "familia" de la concesión del uso y disfrute del domicilio familiar para una mejor comprensión de lo que después se dirá, conviene al caso precisar que desde el punto de vista semántico o de puridad terminológica, con respecto a las palabras uso y disfrute (usufructo), se suele utilizar la figura retórica llamada endiasis (con mejor ortografía sería hendíasis, del griego, uno mediante dos), consistente en utilizar una pareja de términos a menudo casi sinónimos, para expresar un solo concepto. Eso quizá explique la utilización casi constante en las resoluciones matrimoniales de la pareja uso y disfrute, con olvido del significado del segundo término y, en consecuencia, tergiversación del concepto legal, pues el uso del que habla el Cg. Civil no incluye el disfrute o usufructo, porque no comprende el aprovechamiento de los frutos civiles (obtención de renta mediante el alquiler a un tercero). Siguiendo estos pasos el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de abril de 1997 dijo: " la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, en la sentencia de separación matrimonial según el articulo 96 del Cg. Civil y con la temporalidad y provisionalidad que señala el artículo 91 del Cg. Civil, no es un derecho de usufructo como pretende la recurrente, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación que es oponible a terceros (sent. de 11 - diciembre - 1992) sin que sea unánime (ni tiene por que serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opción de si es derecho real, " derecho real familiar dice la sent. de 18 - octubre - 1994; no tiene en si mismo considerado la naturaleza de derecho real, dice la sent. de 29 - abril - 1994. En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso, (vid: SSTS de 22 - diciembre - 1992, 14 - julio - 1994 y 16 - diciembre - 1995 y, en último término a la familia : " la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso ", dice la sent. de 31 - diciembre - 1994.

Añade la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1998 que: " la adjudicación del uso del domicilio familiar a la espera de la que no se le puede privar, mientras no se decida especialmente, no es un plus de atribución a la hora de partir, sino un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela y en ningún caso cabe hablar de derecho de usufructo ".

No tiene, en definitiva, ninguna trascendencia; es un lapsus linguae, usus fori o vicio forense, que no significa nada. En "Familia" solo se da o concede el uso, el usufructo (arrendamiento) se tendrá por no puesto; sin más.

Pensión alimenticia

EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN: LA HIJA DEJÓ VOLUNTARIAMENTE UN TRABAJO

EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN: LA HIJA DEJÓ VOLUNTARIAMENTE UN TRABAJO

AP MADRID, SEC. 24.ª
SENTENCIA DE 27/06/2017

La hija estaba trabajando en un hotel en Inglaterra y dejó voluntariamente el trabajo. Esta conducta es suficiente para declarar extinguida la pensión alimenticia.

Procede desestimar el presente recurso de apelación y confirmar la sentencia de instancia apelada ya que el órgano judicial "a quo", con acierto, dio por extinguida en este proceso y en sede de patología matrimonial de los padres de la hija María Milagros, la pensión de alimentos que venía percibiendo pues dicha hija ya es mayor de edad y terminó su formación profesional; dicha hija reconoce que terminó las prácticas y encontró trabajo y estaba trabajando en Inglaterra en un hotel Meliá en el que cobraba 1.800 euros mensuales y del que dimitió voluntariamente y sin que conste, como muy bien dice el órgano a quo, que dicho trabajo en Inglaterra y en hotel Meliá percibiendo 1.800 euros al mes pueda considerarse temporal o eventual, pues la hija reconoce que ya terminó los estudios de hostelería y las prácticas. Por lo que, conforme a la doctrina jurisprudencial citada al interpretar el art. 152/3 del C.C. debe excluirse del derecho a alimentos no solo a los que de hecho ejerzan su oficio, profesión o industria, sin también a los que puedan ejercerlos; posibilidad que ha de entenderse no a la mera capacidad o habilitación subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias. La hija María Milagros ya estaba trabajando, en Inglaterra y presumiblemente con contrato fijo y percibiendo ya una importante remuneración. Su decisión voluntaria de dejar este trabajo no debe sufrirlo su padre, el Sr. Marcos; y claro está, ello es en esta sede de proceso de patología matrimonial de los padres de María Milagros; quedando a salvo su derecho para ejercitar por sí misma, en el pertinente proceso de alimentos, acción contra sus padres, si es que aún los precisa y puede acreditar su necesidad.

Pensión compensatoria

NO SE ACREDITA LA RELACIÓN DE PAREJA ESTABLE

EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DESDE LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

PENSIÓN COMPENSATORIA POR LA DIFERENCIA DE INGRESOS

NO SE ACREDITA LA RELACIÓN DE PAREJA ESTABLE

AP VALENCIA, SEC. 10.ª
SENTENCIA DE 20/12/2017

Del informe del detective solo resulta que estuvo el domingo durante unas horas con la mencionada persona y otros amigos en un apartamento, según indicó la demandada para celebrar el cumpleaños de un amigo, siendo reconocido únicamente que la pareja están en fase de conocerse pero sin tener una relación consolidada. Respecto de la declaración testifical de la hija, la misma carece de credibilidad suficiente, puesto que se posicionó claramente en favor del progenitor, además de que no dio explicaciones convincentes sobre lo que relataba y parecía tener aprendido el discurso, y debe tenerse en cuenta que ha mantenido una relación de conflicto con la madre desde hace años.

El ultimo motivo del recurso de apelación se refiere a la extinción de la pensión compensatoria. En la sentencia recurrida se apreció que concurría la causa alegada para solicitar la extinción de la pensión compensatoria, al amparo del art. 10 CC, concretamente que la demandada convivía maritalmente con otra persona, y que dicha relación tenía las notas de permanencia, regularidad y globalidad que la asemejaba a la relación matrimonial. Para ello atendió a las pruebas practicadas, singularmente la declaración de la hija de los litigantes y al contenido del informe de detective privado que se había aportado por la parte actora y concluyó que la demandada mantenía una relación duradera, permanente y equiparable a la matrimonial.

La recurrente alega error en la valoración de la prueba, por entender que ni de la declaración de la hija ni del informe de detectives resulta probada la relación de pareja con las características indicadas.

Por lo que se refiere al informe de detectives no acredita convivencia ni entre semana ni los fines de semana, como se alegó en la demanda. Consta en el informe que la demandada acudió con otra mujer, una amiga al parecer y sus dos hijos dos niños a un apartamento en Pobla de Farnals el sábado 25. 6. 2016, sin compañía masculina alguna. Y al día siguiente tras el trabajo se dirigió a Pobla de Farnals en compañía de un amigo que la recogió del centro de trabajo, donde se reunieron con la actual pareja de la demandada. Del informe mencionado solo resulta que estuvo el domingo durante unas horas con la mencionada persona y otros amigos en un apartamento, según indicó la demandada para celebrar el cumpleaños de un amigo, siendo reconocido única-

mente que la pareja están en fase de conocerse pero sin tener una relación consolidada.

Respecto de la declaración testifical de la hija Josefa, la misma carece de credibilidad suficiente, puesto que se posicionó claramente en favor del progenitor, además de que no dió explicaciones convincentes sobre lo que relataba y parecía tener aprendido el discurso. Además, ha mantenido una relación de conflicto con la madre desde hace años y parece tener interés en que su progenitor, de quién depende económicamente, reduzca sus gastos.

En consecuencia, no se estima debidamente acreditada la concurrencia de hechos que puedan incardinarse en la causa establecida en el art. 101 para la extinción de la pensión compensatoria, por lo que procede dejar sin efecto la misma, con estimación del recurso de apelación también en este punto.

EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DESDE LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª SENTENCIA DE 16/11/2017

Si en el convenio regulador se pactó que "*En el supuesto de que D.ª María Esther estableciere, antes de la fecha anteriormente acordada, una relación convivencial o contrajera matrimonio cesará la obligación del pago de pensión compensatoria por parte de D. Eutimio*", acreditada la convivencia, los efectos de la extinción deben retrotraerse a la fecha de presentación de la demanda de modificación a fin de evitar el cobro de lo indebido.

La sentencia de primera instancia acuerda la modificación de las medidas referidas a los hijos menores de edad, Segismundo y Bernarda, nacidos el NUM000 de 2005 y el NUM001 de 2006, respectivamente, aprobadas por sentencia de divorcio de 23 de marzo de 2011, que aprobaba el convenio regulador de 17 de enero de 2011, en virtud de los acuerdos alcanzados por ambos litigantes, D. Eutimio y D.ª María Esther, restaurando una guarda y custodia compartida semanal con los demás pronunciamientos inherentes a la misma.

También resuelve la única cuestión controvertida, circunscrita a la fecha de la extinción de la pensión compensatoria, acogiendo la tesis de la parte demandada de que debe serlo desde la fecha en su día establecida en el convenio regulador aprobado por sentencia de divorcio (julio de 2016), negando la petición de la parte demandante de que debe serlo con efectos retroactivos desde la fecha de la presentación de la demanda (29 de julio de 2015).

De la eficacia de lo pactado en convenio regulador:

1.- El art. 90 del Código Civil previene que: "El convenio regulador a que se refieren los arts. 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueren aplicables, los siguientes extremos: f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

2.- Es conocida la doctrina jurisprudencial en torno a la naturaleza jurídica del convenio en las crisis matrimoniales. El convenio regulador que no ha llegado a ser aprobado judicialmente tiene la eficacia de todo negocio jurídico, en cuanto integra una parte del contenido (heterogéneo) mínimo que fija el art. 90 del Código Civil, es decir, un negocio jurídico de derecho de familia en todas aquellas materias que no sean de orden público.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio 1987 señala: "se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial".

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 enero 1993 proclama que la aprobación judicial del convenio no despoja a este del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses queridos por las partes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 diciembre 1998, concluye: "Como tiene reconocido esta Sala (sentencias 25 junio 1987, 26 enero 1993, 24 abril y 19 diciembre 1997), la Ley de 7 de julio de 1981, ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los

efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges; los convenios, así establecidos, tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el art. 1261, siendo la aprobación judicial que establece el art. 90 del Código un requisito o conditio iuris de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia. Ahora bien, ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o, posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el art. 1255 del Código Civil ".

En fin, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 febrero 2002 señala: "Los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 del Código Civil), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (sentencia de 22 abril 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 del Código Civil), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter "ad solemnitatem" o "ad sustantiam" para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 26 de enero 1993, 7 marzo 1995, 22 abril y 19 diciembre 1997 y 27 enero y 21 diciembre 1998 y la doctrina registral (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado de 31 de marzo y 10 noviembre 1995 y 1 septiembre 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante interpartes a la aprobación y homologación judicial... La doctrina que reconoce plena eficacia "inter partes" a los convenios entre los cónyuges, aunque carezcan de la sanción judicial, se haya plenamente consolidada en la Jurisprudencia de esta Sala. Por otro lado, y además de ello, la sentencia de 22 de abril de 1997 distingue entre los convenios con y sin homologación judicial, y si bien considera tal homologación "conditio iuris" de eficacia del convenio regulador del art. 90 del Código Civil, en absoluto desconoce la eficacia del que no haya sido objeto de aprobación judicial en tanto que negocio jurídico válido concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255".

De los efectos de la extinción de la pensión compensatoria acordada en convenio regulador:

1.- Los litigantes acordaron en el convenio regulador aprobado por sentencia de divorcio que la pensión compensación a cargo de Sr. Eutimio y a la favor de la Sra. María Esther se establece con carácter temporal hasta el mes de julio, inclusive, de 2016, recogiendo expresamente que " En el supuesto de que D.ª María Esther estableciere, antes de la fecha anteriormente acordada, una relación convivencial o contrajera matrimonio cesará la obligación del pago de pensión compensatoria por parte de D. Eutimio ".

2.- No es hecho discutido la convivencia marital de la Sra. María Esther con su actual pareja, anterior a la fecha de presentación de esta demanda de modificación de medidas (29 de julio de 2015), toda que la Sra. María Esther y su actual pareja compraron una vivienda para su residencia el 11 de noviembre de 2014, habiendo nacido una hija en común llamada Raquel en NUM002 de 2014.

Tampoco se discute que ello justifica la supresión de la pensión compensatoria, tal como ha sido definida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 9 de febrero y de 28 de marzo de 2.012 y en la más reciente de 24 de marzo de 2017.

3.- En base a lo expuesto, el recurso debe ser estimado, y con revocación de la resolución recurrida, se declara extinguida la pensión compensatoria con efectos desde el 29 de julio de 2015, al considerar que, en el convenio regulador aprobado judicialmente, se acordó que la extinción de la pensión compensatoria lo fuera en julio de 2016, o, por la existencia

de una relación convivencial por la Sra. María Esther, y ello en virtud de los arts. 1.254 y concordantes del Código Civil.

4.- No desconocemos la doctrina jurisprudencial representada por la más reciente STS 16 de noviembre de 2016 que, en relación a la eficacia de la sentencia que decreta el divorcio y modifica la pensión compensatoria establecida en sentencia de separación, aplica la doctrina jurisprudencial sobre la eficacia de las resoluciones que modifican ó sustituyen la pensión de alimentos establecida en resolución anterior, declarando su aplicación a la pensión compensatoria, estableciendo como regla general: "«En el motivo se interesa, conforme a la doctrina de esta Sala expresada en las sentencias de 3 de octubre de 2008 y 18 de noviembre de 2014, que «la pensión compensatoria en el hipotético caso de ser reconocida debe serlo desde la sentencia de apelación y no carácter retroactivo, en cumplimiento de la doctrina jurisprudencial». Y, ciertamente, tiene razón el recurrente (al margen de que posiblemente la decisión que interesa pueda resultarle perjudicial teniendo en cuenta lo que pagaba de pensión, incluidas las revisiones, y lo que debe pagar a partir de la sentencia de divorcio), desde la idea de que la sentencia no crea el derecho sino que lo modifica. La pensión venía ya declarada con anterioridad y lo que ha hecho la sentencia es mantenerla por importe de 400 euros mensuales. Se ha dicho en la sentencia de 3 de octubre de 2008, citada en las de 26 de marzo y 18 de noviembre de 2014, 12 de febrero, 15 y 23 de junio de 2015 ; 6 de octubre 2016, lo siguiente: «lo que realmente plantea dudas es la aplicación de tal precepto a las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, como ocurre en este supuesto, que varía el progenitor obligado al pago. Sobre tal cuestión sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 106 del Código Civil que establece: «los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo», y en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : «los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicta, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente».

Sin embargo, por la jurisprudencia menor y atendiendo a las circunstancias concurrentes, (objetividad de la causa de extinción calificable de objetiva, indubitada o manifiesta), se admiten supuestos excepcionales en que cabe la justificación de la eficacia retroactiva por la existencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos o retroacción en el cobro de lo indebido o en el enriquecimiento injusto.

Y así lo hemos aplicado en nuestras Sentencias de 28 de junio de 2017, con cita de las 22 de noviembre de 2013, 27 de mayo de 2011 y 5 de octubre de 2006 : "Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la efectividad temporal o retroactiva de las medidas económicas establecidas en sentencia matrimonial dictada en la primera instancia, que es revocada por la que resuelve el recurso de apelación interpuesto. En nuestra resolución de 28 de mayo de 2004, rollo de apelación 368/03, (reiteradas en las de fechas 7 de noviembre de 2004, 4 de julio de 2006 y 19 de enero de 2007) se decía: "... considera este Tribunal que las medidas definitivas, incluida la pensión compensatoria, puesto que la legislación no hace diferencia alguna, son directamente ejecutivas desde que se dicta sentencia en primera instancia, y, sin que lo acordado en las sentencias dictadas en segunda instancia puedan tener efectos retroactivos, salvo que expresamente establezcan tal carácter retroactivo... Dicha conclusión se fundamenta a tenor de lo dispuesto en el art. 774.5 de la LEC. Cuando las medidas que rigen las relaciones familiares sean modificadas en la sentencia de separación, dicha modificación solo tendrá eficacia ex nuc, salvo que expresamente se establezca lo contrario...", que es lo considerado en este supuesto ateniendo a lo acordado de mutuo acuerdo en el convenio regulador aprobado por sentencia de divorcio y a las especiales y concretas circunstancias del supuesto examinado y habiéndolo solicitado expresamente la parte demandante en el suplico de la demanda de modificación de medidas definitivas.

Este Tribunal establece la eficacia retroactiva de la declaración sobre la extinción de la pensión compensatoria desde la fecha de la presentación de la demanda, que ocurrió el 29 de julio de 2015, puesto que la ocultación de dichos hechos por la recurrida Sra. María Esther no puede recibir amparo judicial alguno, encontrándonos en un supuesto evidente de cobro de lo indebido (art. 1895 del CC), surgiendo la obligación de restituir lo indebidamente recibido.

PENSIÓN COMPENSATORIA POR LA DIFERENCIA DE INGRESOS

AP BALEARES, SEC. 4.ª
SENTENCIA DE 23/10/2017

La diferencia de los ingresos de los esposos -ella recibe aproximadamente la mitad que él- lleva a establecer una pensión compensatoria, si bien limitada a cinco años, aunque el matrimonio durase 30 y la esposa naciese en el año 1946.

De lo actuado en el procedimiento del que dimana el presente Rollo resulta acreditado lo siguiente:

1) Que los hoy litigantes contrajeron matrimonio el día 8 de Abril de 1983.

2) Que de dicha unión nacieron dos hijos: Carlos Antonio, el NUM003 de 1983; y Anibal, el NUM004 de 1987.

3) Que el Sr. Conrado nació el NUM005 de 1956 -y constaba dado de alta en la Seguridad Social en el régimen general durante 32 años, 2 meses y 4 días, a fecha 22 de Febrero de 2017, según el informe de vida laboral.

4) Que el referido Sr. Conrado, según consta en la declaración del IRPF del año 2015, percibió unas retribuciones dinerarias de 11.429,49 euros.

Es propietario de una vivienda que ha heredado, sita en ...; y titular del pleno dominio de una sexta parte indivisa de otra vivienda sita en...

5) Que la Sra. Casilda nació el NUM007 de 1946.

Que según resulta de su vida laboral y de la propia exposición que formula la parte apelante en su recurso, al referirse a la vida laboral de la Sra. Casilda, resulta claramente que ésta solo trabajó de manera totalmente esporádica, durante el matrimonio.

Y actualmente percibe una pensión de jubilación por importe de 554,96 euros mensuales.

6) Que fue la Sra. Casilda quién se cuidó principalmente de atender el hogar familiar y a los hijos del matrimonio.

En el supuesto que ahora nos ocupa, comparando los ingresos anuales de uno y otro cónyuge, debe concluirse que los del Sr. Conrado son superiores a los que percibe la Sra. Casilda. Cuya comparación permite deducir la existencia de una disparidad de ingresos que es fuente del desequilibrio que exige el art. 97 del Código Civil para conceder a uno de los cónyuges una pensión compensatoria a cargo del otro.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta las circunstancias siguientes, a las que se refiere dicho artículo 97: 1) La edad de la esposa, nacida el NUM007 de 1946. 2) La dedicación pasada a la familia. 3) La duración del matrimonio: más de treinta años.

Por todo ello es por lo que debe confirmarse la sentencia de instancia en lo referente al derecho de la Sra. Casilda a percibir una pensión compensatoria a cargo del que fue su marido.

Ahora bien, por los motivos que se indicarán a continuación, debe estimarse parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Sr. Conrado en lo referente a la cuantía de la pensión compensatoria fijada en la sentencia de instancia. Y, por otra parte, debe estimarse parcialmente la impugnación que formula la representación procesal de la Sra. Casilda en lo referente al plazo de dicha obligación.

Así en primer lugar, teniendo en cuenta el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge (art. 97.8ª del CC), consideramos procedente rebajar la cuantía de la pensión compensatoria fijada en la sentencia de instancia y establecerla en la cantidad de 150 euros mensuales.

Sin embargo, también consideramos procedente, para que la Sra. Casilda pueda superar el desequilibrio económico que le produce el divorcio, ampliar el plazo fijado en la sentencia de instancia y establecerlo por un plazo de cinco años, habida cuenta, principalmente, la duración del matrimonio y su dedicación pasada a la familia.

Compensación 1438 CC

EL ESPOSO TAMBIEN TRABAJÓ PARA LA CASA CUANDO ESTABA EN PARO

EL ESPOSO TAMBIEN TRABAJÓ PARA LA CASA CUANDO ESTABA EN PARO

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª
SENTENCIA DE 21/12/2017

La dedicación igualitaria del esposo a la atención de la casa y el hijo no ha quedado acreditada, y por tanto procede la compensación del art. 1438 del CC puesto que durante los periodos que el esposo mantenía una relación laboral no podía participar en las tares del hogar, limitándose su colaboración a los menores periodos que se encontraba desempleado. Sí tendrá efecto esa dedicación del esposo a la casa en estos periodos en los que estaba desempleado para el cálculo de la cuantía, debiendo contabilizarse únicamente el SMI durante los cinco años que la esposa se dedicó a la casa por estar el esposo trabajando, pero no los diez años en que estuvo en desempleo. Además, todos los ingresos del esposo se invirtieron en las necesidades de la casa, por lo que solo procede fijar una indemnización de 3.000 euros.

En el presente procedimiento nos encontramos que D.ª Estela y D. Fidel contrajeron matrimonio el 12 de diciembre de 1987, del cual nació su hijo D. Carlos María el NUM001 de 1997. Dicho matrimonio estuvo sujeto al régimen de la sociedad de gananciales hasta el 29 de abril de 2002 que se otorgó capitulaciones matrimoniales, pasando a regir el régimen de separación de bienes.

Formulada demanda de divorcio a instancia de D.ª Estela, recayó sentencia en la que se decretaba el divorcio de los cónyuge. En la misma se atribuía a D.ª Estela el uso y disfrute de la vivienda familiar, se declaraba que no había lugar a pensión compensatoria y se establecía una compensación por la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes a abonar por D. Fidel a D.ª Estela por importe de 97.886,64 euros.

En el recurso de apelación sólo es objeto de impugnación la compensación del artículo 1438 del Código Civil.

Para un adecuado análisis de las cuestiones controvertidas, contemplaremos conjuntamente el primer y segundo motivo de apelación en los que se plantea el error en la valoración de la prueba y el error en la aplicación del derecho, presupuestos de la aplicación del artículo 1438 del Código Civil y doctrina de la carga de la prueba.

Plantea la parte apelante que la prueba practicada en el procedimiento acredita que el Sr. Fidel ha contribuido a las cargas del matrimonio, realizando trabajos para el hogar de igual forma y en la misma medida que la esposa, tal y como resulta de la testifical del hijo. Por otro lado, plantea que correspondía a la actora acreditar los presupuesto de hecho que fundamentan la compensación del artículo 1438 del Código Civil.

El artículo 1438 del Código Civil establece:

"Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recurso económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación "

En la sentencia de instancia se aplicaban los presupuesto jurisprudenciales para conceder la compensación legal antes señalada. Sobre tales presupuestos, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2017 recuerda la doctrina jurisprudencial establecida a partir de las sentencias de 26 de marzo, 14 de abril y 15 de noviembre de 2015:

«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, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen - STS 14 de julio de 2011 -».

Delimitados los presupuestos, la cuestión controvertida se centra en determinar si el esposo colaboró de forma continuada en la atención y cuidado del hogar y la familia, o si fue una cuestión de dedicación exclusiva de la esposa con alguna ayuda puntual de su cónyuge. El apelante fundamenta su pretensión en que el hijo había declarado en el acto del juicio que su padre había colaborado en las tareas del hogar en la misma medida que su madre. Sin embargo, del visionado de la grabación resulta que la declaración del hijo no puede ser considerada como un dechado de claridad tal y como plantea la parte apelante. Así nos encontramos que sus respuestas resultan evasivas, insistiendo en que " quiere dejarlo igualitativo (sic)", pretendiendo asimilar las funciones de atención en la familia en dos parcelas: la económica y el hogar, manifestando que en ocasiones "su madre tenía que salir a buscar dinero " y " cuando su padre no trabajaba fuera ayudaba en la casa ". Por eso, dado que ambos habían colaborados en las dos parcelas indicadas, consideraba que el resultado era " igualitativo " según su opinión. Sin embargo, tal y como hemos expuesto, lo que examinamos en el presente recurso es la atención en el hogar y la familia (no en el plano económico) y de la prueba practicada resulta que a dichas labores se ha dedicado la demandante, sin perjuicio que en los periodos que el apelante no trabajaba pudiera participar puntualmente en las tareas del hogar.

A esta conclusión cabe llegar a partir de la documental obrante de la que resulta la ausencia de vida laboral para la Sra. Estela ya que sólo ha percibido una prestación no contributiva (folio 90) frente al periodo de 1790 días que aparece el Sr. Fidel dado de alta de la Tesorería General de la Social (folio 60), manifestando el propio apelante en el acto del juicio que " trabajaba de día, de noche, cuando hiciese falta... de 8 a 10 horas " (minuto 3.25 de la grabación), encontrándose "... bastante ocupado " (minuto 3.55 del acto del juicio). Por lo tanto, a partir de estos hechos, esta Sala llega a la presunción (admitido como medio probatorio en el artículo 386 de la ley de Enjuiciamiento Civil), que durante los periodos que el esposo mantenía una relación laboral, bien por horario, bien por la amplitud de la jornada laboral, no podía participar en las tares del hogar, limitándose cu colaboración a los menores periodos que se encontraba desempleado, por lo que procede desestimar estos motivos de apelación y reconocer la concurrencia de los presupuestos para el nacimiento del derecho a la compensación del artículo 1438 del Código Civil. Cuestión diferente es la relativa a su cuantificación que examinaremos en los fundamentos jurídicos siguientes.

El último motivo de apelación se refiere al error en la aplicación del Derecho, cuantificación de la compensación de conformidad con el artículo 1438 del Código Civil. Indica la parte apelante que la sentencia aplica el criterio del salario que obtendría una tercera persona si realizase el trabajo del hogar (aplicándose el Salario Mínimo Interprofesional), sin que haya considerado la contribución del apelante al trabajo en el hogar.

Debemos comenzar indicando que el criterio de valoración (la aplicación del Salario Mínimo Interprofesional) no ha sido cuestionado ni impugnado, sino tan sólo la ausencia de minoración según el grado de participación del marido.

Con los datos expuestos con anterioridad debemos destacar que durante el periodo de tiempo que el Sr. Fidel desempeñaba una actividad laboral (aproximadamente 5 años), no participaba en las tareas del hogar que eran asumidas exclusivamente por la Sra. Estela. Sin embargo, también hemos afirmado en los periodos en los que el Sr. Fidel se encontraba desempleado durante la vigencia del régimen de separación de bienes (aproximadamente 10 años), sí realizaba una participación en las tareas del hogar como ha reconocido su hijo en el acto del juicio. En la sentencia del Tribunal Supremo, antes citada, de 14 de marzo de 2017 se indicaba que el derecho a la compensación no se excluía cuando siendo exclusiva la dedicación, "s e realizase con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación ". Por lo tanto, nos encontramos ante este último supuesto en el que la colaboración ha sido parcial y solamente referida a los periodos en que el esposo no desempeñaba actividad laboral que debe ser considerada para la cuantificación de la compensación y que viene referido a 10 de los 15 años de vigencia del régimen de separación de bienes. Por ello, procedería minorar la cuantía señalada en la sentencia con arreglo a este criterio en el que se valora la dedicación del esposo durante los periodos de tiempo que estuvo desempleado.

Ahora bien, para resolver adecuadamente la cuestión planteada d eben ser valoradas la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa, respecto a la cual aparece una cierta orfandad probatoria. No obstante, sí podemos afirmar que nos encontramos ante una situación familiar que se encuentra por debajo de la situación media familiar española en cuanto que sólo aparecen ingresos del Sr. Fidel durante un periodo de unos 5 años dentro de los 15 años de vigencia del régimen de separación de bienes. Tales ingresos, caben presumir que han sido destinados íntegramente a la contribución a las cargas familiares, es decir, no se trata de una contribución proporcional a los respectivos recursos económicos como presupone el artículo 1438 del Código Civil sino que posiblemente ha sido una aplicación íntegra, en su totalidad. De esta manera el Sr. Fidel ha contribuido a las cargas familiares con todos sus ingresos y la Sra. Estela ha contribuido con su dedicación plena a la familia sin que ello haya permitido tener un reflejo patrimonial positivo en el Sr. Fidel. No es que no se haya producido un incremento patrimonial en favor del Sr. Fidel, es que no se podía producir este incremento patrimonial dada las muy limitadas circunstancias económicas que hemos expuesto.

A todo lo expuesto, hay que añadir que esta circunstancia económica ha impedido la adquisición de una vivienda, como es lo propio y habitual de una familia común y así, el domicilio familiar se encuentra situado en la vivienda que trae causa en un título hereditario y respecto a la cual no ha quedado claro en el procedimiento (al no ser cuestión debatida) si era propiedad de la Sra. Estela por vía hereditaria (como mantiene ella) o si la Sra. Estela era la usufructuaria y el hijo común era el nudo propietario (como mantiene el Sr. Fidel). Por último no debe obviarse que la situación actual consiste en que la Sra. Estela percibe una prestación de 426 euros al mes y una suma idéntica percibe el Sr. Fidel desde el 14 de agosto de 2016 al 3 de agosto de 2020.

Respecto a la cuantificación de esta compensación económica la Sentencia del tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 ha indicado:

"Como se ha expuesto, nada dice la norma sobre como debe hacerse esta compensación económica por lo que deberá el Juez valorar todas estas circunstancias y procurar hacerlo de una forma ponderada y equitativa a la extinción del régimen económico matrimonial teniendo en cuenta dos cosas: primera que no es necesario para obtenerla que se haya producido un incremento patrimonial de uno de los cónyuges, del que pueda ser participe el otro, y, segunda, que lo que se retribuye es la dedicación de forma exclusiva al hogar y a los hijos, dentro de la discrecionalidad que autoriza la norma"

En conclusión y dentro de la discrecionalidad referida en la sentencia señalada, una adecuada ponderación de las especiales circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa (y que hemos expuesto con anterioridad) en cuanto a la situación económica familiar, nos lleva a que esta Sala considera razonable cuantificar la compensación en la suma de 3.000 euros, por lo que procede estimar parcialmente este último motivo de apelación.

Cuestiones procesales

LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR NUEVA PENSIÓN DE HIJOS MAYORES

VÍA PROCESAL PARA LAS MEDIDAS DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES

NO SE ADMITEN COMO PRUEBA LAS CONVERSACIONES DE WASHAP

LA CLIENTE NO SE PUSO EN CONTACTO CON SU LETRADA

LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR NUEVA PENSIÓN DE HIJOS MAYORES

AP VALENCIA, SEC. 10.ª
SENTENCIA DE 18/12/2017

Alcanzada la mayoría de edad, los hijos que estaban bajo el régimen de custodia compartida decidieron irse a convivir con la madre. Es procesalmente correcto y admisible en derecho que la madre pueda poner un procedimiento de modificación de medidas solicitando la fijación de una pensión alimenticia a cargo del padre.

La demandante D. ª Josefina solicitó la modificación de las medidas convenidas por las partes y que se habían aprobado por sentencia de divorcio dictada en fecha 28 de Julio de 2014 en lo relativo a los alimentos en favor de los hijos comunes.

En el convenio de divorcio las partes pactaron que los dos hijos del matrimonio Santiago, que era mayor de edad y Angélica, menor, vivirían por semanas con ambos padres y cada uno se haría cargo de su alimentación el tiempo que estuvieran con ellos, abonándose por mitad los demás gastos ordinarios y los extraordinarios, y que cada uno de los progenitores ingresaría en una cuenta bancaria 100 euros al mes.

Con posterioridad al divorcio, los dos hijos, ya mayores de edad, pasaron a vivir con la madre, solicitando ésta una pensión de alimentos de 350 euros al mes para cada uno de ellos.

El demandado alegó la falta de legitimación activa de la actora, así como que al no haberse fijado pensión en el proceso de divorcio, no podía establecerse ex novo unos alimentos.

La sentencia rechazó dicha excepción y estableció una pensión para cada uno de los hijos de 250 euros, y contra la misma se alza el Sr Fermín, que además de las alegaciones expuestas en la instancia considera que no puede fijarse la misma cantidad para los dos hijos, habida cuenta de que Santiago ha terminado sus estudios universitarios y tiene un contrato en prácticas.

La apelada se opuso al recurso alegando que ni se citan las normas infringidas, y que desde el punto

de vista sustantivo está plenamente justificada resolución dictada.

Considerado que implícito al recurso se está denunciando infracción de las normas relativas a la legitimación y a los alimentos, deberemos entrar en el mismo.

Respecto a la falta de legitimación de la madre para reclamar alimentos hemos de ratificar cuanto se acordó en la instancia, al ser ya una cuestión pacífica que corresponde la legitimación para pedir alimentos de hijos mayores de edad, pero dependientes contra el progenitor que vendría obligado a prestarlos in natura de no haberse producido la quiebra familiar, al padre o madre que con ellos convive.

En efecto, desde que el Tribunal Supremo se pronunciara en s. de 20-12-00 sobre la legitimación para reclamar alimentos de hijos mayores de edad pero sin independencia económica ya no hay duda de que corresponde únicamente al progenitor que convive con ellos, que son los únicos que conforme al art 775 LEC están facultados para solicitar la modificación de las medidas, y porque como se ha reiterado en resoluciones posteriores - por todas la STS de 24-1-2001 - la legitimación en los procedimientos matrimoniales corresponde a los cónyuges, que son los únicos que pueden promover las acciones, tanto principales como accesorias relativas a los llamados efectos civiles, así como que "el progenitor que ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor u contribución a los alimentos de los hijos mayores. . . ".

Tampoco puede acogerse el argumento del apelante que puede resumirse en que no cabe modificar aquello que no se reguló. Y ello porque, de un lado, es evidente que la sentencia de divorcio, como no podía ser de otro modo existiendo hijos menores y dependientes, sí aprobó una regulación sobre cómo se iban a prestar los alimentos de los hijos, y para comprobarlo no hay más que leer la cláusula D del convenio, al folio 24. El hecho de que no se fijara una pensión a abonar uno de los cónyuges al otro no significa que no existiera y se regulara la obligación.

De otro lado, es incuestionable que se ha producido una variación en las circunstancias respecto a las que se contemplaron en el convenio, ya que los hijos, en contra de lo pactado, no están viviendo una semana con cada uno de los progenitores, sino que conviven únicamente con la madre que es quien está atendiendo todas sus necesidades.

En modo alguno se comparte la tesis del actor de que al ser un cambio voluntario y aún más, doloso, no puede ser tenido en cuenta los efectos de la modificación conforme a la práctica judicial que viene exigiendo que la modificación no se haya buscado de propósito.

Hay que entender que los hijos, ya mayores de edad, al decidir en el ejercicio de su libertad individual vivir con su madre no estaban buscando el beneficio o perjuicio económico de ninguno de sus padres, y con la demanda lo único que se pretende es reponer al equilibrio que se obtuvo en el convenio, en el que ambos contribuían a los gastos de sus hijos, ya que hasta la demanda toda la carga ha estado recayendo sobre la madre.

Finalmente el recurso se centró en el importe de la pensión, ya que considera el apelante que, siendo diferentes las circunstancias de ambos hijos se vulnera el principio de proporcionalidad y adecuación, puesto que Santiago, que cuenta actualmente con 25 años ha acabado los estudios y tenía un contrato de trabajo en prácticas formativas por el que percibía 400 euros, mientras que la hija Angelica, de 20 años, no ha acabado su formación universitaria, por lo que ofrecía para el mayor abonar en todo caso 100 euros al mes.

La apelada sostuvo que el hijo ya ha acabado ese contrato en prácticas, que duró tres meses y finalizó el 7-4-17, lo que se acredita al folio 152 y todavía debe cursar el máster. Consta por la documental que en Diciembre pasado, cuando se suscribió el contrato de prácticas, Santiago ya tenía la titulación de ingeniero y en el caso de tener que cursar el máster su duración normal es de un año.

En atención a ello y considerando que la suma fijada en la instancia responde a la capacidad del obligado, e irreprochable la relación de gastos académicos y extraordinarios que deben abonarse por mitad, se acuerda mantener la pensión del hijo Santiago, en el caso de que no se encuentre trabajando durante el plazo máximo de un año, estimándose pues el recurso en lo relativo a su duración.

VIA PROCESAL PARA LAS MEDIDAS DE ADMINISTRACIÓN DE BIENES

AP MADRID, SEC. 22.ª SENTENCIA DE 22/06/2017

No es procedente en la Sentencia de divorcio acordar medidas de administraron de los bienes gananciales por ser materia propia del procedimiento de liquidación regulado en el artículo 809 y ss.. de la LEC, pudiendo en tal procedimiento abrirse la correspondiente pieza de administración.

Resta, por lo tanto, y ya como único motivo objeto de resolución, examinar la cuestión relativa a la administración de los bienes gananciales que se insta también en el suplico del recurso, alegando en el apartado dedicado al mismo la existencia de varias cuentas corrientes donde tenían sus ahorros los interesados, señalando al respecto el apelado que el origen de las mismas era la madre del recurrido, al manifestar que le pertenecían a ella, extremos en los que no cabe entrar por ser materia propia del procedimiento de liquidación de la sociedad legal de gananciales regulado en el artículo 809 y ss.. de la LEC.., de forma que en el inventario de la sociedad habrán de incluirse - en su momento - en su activo y pasivo, cuantas partidas sean procedentes, una vez se determine el carácter ganancial de aquellos fondos, pudiendo en tal procedimiento abrirse la correspondiente pieza de administración, razones todas que determinan en este punto el rechazo de este motivo de apelación y conducen a confirmar la sentencia recurrida.

NO SE ADMITEN COMO PRUEBA LAS CONVERSACIONES DE WASHAP

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª SENTENCIA DE 29/12/2017

No se admiten como prueba las conversaciones de washap pues además de tratarse de una prueba inútil en relación con el objeto del proceso, no consta la autorización de la menor, lo que la convertiría en ilícita (art.287 LEC), por vulnerarse el derecho al secreto de las comunicaciones y a la propia intimidad contemplados en el art.18.3 de la Constitución.

Los dos primeros motivos del recurso vienen referidos a la infracciones cometidas al haber acordado la sentencia apelada el cambio de custodia sin la práctica de la prueba propuesta por la parte apelante.

Han de rechazarse tales motivos. La parte recurrente propuso en esta segunda instancia la prueba a que se refiere el Auto de fecha 14 de marzo del presente año, consistente en (1) que se realice por equipo técnico especializado adscrito al Juzgado informe sobre: -1- la existencia de indicios de posible alienación parental del padre, sobre -2- la incidencia negativa en la menor y en la relación afectiva de la menor con la madre, de los hechos relatados por esa parte, y sobre -3- la pertinencia del mantenimiento del actual sistema de custodia a favor de la madre, o subsidiariamente sobre la adecuación al interés del menor de un sistema de custodia compartida, (2) la grabación de conversación de la apelante con la menor, y (3) por escrito de fecha 28.11.2016 ha interesado la admisión de la prueba documental que incorpora a ese escrito consistente en la transcripción de ciertos mensajes de washap recibidos por la apelante y que obran a los folios 466 a 470.

Pues bien, tal como dijimos en dicha resolución, la práctica del informe del equipo psicosocial ha de considerarse inhábil a los efectos pretendidos, " En primer lugar porque la sobrecarga de dicho servicio demoraría la resolución de este procedimiento hasta en dos años (piénsese que la hija menor alcanza la mayoría de edad el NUM004.2018, folio 11), y en segundo lugar porque no sólo ha de guardar rela-

ción con lo que sea objeto del proceso (pues de no ser así será impertinente, art.283.1 LEC), sino que también debe contribuir a esclarecer los hechos controvertidos según reglas y criterios razonables y seguros y ello para no ser inútil (art.283.2). Pues bien, en el caso de autos, el informe que se solicita versa sobre dos extremos totalmente secundarios, cuales son la existencia de indicios de la posible alienación parental del padre (obviando que desde el 3.3.2016 hasta la fecha de la sentencia -29.9.2016 - se implantó una guarda y custodia compartida y desde ésta una guarda paterna) y la incidencia negativa de un relato de hechos que realiza la propia parte. Es cierto que se interesa el mantenimiento de la guarda materna y que se informe por el equipo psicosocial sobre su pertinencia (al igual del sistema de custodia compartida) pero se olvida que el informe que se emitiera no sólo tendría en cuenta la situación de la menor en la fecha que se elaborara (cercana a la mayoría de edad), sino sus deseos, que ya constan en autos".

En cuanto a las conversaciones de washap, también fueron inadmitidas, y ello porque " no se aporta por la apelante alguna razón que permita pensar la utilidad de la prueba de conversación propuesta (una grabación en la que la menor afirma que su padre le permitía beber alcohol siempre que no llegara mal a casa, así como una transcripción de washapt recibidos, a los que se refiere su escrito de fecha 28.11.2016).

No se sabe lo que dicha prueba podría contribuir a esclarecer los hechos controvertidos según reglas y criterios razonables y seguros (y ello para no ser inútil, art.283.2), pero de lo que no hay duda es no puede admitirse como prueba cualquier actividad prohibida por la ley (art.283.3 LEC). De hecho, para el caso de haberse admitido dicha prueba en primera Instancia y de no constar la autorización de la menor, seguramente esta Sala hubiera tenido que declararla nula de pleno derecho por ser ilícita (art.287 LEC), pues si no consta tal autorización se podría haber vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones y a la propia intimidad contemplados en el art.18.3 de la Constitución. Al respecto, indica la S. del TS Sala 1ª, de 29-3-2007 cuando se plantea la cuestión de tratarse de prueba ilícita con referencia al modo de haber obtenido cierta documental ha de tenerse en cuenta que el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla las pruebas alcanzadas directa o indirectamente que violentan los derechos o libertades fundamentales, para privarlas de toda eficacia, lo que se corresponde con el artículo 287 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, resultando terminante su artículo 283 que declara que nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la Ley.

Piénsese que el primer presupuesto de la aceptación de una grabación o de un mensaje de WhatsApp, como prueba en un procedimiento, es que en su obtención no se hayan vulnerado ni el derecho a la intimidad ni el secreto de las comunicaciones, y el segundo presupuesto de admisibilidad es la preservación de la cadena de custodia en la obtención y la conservación de la prueba, elemento fundamental para la validez y admisibilidad de la prueba, de modo que permita acreditar su autenticidad e integridad, que no es el caso.

En conclusión, estaríamos vulnerando la intimidad de una persona si grabamos una conversación sin consentimiento de quienes participan en dicha conversación, y utilizamos la grabación como prueba en un juicio. Esta prueba sería inválida y no admitida, ya que atenta derechos fundamentales. En este sentido, la S. de la AP de Asturias, sec. 6ª, de 20-3- 2006, es clara al afirmar que la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que dicha admisión entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24. 2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el Ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE). Para decirlo con las palabras expresadas en la STC 114/1984, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro."

Pero no sólo podría ser ilícita tal prueba, sino que la menor ha sido explorada en la instancia, lo que igualmente justifica la inadmisión en esta alzada de la grabación y transcripción de una conversación washap efectuadas por la Sra. Coro seguramente de la parte de unas conversaciones que considera más relevantes".

Es más, al ser denegada dicha prueba por Auto de fecha 14.3.2017, este tribunal tuvo que volver a pronunciarse sobre su pertinencia al interponerse contra dicha resolución recurso de reposición (que fue desestimado por Auto de fecha 10.4.2017) por lo que no cabe sino remitirse a lo allí razonado respecto de lo indebido de la prueba interesada.

Ha de tenerse en cuenta, y así ha sido reiterado por este Tribunal, que las infracciones que en las decisiones sobre admisión y práctica de las pruebas puedan haberse cometido en la primera instancia, tienen un cauce específico de subsanación (más que de impugnación) en la segunda instancia, en los artículos 460, 461-3 y 464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la decisión que recaiga al respecto sólo es susceptible de recurso de reposición (artículo 451), sin que el Auto que resuelva éste sea susceptible de recurso alguno (artículo 454), ni tampoco, obviamente, de nuevo examen en la sentencia que resuelva el recurso de apelación. Nótese, además, que establece el artículo 465-4, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil que « no se declarará la nulidad de actuaciones, si el vicio o defecto procesal pudiere ser subsanado en la segunda instancia, para lo que el tribunal concederá un plazo no superior a diez días, salvo que el vicio se pusiere de manifiesto en la vista y fuere subsanable en el acto ».

LA CLIENTE NO SE PUSO EN CONTACTO CON SU LETRADA

AP SEVILLA, SEC. 2.ª SENTENCIA DE 08/11/2017

La Letrada designada de oficio comunicó al Juzgado la imposibilidad de presentar contestación a la demanda dada la imposibilidad de ponerse en contacto con la demandada por lo que habiendo transcurrido el plazo se acordó tener por precluido el trámite de contestación a la demanda. En consecuencia ninguna indefensión puede estimarse producida

No puede estimarse que se haya producido vulneración alguna que pueda motivar la nulidad de las actuaciones, por cuanto que como hemos declarado en otras ocasiones la pretensión de nulidad ha de ser examinada en todo caso con absoluta cautela y con criterio altamente restringido, siendo preciso para declararla que se haya prescindido tal y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o se hayan omitido los principios de audiencia, asistencia y defensa, habiéndose ocasionado por ello efectiva indefensión y por otra la consecuencia de nulidad podría verse paliada en esta segunda instancia, dada la naturaleza jurídica del recurso de apelación y su efecto devolutivo que confiere a este Tribunal plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgado de instancia, en lo que afecta tanto a las cuestiones de hecho como de derecho, siempre que puedan ser objeto de recurso, como ocurre en el presente procedimiento. Hay que tener en cuenta que se formuló la demanda origen de las presentes actuaciones el 20 de Octubre de 2014, fue admitida a trámite el 29 de enero de 2015 y emplazada la demandada el 30 de Marzo de 2015, que el 29 de abril solicitó la suspensión del plazo para la personación y contestación de la demanda al solicitar la designación de abogado y procurador de oficio, produciéndose diversos nombramientos hasta que el 21 de febrero de 2015 por la Letrada designada de oficio se comunicó al Juzgado la imposibilidad de presentar contestación a la demanda dada la imposibilidad de ponerse en contacto con la demandada por lo que habiendo transcurrido el plazo para contestar a la demanda se acordó con fecha 12 de Enero de 2016 tener por precluido el trámite de contestación a la demanda. En consecuencia ninguna vulneración procesal puede estimarse cometida pues se suspendió el plazo para la contestación a la demanda hasta que se tuvo constancia de la imposibilidad de la Letrada de comunicarse y ponerse en contacto con la demanda y en consecuencia de conocer sus pretensiones para formular la contestación por lo que ninguna indefensión puede estimarse producida pues como tiene declarado el Tribunal Constitucional en Sentencias de 29 abril 1985 y 17 enero 1991 no puede alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de actuar con la diligencia exigible.

Ejecución de sentencias

CONVIVENCIA DE LOS HIJOS CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO

PAGO DE LA PENSIÓN A TRAVÉS DE EMPRESA DEL EX ESPOSO

CONVIVENCIA DE LOS HIJOS CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO

AP VALENCIA, SEC. 10.ª
AUTO DE 13/12/2017

Mientras el ejecutado alega que ha tenido consigo al hijo durante dos años, por el contrario la madre indica que solo lo tuvo durante algunos períodos del curso 4º de la ESO, y si bien no existe prueba alguna aportada por ambos sobre los extremos que mantienen, no debe olvidarse que existe un extremo vigente no modificado, al que, ante la ausencia de las pruebas debe acudirse: la sentencia cuya ejecución se insta y a la que debe estarse en tanto no sea modificada o, como se ha dicho antes, se acredite otra realidad.

Una vez más debe destacarse que aquello que, en principio, debía ser de fácil cumplimento, luego se vuelve de todo punto complicado, máxime si además, las partes cambian medidas, sin conocimiento del Juzgado, por la dificultad de luego probar tales hechos.

Como es sabido, tal y como se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 2002, " la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad ninguna (sentencias del Tribunal Constitucional 167/1987 y 92/1988), cuestión de esencial importancia para dar efectividad al establecimiento del estado social y democrático de Derecho que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la Jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado, según se desprende del artículo 117. 3 de la Constitución Española (sentencias del Tribunal Constitucional 67/1984 y 167/1987). También ha dicho el Tribunal Constitucional que, en principio, corresponde al órgano judicial competente deducir las exigencias que impone la ejecución de las sentencias en sus propios términos, interpretando, en caso de duda, cuáles deben ser éstos y actuando en consecuencia (sentencias del Tribunal Constitucional 125/1987 y 167/1987), y que si bien debe tenerse en cuenta que, en todo caso, con ocasión de los incidentes de ejecución no es posible resolver cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo o con las que éste no guarde una inmediata o directa relación de causalidad, pues, de otro modo, no sólo se vulnerarían las normas legales que regulan la ejecución, sino que podría resultar menoscabado, asimismo el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes procesales o de terceros (entre otras la sentencia del Tribunal Constitucional número 120/1991), esto no puede interpretarse respectivamente, sino más bien a favor de una ejecución satisfactoria, con lo que se quiere decir, en suma, que el Juez de la ejecución ha de apurar siempre, en virtud del principio «pro actione», del de economía procesal y, en definitiva, de su deber primario de tutela, la posibilidad de realización completa del fallo, infiriendo de él todas sus naturales consecuencias en relación con la «causa petendi», es decir, de los hechos debatidos y de los argumentos jurídicos de las partes que, aunque no pasan literalmente al fallo,

como es lógico, sí constituyen base para su admisión o rechazo por el Juzgador y, por ello, fundamento de su fallo, del cual operan como causas determinantes.

Asimismo debe recordarse que de la lectura del Código Civil en relación con la doctrina jurisprudencial sobre el tema se desprende que todo hecho trascendente que se quiera hacer valer ante Jueces y Tribunales, ha de ser objeto de oportuna prueba, sin más excepción que la de tratarse de hechos notorios o que se encuentren favorecidos por alguna presunción legal o hayan sido reconocidos, expresa o tácitamente, por la parte obligada a soportar sus consecuencias, y tal prueba corresponderá a quien del hecho a acreditar pretenda que se derive un derecho a su favor, o por el contrario, la liberación de una obligación que resulte pactada a su cargo, o la que deba, conforme a derecho, hacer frente; de donde se infiere que el litigante que reclama ha de acreditar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, así como los necesarios para el nacimiento de la acción ejercitada, y su oponente el de los obstativos a la misma, lo que debe ser completado en el sentido de que la prueba de las obligaciones incumbe al que afirma, no al que niega, en virtud del principio " incumbit probatio qui dicit, non qui negat", en tanto que los hechos negativos, salvo excepciones, no son susceptibles de demostración por su propia naturaleza.

En el caso de autos, frente a la minuciosidad de la reclamación hecha por la ejecutante en su demanda, en concreto a los folios 3 y siguientes de los autos, el ejecutado alega pacto entre ambos por el que el menor vivió con él, y acerca de ello debe decirse que esta Sala tiene dicho respecto de las causas de oposición que en los supuestos, como el ahora objeto del recurso, puede ocurrir que, el obligado al pago de la pensión, alegue en su oposición que el hijo, en cuyo favor debe abonar la pensión alimenticia, está viviendo con él, como ya antes se ha visto.

Es un problema, en realidad, de difícil solución, si uno se acoge a la literalidad de la resolución, pues aunque sea verdad que no está conviviendo con el otro progenitor custodio, no lo es menos que existe una sentencia cuyo contenido no ha sido modificado por otra posterior, pero no es menos cierto que los Tribunales no pueden amparar el abuso del derecho ni dar lugar a situaciones injustas, como sería ejecutar ciegamente la sentencia aunque esta haya quedado carente de contenido en lo referente a la pensión alimenticia al estar el obligado a la misma satisfaciéndola directamente.

Por ello cabe la posibilidad de que el cónyuge ejecutado por el impago de la pensión alimenticia se oponga alegando que el hijo beneficiario de la referida pensión convive con él. En este caso, más que la extinción de la pensión alimenticia, se opone el cumplimiento directo o en especie de la misma, según lo dispuesto en el artículo 149 C. C. , porque no se ha extinguido la pensión alimenticia sino que se ha modificado el modo en que se debe prestar.

En este sentido, en sede de proceso penal seguido por delito de abandono de familia por impago de pensiones, la SAP Huelva de 26 mayo 2000 entiende que si deja de satisfacer el obligado a ello las cantidades correspondientes por entender que cuando tiene a los hijos en su compañía cesa la obligación dineraria porque tiene a su cargo la obligación de alimentos "en especie", de modo directo, puede observarse que no es ningún despropósito a la luz de preceptos como el artículo. 149. 1 CC: El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Por ello cuando se acredite cumplidamente que el progenitor obligado al pago de la pensión alimenticia tiene consigo a su hijo al que le está prestando directamente los alimentos, debe acogerse dicho motivo de oposición y no dar lugar a la ejecución interesada. Y ello es lo que ha acontecido en el caso de autos, en que así viene recogido en sendas sentencias dictadas en procedimientos anteriores entre las mismas partes, por lo que, en virtud de lo antes dicho, necesariamente ha de tenerse por así probado.

Aplicando lo anteriormente expuesto, en el caso de autos, mientras el ejecutado alega que ha tenido consigo al hijo durante dos años, por el contrario la actora que solo lo tuvo durante algunos períodos del curso 4º de la Eso, y si bien no existe prueba alguna aportada por ambos sobre los extremos que mantienen, no debe olvidarse que existe un extremo vigente no modificado, al que, ante la ausencia de las pruebas a que se ha aludido antes, debe acudirse: la sentencia cuya ejecución se insta y a la que debe estarse en tanto no sea modificada o, como se ha dicho antes, se acredite otra realidad, lo que conlleva tener que mantener la resolución de instancia sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada dada la complejidad de la causa.

PAGO DE LA PENSIÓN A TRAVÉS DE EMPRESA DEL EX ESPOSO

AP VALENCIA, SEC. 10.ª AUTO DE 13/12/2017

Se estima la oposición a la ejecución por impago de pensión compensatoria dado que ninguna duda ofrece el pago a través de la contundente prueba documental que así lo acredita. El ejecutado ha dado cumplida explicación del por qué ha abonado la pensión a través de nóminas de una empresa, sin que quepa pensar que se trata de nóminas correspondientes a su trabajo, habida cuenta que la actora dejó de trabajar en dicha empresa y ninguna relación laboral le une con la misma.

Como es sabido, tal y como se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 2002, "la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad ninguna (sentencias del Tribunal Constitucional 167/1987 y 92/1988), cuestión de esencial importancia para dar efectividad al establecimiento del estado social y democrático de Derecho que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la Jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado, según se desprende del artículo 117. 3 de la Constitución Española (sentencias del Tribunal Constitucional 67/1984 y 167/1987)....

Asimismo debe recordarse que de la lectura del Código Civil en relación con la doctrina jurisprudencial sobre el tema se desprende que todo hecho trascendente que se quiera hacer valer ante Jueces y Tribunales, ha de ser objeto de oportuna prueba, sin más excepción que la de tratarse de hechos notorios o que se encuentren favorecidos por alguna presunción legal o hayan sido reconocidos, expresa o tácitamente, por la parte obligada a soportar sus consecuencias, y tal prueba corresponderá a quien del hecho a acreditar pretenda que se derive un derecho a su favor, o por el contrario, la liberación de una obligación que resulte pactada a su cargo, o la que deba, conforme a derecho, hacer frente; de donde se infiere que el litigante que reclama ha de acreditar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, así como los necesarios para el nacimiento de la acción ejercitada, y su oponente el de los obstativos a la misma, lo que debe ser completado en el sentido de que la prueba de las obligaciones incumbe al que afirma, no al que niega, en virtud del principio " incumbit probatio qui dicit, non qui negat", en tanto que los hechos negativos, salvo excepciones, no son susceptibles de demostración por su propia naturaleza.

En el caso de autos, el ejecutado en su escrito de oposición alega que ha pagado todo lo que se le reclama por medio de nóminas, por expreso deseo de la actora, emitiendo tales nóminas a través de la empresa Talleres Xeraco Motor S. A. , aportando todos los justificantes, tanto de las citadas nóminas como de las transferencias realizadas, alegando la actora que tales pagos nada tienen que ver con el pago de la pensión compensatoria, y que en todo caso ello sería una cuestión a resolver en la liquidación de los gananciales, estimando la Sala que, de lo actuado, ha quedado acreditado el pago que se reclama en el presente procedimiento, por cuanto: 1º ninguna duda ofrece el pago a través de la contundente prueba documental que así lo acredita, 2º el ejecutado ha dado cumplida explicación del porqué haberlo hecho a través de nóminas, sin que quepa pensar que se trata de nóminas correspondientes a su trabajo, habida cuenta que la actora dejó de trabajar en dicha empresa y ninguna relación laboral le une con la misma, 3º por ello no puede deferirse a la liquidación tales pagos, como interesa la recurrente, al nada tener que ver con dicha liquidación, 4º incluso así lo vino a recoger esa forma de pago ya esta Sala en su sentencia de fecha 6-6-2016 obrante al folio 5 de los autos y aportada por la propia recurrente.

Regímenes económicos

CÁLCULO DEL PRO INDIVISO EN PARTE GANANCIAL

ADJUDICACIONES DE LOS ACTIVOS SOCIETARIOS

EL USO POR UN CÓNYUGE DE LA VIVIENDA NO GENERA PARTIDA EN EL ACTIVO DE LA SOCIEDAD

CÁLCULO DEL PRO INDIVISO EN PARTE GANANCIAL

AP SEVILLA, SEC. 12.ª SENTENCIA DE 15/09/2017

Para el cálculo del pro indiviso solo debe tenerse en cuenta la parte de la cuota del préstamo hipotecario que corresponda al capital pues la distribución ha de ser proporcional al precio vivienda y no a la cantidad que haya sido realmente satisfecha en pago del préstamo concedido, que en su caso, como deuda de la sociedad legal de gananciales podría ser reclamado en el supuesto de haber sido abonado por uno sólo de los cónyuges.

Queda limitado el objeto de debate en esta segunda instancia a la pretensión de la parte apelante de impugnar los porcentajes que establece la sentencia apelada de la propiedad privativa y ganancial de la finca que constituyó la vivienda familiar alegándose en el escrito de interposición de recurso que debe tenerse en consideración la totalidad de dinero abonada por la sociedad de gananciales sin excluir los intereses.

Tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia así como de lo alegado en los respectivos escritos de interposición y oposición al recurso no puede la Sala sino compartir el criterio de la sentencia apelada pues el artículo 1357 del Código Civil, establece que “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.”. Es decir que la vivienda sería íntegramente propiedad privativa, salvo que se constituyera como domicilio familiar, y en este caso, el artículo 1354 indica 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.”. En el presente caso ha quedado acreditado que la vivienda se adquirió en estado de soltero por el Sr. Cipriano por un precio total de 9.222.000 pesetas, (55, 425, 33 euros) abonando 378.300 pesetas (22.736, 28 euros) y constituyendo una hipoteca para el pago de la cantidad restante de 5439.000 pesetas (32.689, 04 euros), préstamo que fue satisfecho casi en su totalidad por la sociedad de gananciales pues el matrimonio se contrajo 14 meses después, habiendo sido abonadas por el Sr. Cipriano 14 de las cuotas del préstamo hipotecario por lo que de conformidad con los preceptos citados la vivienda corresponderá pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas, siendo en este punto en el que

surge la discusión entre las partes y estimando la Sala que sólo debe tenerse en cuenta la parte de la cuota del préstamo hipotecario que corresponda al capital pues la distribución ha de ser proporcional al precio vivienda y no a la cantidad que haya sido realmente satisfecha en pago del préstamo concedido, que en su caso, como deuda de la sociedad legal de gananciales podría ser reclamado en el supuesto de haber sido abonado por uno sólo de los cónyuges.

Si ha de estimarse en lo relativo a las cantidades abonadas por el Sr. Cipriano en pago de cuotas del préstamo hipotecario satisfechas con anterioridad a la celebración del matrimonio, 14 cuotas por importe de 360, 84 euros, y que de acuerdo con lo antes expuesto sólo puede computarse para determinar la parte proporcional del precio, lo satisfecho en concepto de principal y que no consta acreditado, por lo que habrá de dejarse para la fase de liquidación, la exacta determinación de la proporción del precio de la vivienda que corresponde como privativo al Sr. Cipriano y la que corresponde a la sociedad de gananciales teniendo en cuenta sólo las cantidades abonadas en concepto de principal por el Sr. Cipriano estimando en este sentido el recurso interpuesto, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada y sin que proceda hacer expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.

ADJUDICACIONES DE LOS ACTIVOS SOCIETARIOS

AP MADRID, SEC. 22.ª SENTENCIA DE 22/09/2017

Aunque no pudo documentarse, llegó a existir un acuerdo verbal para las adjudicaciones y éste es el criterio que sigue el contador partidor para hacer los lotes. Es razonable que se adjudiquen los activos societarios al esposo y no a la esposa quien durante los últimos once años no pudo intervenir en la gestión. A cambio se le adjudican a esta últimos los inmuebles.

El séptimo motivo del recurso impugnaba las adjudicaciones efectuadas en la liquidación propuesta al entender que, conforme a las manifestaciones del contador, se habían basado en las conductas de ambas partes, atendiendo el apelante a la gestión de las sociedades y la apelada a los gastos y conservación de los bienes de titularidad ganancial. Por su parte, Dª Carla entendió que esas liquidaciones sólo plasmaron el acuerdo verbal alcanzado entre las partes en esos términos y que no fue finalmente firmado por la exigencia introducida por el apelante de que fuera condonada la deuda derivada del impago de la pensión compensatoria y la renuncia a ésta.

No puede prosperar tampoco este motivo de impugnación de la sentencia. Pese a lo manifestado por el apelante, el criterio esencial manejado por el contador partidor a la hora de elaborar el cuaderno particional no fue el de las aportaciones y gastos soportados por cada una de las partes en relación a los bienes que finalmente se les han adjudicado, sino el del propio acuerdo alcanzado entre ellos, que reiteradamente expone el contador partidor en su escrito que efectivamente existió y que no se llegó a formalizar exclusivamente por los obstáculos surgidos por parte del ahora apelante en relación a un extremo ajeno por completo a la liquidación de la sociedad ganancial, cual es la condonación de la deuda derivada de la pensión compensatoria.

Así se señala expresamente en su escrito (folio 1219), mencionando la existencia del acuerdo transaccional en tales términos, y sin que pudieran entrar a dilucidarse las prestaciones debidas por don Horacio por ser materia ajena al administrador-liquidador de la sociedad ganancial. En ese documento se refleja en su apartado VI (folio 1220), que el administrador liquidador entiende que existió un principio de conformidad integral sobre todos los demás aspectos de la partición y que los obstáculos surgieron de cuestiones no liquidables, de forma tal que se elevaba la propuesta particional de conformidad con la que las dos partes habían acordado.

Además de ello, el criterio de adjudicación de bienes inmuebles a la parte apelada y de activos societarios al apelante no respondía únicamente a

las aportaciones que cada uno había efectuado en relación a esos bienes, o a que el apelante hubiera hecho un ejercicio exclusivo de los derechos gananciales sobre tales sociedades, y no sólo de los derechos políticos como él señala, sino también sobre las retribuciones, gestión, etcétera, pues el contador partidor señala con acierto que, aun en el supuesto de que el valor de lo adjudicado a la parte apelada fuese menor, se pretendía lograr un contingente patrimonial más estable para ella.

En este sentido, resulta evidente que si a lo largo de los once años que se prolongó la tramitación del proceso liquidatorio doña Carla nunca obtuvo información de las sociedades, ni se le permitió tener intervención alguna en su gestión, la adjudicación de tales activos a la parte apelada perpetuaría el mismo problema que se ha venido produciendo a lo largo de todo el proceso liquidatorio hasta el presente momento. La separación de activos entre las dos partes, vinculando al apelante con las sociedades gananciales, con los correspondientes rendimientos, beneficios y participación en la gestión, salvaguarda los derechos de ambas partes sobre aquellos patrimonios sobre los que directamente han estado vinculados y además garantiza que finalmente ambas partes puedan separar sus vidas y sus patrimonios de manera definitiva, pues las participaciones conjuntas por ambos sobre las sociedades implicaría que se mantuviese el mismo problema de comunicación, información y colaboración en la gestión que hasta ahora ha provocado importantes disensiones entre las partes.

Por ello, se entiende que la solución propuesta es la que se acomoda a la voluntad de las partes y proporciona más equilibrio en la definitiva liquidación de la sociedad ganancial, por lo que se desestima este motivo de impugnación de la sentencia.

El último motivo del recurso alegaba la infracción del art. 1061 del C. Civil al no respetarse la igualdad y homogeneidad en las adjudicaciones. Consideraba el apelante infringido ese precepto porque se habían adjudicado a D.ª Carla la totalidad de bienes muebles e inmuebles, mientras que a él sólo se le adjudicaron participaciones sociales de menor valor económico. Por su parte, la parte apelada señaló en su escrito de alegaciones que la liquidación de la sociedad ganancial presenta sus especialidades y que la sentencia dictada respetaba el equilibrio patrimonial, lo que había sido aceptado por la parte contraria.

En este sentido, tal y como señalara la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de junio de 2016, debe recordarse que la jurisprudencia del T. Supremo que ha desarrollado el art. 1.061 consagra el principio de igualdad, en el supuesto de que sea posible, en la realización de los lotes, lo que ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la partición ha de estar presidida por un criterio de estricta equidad (SSTS 30-1-51, 14-12-57 y 25-3-95) y de observancia de una equitativa ponderación (STS 25-3-95); que no se trata de una igualdad matemática absoluta (SSTS 25-6-77, 17-6-80 y 14-7-90); que la norma tiene un carácter orientativo u orientador (SSTS 30-11-74 y 7-11-91); igualmente, se condiciona la posibilidad de igualdad por las circunstancias de cada caso (SSTS 16-6-1902, 13-6-70 y 17-6-80).

Si bien al partir, los contadores han de procurar cumplir el art. 1.061, ello siempre será sobre la base de que «sea posible» (S 14-6-93), ya que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso, naturaleza, calidad y valor de los bienes, posibilidad de su división, etc., no pudiendo por consiguiente determinar de manera preceptiva la forma -de división, aunque haya de observarse un régimen de posible igualdad (S 28-5-92).

En consecuencia, la primera opción que debe contemplarse es la formación de lotes que puedan ser homogéneos. Caso de no ser posible, entrará en juego el art. 1062 del Código Civil, de forma que podrá adjudicarse el bien a uno de ellos, compensando económicamente a la otra parte, salvo oposición por la parte contraria.

Ese principio de igualdad y homogeneidad en los lotes se respeta escrupulosamente en este caso, ya que el contador partidor ha tenido en cuenta la implicación del apelante con la gestión de las sociedades respecto de las que le adjudica las participaciones, sin que Dª Carla haya podido asistir a Juntas ni tener información sobre la gestión y situación real de las mismas. En ese contexto, la solución propuesta por el contador parece adecuada en aras a respetar la igualdad exigible y al mismo tiempo garantizar a la apelada que los bienes adjudicados puedan ser finalmente disfrutados de forma pacífica y no a través de una compleja gestión societaria de la que permanentemente la ha mantenido alejada el apelante. Carecería de sentido que tras la liquidación se mantuviese ese mismo escenario en función de las adjudicaciones verificadas.

EL USO POR UN CÓNYUGE DE LA VIVIENDA NO GENERA PARTIDA EN EL ACTIVO DE LA SOCIEDAD

AP MADRID, SEC. 22.ª
SENTENCIA DE 24/072017

Que la ex esposa siguiese ocupando en exclusiva la vivienda ganancial después de extinguirse el uso no da derecho alguno al otro ex cónyuge a incluir en el activo de la sociedad ningún crédito por el importe de una hipotética renta.

Se insta, asimismo, que se incluya del activo de la sociedad legal una deuda a favor de la sociedad conyugal y a cargo de la Sra. Rocío al disponer esta del inmueble ganancial sito en la CALLE000 cuyo uso y disfrute fue extinguido en virtud de la sentencia de modificación de medidas dictada por el juzgado en enero de 2012, cifrándose la deuda en 68400 euros a enero de 2015, debiendo verse incrementada la misma a razón de 1900 euros mensuales por cada mensualidad que transcurra en la que la Sra. Rocío haga uso exclusivo de la vivienda.

Sobre tal cuestión hay que señalar en primer lugar que el actor ahora recurrente no incluye tal partida en el escrito rector del procedimiento y solamente en el acta de formación de inventario - en 10 de julio de 2013- realiza una ampliación de sus pretensiones instando lo que allí entiende ha de ser una partida del pasivo, que ahora transmuta tras el dictado de la sentencia en un concepto a integrarse en el activo social, lo que ya evidencia alteraciones en la postura procesal incompatibles, en rigor, con la estimación del motivo.

Pues bien, tal pretensión no puede tener favorable acogida si pensamos que si es claro que no ha de valorarse en la liquidación el derecho de uso de la vivienda familiar otorgada al amparo del artículo 96 del CC, tal y como ya viene siendo establecido por este mismo Tribunal desde sentencias que se remontan al año 1995- valga por todas la de 6 de febrero - no cabe otorgar repercusión económica alguna cuando aquel inmueble no constreñido ya por la atribución basada en dicho precepto, sigue ocupado por quien es legítima propietaria al no haberse limitado judicialmente dicho uso, en virtud de las acciones que al condómino corresponden instando uso alternativos o las peticiones que correspondan a sus intereses.

En efecto, aquel derecho de uso carecía de contenido patrimonial, en tanto en cuanto duró el uso y disfrute atribuido a la ahora apelada en virtud de resolución judicial y la normativa del CC.., y extinguido el mismo, tal y como dispone la sentencia dictada en procedimiento de modificación de medidas en el mes de enero de 2012, y su posterior ocupación por la misma usuaria, - copropietaria del inmueble - tampoco puede tener repercusión económica, en este ámbito de la formación de inventario y de la liquidación de gananciales, según, razona la sentencia de primera instancia.

Y es que, aquella partida que así solicita no puede tener cabida al amparo del lucro cesante, (en este procedimiento liquidatorio) que es un concepto indemnizable junto con el daño emergente según el art. 1.106 del CC. Nada hay que indemnizar por ese concepto en el proceso de formación de inventario, al no constituir una partida susceptible de integrar el inventario.

En este contexto, el abono del importe correspondiente a una renta hipotética hasta la fecha del desalojo efectivo de la vivienda ocupada por su legítima copropietaria, debe señalarse que, conforme al juicio de probabilidad o verosimilitud que realiza el recurrente, atendiendo a un curso normal de las circunstancias que concurren en el presente caso, durante el periodo de ocupación del inmueble, en modo alguno constituye a través del lucro cesante (lucrum cessans) un partida a integrar con amparo en los artículos 1397 ó 1398 del CC porque no puede configurarse, como tal, concepto inventariable en este proceso la pérdida de oportunidad de poder alquilar dicha vivienda, aparezca o no factible, dada la necesidad de consentimiento que para ello se precisa de la interesada, y ello sin perjuicio de las acciones que a la parte correspondan en otro ámbito.

No puede, por lo tanto, referenciarse partida alguna en el inventario relativa a una ganancia dejada de obtener por la renta eventual del inmueble al margen de las acciones que sobre ello puedan articularse por el interesado.

CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN DE UN MENOR SUJETO A KAFALA

AP BALEARES, SEC. 4.ª AUTO DE 25/10/2017

No concurre el primer presupuesto para la concesión de la compensación económica, relativo al trabajo para el otro conviviente sin remuneración o con remuneración insuficiente, al constar percepción de ingresos fijados en la contratación.

En el Auto recaído en el primer grado jurisdiccional se acordó constituir la adopción del menor de edad Ezequias, nacido el NUM000 de 2012, hijo de Bernardo y Berta, con todos los efectos inherentes a la misma. Desde la constitución de la adopción el adoptado pasará a llamarse Pascual.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra el referido Auto y solicitó la revocación del mismo, en base que el menor adoptado conserva su nacionalidad de origen, no constando tampoco que se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la entidad pública, por lo que, inicialmente opera la limitación del art. 19.4 de la Ley de Adopción Internacional modificada por Ley 26/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Habiendo quedado acreditado que en la legislación actual de Marruecos (art. 149 de la mudawana) la adopción no existe en los términos de esta Ley.

Tal y conforme se indica correctamente en la resolución apelada, en el supuesto de autos, el menor convive y reside en España con el matrimonio solicitante desde el mes de Noviembre de 2013, tal y como se constata en el certificado de empadronamiento aportado en autos, justificándose a su vez con el acta de ejecución de una sentencia definitiva de la Kafala de un niño abandonado, en virtud de la cual se decretó la atribución de la Kafala del menor Ezequias, recibiendo los hoy promotores del expediente al menor y nombrándose al kafalista D. Bernardo tutor dativo del niño.

La “Kafala”, tal y como se indica en la resolución apelada, viene regulada en Marruecos por la Ley 15/2001 y se define legalmente como la guarda de un menor abandonado con la obligación de encargarse de su protección, educación y sustento, del mismo modo que se haría con su hijo propio pero sin derecho a la filiación ni a la sucesión. Está expresamente recogida en el art. 20 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño como una institución para la protección y desarrollo armonioso del niño con efectos jurídicos para el menor así como para la persona encargada de él.

Según se recoge el certificado expedido por la Cónsul General del Reino de Marruecos en Palma en fecha 31 de Enero de 2017, que obra unido al expediente del que dimana el presente Rollo, el artículo 149 de la mudawana (el Código del Estatuto Personal y Sucesiones) puesto en vigor por el dahir n ° 01.04.22 el 03/02/2004, la adopción no existe

en los términos de esta Ley, sino es el término de la Kafula según la Ley nº 01-15 del 13/06/2002, y es el Juez de menores quién otorga la patria potestad en caso de menores abandonados por medio de un acta notarial.

En base al contenido de dicha certificación y a lo establecido en el art. 19.4 de la Ley de Adopción Internacional, el Ministerio Fiscal en la primera instancia se opuso a la constitución de la adopción.

En la resolución apelada el Juez "a quo" en relación a dicho motivo de oposición por parte del Ministerio Fiscal razona lo siguiente:

En consecuencia, a pesar de la oposición formulada por el Ministerio Fiscal al entender que opera la limitación establecida en el artículo 19.4 de la Ley de Adopción Internacional en virtud de la cual se denegará la constitución de la adopción en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública, extremo que a su entender viene corroborado con el certificado del Consulado de Marruecos que manifiesta que la adopción no existe en los términos de la mudawana, sino que se acuña el término de la kafala, se está en la situación de aprobar la adopción solicitada, al resultar del informe del IMAS la positiva integración del menor en el seno de la familia adoptante.

Conforme hemos indicado antes el Ministerio Fiscal se alzó contra dicha resolución de la primera instancia reproduciendo en esta alzada dicho motivo de oposición.

Tal y conforme alega el Ministerio Fiscal en su recurso de apelación, la Ley 26/2015, de 28 de Julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, dispone la modificación de la Ley 54/2007, de 28 de Diciembre, de Adopción Internacional, añadiendo un apartado 4 en el artículo 19 que queda redactado de la siguiente manera: "4.- En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública".

En el preámbulo de la referida Ley en su apartado IV se indica que se introducen importantes modificaciones en las normas de Derecho Internacional Privado que básicamente responden a las siguientes cuestiones:... establecer la imposibilidad de constituir adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba, con alguna matización, para evitar la existencia de adopciones que atenten gravemente a la seguridad jurídica del menor (art. 19.4).

Según resulta del certificado del Consulado al que antes hemos hecho referencia, la adopción no existe en los términos de la Mudawana, sino que es el término de la Kafala según la Ley nº 01-15 del 13/06/2002.

Es decir, la ley nacional marroquí no prohíbe expresamente las adopciones; tan solo es una figura o institución que no existe en la Ley; siendo la Kafala la institución de máxima protección para los niños abandonados.

Atendiendo a la inexistencia de tal prohibición. Y teniendo en cuenta, además, por un parte, que en el Preámbulo, en su apartado II, de la L.O. 8/2015, de 22 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se establece que es un principio general de carácter interpretativo de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responde a los intereses del menor; y que, por otra parte, en el apartado IV del Preámbulo de la Ley 26/2015 se subraya el interés del menor como consideración fundamental en la adopción. Es por lo que consideramos que el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal no debe prosperar. Pues consideramos que en el supuesto de autos se debe optar por la interpretación que mejor responde a los intereses del menor, cuáles son: que reuniéndose en el caso de autos todos los requisitos exigidos en el Código Civil para la adopción no puede perpetuarse en España la situación de acogimiento del menor "Kafalado".

LEGITIMACION ACTIVA DEL CONVIVIENTE PARA SOLICITAR OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

AP BALEARES, SEC. 3.ª SENTENCIA DE 20/10/2017

La conviviente de hecho que tiene atribuido le uso de la vivienda familiar, tiene legitimación activa para solicitar la ejecución de sentencia que condenaba a los vendedores a otorgar escritura pública del inmueble en favor del comprador -el conviviente de hecho- previa acreditación del pago total del precio. Como no fue parte en el contrato de compraventa su legitimación proviene del ejercicio de la acción subrogatoria.

D.ª Tomasa interpuso demanda ejecutiva contra D.ª María Esther y D. Alberto, en relación a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en fecha 4 de abril de 2011 en relación al procedimiento ordinario tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000, subrogándose en la posición del acreedor, D. Faustino, con fundamento, en síntesis, en los siguientes hechos:

1.- D.ª Tomasa y D. Faustino fueron pareja de hecho entre abril del año 2008 hasta finales de enero de 2012. Desde el inicio de su relación residieron en el EDIFICIO000, CALLE000, nº NUM000, NUM001, puerta NUM002.

La vivienda había sido adquirida por D. Faustino a su hermana María Esther y su cuñado mediante contrato privado de compraventa celebrado el 1 de noviembre de 2002.

2.- En febrero de 2009 D. Faustino interpuso demanda instando el cumplimiento y la elevación a público del contrato privado de compraventa, siendo su pretensión estimada en las dos instancias. La sentencia dictada en resolución del recurso de apelación declara verdadero y válido el contrato, pudiendo el demandante compeler a los demandados al cumplimiento íntegro y forzoso del mismo, con obligación de los demandados de otorgar y realizar todos los actos que sean precisos para lograr la plena efectividad y constancia pública registral de la transmisión del inmueble, entre ellos la reintegración de la posesión del inmueble al demandante y el otorgamiento de la correspondiente escritura pública una vez la actora acredite el pago de la totalidad del precio de la compraventa e impuestos, arbitrios y gastos relativos al inmueble.

3.- En la demanda inicial D. Faustino adjuntó todos los pagos realizados a cuenta del precio aplazado de la compraventa y los recibos devengados por otros conceptos, como comunidad de propietarios, IBI, basuras, etc. Además durante el procedimiento fue realizando en la cuenta judicial los ingresos para estar siempre al corriente del pago de las cuotas.

La devolución de la posesión de la vivienda se produjo en fecha 29 de julio de 2011.

4.- A principios de 2012 la Sra. Tomasa interpuso demanda de separación de pareja de hecho, tramitada como autos de guarda y custodia y alimentos de menores nº 215/12 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000. En él se dictó sentencia por la que se atribuyó el uso de la vivienda a la madre, quien mantenía la guarda y custodia de la menor. El Sr. Faustino debía abonar en concepto de alimentos a favor de su hija menor la

suma de 270 euros.

Nunca se abonó una mensualidad completa y en el momento de la demanda ejecutiva adeudaba la suma de 10.240 euros.

También dejó de pagar las cuotas del precio aplazado de la compraventa, de las que se hizo cargo la Sra. Tomasa desde febrero de 2012. Por este concepto ha abonado la suma de 13.465 euros.

5.- D. Faustino ha desistido de ejercitar las acciones ejecutivas que le corresponden en relación a la vivienda y carece otros bienes susceptibles de embargo.

Es por ello que ejercita la acción subrogatoria frente a D.ª María Esther y D. Alberto y solicita que se despache ejecución, obligándoles a otorgar y realizar todos los actos que sean precisos para otorgar la plena efectividad y constancia pública registral de la transmisión y el otorgamiento de la escritura pública una vez se haya acreditado el pago de la totalidad del precio de la compraventa e impuestos, arbitrios y gastos relativos al inmueble.

Frente a la ejecución despachada mediante auto de fecha 4 de octubre de 2016, se formuló oposición por los ejecutados en un escrito en el que alegaban los siguientes hechos:

1.- La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma en fecha 4 de abril de 2011 declaró válido y perfecto el contrato de compraventa formalizado en fecha 1 de noviembre de 2002 respecto del inmueble al que se refiere la ejecución, pero el comprador ha de acreditar el pago de la totalidad del precio de la compraventa, así como de la correspondiente liquidación de impuestos, arbitrios y gastos relativos al mismo, que hasta la fecha no se ha realizado.

2.- La parte ejecutante no ha sido parte legítima en ese procedimiento y se ha rechazado su personación en el mismo.

3.- En el caso de que se estimara esta demanda ejecutiva, mal se compadecería con resoluciones anteriores. En el procedimiento de ejecución de títulos judiciales 109/2016 se acordó por parte del juzgado el lanzamiento y entrega de la posesión de la vivienda a sus propietarios, los aquí ejecutados.

4.- No se ha acreditado que el deudor carezca de bienes propios sobre los que poder dirigirse a su acreedor, por cuanto la acción subrogatoria no es sino un medio de vencer las consecuencias de una posible inacción del deudor, siendo condición precisa que primero se hayan perseguido bienes del deudor.

Tras esta exposición de hechos se formula oposición al amparo de lo dispuesto en el artículo 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se solicita la nulidad radical del despacho de ejecución al no contener la sentencia ejecutada pronunciamiento de condena contra los ejecutados, en relación con el artículo 538 del mismo cuerpo legal, que regula las partes y sujetos de la ejecución forzosa.

Se alega que la acción subrogatoria no existe autónomamente como tal, pues el artículo 1.111 del Código civil no la configura como una acción distinta de la que correspondería al acreedor frente a su deudor, sino que se limita a permitir que el acreedor la ejercite en virtud del principio de legitimación expresa que se le concede. El ejercicio de la acción subrogatoria en el procedimiento ejecutivo introduce indeseables elementos de distorsión que, lejos de clarificar, confunden la naturaleza y fundamento de la acción, al no concurrir los requisitos exigidos por la ley para que lleve aparejada ejecución a favor de la indebidamente designada demandante. Procede declarar la nulidad del juicio sin perjuicio de que la actora pueda ejercitar la mencionada acción en el oportuno procedimiento ordinario.

Por auto de fecha 17 de octubre de 2017 se estimó la oposición formulada. Se señala que parece obvio que la ejecutante no dispone de capacidad ejecutiva con base al título ejecutivo indicado, por cuanto que fundamenta su capacidad para la interposición de la demanda en la acción subrogatoria prevista en el artículo 1.111 del Código civil, siendo así que esta acción es de naturaleza eminentemente declarativa, por lo que no podrá ejercitarse en el marco de un proceso de ejecución.

El acreedor que se pretenda subrogar en la posición de su deudor para hacer valer el derecho que éste tenga frente a un tercero deberá necesitar de un pronunciamiento judicial (declarativo) en el que se le reconozca el derecho a subrogarse, por cumplirse todos los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para ello.

Se aprecia la concurrencia de la causa de oposición prevista en el artículo 559.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la falta de capacidad o representación del ejecutante, al no aparecer la hoy ejecutante en el título ejecutivo como acreedora y no

haber acreditado ser sucesora del que figura como ejecutante en el título ejecutivo.

Frente a esta resolución interpone recurso de apelación la parte demandante en el que se alega vulneración del artículo 1.111 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, con base a los siguientes argumentos:

- La legitimación extraordinaria, como excepción a la regla de la legitimación ordinaria, ha de venir conferida por la ley y en el presente caso se difiere del artículo 1.111 del Código civil.

- La ley no configura una acción distinta de la que corresponde al deudor, no establece la necesidad de interposición de ningún procedimiento declarativo previo, sino que se limita a permitir que el acreedor la ejercite en virtud de la legitimación expresa que le concede.

- La acción subrogatoria constituye una facultad del acreedor, legalmente atribuida, que le permite accionar por cuenta del deudor en su propio beneficio cuando el acreedor no tenga otro medio de hacer efectivo su derecho de crédito, con el único límite de los derechos inherentes a la persona.

La única cuestión que ha sido resuelta en el auto que es objeto de recurso y sobre la que versa éste es la falta de legitimación de la parte ejecutante al no considerar posible el ejercicio de la acción subrogatorio en ejecución de sentencia.

Es preciso recordar cuáles son los límites del recurso de apelación.

Dispone el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación.

Como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencias de 22 de abril o 16 de noviembre de 2016Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 22- 04-2016 (rec. 2431/2013), el recurso de apelación supone una revisión de la primera instancia que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa, lo que faculta al tribunal de apelación para valorar los elementos fácticos y apreciar las cuestiones jurídicas según su propio criterio, aunque con los límites que impone la prohibición de la reforma peyorativa, esto es la modificación de la sentencia apelada en perjuicio del apelante, salvo que provenga de la estimación de la impugnación del inicialmente apelado, y el principio tantum devolutum quantum apellatum (se transfiere lo que se apela), conforme al cual el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquellas cuestiones que le han sido planteadas en el recurso, como regula el art. 465.4 LECLegislación citadaLEC art. 465.4. Ambos límites de conocimiento son manifestaciones en la segunda instancia del principio de congruencia de las sentencias, con dimensión constitucional por afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a no sufrir indefensión que se proyecta en el régimen de garantías legales de los recursos.

El artículo 538 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que la ejecución se despachará a instancia de quien aparezca como acreedor en el título ejecutivo.

D.ª Tomasa interpone demanda ejecutiva que corresponde a D. Faustino frente a D.ª María Esther y D. Alberto en virtud de lo acordado en sentencia firme con base en el ejercicio de la acción subrogatoria prevista en el artículo 1.111 del Código civil.

Dispone el precepto, que “los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de este con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho”. La acción subrogatoria, que es de la que se vale la demandante en el presente litigio, y que se regula en el primer inciso del artículo 1.111, es definida doctrinalmente como el poder o facultad que el ordenamiento jurídico atribuye a los acreedores para ejercitar los derechos y acciones que corresponden a su deudor para, de esa manera, cobrar lo que se les debe, y más que una verdadera y propia acción encarna un supuesto de legitimación extraordinaria que la ley otorga a los acreedores para ejercitar los derechos del deudor, siempre que no se trate de derechos inherentes a su persona.

El Tribunal Supremo ha indicado que la denominada acción subrogatoria, reconocida en el artículo 1.111 del Código Civil, es considerada como una

acción indirecta u oblicua (sentencias del 7 de enero de 2011 o 9 de mayo de 2012) en cuanto que su finalidad no es la de conseguir el cobro de forma directa de su crédito de la persona del deudor de su deudor, sino conseguir que lo debido a éste ingrese en su patrimonio para así hacer efectiva la responsabilidad universal proclamada en el artículo 1.911 del mismo cuerpo legal, lo que supone que el ejercicio de tal acción por un acreedor frente al deudor o deudores de su deudor no puede implicar la condena de éstos al pago de una determinada cantidad a quienes no son acreedores suyos, de forma que las cantidades que así puedan obtenerse pasarán, en su caso, a engrosar el patrimonio del deudor, y sin que incluso el acreedor que ejercita la acción subrogatoria ostente, por esa razón, preferencia alguna en la satisfacción de su crédito.

Como primer presupuesto de la acción subrogatoria, se exige, con anterioridad a su ejercicio, haber perseguido, los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto a los acreedores se les debe, es decir, que a los acreedores no les resulte por otro medio posible obtener el reintegro de la deuda, lo que supone la realidad de la existencia del crédito y la solvencia no conocida del deudor. El Tribunal Supremo tiene declarado en Sentencia de 29-7-2010: “Como tenemos declarado en la sentencia 1135/2007, de 18 de octubre “ es doctrina consolidada - Sentencias de 26 de febrero de 2002 y 26 de junio de 2002, que cita las de 16 de mayo de 1995 y 3 de julio de 1979, y las anteriores de 28 de junio de 1912, 23 de junio de 1903, 25 de mayo de 1942 y 26 de abril de 1962 -, la que señala que el ejercicio por el acreedor de la acción subrogatoria, “no implica la necesidad de probar la total insolvencia de su deudor, ni exige que se haya formulado reclamación judicial previamente contra el mismo, pues se admite que pueda acreditarse la inexistencia de otra clase de bienes en el mismo juicio entablado para deducir la acción subrogatoria “. No implica la necesidad de probar la total insolvencia de su deudor (STS de 26 de febrero de 2002 con cita de numerosa jurisprudencia anterior) y ha facilitado la acción permitiendo que, en el mismo pleito entablado contra los deudores del deudor, pueda acreditarse la insolvencia de éste (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1.942).

En el presente supuesto, la condición de acreedora de la Sra. Tomasa frente al Sr. María Esther ha sido debidamente justificada con la demanda inicial, derivada de los alimentos acordados a favor de su hija menor. Por otro lado, la insolvencia del Sr. María Esther no ha sido discutida pese a que la oposición a la ejecución fue formulada también en su nombre.

El artículo 1.111 del Código civil configura la acción subrogatoria en términos muy amplios, autorizando al acreedora ha “ejercitar todos los derechos y acciones” de su deudor sin distinción alguna no otra excepción que la de los derechos y acciones inherentes a la persona del deudor. No existe obstáculo para que la acción ejercitada sea la ejecutiva derivada de una sentencia firme de la que se deriva el incremento del patrimonio del deudor. Existiendo ya una sentencia firme relativa, en este caso, a la realidad del contrato de compraventa, con condena a la parte vendedora al otorgamiento de la correspondiente escritura pública una vez la actora acredite el pago de la totalidad del precio de la compraventa e impuestos, arbitrios y gastos relativos al inmueble, no se entiende cuál es la acción declarativa que debe interponer la deudora para el ejercicio de la acción subrogatoria. Tampoco se explican cuáles son los indeseables elementos de distorsión que provoca su ejercicio en vía ejecutiva.

Es por ello que procede la estimación del recurso de apelación y la desestimación de la oposición formulada por D.ª María Esther y D. Alberto frente a la ejecución despachada por auto de fecha 4 de octubre de 2016. Es en el seno del procedimiento de ejecución en el que se habrá de acreditar el abono del precio de la compraventa y en el que se podrá determinar la trascendencia del procedimiento seguido con posterioridad sobre la resolución del contrato de compraventa y del procedimiento penal iniciado por estafa procesal, cuestiones todas que exceden lo que es objeto del recurso de apelación interpuesto.

Casos prácticos

GASTOS EXTRAORDINARIOS QUE NO LO SON

En su demanda de ejecución, la madre reclama al padre la mitad de todos los gastos que se han generado con el inicio del curso escolar (libros, material uniformes, etc.) al considerarlos de carácter extraordinario, tal y como se pactó en el convenio regulador. El padre se opone a la reclamación alegando que estos gastos no tienen la consideración de extraordinarios y que por tanto deben cubrirse con el importe de la pensión alimenticia que abona mensualmente.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de octubre de 2014 indicó que "Los gastos causados al comienzo del año escolar (matrícula, libros, material escolar y ropa) son gastos ordinarios"; en su Sentencia de 21 de septiembre de 2016 que "Los gastos escolares deben entenderse como ordinarios e integrados en el concepto de alimentos, por lo que a la hora de computar éstos los operadores jurídicos deberán tener en cuenta el prorrateo de los gatos de inicio del curso escolar" y en la Sentencia de 13 de septiembre de 2017 que "Para fijar la cuantía de la pensión alimenticia en un procedimiento de modificación de medidas deben tenerse en cuenta los gastos escolares y universitarios puesto que estos gastos no tienen la condición de extraordinarios". Por tanto, en principio, lleva razón el padre cuando razona que los gastos que se le reclaman como extraordinarios no tienen ese carácter.

Sin embargo, aun siendo ello así si la sentencia o las partes de común acuerdo, incluyen como gasto extraordinario alguno que formalmente no lo sea, como quiera que nos encontramos en trámite de ejecución de sentencia, ésta debe ser ejecutada en sus propios términos.

I JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA DE LA AEAFA EN VALENCIA

CRÓNICA:
José Gabriel Ortolá

Se han hecho esperar, como las buenas cosas de la vida, generando esa tensión que produce el deseo de recibir aquello que se anhela. Y llegaron y se disfrutaron, quedándonos aún la satisfacción de lo vivido y el consuelo de que tendremos nuevas ocasiones para repetir la experiencia.

Sí, las I Jornadas de Derecho de Familia de Valencia organizadas por AEAFA en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia se celebraron los días 20 (viernes) y 21 (sábado) de abril en la ciudad del Turia, en el Salón de los Tapices del Hotel Astoria, y de este modo la asociación y el ICAV inician una nueva andadura juntos. Y siendo así, en la consideración de que daba comienza una nueva etapa de trabajo y colaboración por y para el Derecho de Familia, se decidió que estás fueran, aún sin serlo propiamente, las I Jornadas de Derecho de Familia de Valencia.

La presentación y apertura de las mismas corrió a cargo de nuestra presidenta, Dª María Dolores Lozano, quien dio la bienvenida a los asistentes y se felicitó, en nombre de la asociación, por el inicio de esta nueva andadura en la colaboración con el ICAV que quedaba plasmada en la celebración de estas jornadas. Hizo nuestra presidenta un recorrido por los problemas que acucian nuestro trabajo y defendió la necesidad de la especialización y la jurisdicción de familia. Tras ella, y excusando por motivos personales la inasistencia de D. Rafael Bonmatí, Decano del ICAV, intervino D. José Soriano, Secretario de su Junta de Gobierno y miembro de nuestra asociación, quien también dio la bienvenida a los asistentes y expreso la satisfacción de la Junta por la celebración de las jornadas.

Tras el acto inagural se impartió la primera ponencia del programa a cargo de nuestro querido D. Gonzalo Pueyo, expresidentes de la AEAFA,

sobre una materia cada vez más necesitada de atención por parte de los Abogados de Familia y con la que mantenemos todavía poco práctica diaria: los “Pactos en Previsión de ruptura”. En su desarrollo, el ponente analizo rigurosamente las posibilidades de los mismos en medidas personales, económicas y patrimoniales de la crisis matrimonial o de la convivencia de hecho.

La segunda de las ponencias corrió a cargo de D. Antonio Seijas, magistrado del Tribunal Supremo, quien realizó un recorrido por la última jurisprudencia del Tribunal Supremo en Derecho de Familia, en un original modo expositivo por materias, en que, tras cada bloque, se fueron abriendo turnos de preguntas por parte de los asistentes.

La primera ponencia de la tarde del viernes fue impartida por D. Pascual Ortuño, Magistrado de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, con el título “La Coordinación de Parentalidad y otros recursos disponibles para la gestión judicial de los incumplimientos de visitas”, en la que nos analizó la siempre controvertida materia del incumplimiento de medidas personales y las dificultades existentes para la efectiva ejecución de las mismas, con especial referencia a la novedosa figura del Coordinador Parental.

La jornada del viernes concluyo con una magnifica y detallada ponencia en relación a los “Problemas procesales en la liquidación de la sociedad de gananciales”, impartida por nuestro Amigo, y prometedor maestro paellero, el magistrado D. Javier Pérez Martín, efectuándo un minucioso recorrido de todos los problemas susceptibles de acontecer en tales procesos y con apoyo, como nos tiene acostumbrados, con una extensa jurisprudencia sobre la materia.

Por la noche, debiendo agradecérselo a nuestro compañero y expresidentes de AEAFA, Isidro Niñerola, pudimos disfrutar de una estupenda cena y velada en el Casino de La Agricultura de

la ciudad que nos permitió desarrollar esa otra e importántisima parte de nuestras jornadas: la que tiene por objeto desarrollar la amistad y el conocimiento personal entre quienes constituimos la AEAFA.

El sábado por la mañana, y fruto del Convenio de colaboración que nuestra asociación mantiene con la Universidad de Valencia, resultó un auténtico placer iniciar la jornada con una amenísima ponencia impartida por el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, D. José Ramón de Verda sobre "Uniones de hecho, libre desarrollo de la personalidad y enriquecimiento injusto".

Estas I Jornadas de Derecho de Familia de Valencia concluyeron con el Foro Abierto, ese espacio y tiempo único para el debate de cuestiones jurídicas que a todos nos preocupan. Participaron, además de los asistentes, Dª María Dolores Azaustre (Vicepresidente de la AEAFA), D. Javier Pérez Martín, Dª Palmira Trelis (Presidente de la Sección de Derecho de Familia del Icav y codirectora de las jornadas), D. Pascual Ortuño, quien, aún no estando inicialmente en el programa, se prestó generosamente en calidad de artista invitado, así como quien esta crónica suscribe.

Fue, como siempre, un Foro muy enriquecedor e instructivo para los asistentes.

Y tras ello, llegó el momento de las despedidas. Para ello intervino nuestra Presidenta, Dª María Dolores Lozano, y los codirectores de las jornadas.

Una vez cayó el telón, aún con la euforia de la experiencia vivida, se me cruzó un pensamiento gratificante. Me dije, "siempre podré decir a mis nietos que yo estuve en las I Jornadas de Derecho de Familia de Valencia".

Gracias a todos los que lo habéis hecho posible!

Información bibliográfica

ANÁLISIS A NIVEL INTERNACIONAL DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

ANÁLISIS A NIVEL INTERNACIONAL DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

Esther Susin Carrasco
Editorial Aranzadi
Pamplona 2018
Páginas: 140

Cláusula estándar: edad y capacidad, obstáculos para su participación.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 tuvo el mérito de introducir el principio de que los derechos de los niños, niñas y jóvenes merecen gozar de una doble consideración. En primer lugar como titulares de derechos que les son reconocidos a todo ser humano y les corresponden por el mero hecho de serlo, de forma que ya no pueden ser considerados objetos pasivos de protección del Estado y de los progenitores. En segundo lugar, los niños, niñas y jóvenes son acreedores de una especial consideración, cuya justificación se deriva de su especial vulnerabilidad y de su natural dependencia de otras personas. Con base en ambas consideraciones la Convención sobre los Derechos del Niño por primera vez transforma sus necesidades en derechos, situando en primer plano su tutela y defensa no sólo jurídica, sino también política y social. Los pilares indiscutibles de la Convención, a los efectos que aquí interesan, son el artículo 3.1 que regula el principio del interés superior del menor, y el artículo 12 que regula el derecho del niño a expresar su opinión. De su correcta relación se deriva que para adoptar una decisión en interés del niño, se exige que éste haya manifestado su opinión. Es necesario un amplio conocimiento de ambos principios con el fin de promover su aplicación y garantizar su interpretación de acuerdo con el espíritu de la Convención. Ese cometido no está exento de obstáculos, y aunque el Comité de los Derechos del Niño se haya erigido como el máximo baluarte de su correcta aplicación, no existen mecanismos legales que obliguen a los Estados parte a su cumplimiento.

Próximas Jornadas