REVISTA
Abogados de Familia

110
AGOSTO 2021

Entrevista
Eduardo Baena Ruiz
Magistrado del Tribunal Supremo (jubilado)

NADIE ESTÁ OBLIGADO
A LO IMPOSIBLE…
LA AEAFA TAL VEZ SÍ.

NADA ES IGUAL,
SALVO LO QUE NUNCA CAMBIA…

ULTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

LA ESPECIALIZACIÓN DE LA ABOGACÍA, LA FORMACIÓN MULTIDISCIPLINAR Y LA PUBLICIDAD

EL RINCÓN DE PACO

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

AEAFA

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

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

REVISTA Abogados de Familia

Depósito Legal M-10126-1996
ISSN 1136-8942

COMITÉ DE REDACCIÓN

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

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

SUMARIO

04 **Editorial**

Nada es igual, salvo lo que nunca cambia…
Inmaculada Marín

07 **Entrevista**

EDUARDO BAENA RUIZ
Magistrado del Tribunal Supremo (Jub.)

15 **Reflexiones**

La especialización de la Abogacía, la formación multidisciplinar y la publicidad
Mª Dolores Lozano Ortiz

21 **Reflexiones**

Nadie está obligado a los imposible...
La AEAFA tal vez sí...
Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona

23 **El Supremo al día**

M.ª Dolores Azaustre Garrido

33 **Sentencias Comentadas**

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

71 **Casos Prácticos**

72 **Novedades Bibliográficas**

74 **El rincón de Paco**

QUOUSQUE TANDEM JURISPRUDENTIA ABUTERE PATIENTIA NOSTRA?

EDITORIAL

NADA ES IGUAL, SALVO LO QUE NUNCA CAMBIA...

Ninguno de los que acudimos a nuestras Jornadas Centrales en marzo de 2020 creímos que ese virus, cuya importancia aun se negaba oficialmente, cambiaría nuestras vidas y hasta el ejercicio de nuestra profesión con consecuencias insospechadas.

Algunos quisimos agotar, y lo hicimos, la estancia en Madrid para compartir más tiempo con los amigos a los que sólo vemos de año en año. Otros, quizá más prudentes e informados, se abstuvieron de socializar. Pero creo no equivocarme si afirmo que ni unos ni otros contemplábamos la posibilidad de que en pocos días, exactamente tres, se declararía el estado de alarma y la población quedaría confinada.

Y fue esa falta de previsión la que forzó, a partir del día 14 de marzo de 2020 a cada cual a seguir una andadura personal y profesional de supervivencia. Las personas con patologías previas, las miedosas y las que tomaron cumplida conciencia de pandemia, evitando los riesgos y trabajando desde casa, por medios telemáticos, en no pocas ocasiones aprendiendo a manejarlos sobre la marcha. Los de salud de

hierro, los más generosos, y los que no tuvieron otra opción, supliendo las necesidades de los primeros y acudiendo a sus despachos.

Todos con la vana esperanza de lograr poner al día todo el atraso que, no podemos negar, vamos acumulando sobre mesas y en archivos… Y, sólo los más optimistas, hasta convencidos de retomar esa afición olvidada por requerir de un tiempo en soledad, que nunca encontramos.

En mi caso, con patologías previas, admito que me confiné. Y, sí, también he de reconocer que fui de aquellos que durante las dos primeras semanas pedí perdón a Dios (a diario) por sentirme contenta, sin estrés, sin ansiedad por los plazos, juicios y retrasos. Confieso el peso de la culpa que me provocaba tener tiempo para todo o para nada, las ganas de llamar a familiares y conocidos para interesarme por ellos, la ilusión por probar las copas virtuales con amigos, por hablar desde las ventanas y por el patio; por dormir a pierna suelta, sin horarios y sin tener que aportar un certificado médico, como documento nº1. Y hasta por sentirme feliz al atender telefónica y personalmente a mis clientes, todos encantados de no encontrar los engorrosos filtros, horarios y festivos. Perdón que hoy os pido también a vosotros, porque si entonces llego a saber lo que nos esperaba, ni me confino, ni me relajo, ni me alegro, ni pido perdón por nada.

Y es que de aquellos barros nos quedaron lodos que vinieron a engrosar las carencias existentes desde siempre en el Derecho de Familia. Las llamadas constantes, sin horario, la impaciencia por la falta de inmediatez, la protesta si pretendes cobrar el trabajo, como siempre hiciste, menos en el confinamiento… y, lo peor, la creencia -que ya compartió la autoridad competente el curso pasado- de que los abogados de familia no necesitamos vacaciones.

También parece habernos acompañado, con pretensión de quedarse, el gusto por lo digital y telemático; así, en muchos de nuestros Juzgados, las comparecencias y vistas continúan sin poder celebrarse presencialmente, trasladándonos a los profesionales la obligación de suplir la falta de previsión, adecuación y medios materiales de la Administración de Justicia, ese mal que ya existía antes del COVID y para el que jamás se encuentra vacuna, porque nunca se invierte lo necesario para descubrirla.

Hemos comprobado en carne propia aquello de que no hay como ser profesional liberal o autónomo, para ser inmune a cualquier enfermedad, por eso todos sabemos que celebrar el juicio en nuestros despachos no conlleva riesgo ni para el justiciable, ni para nosotros y en consecuencia, en año y medio, los que siempre hemos podido trabajar presencialmente hemos sido los abogados y Procuradores, mientras muchos Juzgados siguen siendo atendidos por grupos reducidos de su personal, aun es imposible consultar un expediente sin cita previa y a través del espacio protegido de la ventanilla que, preparada en estos meses, esa sí, ha venido a completar el definitivo alejamiento de los profesionales y los interesados respecto a sus asuntos y de sus Juzgados.

Y es que, incluso, en aquellos en los que se han reanudado las vistas presenciales, podemos encontrarnos con Fiscales que asisten a ellas desde sus despachos o domicilios, mientras los demás operadores jurídicos compartimos espacio con las partes y algún adolescente que debe ser oído. Para la insuficiencia de recursos humanos atávica que motiva las ausencias de representante del Ministerio Público en tantos y tantos procedimientos, seguimos igualmente encontrar remedio.

Esperemos confiados que las ratificaciones de los informes de los equipos técnicos, allá donde los hay, no sigan esta actual costumbre, pues no imagino nada que pueda resultar más contraproducente para la ya deteriorada imagen de la Justicia que mostrarle al justiciable que los múltiples inconvenientes que ha de soportar para obtenerla y el tiempo de espera invertido, ni siquiera merece compartir el espacio judicial con quienes la garantizan y en las mismas condiciones.

Y es que no podemos ocultar que estamos recibiendo quejas de clientes que preguntan por qué ellos tienen que acudir presencialmente y otros no o viceversa, por qué ellos han de estar tras una pantalla y otros celebran presencialmente. Por qué tras tener que esperar más de un año para celebrar su juicio y ser oídos, finalmente los fuerzan antes de empezar a llegar a un acuerdo que no desean, sin siquiera poder explicarse y sin valorar toda la prueba que han aportado.

En esta reflexión personal quiero poner de manifiesto que también la Justicia de Familia, Menores y Discapacidad en España se encuentra aquejada de una enfermedad, que interesa a quienes han de acudir a ella, es decir, al conjunto de la población, y está necesitada de una solución urgente y definitiva.

Solución que, como desde hace décadas defendemos todos los órganos y asociaciones especializados, no puede ser otra que la creación de la Jurisdicción de Familia independiente. Es decir, la vacuna está descubierta, todos sabemos la que es, pero la Administración nunca encuentra el momento para su aplicación.

No ignoramos que la inversión necesaria para llevarla a cabo será elevada, pero tampoco que los atajos con que se aparenta actualizar sólo sirven como cortafuegos, son simples mascarillas higiénicas. Y lo que necesitamos es erradicar la enfermedad. Mantengamos la esperanza de que el broche final a esta enfermedad lo constituya la creación de la Jurisdicción de Familia. Desde AEAFA seguimos luchando para conseguirlo.

Inmaculada Marín Carmona
Secretaria de Organización de la AEAFA

ENTREVISTA

EDUARDO BAENA RUIZ

Magistrado del Tribunal Supremo (jubilado)

M.ª Dolores Azaustre Garrido
Abogado

Eduardo, ¿por qué Juez?, ¿por vocación?

Indudablemente fue por vocación y no por equivocación.

Sabía que, con similar esfuerzo, existían salidas que podían facilitarme a mí, y entonces a mi eventual familia, mayores comodidades, pero lo que profesionalmente me atraía era ser juez.

¿Lo tuviste claro desde el principio?

La verdad es que sí. Mi padre, que era juez, me regaló el don de la libertad en todos los sentidos, y me educó con lluvia fina, mas con actos que con palabras. Verlo creo que pudo influir en mi vocación, aunque en su fuero interno tal vez desease otra salida para mí, que no fuese la suya. Se había visto obligado a grandes esfuerzos y privaciones para la atención y educación de sus tres hijos, con la connivencia inestimable de mi madre. Tuvieron la suerte de que los hijos les correspondieron.

¿Cuál fue tu primer destino dentro de la carrera judicial?

Mi primer destino fue en Alcalá la Real (Jaén). Eso supuso que

tomase posesión y jurase el cargo en la Audiencia Territorial de Granada, lo que, para mí, era especial. Había cursado la licenciatura en la Facultad de Derecho de Granada y preparé las oposiciones en Granada. Me preparó el Fiscal Jefe de la Audiencia Territorial, que me apadrinó en la toma de posesión. Pasados los años, y en el mismo escenario, tomé posesión del cargo de Presidente de la Audiencia Provincial de Córdoba.

¿Te acuerdas de cuál fue la primera Sentencia que pusiste?

Recayó, en la jurisdicción civil, sobre un interdicto (denominación entonces de los juicios posesorios) de recobrar la posesión. La demanda se interpuso contra el Ayuntamiento de Alcaudete (Jaén), y lo curioso es que el abogado defensor de este era el Alcalde, letrado en ejercicio.

Fuiste el primer Juez de Familia en Córdoba, ¿cómo fueron los primeros divorcios?

En la transición española, fruto de la Constitución de 1978, existieron importantes cambios en nuestro ordenamiento jurídico, y uno de ellos fue el provocado por la ley de 7 de julio de 1981 (quien me iba a decir que sería el día que tomaría posesión de magistrado del Tribunal Supremo), conocida en el foro y en el pueblo como Ley del divorcio. En el plano mediático concitó el interés de todos los medios de comunicación.

Recuerdo como el 1 de septiembre, que comenzó la andadura del juzgado de familia, y en plena instalación del mismo, tuve que combinar mi atención a esta tarea con la de atender a periodistas ávidos de informar sobre lo que se iniciaba.

En el plano social fue un alivio para aquellas personas cuyos matrimonios habían hecho crisis años atrás y que, salvo la nulidad matrimonial, no tenían posibilidad de rehacer su vida jurídicamente, aunque de facto así fuese, con sus nuevas parejas. Fueron los primeros en acudir a la disolución del vínculo a causa del divorcio.

Para los profesionales del derecho (Jueces, Secretarios judiciales, Fiscales, Abogados y Procuradores, sin olvidar a Notarios y Registradores) fue un reto y una etapa creativa.

Partíamos de la ley, pero hueros prácticamente de doctrina científica y, por supuesto, de doctrina de tribunales.

Pude palpar que en ámbitos, no precisamente ajenos al derecho, se veía este juzgado como de segundo orden y, entonces, me propuse dar visibilidad a la importancia jurídica, familiar y social de lo que en él se decidía. Naturalmente con la complicidad de todos los profesionales que antes he citado. Pronto te das cuenta que esta especialidad requiere una singular sensibilidad.

Si decides sobre menores no es preciso explicarlo.

Pero es que entre las partes se imponen los sentimientos a la razón y era preciso ser flexible ante algún comentario de ellas en sala, que podría calificarse de improcedente en otras materias del derecho civil.

Me estoy extendiendo, pero quiero, pasados los años, hacer ver el interés y la ilusión que se desplegó para ofrecer la seriedad que la materia exigía y exige.

Gracias a la generosidad de una psicóloga y una trabajadora social se creó un equipo psicosocial cuando todavía pasarían años para que el Ministerio los crease, sin lucro para ellas, que fue de una gran ayuda y orientación para cuántos profesionales intervenían en el procedimiento.En fin, que hicimos camino al andar.

Cuéntanos algún recuerdo de tus años como Presidente de la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba.

Teniendo en cuenta que estuve cerca de 15 años, recoger recuerdos de tan largo tiempo excedería de los márgenes estrechos de una entrevista. Por ello sólo ofreceré pinceladas generales. En materia de infraestructuras mi gestión fue intensa y de colaboración con la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía, a la que hacía poco tiempo se le habían transferido las competencias.

Como existía necesidad de espacio para instalar nuevos órganos judiciales opté por no ocupar la vivienda.

En esta etapa construyeron sus sedes el Ilustre Colegio de Abogados y el de Procuradores, y el espacio que dejaron libre en el Palacio de Justicia se destinó a instalar nuevos órganos judiciales, necesarios para evitar, en lo posible, sedes desplazadas. Desde un principio tuve claro que eso era «pan para hoy y hambre para mañana», y tanto en público como en privado hice ver la necesidad de crear una Ciudad de la Justicia que acogiese todos los órganos judiciales y acabase con el peregrinaje judicial. Hoy es una realidad. Se inauguró cuando yo ya tenía mi destino en el Tribunal Supremo, y a mí, personalmente, me gusta bastante.

Jurisdiccionalmente creo que conseguí una relación cordial con mis compañeros (jueces, fiscales y secretarios judiciales), así como con la abogacía, procuradores y graduados sociales. Mi despacho siempre estuvo abierto para ellos, tanto fuese para sugerencias como para quejas. Potencié la celebración de Plenillos para unificación de doctrina y prácticas procesales, naturalmente no fijada por el Tribunal Supremo, en aras de algo que siempre me ha preocupado, cual es la seguridad jurídica y que las resoluciones judiciales sean predecibles. Potencié, asimismo, la Comisión de coordinación de policía judicial, con excelentes frutos en muchas materias, con una valiosa aportación del ministerio fiscal, de la abogacía, del cuerpo general de policía y del de la guardia civil.

Siempre desde el respeto a la independencia, mis relaciones institucionales con otras autoridades fueron cordiales pues tuve claro que así prestaba el mejor servicio a la administración de justicia.

Lo mismo cabe decir respecto a los medios de comunicación, que cumplen una función importante de información, y que yo se la propiciaba en mi ámbito, «en lo que podía y hasta donde podía».

¿La meta de todo Juez es llegar al Tribunal Supremo?

No me siento legitimado para responder en nombre de mis compañeros.

A título particular, mentiría si no dijese que tenía esa esperanza.

Pero también he de decir que no me obsesionaba, pues la función de juzgar, si tienes vocación, es apasionante en cualquier instancia. Es más, como órgano unipersonal es cuando más profundizas en los aspectos fácticos y jurídicos del litigio, sin el corsé de los motivos del recurso.

Tenía claro que, cesado mi tercer mandato de Presidente de la Audiencia, si no era promovido a magistrado del Tribunal Supremo seguiría en mi querida Córdoba como magistrado de la Audiencia, con el contacto cordial de mis compañeros, que nunca perdí, y liberado de las funciones de gobierno y gestión, que son satisfactorias si culminan bien, pero que exigen mucho tiempo, pues tienes que combinarlas con las jurisdiccionales.

¿Qué sentiste cuando te nombraron Magistrado del Tribunal Supremo?

La natural satisfacción de quien, siendo juez vocacional, ve culminada su carrera en el tribunal cúspide del poder judicial, con lo que ello significaba. Pero lo que verdaderamente me emocionó fue acordarme de mi padre, que ya no estaba entre nosotros, y que, por ser juez, hubiese valorado en toda su dimensión el nombramiento. Su alegría y orgullo hubiese sido inconmensurable, y por supuesto para mi madre.

¿Cuántos años has estado en el Supremo?

Seis años y cinco meses. La última etapa con las dificultades que la pandemia ha supuesto para toda la población. Tuvimos que modificar nuestro sistema de trabajo, con deliberaciones por videoconferencia, así como de coordinación con el cuerpo de Secretaría particular.El justiciable lo notó poco, porque con la dirección del Presidente de sala y el eficacísimo Gabinete se cumplió con el ritmo de ponencias semanales.

¿Y qué especialidad del Derecho te ha gustado más?

Cuando comencé la carrera en un partido judicial de pueblo, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, el ámbito de competencia era mixto, penal y civil. Al ascender a magistrado, y ser destinado a San Sebastián, el juzgado era sólo de instrucción, y por ende penal. Llegué a Córdoba, como he dicho, al Juzgado de familia, y por tanto dentro de la jurisdicción civil, para, posteriormente, servir un Juzgado de primera instancia, dentro, pues, de la misma jurisdicción. Posteriormente, ya en la Audiencia Provincial, su ámbito era mixto, civil y penal, aunque en la última etapa, divididas las jurisdicciones, mi sección era civil. Con tales antecedentes he de decir que, por formación, en ambas jurisdicciones me he sentido cómodo, pero, como dice un compañero cercano, en frase feliz, «el penal preocupa y el civil ocupa».

He de concluir que la jurisdicción que más me ha gustado ha sido la civil, y, dentro de ella, la especialidad de familia es la que me ha propiciado ser más creativo y la que me ha dado mayores satisfacciones como jurista, pues en lo humano el sabor de boca era con frecuencia amargo, sobre todo si había menores y era preciso velar por sus intereses.

Desde que tú iniciaste tu labor como Juez las cosas han cambiado, ¿hay algo que eches de menos especialmente?

La frase de que «cualquier tiempo pasado fue mejor» es un recurso que se utiliza por las personas de una edad como la mía, pero en realidad esconden la añoranza de ser joven, con buena salud y energía. La realidad es que desde que inicié mi carrera, la administración de justicia ha mejorado en instalaciones, medios materiales y personales, pero también es cierto que no lo ha hecho al ritmo y calidad de otras administraciones, y eso de ser Cenicienta sí es censurable. Lo que echo de menos, y no lo digo por mi paso por el Tribunal Supremo, pues es celoso de las mismas, es cierta relajación en las formas, que no son signo de imposición sino de mutuo respeto entre los profesionales intervinientes y de todos hacia la Institución.

Es muy difícil el acceso a casación en Derecho de Familia, pero el interés del menor justifica muchas veces el interés casacional. ¿Estás de acuerdo con la frase célebre de tu amigo y compañero José Antonio Seijas, de que "el interés del menor mueve montañas, incluso las procesales"?.

Por supuesto que estoy de acuerdo, y la Sala se ha venido pronunciando reiteradamente en ese orden. Ha huido de corsés procesales cuando estaba en juego el interés del menor. Pero la mera cita de ese interés no puede ser un medio para convertir la casación en una tercera instancia. De ahí la importancia de que, en fase de admisión, se valoren las circunstancias del caso concreto y se motive la decisión que se adopte.

Muchas veces lo justo y lo legal no van de la mano, ¿has sufrido alguna vez por ello?

En un sistema democrático, con separación de poderes, se ha de entender que lo legal es lo justo a juicio del poder legislativo, y los tribunales, con independencia de opiniones personales, hemos de dar cumplimiento a la ley. Desde esa óptica habrá cierta desazón si la ley no te convence, pero no llega a sufrimiento, porque por formación sabes cuál es tu papel y sus límites. Naturalmente, sin perjuicio de la posibilidad de planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. Distinto es cuando esa ley, por desidia del legislador, queda obsoleta respecto a los valores sociales y culturales del momento. Entonces los tribunales, con los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, pueden hacer una interpretación flexible de la ley para adaptarla a esos valores nuevos, y así ofrecer la respuesta justa que la sociedad demanda.

¿Ejerces de abuelo de primera división?.

Fuimos abuelos jóvenes, el nieto mayor tiene 21 años, y la verdad es que hemos ejercido de primera división, sobre todo en vacaciones en que ambos nos liberábamos de obligaciones laborales. En total son cinco nietos, y la verdad es que nosotros los disfrutamos y ellos nos disfrutan a nosotros.

Tú sabes que detrás de cada separación o ruptura están los abuelos aunque no se vean, ¿piensas que habría que escuchar o establecer un trámite de audiencia de los abuelos en los procedimientos de Familia?

En principio, por su evidente interés de parte, sería mejor dejarlos al margen. Ahora bien, a la luz del informe psicosocial y si estuviese en juego el interés de menores, podría estar justificada su audiencia, para un cabal conocimiento de la situación por el tribunal.

¿Qué asunto de Derecho de Familia te hubiese gustado resolver y no ha llegado al Tribunal Supremo?

Por razones meramente temporales no he resuelto o deliberado sobre la exploración de los menores, tras recientes reformas legislativas, iniciadas con la ley de Jurisdicción Voluntaria. Me preocupa, y lo tiene dicho la sala, crear un conflicto de lealtades a los menores y que la publicidad de su exploración les perjudique en sus relaciones con los progenitores, sobre todo tras las críticas que se hagan de tales exploraciones por las defensas de las partes. De ahí, la importancia que adquiere una adecuada técnica de exploración sobre los mismos.

Eduardo, ¿cuál ha sido tu peor experiencia en un Juzgado de estas que dices ¡trágame tierra!

A lo largo de tan dilatada carrera siempre existen situaciones que, por su trascendencia mediática o por la naturaleza de la materia que te toca conocer, te crean una especial preocupación o tensión, aunque siempre supe mantener la calma y el dominio de la situación. Pero, puesto a destacar señalaría mi etapa en San Sebastián, tras el ascenso a magistrado y en un juzgado de instrucción, pues fue un año difícil a causa del terrorismo, tan virulento en aquella época.

Y a lo largo de tu vida profesional, ¿qué asunto te ha resultado más difícil resolver?

Después de 45 años de carrera, conociendo asuntos en la jurisdicción penal y civil, destacar un asunto no es fácil. Pondría el acento en la jurisdicción penal por la reprochabilidad de tal naturaleza que supone una condena. Te ocupa el estudio fáctico y jurídico del supuesto enjuiciado, a la par que te preocupa la grave repercusión que supone una condena para la persona acusada. Encontraba más dificultades en la instrucción, cuando era juez instructor, que como tribunal sentenciador. No hay que confundir «dificultad para resolver» con ruido mediático, por la materia o personas implicadas en la causa.

En tu dilatada carrera en la judicatura han sido muchos los profesionales con los que has trabajado, ¿algún recuerdo especial para alguno de ellos?

No quisiera singularizar en ninguno, para no ser injusto con el resto, pues mis relaciones han sido con todos cordiales y muy profesionales. Especial recuerdo guardo del equipo de funcionarios de mi primer destino en Alcalá la Real (Jaén), por ser mi aterrizaje en la carrera, con la zozobra de los inicios de toda profesión. Tuve la suerte de que eran unos grandes profesionales y unas buenas personas, lo que facilitó mi tarea. Además ese equipo daba suerte. Allí tuvimos destino tres jueces (Gumersindo Burgos, Pedro Vela y yo mismo) que recalamos, cada uno en su momento, en Córdoba, y pasado el tiempo, también cada uno en su momento, en la Sala Primera del Tribunal Supremo.

¿Recuerdas que estuviste en la inauguración de las Primeras Jornadas que se hicieron en Córdoba por la AEAFA en el Jardín Botánico, allá por el año 2.001?.

Sí lo recuerdo. Me acompañaba en la mesa, si no incurro en error, el Sr. Zarraluqui, y diserté, también salvo error, sobre el Reglamento (CE) ns 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, que establecían normas que regulan la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, dictadas con ocasión de acciones judiciales en materia matrimonial. Este Reglamento fue derogado por el Reglamento (CE) ns 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003. A su vez a este Reglamento lo viene a sustituir el nuevo Reglamento europeo de conflictos familiares internacionales (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019, que se aplicará a partir del 22 de agosto de 2022.

Eres AMIGO de la AEAFA, ¿qué sentiste al recibir el premio?

Al estar tan vinculado al derecho de familia, como a lo largo de la entrevista he expuesto, fue motivo de orgullo y de satisfacción que una Asociación de abogados de familia tan potente como la vuestra quisiese considerarme como un amigo, por las colaboraciones prestadas. Recuerdo que en la entrega del premio mi compañero y amigo Manuel Damián, que en mi etapa de juez de familia se encontraba destinado en Córdoba, trajo a colación la anécdota de que coincidimos en la ciudad mi padre y yo, él como Magistrado encargado del registro civil, celebrando matrimonios civiles, y yo como Juez de familia, declarando la disolución de matrimonios por divorcio. Tal circunstancia daba lugar a anécdotas jocosas.

¿Crees que tu cercanía con los Abogados te ha hecho ver las cosas de otra manera?

Siempre he alabado la figura del abogado, pieza fundamental en un Estado de derecho, en aras a la tutela y defensa de los derechos de las personas. La intercomunicación es importante, pues la óptica desde la que cada cual ve el litigio es diferente, pero, lejos de ser antitéticas, si existe empatia pueden ser complementarias. Difícilmente puede evolucionar la jurisprudencia y adaptarse a las nuevas realidades, sin un abogado que plantee a los tribunales esa necesidad. Si hablamos de derecho de familia, en supuestos de crisis matrimonial, en la que la pasión solapa a la razón, su tarea se torna difícil y paciente, pues tiene que hacer ver a su cliente, y convencerlo, del correcto planteamiento de la demanda o de la defensa. De ahí la trascendencia de su misión para reconducir las pasiones y no exacerbarlas, sobre todo cuando existen intereses de menores en juego. Así lo hablábamos hace ya muchos años, cuando fui profesor de la Escuela de Práctica Jurídica.

¿Hacia dónde vamos en el Derecho de Familia?

Hacia la necesidad de ofrecer cumplida respuesta normativa a las nuevas realidades familiares, como tiene sentado tanto la doctrina científica como nuestros tribunales. Su evolución es ya una realidad y la Unión Europea da pasos en la creación de un derecho de familia y sucesiones propio. Esto es, la regulación de estas nuevas realidades trasciende del ámbito nacional al internacional. Detenerse en cuestiones de tanto calado excede del ámbito de esta entrevista.

¿Qué cambiarías de la actual legislación del Derecho de Familia?

De una manera serena, ajena a frivolidades, con un asesoramiento de profesionales y con el reconocimiento de una amplia mayoría, abordaría una nueva legislación, como alguna Comunidad Autónoma ha llevado a cabo, para su adaptación a las nuevas realidades familiares, a los valores sociales y culturales del momento, a la jurisprudencia y a las sugerencias de la doctrina científica.

Se ha de huir, por mor de la seguridad jurídica, de confiar todo a la interpretación de los tribunales a causa de una paralización legislativa en la materia, en vez de abordar una nueva regulación legal de esta.

La presidenta de la Asociación, doña María Dolores Lozano, hizo un acertado diagnóstico y unas atinadas propuestas cuando intervino en el Senado.

Participo de la necesidad de juzgados especializados, dotados de servicios comunes preparados y con respuestas razonables en cuanto a plazos (equipos psicosociales v. grat.). Sólo discrepo, y así lo he manifestado, en que ha de predicarse la especialización, pero sin emplear el término «jurisdicción». Jurisdicciones no hay más que las que conforman las cinco Salas del Tribunal Supremo.

Hemos tenido recientes reformas legislativas que afectan al Derecho de Familia, pero el legislador sigue sin abordar temas fundamentales sobre las que el propio Tribunal Supremo está demandando reformas, tales como la custodia compartida o la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, ¿cuál es tu opinión sobre esto?

Mi opinión se colige de las respuestas a las preguntas precedentes. El legislador nacional se muestra paralizado, en contra de lo que han hecho las Comunidades Autónomas con competencia legislativa en la materia, obligando a que sea el Tribunal Supremo el que conforme un cuerpo de doctrina que dé respuesta a realidades que no tienen espera. En numerosos foros, en los que hemos participado mi compañero Sr. Seijas y yo, ya expusimos cómo una buena regulación de las medidas consecuencia del divorcio, era un medio, no el único, de prevenir situaciones de violencia doméstica. En efecto, la guarda y custodia de los hijos menores y la vivienda familiar son medidas que focalizan las tensiones de pareja si no se ofrecen respuestas que ponderen los intereses en conflicto. Así lo dejó claro la Presidenta de la Asociación en su intervención ante el Senado.

Muchas de tus Sentencias han tenido mucha repercusión social. Por ejemplo, han sido muchas las Demandas interpuestas a raíz de la STS, de 19 de febrero de 2.019 en la que se declara la posibilidad de extinguir la pensión de alimentos de un hijo mayor de edad por falta de relación con el progenitor, pero el matiz más relevante es que hay que acreditar que esa falta de relación es manifiesta y que es imputable

de forma principal y relevante al hijo. ¿Eres consciente de los nuevos caminos que has abierto en el Derecho de Familia?

Ante todo una puntualización. Yo no he abierto con esta sentencia el camino por el que se me pregunta. Lo ha hecho la Sala, aunque yo fuese el ponente de la sentencia. He mantenido en diferentes intervenciones de Congresos, que hay que huir de la doctrina del Magistrado x y sustituirla por la doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

Hecha la anterior consideración, la sentencia por la que se me pregunta es la prueba evidente de cómo el Tribunal Supremo se ha visto obligado a un esfuerzo de interpretación, por desidia del legislador nacional, para alcanzar así una solución justa, en aras al principio de solidaridad intergeneracional, en la que todo no se reduce a lo meramente patrimonial, sino que trasciende a lo afectivo. De ahí que, en su día, se hiciese una interpretación flexible del maltrato físico como causa de desheredación, y se incluyese también como causa el maltrato psicológico.

Si volvieras a nacer, ¿volverías a ser Juez?

Cada cual somos hijos de nuestro tiempo. La razón vocacional de fondo permanece intacta. Otras circunstancias que rodean las condiciones para desarrollar esa vocación sí me causan preocupación y desazón. De todos modos, a mis compañeros que comienzan su carrera ahora, llenos de ilusión, les pediría que la conserven, que no cedan en el esfuerzo, y sean celosos de su independencia, clave en todo Estado de derecho real, y no meramente formal.

Ahora, ¿a qué dedicas el tiempo libre?

Procuro hacer, sin la servidumbre del reloj, aquello que, salvo vacaciones, se me hacía difícil mientras estuve en servicio activo, pues el trabajo absorbía mi tiempo, incluidos muchos fines de semana. Cuando comento esto último hay quienes lo ponen en duda, pero no me preocupa. Los resultados se encuentran en las bases de datos. Estoy leyendo mucho. Todo aquello que tenía en espera para hacerlo algún día. Veo cine, que siempre me gustó. Hago más vida familiar y social, si bien no he tenido fortuna con la jubilación, pues ha coincidido con la pandemia, con el consiguiente entorpecimiento de esas relaciones. No obstante, la cabra tira al monte, y me mantengo al día en la jurisprudencia de la sala, y preparo alguna colaboración jurídica. Como académico numerario de la Real Academia de Córdoba intentaré, ahora que tengo más tiempo, ser más activo en colaboraciones.

Tu gran sentido del humor siempre te ha caracterizado, ¿te ha ayudado mucho en tu vida?

No obedece a ninguna técnica social estudiada, sino fruto de la genética. Mis padres tenían sentido del humor. Creo que es un remedio para aliviar tensiones propias, e incluso ajenas. Hay quien puede confundirlo con frivolidad. Pero no es así. Cuando se trata de tomar decisiones siempre me he conducido con rigor y con respeto a los intereses y derechos de los demás. Es cierto que en las relaciones familiares, sociales y profesionales sirve para desdramatizar una situación. Después de la noche viene el día.

Una ciudad para soñar ...

Soy un ciudadano del mundo y me gusta y saco jugo a todas sus ciudades, sus gentes y sus paisajes. Pero qué duda cabe que tus raíces y tus vivencias te atan y te acompañan. Esto último enlaza con dos ciudades claves en mi vida. Córdoba, lugar de nacimiento y en la que resido desde hace muchos años. Pasear por ella no te cansa, sobre todo si te adentras en su casco viejo, escenario de su historia. La otra es Granada, ciudad en la que curse la licenciatura de derecho, y aprecié sus encantos con ayuda de la vitalidad que da la juventud. En ella preparé mis oposiciones, pero ello ya fue una etapa más monacal.

¿Un aroma?

La dama de noche. Aquí no hay sentido del humor.

¿Una canción?

Siempre me ha gustado mucho la música y llegué a tener una colección decente de discos de vinilo; por lo que concretar en una canción me sobrepasa. Me quedaría la sensación de serle infiel a otras. Me gusta la música clásica, pero yo, que no soy entendido sino simple aficionado, me inclino por la clásica dentro de la clásica. En cuanto a la música ligera soy hijo de los 60, y entonces muy de Beatles y Serrat. Pero cualquier canción de entonces, e incluso de ahora, que sea buena me agrada.

¿Una película?

Estamos en la misma. Si digo el Padrino, el comentario sería «vaya originalidad». Cualquier película, que cuente bien una historia y vaya acompañada de un buen guión, me gusta y me hace pasar un buen rato, aun en el caso de que el fondo sea duro. De todos modos, hay que saber elegir, según el estado anímico del momento. Las películas de Berlanga, con guión de Azcona, no me canso de verlas.

¿Y un libro?

Tampoco sería original si digo el Quijote, novela cumbre del castellano, reconocida mundialmente y fuente inagotable de citas literarias. Últimamente me gusta leer sobre la historia de la civilización en la que he desarrollado mi proyecto vital, esto es la occidental, por nacer en ella. Grecia, Roma y el humanismo judeocristiano. Unas veces testimonios del mundo que vivieron (El mundo de ayer de Stefan Zweig, que me impactó cuando lo leí hace años), otras veces estudios o tesis minuciosas de historiadores (Tony Juds). Y también novelas que, con un hilo conductor ficticio, relatan hechos del pasado (Roma, Califato) con rigor histórico. Así tome nota de que Jorge Juan no era sólo una calle de Madrid con notables comercios y restaurantes, al leer la riqueza del personaje en el libro de El espía del rey de José Calvo Poyato. Esto último es una licencia, pues podría citar, de este estilo, muchas más.

Y ya para terminar, ¿un deseo?

Antes de finalizar la entrevista quiero felicitar a la AEAFA y, en nombre de ella, a su Presidenta por la encomiable labor que desarrolla para dignificar el derecho de familia. Para ello no ceja en la formación y puesta al día de sus asociados, así como en el impulso de las reformas que considera necesarias, y digamos imprescindibles, para que se acomode a la nueva realidad social y para que ofrezca una respuesta más justa y ponderada a los intereses en juego, sin perder de vista la primacía del interés del menor.

¿Cuál es mi deseo? Mi deseo es que el legislador acometa las reformas en derecho de familia ya mencionadas a lo largo de la entrevista, como así se ha llevado a cabo en Comunidades Autónomas con competencia en la materia. Es más, puede mejorarlas a la vista de la experiencia en su aplicación.

Participó con la Asociación, y deseo, la especializaron en derecho de familia, con jueces que reciban una formación multidisciplinar sobre una materia que, según he expuesto, es tan sensible. Tal especialización debe ir acompañada de la creación de juzgados de familia de ámbito provincial, con sede en la capital, para concentrar en ellos los servicios comunes necesarios para el más eficaz desempeño de su difícil tarea. Uno de tales servicios es el equipo psicosocial. Para que sea eficaz y útil ese servicio, y no meramente de imagen, tiene que estar cubierto por profesionales con una sólida formación en la materia y ofrecer una respuesta rápida en el tiempo. El transcurso del tiempo en un menor no se compadece con el de una persona mayor. Si se espera un año o casi dos al informe, para la adopción o modificación de medidas que les afecta, posiblemente su interés y situación ha evolucionado de forma sustancial, y se ha visto privado mientras tanto de algo que ya es irrecuperable. Pero, además, los tribunales, y así lo tiene dicho la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, no deben obviar que esos informes son pruebas periciales, singulares, de especial relevancia, pero periciales, y por ende sujetas a valoración. No se puede transcribir estereotipadamente el informe psicosocial, sin someterlo a valoración en relación con el resto de las pruebas practicadas o aportadas al pleito, y, sin más, decidir sobre las medidas que afectan a los menores. Sería tanto como delegar la toma de decisiones en el equipo psicosocial, haciendo dejación de las que corresponde al tribunal por ser su competencia constitucional.

No me opongo a figuras de intermediación parental o de defensa del menor. Su bondad objetiva puede comprenderse y no ser objetable. Ahora bien, si no se cuida la preparación y formación ad hoc de quienes desempeñen esas funciones, y la adecuada dotación presupuestaria, posiblemente el brindis al sol esté servido, pero los frutos se encuentren perdidos.

Un último deseo, esté dirigido a los miembros del Poder Judicial, es que sean celosos de su independencia, cuyo reverso es la responsabilidad. En palabras recientes del Rey «para que la Constitución y las leyes sean obedecidas y desplieguen su eficacia es preciso que haya jueces que así lo aseguren». Estos son el Poder Judicial, y, de ahí, que su papel sea fundamental, pues «ha de existir el control jurisdiccional que exige un Estado de derecho». También recientemente se pronunciaban en este sentido los Presidentes de Altos Tribunales que instaban a que se garantice la independencia judicial, por ser un pilar de la democracia, como clave del Estado de derecho.

LA ESPECIALIZACIÓN DE LA ABOGACÍA, LA FORMACIÓN MULTIDISCIPLINAR Y LA PUBLICIDAD

Intervención en las VIII Juntas de Gobierno del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) celebradas en Bilbao los días 8,9 y 10 de septiembre

María Dolores Lozano Ortiz
Presidenta de la AEAFA

La abogacía del siglo XXI, y en especial la dedicada Infancia, Familia y Capacidad, se enfrenta a retos importantes y a problemas que no están previstos en los códigos legislativos. A estos factores cabe añadir un servicio público de administrar Justicia que adolece de los medios humanos y materiales necesarios que, hasta ahora, no había dado muestras de abordar la creación de la especialización en la Jurisdicción Civil de esta rama del Derecho, ni de plantear la exigencia de especialización de los operadores jurídicos dedicados a ella.

Y digo hasta ahora porque, coincidiendo con el cuarenta aniversario de la Ley del Divorcio, se han promulgado tres cuerpos normativos de enorme trascendencia. Importantes no solo por la sustantividad de lo regulado, sino también por positivizar la necesidad de la especialización de los operadores jurídicos que se dediquen a ella, incluyendo a la Abogacía, exigencia imprescindible para el desempeño adecuado de la función que nos encomienda nuestra Constitución: servicio a los intereses de la Justicia a través del asesoramiento jurídico y la defensa de los derechos y libertades públicas, velando siempre por los intereses de la ciudadanía a quien representamos con honorabilidad, lealtad y respeto a los principios del Estado social y democrático de derecho constitucionalmente establecido.

Me refiero a:

- La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, publicada en el BOE Núm. 134, de 5 de junio, (en vigor desde el 25 de junio de 2021),

que prevé la especialización en Infancia, Familia y Capacidad dentro del orden jurisdiccional civil, (reivindicación que abandera la Asociación Española de Abogados de Familia (Aeafa), desde hace más de 25 años).

- La Ley 8/2021, de 3 de junio, de reforma de la Legislación Civil y Procesal para el apoyo de las Personas con Discapacidad en el ejercicio de su Capacidad Jurídica, publicada en el BOE Núm. 132, de 3 de junio, en vigor desde el 2 de septiembre de 2021, que establece la obligación y necesidad de la especialización de todos los operadores jurídicos, y conmina a los Colegios de Abogados, de Procuradores y de Graduados Sociales a la formación y sensibilización de sus miembros sobre la materia.

- El Real Decreto 135/2021, de 2 de Marzo, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, publicado en el BOE Num. 71, de 24 de marzo de 2021, en vigor desde el 1 de julio de 2021

En las normas anteriormente referidas se introduce la necesidad de la Especialización de los operadores jurídicos a través de la formación continua.

De la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de Junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia destaco lo preceptuado en la Disposición Final Vigésima , que versa sobre la "Especialización de los órganos judiciales, de la fiscalía y de los equipos técnicos que presten asistencia especializada a los Juzgados y Tribunales" y se conmina al Gobierno, para que en el plazo de un año, remita a las Cortes Generales, dos proyectos de Ley:

a) De modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dirigido a establecer:

-La especialización tanto de los órganos judiciales como de sus titulares, para la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales por delitos cometidos contra personas menores de edad, planteando la inclusión de Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, así como la especialización de los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales, y las pruebas selectivas que permitan acceder a la titularidad de los órganos especializados.

-Las modificaciones necesarias para garantizar la especialización dentro del orden jurisdiccional civil en Infancia, Familia y Capacidad.

b) Un proyecto de ley de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del

Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a los efectos de establecer la especialización de fiscales en el ámbito de la violencia sobre la infancia y la adolescencia, conforme a su régimen estatutario.

c) Las administraciones competentes regularán en idéntico plazo la composición y funcionamiento de los Equipos Técnicos que presten asistencia especializada a los órganos judiciales especializados en infancia y adolescencia, y la forma de acceso a los mismos.

2.- De la Ley 8/2021 de reforma de la legislación Civil y Procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, destaco lo preceptuado en la Disposición Adicional Segunda, que versa sobre "Formación en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica" que decreta que:

-El Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior,

el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación general y específica, en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, en los cursos de formación de jueces y magistrados, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, fuerzas y cuerpos de seguridad, médicos forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia y, en su caso, funcionarios de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales que desempeñen funciones en esta materia.

-Los Colegios de Abogados, de Procuradores y de Graduados Sociales impulsarán la formación y sensibilización de sus colegiados en las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España impulsarán la formación y sensibilización en dichas medidas de Notarios y Registradores respectivamente.

3.- Del Real Decreto 135/2021, de 2 de Marzo, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, que a pesar de no recoger ni reconocer las especialidades existentes en el ejercicio de la abogacía, (más allá de las cuatro ramas generales, Civil-Mercantil, Penal, Administrativa-Contenciosa y Laboral), contempla el derecho a la especialización a través de la formación continua en las distintas ramas del derecho, y la acreditación de dicha especialización a través de títulos y/o cursos de formación especializada, (no cursos de formación genérica), conforme a los artículos 64 y 65 del EGAE. Este derecho se convierte en una obligación que ha de quedar acreditada conforme al artículo 20.3º, que regula la publicidad sobre las menciones que a la especialización en determinadas materias incluyan los profesionales de la Abogacía en su publicidad: deberán responder a la posesión de títulos académicos o profesionales específicos sobre las materias de que se trate, a la superación de cursos formativos de especialización profesional oficialmente homologados o a una práctica profesional que las avalen; formación que para su eficacia en todo el Estado ha de ser homologada por el CGAE.

La cuestión está en determinar el contenido, la calidad, el control de dichos cursos de formación para la especialización concreta, y si para dichos cursos formativos los Colegios de Abogados tomarán en consideración la conveniencia de aprovechar las sinergias de las asociaciones profesionales de la abogacía especializada.

El final del abogado generalista

Ante la pregunta de por qué es necesaria e imprescindible la especialización, hemos de concienciarnos de que el fin del abogado-a generalista ha llegado. La idea romántica del abogado-a que puede asumir cualquier tema que le llega al despacho ha muerto. La existencia de la gran cantidad de información sobre las distintas áreas del Derecho y la imposibilidad de abarcar todas y cada una de las pesquisas jurídicas hace imprescindible la especialización del abogado-a.

Los profesionales especializados ejercemos con más seguridad respecto de las consultas formuladas por los clientes respondiendo con mayor seguridad y rapidez, centrando el esfuerzo y la dedicación en una determinada rama de actuación, pero ello no deja de obviar que el profesional esté en constante actualización y ampliación de los conocimientos debido al imperante cambio normativo al que estamos sometidos.

Además, la especialización otorga al abogado-a un plus económico en el que se valora el tiempo, el esfuerzo y el conocimiento exhaustivo sobre la materia, que además en derecho de Infancia-Familia y Capacidad afecta transversalmente a casi todas las ramas del Derecho (Civil, Mercantil, Penal, Laboral, Extranjería, Seguridad Social). Esta especialización no sólo es una posibilidad de ejercer más eficientemente la profesión del abogado-a, sino que además se ha convertido en una recomendación para todo el profesional dedicado al mundo de la abogacía.

La sociedad actual exige un alto grado de eficiencia y agilidad en el sistema de Justicia, y una justicia eficaz que debe garantizar el respeto de los derechos fundamentales de todos, para facilitar la paz social, ya que el sistema de justicia no es solo un elemento estratégico para la actividad económica de un país y para el reforzamiento de su seguridad jurídica, sino que sobre todo, es un sistema de solución de conflictos que aparece como esencial en la vida de las personas, de las familias, de los más vulnerables, los niños, niñas, adolescentes, los mayores y las personas con discapacidad.

Se quiebra el principio de igualdad

La judicialización de los conflictos familiares afecta a un sector de la población numéricamente muy importante: miles de personas acuden anualmente a los juzgados con motivo de su crisis familiar y/o personal a través de los distintos procesos judiciales regulados en la rama de Infancia-Familia-Capacidad. En esta

rama del Derecho, el actual sistema de Justicia no garantiza ni cumple el principio de igualdad del ciudadano ante la Ley porque es el lugar de residencia lo que determina que un ciudadano tenga derecho a que su asunto de familia sea resuelto y tramitado en un Juzgado Especializado.

Se atribuye por vía de reparto a cierto número de juzgados y secciones de Audiencias Provinciales, con sus recursos de apoyo, las competencias de Derecho de Familia-Infancia-Capacidad, lo que genera un agravio territorial comparativo, respuestas jurisdiccionales dispares, inseguridad jurídica y dilación en la tramitación de los procesos. Estas dilaciones son en muchas ocasiones detonantes de situaciones en las que se genera violencia de género, doméstica y filioparental, y la tutela de las personas mayores o discapacitadas en los Juzgados no especializados es claramente deficiente, dado que aparece como residual en este tipo de órganos.

Más de 25 años de reivindicación

La AEAFA reivindica al Legislador desde hace más de 25 años la creación de la especialización en los asuntos de la Persona, de los Menores y de la Familia, propia e independiente de la Civil que garantice la atención adecuada, eficaz e igualitaria para todos los ciudadanos y sin discriminación territorial alguna.

Asimismo, requerimos profesionales especialmente preparados en esta materia, que aborden adecuadamente los problemas derivados de las crisis familiares y personales, lo que propiciará que el servicio público de impartir Justicia, atendiendo a principios de especialización y proximidad, sea de la calidad que merecemos los justiciables, con una respuesta rápida y especializada. Y dicha especialización se exige igualmente a la abogacía que se dedique a esta rama del Derecho.

Nos encontramos en un estadio de evolución en el que los menores, a los que cada vez se reconoce mayor capacidad de autodeterminación, están sometidos a nuevos y graves peligros: inmigración sin la compañía de adultos; adicciones a nuevas tecnologías; grooming; ciberacoso; sexting; bullying; con un simultáneo desapoderamiento de los centros de socialización primarios, y con la disminución de la facultad de los padres y madres de corregir razonable y moderadamente a sus hijos.

Los cambios acelerados de los últimos años de la sociedad española han tenido su manifestación en la aparición de un nuevo perfil de los usuarios de los servicios sociales y de los servicios de protección a la infancia y a las familias. Es el caso de los menores, se detecta un ingreso en los centros de protección en un número cada vez más elevado a petición de sus propias familias ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filio-parental y graves dificultades de los progenitores para ejercer la responsabilidad parental.

En el otro extremo del arco de edades, encontramos ancianos cada vez más solos, con una superior esperanza de vida, pero con mayores dosis de desamparo. El proceso de envejecimiento se acentuará en el segundo tercio del siglo XXI, hasta convertirse en un fenómeno generalizado y creciente en nuestro país.

Nos encaminamos hacia una estructura demográfica cada vez más envejecida, y esta variación en la cúspide de la pirámide poblacional, determinará de forma clara la demanda de servicios para la dependencia que, habrá que desarrollar para hacerle frente. Y todo ello sin pasar de puntillas sobre las enfermedades neurodegenerativas de nuestros mayores y el aumento de la violencia de género, donde el Pacto de Estado debe abarcar un espectro mucho más amplio que el represivo: junto a las leyes en los ámbitos educacionales de igualdad real una mayor transversalidad. Un incremento de la sensibilización social, el apoyo legal, laboral, económico y psicológico con el fin prevenir y, en su defecto, conseguir la recuperación integral de la víctima de violencia de género y de sus hijos e hijas.

Y por último, referir que la evolución económica y social ha propiciado la movilidad de la población y la permeabilidad de las fronteras y ha suscitado problemas jurídicos de diversa índole. Se abre la imperiosa necesidad de la formación (de la que desafortunadamente se adolece de forma alarmante, y en la generalidad de todos los operadores jurídicos) en derecho internacional privado que afecta todas las ramas del derecho a las que se dedique el abogado-a.

La especialización, a través de la formación continua, es necesaria para el adecuado ejercicio de la

función social que nos ha sido encomendada, la defensa de los derechos de los ciudadanos, y de nuestros propios derechos como defensores.

Una profesión "exigente y dura"

Que la Constitución cite a la abogacía en cuatro ocasiones, no hace que la nuestra sea la mejor profesión. Solo nos distingue del resto por el encargo que la norma fundamental del Estado nos realiza: la función de hacer efectiva la justicia mediante el ejercicio del derecho de defensa, sin el cual no puede concebirse el Estado de Derecho. Y dicha función ha de ejercerse siempre con excelencia, en aras a brindar al ciudadano que deposita en nosotros su confianza para obtener la tutela judicial efectiva.

Se nos requiere y nos autoexigimos un gran esfuerzo de reciclaje continuo. Nuestra profesión es absorbente, exigente, dura, requiere un alto nivel de entrega y sacrificio personales, que no es entendible para los "de fuera". De hecho, la mayoría de las personas, salvo las que conviven con nosotros, ni se imaginan ni sospechan. El estrés de la vida diaria, con las dificultades del presente, las preocupaciones sociales, el funcionamiento inadecuado de la administración de Justicia, la dilación en la tramitación de los asuntos, el estrés laboral crónico, los costes económicos del mantenimiento de nuestros despachos, el soporte del IVA al 21%, son detonantes que nos provocan un alto nivel de desgaste profesional.

Esa supuesta libertad profesional de la que alardeamos nos esclaviza y no entiende ni atiende a horarios, ni a días inhábiles, ni a festivos, ni a fines de semana, ni siquiera a enfermedades, ni edad de jubilación. La conciliación de vida laboral y familiar nos es completamente ajena, y no por falta de autointerés, sino por falta de cobertura legal que nos ampare.

La frustración, la insatisfacción, el desgaste profesional, la apatía, el maltrato institucional, la lucha con nuestros propios clientes, con los contrarios, el agobio económico, nos produce un agotamiento emocional importante. Cuidamos a los demás, en muchísimas ocasiones a costa de renunciar a nuestro autocuidado, con consecuencias para nuestra salud física y emocional.

Debemos ser capaces de tejer una red de confort para la abogacía, porque en la función encomendada, también entramos nosotros-as, la defensa de nuestros derechos como defensores. Tenemos derecho a ser cuidados, lo que podemos conseguir, además, con la formación multidisciplinar.

La formación multidisciplinar es intrínseca a la especialidad en cualquier rama del derecho. Hoy en día, para la abogacía dedicada al Derecho de familia-infancia y capacidad, y no solo para esta especialidad, es imprescindible la formación en control de emociones; en el dominio de los escenarios de conflicto; y en la adquisición de la capacidad para gestionarlos. Por ello es tan importante la formación en comunicación, diálogo, oratoria, expresión escrita, capacidad de transmitir y hacernos entender, en escucha activa, en técnicas de mediación, en técnicas de negociación, en dominio del lenguaje corporal y su interpretación, en el control del miedo escénico, en técnicas de negociación (porque no es suficiente creer saber negociar intuitivamente), en tecnología, digitalización. Quizá no esté demás, reiterar la distinción entre las ciencias jurídicas de la familia, de las ciencias sociales de la familia, y la colaboración entre ambas, no implica confusión, ni invasión de las funciones de cada profesional, la abogacía asesora jurídicamente, no asiste psicológicamente.

Vulneración de la confianza

La complejidad de los efectos personales y patrimoniales derivados de las crisis familiares no es discutible, y tampoco lo es que, se precisa su abordaje desde la especialización. Lo contrario es una irresponsabilidad, que atenta contra el Código Deontológico y el Estatuto de la Abogacía.

Afirmar que cualquier médico puede llevar a cabo una intervención quirúrgica a corazón abierto, es como afirmar que cualquier abogado puede llevar a cabo la dirección de un proceso de familia-infancia y/o capacidad. Y como dice el Decano del ICA-Albacete, Albino Escribano en su artículo "Deontología propia y crisis matrimoniales. Especialización y Publicidad" publicado en el núm. 109 de la Revista Abogados de Familia de la AEAFA, "la irresponsabilidad no es sólo de quien deposita su confianza en alguien no cualificado, por cualquier razón que sea, sino fundamentalmente de quien acepta un asunto sin la competencia profesional precisa". Sigue diciendo que, "el artículo 12.B.4 del Código Deontológico de la Abogacía Española establece que no debe aceptarse ningún asunto si uno no se considera apto para dirigirlo.

Esta obligación primaria tiene relación con la esencia de la vinculación al cliente, consagrada en el artículo 4.1 CDAE, al reseñar que se fundamenta en la recíproca confianza y exige una conducta profesional íntegra, honrada, leal, veraz y diligente. Aceptar un asunto para el que no estamos preparados, implica una vulneración de esa confianza, de la integridad que debe presidir nuestra actuación profesional".

A pesar de que en el ejercicio del Derecho no existe la relación de especialidades, se entra de lleno en su necesidad cuando abrimos la puerta de la publi-

cidad, donde se prohíbe publicitarse como especialista cuando la misma no se fundamente en títulos académicos o profesionales, la superación de cursos formativos de especialización oficialmente homologados o a la práctica profesional prolongada en determinada materia o rama del Derecho.

Lo contrario supone una práctica engañosa y desleal y causa un daño irreparable a nuestra profesión. Sólo a través de la especialización se reduce al mínimo esta posibilidad. El derecho que se lesiona es el del consumidor, al errar en la elección del profesional adecuado, y más grave será todavía cuando la elección haya sido motivada por la publicidad basada en una supuesta especialización, canalizada a través del precio irrisorio de los servicios profesionales y cuyas consecuencias dan lugar a situaciones dramáticas. Atraer al cliente a través del cebo del precio ínfimo e irrisorio de los servicios profesionales, atenta a la dignidad profesional, atenta contra la veracidad y la actuación profesional digna.

El Derecho de la Familia, Infancia y Capacidad, es una materia que afecta profundamente al ámbito personal y familiar, y requiere de un especial cuidado en el trato entre el abogado-a y sus clientes. En la AEAFA se insta a sus miembros, como Abogacía especializada en Familia, Infancia y Capacidad, a abordar esa defensa desde la posición de la familia, tratando de reconstruir y minimizar, en la medida de lo posible, los efectos de las rupturas, empapados de una enorme carga emocional, tanto desde el punto de vista personal, como patrimonial y económico.

Publicidad peligrosa

Determinada publicidad conlleva peligros al eliminar aspectos básicos del trabajo que un abogado-a ha de desarrollar en defensa de los intereses de sus clientes, empezando por el estudio y verificación de la información facilitada por estos últimos para ver cuáles son sus mejores posibilidades de negociación, que siempre son peculiares para cada caso concreto, además del hecho de que los honorarios de los abogados están ajustados a la complejidad de cada asunto, por lo que no advertirlo así contradice la naturaleza del contrato de prestación de servicios, ya que somos profesionales cuyos honorarios están estrechamente vinculados con el trabajo efectivamente realizado.

Que un sistema de publicidad sea lícito no significa que no pueda ser criticable o incurrir en abusos. Nuestras advertencias no impiden a nadie desarrollar el método de publicidad que considere oportuno, pero sirven para que quien quiera contratar dichos servicios tenga la oportunidad de preguntar sobre todos los aspectos del mismo y lo que conllevan en realidad.

La Sentencia número 2254/2021 del TS de 1 de Junio de 2021 (Recurso 2924/2018), aborda las reglas que deben regir la relación entre el abogado y su cliente que, en general, debe abarcar el asesoramiento, consejo y defensa mediante la aplicación de la ciencia técnica y jurídica en orden a la concordia y efectividad de derechos y libertades fundamentales, aspecto que puede verse afectado por el tipo de publicidad en la relación abogado-cliente.

El Abogado debe aportar la realización de un trabajo bajo pericia, puesto que “Abogar” es “interceder, hablar en favor de alguien o de algo”. Asume la obligación profesional de instar, defender, gestionar, preservar los derechos e intereses ajenos por los que debe velar, dada su pericia profesional y conocimiento de las normas jurídicas por las que se rige nuestra vida social y, entre ellas, las procesales, reguladoras del proceso debido, que debe aplicar en la prestación de sus servicios de la manera más favorable para los intereses de su patrocinado. En términos del nuevo estatuto, la abogacía “asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas” (art. 1.1).

La relación se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión, que la jurisprudencia construye con elementos tomados de los contratos de arrendamiento de servicios y de mandato, y no garantiza el resultado. Por todo ello, la relación entre cliente y Abogado se fundamenta en la recíproca confianza y confidencialidad, de la que deriva el deber del secreto profesional.

Dado que el Abogado es el depositario de asuntos de transcendencia personal y patrimonial, le competen una serie de obligaciones esenciales, como son:

- Informar al cliente de la gravedad de la situación, conveniencia o no de acudir a los tribunales, costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso.

- Cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos.

- Velar, conforme a ley, por los intereses ajenos como propios.

- Actuar con pericia y respeto a la “lex artis ad hoc”, lo que supone que:

a)No responda bajo el patrón de un buen padre de familia, sino el propio de una diligencia profesional.

b) Ha de utilizar los medios necesarios para velar

por los intereses asumidos con sujeción a las exigencias técnicas correspondientes.

c) Conocer y actuar con técnicas de confrontación de intereses contrapuestos que, cuando son incompatibles, imponen que unos prevalezcan sobre otros.

Y nuestra responsabilidad es subjetiva, por incurrir en dolo o culpa, por la falta de diligencia debida.

La necesidad de realizar todos los trámites necesarios para obtener el resultado que un potencial cliente, sin conocimientos específicos a lo que conoce genéricamente como "divorcio", hace que el cliente captado por la publicidad de "divorcios a 150€", y similares, o quien lo contrata a través de cupones o, quien aprovechando la visita a la charcutería, contrata un divorcio (o una reclamación de cantidad, un desahucio o un despido), no sea consciente de que ese precio no incluye ni siquiera la liquidación de su régimen económico matrimonial. Ni tampoco la pensión compensatoria, o la compensación por trabajo dedicado al hogar y a la familia, o la pensión de un hijo mayor de edad no independiente, o las medidas de apoyo para un hijo con discapacidad mayor de 16 años, o una posible necesidad de modificar judicialmente los acuerdos que se pudieran haber alcanzado.

Las Asociaciones Profesionales de abogados y abogadas pueden y deben colaborar en los cursos de especialización que se programen para cada año judicial, que garanticen la formación especializada y práctica (no generalista), proponiendo contenidos y control de calidad.

Nosotros, la Abogacía, sabemos que la especialidad es una garantía en el derecho de defensa. Solo hace falta ser capaces de actuar en consecuencia y trasladar a la ciudadanía la necesidad de acudir a profesional especializado según el asunto en el que precise ayuda. Y tener claro igualmente que la especialización, pudiendo ser exclusiva, en ningún caso es excluyente de convivir con otras especialidades. Dependerá lógicamente de la capacidad personal y profesional del abogado-a en cuestión que le permita abarcar el ejercicio profesional en varias especialidades y ramas del derecho.

NADIE ESTÁ OBLIGADO A LO IMPOSIBLE… LA AEAFA TAL VEZ SÍ

Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona
Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz

No sabemos cuándo y cómo se materializará, pero ojalá estemos ya al menos en el principio del final. La reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, dedica su disposición final vigésima, entre otras cosas, a impulsar un proyecto de modificación de la LOPJ para garantizar la especialización dentro del orden jurisdiccional civil en infancia, familia y capacidad.

Aunque, a veces, por simple ignorancia, se piensa lo contrario, las asociaciones cumplen un papel fundamental en la sociedad. El hecho de velar por intereses particulares no las hace de menos. Son instrumentos de información y comunicación entre los ciudadanos y el Estado. Es la fuerza de la colectividad. Visibilizan problemas y necesidades y proponen soluciones a los gobernantes. Y del juego de los distintos intereses representados por cada grupo, en ocasiones opuestos, se consiguen valiosas mejoras sociales. Sí, por medio de la defensa de intereses particulares, muchas veces se refuerza e impulsa el interés general.

Es el caso de la AEAFA. Nació, como es sabido y entre otros fines, para difundir el Derecho de Familia, para ser la voz de sus necesidades, para actualizar las leyes, para promover la formación de los abogados y para impulsar una aplicación uniforme de las normas y una justicia más eficiente.

Quienes, de un modo u otro, colaboramos con la Administración de Justicia, somos testigos directos de la proyección que tiene la AEAFA en el panorama del Derecho de Familia. Una proyección que va más allá del ámbito jurídico. Su repercusión social es manifiesta. Es un cualificado referente en todos aquellos acontecimientos que giran en torno a la familia. No

tiene nada de particular, pues estamos hablando de la base fundamental de la vida humana. La sociedad se construye sobre la familia, que trasciende al conjunto de la organización social. Además, en la familia, los intereses no se identifican con los personales de cada uno de sus miembros. Su regulación jurídica, en buena parte imperativa, condiciona mucho nuestras vidas. De ahí que aborde episodios tan comunes como noticiables.

Y es aquí donde la AEAFA brilla con luz propia. Hace un ponderado y juicioso trabajo de pedagogía social. Ante los distintos casos que se suceden, muchas veces con alta repercusión mediática, se erige en autorizada e imparcial voz. Es muy habitual que, nada más producida una noticia relacionada con el Derecho de Familia, se oiga enseguida la opinión de la AEFA. Y eso es porque los propios medios de comunicación la tienen como una organización acreditada y prestigiosa. Su juicio tiene mucho peso y a ello ayuda, y mucho, el didáctico esfuerzo que hace para explicar y hacer comprensibles, con palabras llanas, los hechos jurídicos noticiables. Su buen sentido y la moderación son sus señas de identidad.

Pero su saber hacer no está reñido con la defensa, incluso férrea, de sus fines. Valga de ejemplo la extenuante lucha de la AEAFA por conseguir la especialización de los juzgados civiles en materia de infancia, familia y capacidad.

Ahora que se han cumplido 40 años de la promulgación de la conocida Ley de Divorcio (Ley 30/1981), no podemos olvidar que, en sus disposiciones adicionales, ya se instaba la modificación de la LEC. Desde entonces, fue un clamor la necesidad de crear los Juzgados de Familia.

Puede pensarse que fue ayer. No, no lo es. Fue hace 27 años. Sí, en junio de 1994, en los albores de su constitución, la AEAFA ya formuló una propuesta de modificación orgánica para poner en marcha la entonces denominada Justicia Familiar. Aunque parezca mentira, entonces ya profesaba literalmente lo siguiente: <<Es evidente que cada día es más necesario un grado mayor de especialización en el ámbito jurisdiccional. Al igual que, en otras áreas, en la de la familia, se ha estimado conveniente establecer unos órganos especializados, como existen en casi todos los países de nuestro entorno. Ello obedece, no solo a la necesidad de una mayor preparación en esta compleja materia, sino de las características de la oficina judicial; así como de la incorporación de elementos auxiliares que can carácter permanente, deben estar adscritos al Juzgado, con idéntico grado de especialización, tales como psicólogos y asistentes sociales. De acuerdo con este criterio se crearon los Juzgados de Familia, si bien se ha limitado su implantación a aquellos lugares donde la proliferación de litigios familiares, hacía más clara su necesidad. Pero a esta limitación ha conducido a una consecuencia perniciosa: la existencia objetiva de dos clases de justicia. Hay ciudadanos que por vivir -o mejor, por tener su domicilio, aunque quizá no su centro de vida- en una población mayor y de superior litigiosidad matrimonial, ven sus contiendas familiares resueltas por jueces más expertos, que cuentan además con mayores medios, y más preparados y adecuados auxiliares. De esta forma se infringe claramente el principio fundamental de igualdad>>.

Como podemos comprobar, estas reflexiones siguen de rabiosa actualidad. Tanto años después seguimos con las mismas carencias. Afortunadamente, la AEAFA ya no está sola. Se han sumado otros colectivos. Mención especial merece la Plataforma Familia y Derecho. Pero si hoy estamos en el buen camino es porque un numeroso grupo de abogados y abogadas, haciendo buena su profesión, han persistido durante años en defender los fines por los que se constituyeron en asociación.

El compromiso de la AEAFA, su proselitismo y su extenuante trabajo de concienciación da sus frutos y, con seguridad, es también un acicate para que se termine prestando un mejor servicio público. Un servicio público especialmente sensible, porque esta especialización de juzgados civiles es esencial para proteger a los niños, niñas y adolescentes y para combatir la trágica lacra de la violencia de género. Una respuesta judicial temprana y eficiente en los casos de rupturas de pareja es muy importante de cara a proteger a las víctimas, ya sean menores u otras personas vulnerables. La experiencia enseña que muchas mujeres, por temor, no se atreven a denunciar penalmente, pero, en cambio, sí han sido parte antes en un proceso civil. Ese acceso judicial previo, siempre que contemos con recursos materiales y humanos especializados, es un instrumento fundamental para detectar situaciones de peligro y proteger así a las posibles víctimas de violencia.

En fin, aunque es un principio jurídico básico el de que nadie está obligado a lo imposible, la AEAFA parece ser una excepción. Su trayectoria demuestra que, pese a las adversidades y los múltiples inconvenientes, a veces, consigue hacer realidad los sueños. Esperemos, por el bien de las familias, que así sea.

EL SUPREMO AL DÍA

M.ª Dolores Azaustre Garrido

TS

SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 2021
STS 1783/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1783
Nº de Recurso: 3038/2018
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Se declara la responsabilidad del tutor dado que la operación de traspaso a una sociedad de buena parte del patrimonio del tutelado ni se realizó en su exclusivo beneficio ni con la diligencia de un buen padre de familia.

En el caso, nos encontramos con un tutor al que, en atención al deterioro cognitivo del tutelado, se le atribuyeron judicialmente funciones de representación y administración de su patrimonio. La sentencia recurrida ha desestimado el recurso interpuesto por el tutor contra la sentencia del juzgado que le condenó a indemnizar a los herederos del tutelado al considerar que en su labor de administrador no actuó con la diligencia de un buen padre de familia (art. 270 CC) ni obró con el único beneficio del tutelado (art. 216 CC), lo que ocasionó unos perjuicios a su patrimonio.

La sentencia recurrida va a ser confirmada porque da respuesta razonable a todos los argumentos utilizados por el demandado, apelante y ahora recurrente en casación, y explica las razones por las que la operación de traspaso a CVR de buena parte del patrimonio del tutelado ni se realizó en su exclusivo beneficio ni con la diligencia de un buen padre de familia.

El art. 216 CC exige que las funciones tutelares se ejerzan en beneficio del tutelado y el art. 270 CC impone al tutor que administre los bienes la obliga-

ción de “ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia”. El nivel de diligencia exigible al tutor hace referencia a un módulo objetivo que, en cada caso, debe ajustarse en atención a las concretas circunstancias de las personas, del acto, del tiempo y del lugar (art. 1104 CC). La diligencia que proceda en cada caso, además de pauta de conducta, es también la medida del incumplimiento y responsabilidad del tutor, y a este planteamiento responde adecuadamente la interpretación y aplicación que hace la sentencia recurrida de los preceptos citados a la vista de los hechos que constan acreditados.

Lo que argumenta de manera correcta la sentencia recurrida es que resulta negligente “embarcarse” en una operación financiera y fiscal de enorme calado y coste sin asegurarse de que con ella se obtendrían ventajas ciertas para el patrimonio del tutelado; también que, antes de haber procedido al gasto en que incurrió con motivo de la ampliación de capital de CVR, el tutor tenía que haberse asegurado de que toda la operación iba a redundar en beneficio del tutelado, lo que efectivamente no ocurrió; que la actuación de un especulador a medio o largo plazo es contraria a la diligencia exigida en la gestión del patrimonio del tutelado.

Contra lo que interesadamente se argumenta en el motivo segundo del recurso de casación, sacando de contexto algunas expresiones utilizadas en la sentencia recurrida, de la misma no resulta que el tutor no pueda adoptar ninguna decisión que implique un mínimo riesgo aunque sea conveniente para el tutelado, ni que la responsabilidad del tutor pueda depender de circunstancias futuras que escapan a su control. La sentencia, correctamente, valora tanto la complejidad y el riesgo de la operación como todas las circunstancias que en el caso, a la vista de los mismos informes aportados por el tutor, debió ponderar en el momento en que tomó la decisión y realizó la operación que él mismo califica en su recurso como de reestructuración del patrimonio del tutelado debido a una estrategia de optimización fiscal.

Entre esos datos que debían tenerse en cuenta para la toma de decisión no se encuentran solo los posibles cambios normativos que pudieran producirse en materia fiscal, sino también las circunstancias personales del tutelado: su edad, su enfermedad y esperanza de vida, de modo que difícilmente llegaría a disfrutar de las ventajas de ahorro financiero de la operación, y que quienes se verían beneficiados por la operación serían quienes llegasen a ser socios de CVR.

DECIMOQUINTO. Que no haya quedado probado que el tutor conociera que en el testamento del tutelado se atribuía un legado de su participación en CVR a favor de los familiares del tutor y se nombraba herederos a los ahora demandantes, no cambia que el tutor tomara una decisión patrimonial que alteraba la estructura con la que el tutelado, persona de edad avanzada dedicada al mundo empresarial, había venido organizando su patrimonio, y todo ello por razones de eficiencia fiscal de la que difícilmente el tutelado se iba a beneficiar.

No siendo precisa la operación para la subsistencia del nivel de cuidado garantizado al tutelado, lo que no se ha cuestionado y, a la vista de los datos patrimoniales que constan, no parece pensable, la actuación del tutor no solo supone una administración contraria a las exigencias de los arts. 216 y 270 CC, sino una forma de proceder nada respetuosa con la voluntad del tutelado que resultaba y se infería de la separación con la que había configurado su patrimonio. Ello, en definitiva, no es conforme con la filosofía que preconiza la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (y que forma parte de nuestro ordenamiento interno desde el 3 de mayo de 2008) cuyo art. 12.4 exige a los Estados Parte que aseguren que los apoyos que puedan necesitar las personas con discapacidad respeten los derechos, la voluntad, las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida y que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona.

DECIMOSEXTO. No es óbice a la responsabilidad exigida al tutor, como acertadamente entendió la Audiencia, que la operación se autorizara por el juez de la tutela, ni que se aprobara la cuenta final. La autorización judicial, respaldada en la documentación aportada por el propio tutor en un procedimiento de jurisdicción voluntaria no le exime de la responsabilidad por los daños causados por no observar la debida diligencia de un buen administrador en atención a las circunstancias, ni tampoco la rendición general de cuentas. Así resulta del art. 285 CC, conforme al cual, “la aprobación judicial no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al tutelado o a sus causahabientes por razón de la tutela” (también, ahora, del art. 51.5 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

TS

SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 2021

STS 2163/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2163
Nº de Recurso: 3277/2020
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

La segunda vivienda propiedad de la esposa no puede tener la consideración de familiar a efectos de atribuírsela al padre, pues no adquiere tal carácter por la circunstancia de que en la misma hayan residido el padre y el hijo desde 2014, incluso aunque tal situación se haya producido con aquiescencia de la madre. No puede considerarse un acto propio vinculante la cesión temporal de la vivienda al padre.

En el recurso se alega que la vivienda que ocupan el padre y el hijo, no es una "vivienda familiar" strictu sensu, sino una vivienda privativa de la madre, que durante un tiempo cedió al padre.

Esta sala debe declarar que en la sentencia recurrida se la considera vivienda familiar, porque en ella viven el padre y el hijo, sin embargo, es un concepto no controvertido en la doctrina jurisprudencial que conforme al art. 96 del C. Civil, vivienda familiar es la habitada por los progenitores e hijo(s), hasta la ruptura del matrimonio (sentencias 42/2017, de 23 de enero y 517/2017, de 22 de septiembre).

A la vista de lo expuesto, debemos casar la sentencia recurrida en cuanto en la sentencia de apelación atribuye al padre la vivienda de DIRECCION001 núm. NUM001 de Palencia, cual si fuese familiar, cuando no lo era, dado que la que fue vivienda familiar estaba en DIRECCION000 NUM000, también privativa de la demandante y en la que esta reside en la actualidad.

Tampoco puede considerarse un acto propio vinculante la cesión temporal de la vivienda de la DIRECCION001 a su marido dado que, como liberalidad que fue, se puso término a la misma en virtud de demanda de desahucio interpuesta en el año 2019.

Establece la Jurisprudencia: "El principio general de derecho que sostiene la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, como consecuencia del principio de buena fe y de la exigencia de observar una conducta coherente dentro del tráfico jurídico, exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una situación jurídica afectante a su autor y asimismo que exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido de la buena fe que hubiera de atribuirse a la conducta precedente -- sentencias, por citar tan sólo en las recientes, de 18 Ene. 1990, 5 Mar. 1991, 4 Jun. y 30 Oct. 1992, 12 y 13 Abr. y 20 May. 1993, 17 Dic. 1994, 31 Ene., 30 May. y 30 Oct. 1995, 21 Nov. 1996, 29 y 30 Abr., 12 May., 15 Jul., 30 Sep. y 30 Nov. 1998, 4 Ene., 13 Jul., 1 Oct. y 16 Nov. 1999 23 May., 25 Jul. y 25 Oct. 2000, 27 Feb., 16 y 24 Abr. y 7 May. 2001, y un largo etcétera".

En aplicación de dicha doctrina hemos de convenir que la demandante cedió en precario la vivienda sin compromiso de permanencia, dado que el demandado tiene otra vivienda de su propiedad en la que puede residir, por lo que la conducta de la demandante se ajusta a la buena fe y no contradice su actuación anterior.

En virtud de lo expuesto, se casa parcialmente la sentencia recurrida y se deja sin efecto la atribución a D. Aníbal de la vivienda no familiar sita en Palencia, DIRECCION001 núm. NUM001), cuyo desalojo deberá efectuarse en el procedimiento de desahucio entablado, dado que esta sala, en sede de proceso matrimonial, no puede atribuir ni desalojar vivienda que no sea familiar (sentencia 284/2012, de 9 de mayo).

TS

SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 2021

STS 2194/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2194
Nº de Recurso: 3648/2018
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Inclusión en el pasivo de un derecho de reembolso a favor del esposo por el importe actualizado del dinero que, procedente de la herencia de su madre, ingresó en una cuenta conjunta con la que se pagaron gastos para la construcción de una vivienda a la que atribuyeron carácter ganancial. No es determinante que el esposo no hiciese constar su reserva en el momento de ingresar el dinero en la cuenta común. Ingresado el dinero privativo en una cuenta conjunta, salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente pues, a falta de prueba, que incumbe al otro cónyuge, se presume que se gastó en interés de la sociedad.

La cuestión jurídica que se plantea en este recurso de casación versa sobre el derecho de reembolso a favor de un cónyuge por el importe del dinero privativo que, ingresado en una cuenta conjunta, se confundió con dinero ganancial, sin que hiciera reserva sobre su carácter privativo ni sobre su derecho de reembolso, y que se utilizó por los dos esposos para financiar la construcción de una vivienda ganancial.

Tras el divorcio de las partes, al formar el inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales, se suscitó controversia respecto de varias partidas del activo y del pasivo. Por lo que importa a efectos de este recurso, la controversia se limita a la inclusión en el pasivo un crédito a favor de D. Marco Antonio por el dinero que, procedente de la herencia de su madre, ingresó en una cuenta conjunta con la que se pagaron gastos para la construcción de una vivienda a la que atribuyeron carácter ganancial.

El juzgado consideró que de la documental aportada resultaba acreditado que D. Marco Antonio recibió 82.500,76 euros de la herencia de su madre, que fueron ingresados en una cuenta de la que eran titulares los dos esposos; el juzgado igualmente declaró que constaba que la citada cuantía se destinó en beneficio de la sociedad de gananciales, tal y como se advertía en el extracto bancario de la citada cuenta. Sin embargo, rechazó que procediera reconocer un derecho de reembolso a favor de D. Marco Antonio porque en la escritura notarial ambos cónyuges declararon adquirir la finca para la sociedad conyugal sin hacer D. Marco Antonio reserva alguna sobre el carácter parcialmente privativo del dinero invertido en orden a un hipotético reembolso futuro.

La Audiencia, con cita de otras sentencias anteriores de ese tribunal, confirmó el criterio del juzgado. Razonó que no procedía el reembolso porque se produjo una confusión del dinero privativo con el dinero ganancial al aportarlo a una cuenta de titularidad conjunta y emplearse sin realizar reserva de reembolso en la construcción de una vivienda construida en una parcela ganancial; porque ambos fueron promotores de la obra nueva y le atribuyeron carácter ganancial; y porque también el préstamo concertado para financiar la vivienda fue solicitado por los dos.

En el primer motivo del recurso de casación se denuncia la infracción de los arts. 1355, 1358 y 1398.3 CC y, para justificar el interés casacional, el recurrente cita las sentencias de esta sala 498/2017, de 13 de septiembre, y 645/2006, de 19 de junio. En el segundo motivo denuncia la infracción de los arts. 1346 y 1364 CC y cita la sentencia 4/2003, de 14 de enero.

Los dos motivos impugnan el criterio de la sentencia recurrida, que niega el reconocimiento del derecho de crédito a favor del recurrente por el importe actualizado del dinero privativo empleado en la financiación de un inmueble al que los cónyuges atribuyeron carácter ganancial.

En el desarrollo de los motivos el recurrente sostiene que procede el derecho de reembolso, partiendo del carácter privativo del dinero procedente de la

herencia de la madre del recurrente y que el mismo se empleó en pagos correspondientes a una vivienda ganancial que eran de cargo de la sociedad de gananciales.

Esta sala se ha pronunciado de manera reciente y reiterada en diversas sentencias sobre las cuestiones jurídicas que se plantean en el presente recurso.

La sentencia del pleno 295/2019, de 27 mayo, seguida entre otras por las sentencias 415/2019, de 11 de julio, 138/2020, de 2 de marzo, y 591/2020, de 11 de noviembre, sentó como doctrina que el derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y la financiación de un bien ganancial procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición. Esta doctrina establece que el reembolso que prevé el art. 1358 CC para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluya expresamente. La atribución del carácter ganancial al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y debe reembolsarse el valor satisfecho a costa del caudal propio mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y 1398.3.ª CC).

De la misma manera, en el caso de que se emplee dinero privativo para pagar la deuda contraída al adquirir el bien ganancial, se integra en el pasivo de la sociedad el crédito por el importe actualizado de las cantidades pagadas por uno solo de los cónyuges (art. 1398.3.ª CC y sentencia 498/2017, de 13 de septiembre).

La sala ha reiterado también que el mero hecho de ingresar dinero privativo en una cuenta conjunta no permite presumir que se le ha atribuido carácter ganancial, ya que sería precisa la expresión de una voluntad clara en tal sentido, de modo que en la liquidación hay que estar al origen de los fondos (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre, 78/2020, de 4 de febrero, 216/2020, de 1 de junio, y 591/2020, de 11 de noviembre).

También hemos dicho que, salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente pues, a falta de prueba, que incumbe al otro cónyuge, se presume que se gastó en interés de la sociedad (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre, y 78/2020, de 4 de febrero, con cita de las sentencias 4/2003, de 14 de enero, y 839/1997, de 29 de septiembre).

La aplicación de la anterior doctrina determina que el recurso de casación deba ser estimado, pues los criterios en los que la sentencia recurrida basa su decisión para excluir el derecho de crédito a favor del recurrente no son correctos.

En el presente caso, la Audiencia parte de la calificación del dinero recibido de la herencia como privativo (art. 1346.2.ª CC) y de su ingreso en la cuenta corriente conjunta, y no cambia los hechos probados por el juzgado de primera instancia, que consideró acreditado que el dinero se destinó en beneficio de la sociedad. Las razones por las que la Audiencia niega el reembolso son que se produjo la confusión del dinero privativo con dinero ganancial y que en la construcción y financiación de la obra porque tuvo lugar una actuación conjunta de los cónyuges.

Procede estimar el recurso porque, como ha quedado dicho, estas razones no justifican que se excluya el reembolso del dinero privativo empleado para adquirir y financiar bienes gananciales.

Al estimar el recurso de casación procede asumir la instancia y resolver las cuestiones suscitadas conforme a la doctrina de la sala.

La parte recurrida, tal y como había mantenido ya en su escrito de oposición a la apelación e impugnación de la sentencia de primera instancia, niega en su escrito de oposición al recurso de casación que haya quedado acreditado que todo el dinero de la herencia se empleara en gastos comunes y de cargo de la sociedad.

La sala, sin embargo, al asumir la instancia, comparte el criterio de la sentencia del juzgado que, a la vista de la documental aportada, y en particular de los extractos de la cuenta bancaria conjunta, razonadamente consideró acreditado que el dinero procedente de la herencia que fue ingresado en la cuenta "se destinó en beneficio de la sociedad de gananciales", a diferencia de otros conceptos reclamados por el demandante (como el dinero recibido de la herencia de su tía, cuyo destino no consta).

Al no haber quedado acreditado que el demandante dispusiera de dinero en beneficio propio no pueden ser atendidas las alegaciones de la parte recurrida que, frente a la consideración del juzgado de que el dinero se destinó a gastos de la sociedad, cuestiona que varios de los gastos puedan considerarse como tales.

Por lo que se refiere a las liberalidades al hijo, aun en el caso de que no hubieran sido hechas de mutuo acuerdo no es indubitado que excedan de las atenciones a la familia; por lo que se refiere al pago a la agencia ejecutiva u otros pagos que, según dice la recurrida corresponderían a un tercero, se vinculan

por la propia recurrida al reembolso de unos fondos, y no al dinero de la herencia, sin que al mismo tiempo se haya solicitado oportunamente la inclusión de un crédito a favor de la sociedad por estos conceptos; en su escrito de oposición a la apelación expresamente lo único que impugnó fue la no inclusión en el activo de un crédito que, por otro concepto, consideraba que existía a favor de la sociedad y contra el esposo.

A lo anterior debe añadirse que, como advierte el demandante ahora recurrente en casación, de acuerdo con la doctrina de la sala, ingresado el dinero privativo en una cuenta conjunta, salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente pues, a falta de prueba, que incumbe al otro cónyuge, se presume que se gastó en interés de la sociedad. La recurrida no desvirtuó que el dinero ingresado procedente de la herencia de la madre se empleara en beneficio de la sociedad y, sobre este particular, lo que manifiesta es que como hubo otros ingresos de dinero común en la cuenta (fundamentalmente las indemnizaciones por el despido del recurrente), tales gastos pudieron pagarse con dinero ganancial, lo que como hemos dicho no es suficiente para excluir el reembolso del dinero privativo confundido con dinero ganancial.

Por lo que se refiere a la determinación de la cantidad que debe reembolsarse, la recurrida ha dicho que, en todo caso, debería incluirse el dinero ingresado y no la cantidad solicitada. Este argumento no puede prosperar, pues el demandante solicita la cantidad equivalente a la actualización conforme a los IPCs anuales desde el momento en que ingresó el dinero en la cuenta conjunta, lo que es coherente con la exigencia legal de que el reembolso del valor satisfecho a costa del caudal propio se haga mediante el reintegro de su importe actualizado. Procede por tanto reconocer, de acuerdo con lo solicitado, un crédito en el pasivo de la sociedad a favor del recurrente por el importe de 100.897,50 euros.

TS

SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 2021

STS 1108/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1108
Nº de Recurso: 3308/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

No nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un Auto de atribución de un hecho delictivo, tras culminar la correspondiente investigación judicial, y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto de control y relaciones disfuncionales. Por tanto hay que descartar la custodia compartida acordada por la Sentencia de la Audiencia Provincial, y volver a la custodia materna que estableció el Juzgado de Familia. El coparenting (relaciones entre los progenitores con respecto al cuidado y atención de sus hijas) es de muy mal pronóstico.

El recurso de casación se interpone por el Ministerio Fiscal. Se alega como infringido el art. 92.7 del CC y el art. 11 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Se cita como doctrina jurisprudencial la exteriorizada en las sentencias 36/2016, de 4 de febrero, y 350/2016, de 26 de mayo. Se argumenta que, en el caso enjuiciado, el régimen de custodia compartida no es el más favorable para la menor, la existencia de un procedimiento abierto por un delito de violencia de género muestra la clara situación de falta de respeto y dominación de un progenitor sobre el otro, que no puede sino mostrar la imposibilidad de que un sistema de custodia compartida pudiera llegar a buen puerto.

Para ello se basa el Ministerio Público en el relato de hechos del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, en el que se establece como hechos atribuidos al demandado, que han sido objeto de acusación, que: “A hora

no determinada del pasado 26 de enero de 2018, encontrándose Magdalena en compañía de unos amigos en un pub cercano a la CALLE000 de esta localidad, se personó el investigado, Artemio, para entonces su marido, reprendiéndole por estar con un hombre, Artemio se encaró con él y al interponerse la denunciante, le propino dos collejas en el cuello". Estos hechos conforman para el Ministerio Fiscal, aun cuando no se lograsen acreditar los otros denunciados, más allá de un lamentable suceso, como se recoge por la sentencia recurrida, una manifestación de actos de dominación y control de la conducta de la mujer y humillación frente a terceros. Igualmente atribuye a la Audiencia una interpretación indebida del informe de la Unidad de Valoración Integral de Violencia de Género (UVIVG), sin tener en cuenta la totalidad del mismo que analiza la dinámica de la pareja y que no ha sido aportado al proceso civil.

Estimación del recurso de casación

El art. 92. 7 del CC norma que "[...] no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica".

En el caso presente, resulta que el demandado no ha sido simplemente denunciado por violencia de género, mediante la atribución de unos hechos que debieran ser objeto de investigación para determinar su existencia y realidad, sino que se encuentra, en términos del mentado precepto, incurso en un proceso penal en condición de investigado y con respecto al cual el juez de Violencia de Género n.º 1 de Córdoba dicta auto de 19 de noviembre de 2019, en el que aprecia indicios de criminalidad con respecto a la comisión por su parte del delito del art. 153.1 del CP, por haber agredido a la que entonces era su mujer.

No nos hallamos, por lo tanto, ante una simple denuncia, sino que la formulada se ha visto corroborada por una resolución judicial, que le da crédito y consistencia, tras la práctica de las oportunas diligencias previas penales, cuyo objeto radica precisamente en determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado conforme al art. 777.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr).

En dicha resolución, entiende también el juez de violencia de género, que no existen pruebas suficientes sobre la comisión de los otros hechos imputados al demandado, toda vez que los mismos se han desarrollado en un ámbito estrictamente privado, como los supuestos de abusos sexuales, amenazas y vejaciones denunciadas, así como por la circunstancia de no querer declarar las hijas del matrimonio (art. 416 LECr), por lo que no existían más indicios que la declaración de la denunciante. Y si bien el informe de la UVIVG, continúa dicho auto, acepta que la dinámica de la relación estudiada es de disfuncionalidad, no se revelan consecuencias específicas de una situación de violencia sobre la mujer en el ámbito de pareja mantenida y continuada. No obstante, se refiere a un contexto de control, donde se encuentra inserto el incidente de 26 de enero de 2018, y de celos que han puesto fin a la relación.

El precitado auto descarta igualmente el supuesto acoso, por el excesivo número de llamadas telefónicas efectuadas a la demandante, toda vez que tienen lugar en un momento de crisis matrimonial, que justificaba tratar temas comunes, y por el hecho de que la gran mayoría de ellas fueran contestadas y dieron lugar a conversaciones de las cuales algunas fueron de considerable duración.

En definitiva, no nos hallamos ante una simple denuncia, sino ante un auto de atribución de un hecho delictivo, tras culminar la correspondiente investigación judicial, y constatar la existencia de indicios racionales de criminalidad de haber atentado contra integridad física de la que entonces era su esposa, en un contexto de control y relaciones disfuncionales.

La demandante formula escrito de acusación contra el demandado, en el que postula contra él una condena por un delito del art. 153.1 del CP, con solicitud de imposición de una pena de prisión de un año y prohibición de comunicarse y acercarse a ella a una distancia de 500 metros durante 3 años. Igualmente, el Ministerio Fiscal, regido por los principios de imparcialidad y legalidad, solicitó la condena del demandado por dicho delito.

Pues bien, en atención a las circunstancias expuestas, procede dejar sin efecto la guardia y custodia compartida, con fundamento en la existencia de indicios racionales de criminalidad de violencia de género, unidos a la acusación penal formulada por la actora contra el demandado, lo que determina la imposibilidad de la existencia de una relación razonable, que permita el intercambio fluido de información y un razonable consenso entre los progenitores en beneficio de las menores para el establecimiento de un régimen de custodia compartida (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 350/2016, de 26 de mayo; 23/2017, de 17 de enero o 175/2021, de 29 de marzo), toda vez que las relaciones personales de los litigantes sobrepasan con creces el umbral de

los desencuentros propios de la crisis de convivencia (sentencias 433/2016, de 27 de junio y 318/2020, de 17 de junio) generando un proceso penal abierto.

Por otra parte, de la exploración de la menor, que cumplirá los 18 años de edad en el mes de noviembre del año en curso, resulta que, tanto ella como su hermana, son proclives a convivir con su madre, la cual además por razón del trabajo del padre (transportista), con ausencia, en ocasiones, de hasta dos días durante la convivencia semanal con sus hijas, cuenta con mayor disponibilidad para asumir el cuidado de la hija menor.

Por otra parte, la opinión de ésta, carente de indicios de haberse visto mediatizada, debe ser tenida en cuenta por la madurez de criterio que implica su edad, a la cual le quedaban unos meses para cumplir los 16 años de edad, cuando fue judicialmente explorada.

Ello no significa fractura de los vínculos afectivos y de relación con el padre, lo que conforma el interés y beneficio de la menor, sino que las circunstancias concurrentes determinan que dicho interés se concilie más adecuadamente con la atribución a la madre de la custodia sobre la hija, sin perjuicio del derecho de visitas del padre con respecto al cual no existen indicios de violencia doméstica sobre la menor.

Los argumentos de la sentencia de la Audiencia no son convincentes, puesto que el convenio regulador no fue ratificado por la esposa. Los malos tratos y la existencia de la denuncia penal fueron objeto de prueba en el procedimiento civil, por lo que no es trascendente que no se hiciera relación a ellos en la demanda, en la que precisamente se solicita la custodia materna. La exploración de la menor fue examinada por este tribunal en los términos reseñados, y su manifestación de que desea comunicarse con su padre y con su madre, no implica que su interés lo constituya, en este caso, hacerlo bajo un régimen de custodia compartida. Las relaciones entre los litigantes se encuentran muy gravemente deterioradas, incluso la actora ejercita la acción penal contra el que fue su marido en el procedimiento criminal seguido contra su persona, por lo que el coparenting, relaciones entre los progenitores con respecto al cuidado y atención de sus hijas, es de muy mal pronóstico. Las situaciones fácticas no son irreversibles, sino que deben adaptarse al interés superior de la menor y a las disposiciones legales.

TS

SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 2021

STS 2329/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2329
Nº de Recurso: 3678/2018
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª de los Ángeles Parra Lucán

La acreedora de los alimentos era la hija menor y la madre, a cuyo cuidado estaba la hija, solo tenía legitimación para reclamarlos. Ahora bien, puesto que el padre no pagó pensión alguna y fue la madre quien asumió todos los gastos de manutención, por aplicación de las reglas del pago de tercero (art. 1158 CC) la madre se convierte en la titular del crédito alimenticio. Por tanto puede compensar el crédito frente a una deuda que mantiene con el exesposo.

El recurrente utiliza dos tipos de argumentos para negar la procedencia de la compensación reconocida por la Audiencia. De una parte, porque no pueden compensarse los alimentos y, de otra, porque, según dice, no coinciden la persona de acreedor y deudor en las dos deudas.

En el presente caso, ninguno de los dos razonamientos del recurrente puede ser atendido, como explicamos a continuación.

Por lo que se refiere a la denominada “prohibición” de la compensación de alimentos invocada por el recurrente, debemos partir de la regulación contenida en los arts. 151 y 1200 CC.

El art. 151 CC dispone: “No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias

atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas".

El art. 1200 CC establece: "La compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniere de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario. Tampoco podrá oponerse al acreedor por alimentos debidos por título gratuito".

Es evidente cuál es el sentido que tiene la exclusión legal de la compensación respecto de las deudas de alimentos. Puesto que se trata de cubrir las necesidades de quien tiene derecho de alimentos, de lo que se trata es de impedir que el alimentante se niegue a prestarlos mediante el mecanismo de la compensación. Es claro que a las pensiones no vencidas no podría oponérsele la compensación por faltar el requisito de la exigibilidad (art. 1196 CC) y parece razonable que el deudor de alimentos no pueda oponer la compensación de lo que deba en concepto de alimentos con otro crédito que ostente contra el alimentista. Pero también es claro que, frente a la reclamación por el alimentante frente al alimentista de cantidades debidas por este último al primero, el alimentista sí puede negarse a pagar oponiendo la compensación de lo que a su vez le deba el alimentante por alimentos.

Es decir, el alimentante no puede oponer la compensación (art. 1200.II CC), pero el acreedor de alimentos sí puede compensar las pensiones atrasadas con la deuda que él tenga frente a su deudor. Quien puede renunciar o transmitir las pensiones alimenticias atrasadas, o el derecho a reclamarlas, puede también oponerlas en compensación (art. 151 CC).

Esto es lo que sucede en el caso, en el que frente a la reclamación de la deuda por parte del demandante, la demandada invoca la compensación de lo que este debe por alimentos, por lo que no sería de aplicación la denominada "prohibición" de compensación de alimentos.

El recurrente, además de la prohibición genérica de compensación de la deuda de alimentos, plantea la cuestión de la titularidad del crédito alimentario, al considerar que no procede la compensación porque los alimentos son debidos a la hija y no a la madre, que es quien contra la que se dirige la demanda por lo que ella personalmente debe al demandante.

El argumento del recurrente no puede prosperar.

Ciertamente, la acreedora de los alimentos era la hija menor y la madre, a cuyo cuidado estaba la hija, solo estaba legitimada para reclamarlos. Ahora bien, puesto que el padre no pagó pensión alguna y fue la madre, con la que convivía la menor, quien asumió todos los gastos de manutención, por aplicación de las reglas del pago de tercero (art. 1158 CC) corresponde reconocerle el derecho a reclamar las pensiones a que estaba obligado el padre.

En el caso, además, el crédito de la madre para el que la sentencia recurrida ha admitido la compensación está reconocido por la sentencia del Juzgado de lo Penal 2 de DIRECCION004 de 25 de septiembre de 2007, dictada en un procedimiento de delito de abandono de familia y cuyo fallo condenó al ahora demandante y recurrente "a abonar a D.ª Socorro la cantidad que se determine en ejecución de sentencia conforme a las bases descritas en el relato de hechos probados".

Debemos observar, por lo demás, que no es aplicable al presente caso la doctrina de las sentencias que cita el recurrente, por referirse a supuestos totalmente diferentes del aquí planteado.

La sentencia 60/2018, de 2 de febrero, con cita de la anterior sentencia 529/2015, de 23 de septiembre, rechazó que pudiera rebajarse la pensión de alimentos a favor del hijo mejor como consecuencia de una suerte de "compensación" con la pensión compensatoria que se reconocía a la madre.

Tampoco es semejante al presente supuesto el que dio lugar a la sentencia 529/2015, de 23 de septiembre, en la que se rechazó que, a la hora de fijar la cuantía de la pensión de alimentos que había de pagarse se "compensaran" los gastos de desplazamiento para efectuar las visitas al hijo.

Por todo lo anterior, la sentencia recurrida, al admitir la compensación de las cantidades a las que el padre estaba condenado a abonar a la madre en virtud de la sentencia penal, ni infringe los arts. 151 y 1200 CC ni es contraria a la doctrina de la sala, y el motivo primero del recurso se desestima.

El segundo motivo del recurso denuncia la infracción del art. 1101 CC. En su desarrollo explica que la demandada debe pagar al demandante todas las cantidades que ella cobró como renta del local, IVA incluido, e impugna el criterio de la sentencia recurrida que consideró que era ella, como arrendataria, quien debería ingresar ese concepto.

El recurrente justifica el interés casacional en la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la inclusión del IVA en la indemnización de daños y perjuicios cuando el perjudicado debe pagar por tal concepto a un tercero, a fin de conseguir el resarcimiento íntegro. Cita al efecto las sentencias de esta sala 558/2014, de 21 de octubre, y 347/2014, de 26 de junio.

El motivo segundo se desestima por lo que deci-

mos a continuación.

1. Debemos advertir en primer lugar que la doctrina de las sentencias citadas por el recurrente no es aplicable al presente caso, dada la diversidad de supuestos de que tratan.

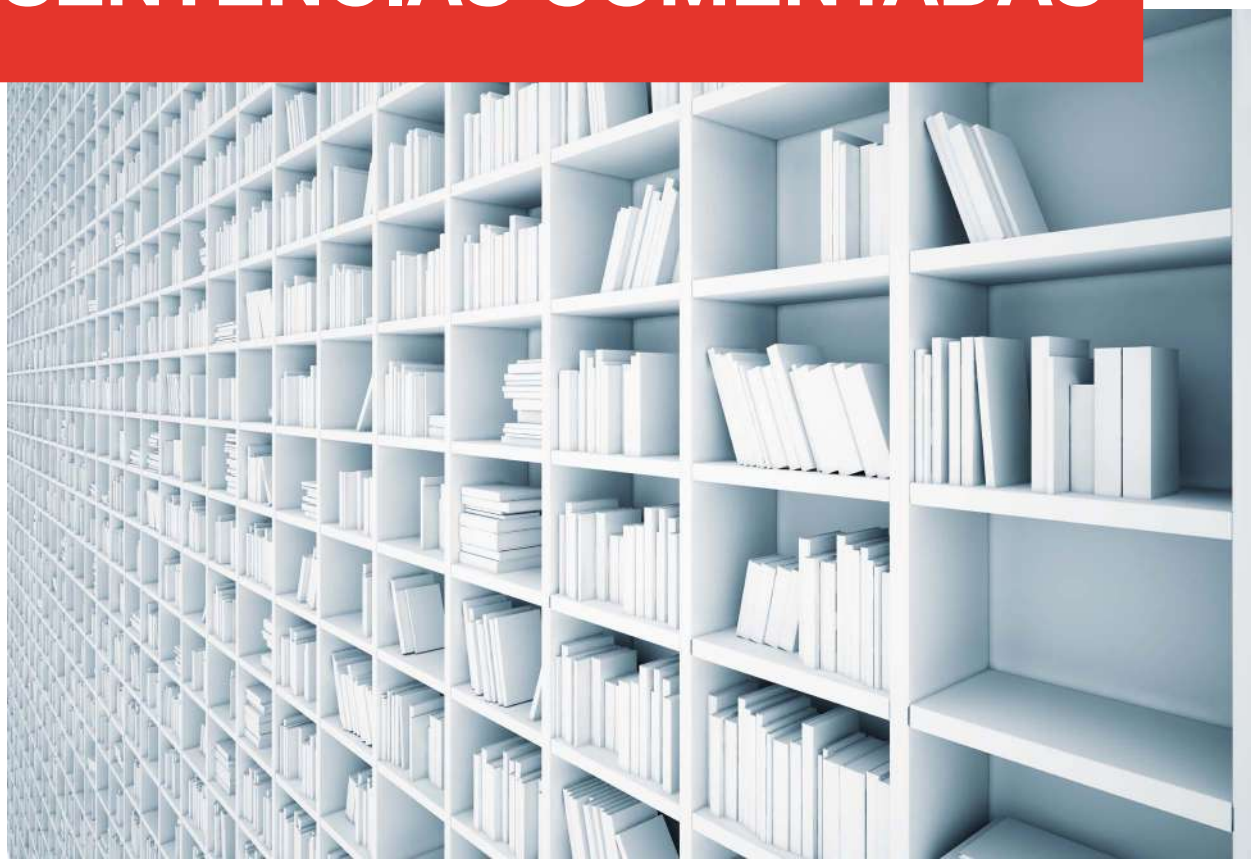
En efecto, en las sentencias 558/2014, de 21 de octubre, y 347/2014, de 26 de junio, lo que se dijo, de manera coherente con la idea de reparación integral del daño, es que para fijar el importe de la indemnización para la reparación de vicios de construcción debía tenerse en cuenta el importe total que los perjudicados (unas comunidades de vecinos) debían abonar a quien realizara las obras de reparación, incluyendo también el IVA, y sin que pudiera considerarse que tales comunidades se enriquecieran al cobrar el IVA, porque no podían deducírselo.

2. El presente caso es diferente. La demandada celebró el contrato de arrendamiento del local, a pesar de no tener atribuido un derecho de disfrute sobre el mismo, por corresponderle en virtud de la sentencia de divorcio únicamente el uso de la vivienda.

El arrendamiento de local, según la legislación tributaria, está sujeto a IVA, y así se emitieron las facturas. Es el arrendador quien debe repercutir al arrendatario el impuesto y quien a su vez está sometido a los correspondientes deberes y obligaciones que derivan de la realización de esta actividad económica y sus repercusiones tributarias, así como a las pertinentes consecuencias que pudieran derivar fiscalmente en el caso de que no se hubieran realizado los ingresos oportunos.

No vemos por ello razón para cambiar la interpretación que hizo la sentencia recurrida al fijar las cantidades que debía abonar la demandada en concepto de enriquecimiento injusto al demandante.

SENTENCIAS COMENTADAS



Decisión sobre el empadronamiento

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 2 DE FEBRERO DE 2021

Se atribuye al padre la facultad de decidir el empadronamiento de los menores dado que existiendo una atribución conjunta a ambos progenitores del ejercicio de la patria potestad así como una custodia compartida, la madre empadronó sin consentimiento del padre a los hijos menores en otra población, cuando estos tienen su vínculo escolar y sanitario en una ciudad distinta y en la que ya estaban empadronados.

Antes de proceder al examen del caso que os ocupa debemos destacar, como reiteradamente ha señalado esta Sala, que deben ser conscientes los progenitores de que el ámbito decisorio en el ejercicio de la responsabilidad parental depende de múltiples circunstancias, muchas de ellas peculiares o individuales del menor, de los padres o de las organizaciones familiares, y lo que constituye un auténtico fracaso parental es no ponerse de acuerdo, obligando no ya tan sólo a un tercero a decidir, en este caso al Magistrado de Instancia, sino también a una Sala en revisión de una decisión que en la práctica totalidad de los casos no tiene componente jurídico, siendo cuestiones de matiz las que decantan el contenido de la resolución. Las medidas que afectan al interés de los menores deberían adoptarse no por terceras personas ajenas a la familia sino por sus progenitores, quienes deben ser capaces de buscar conjuntamente la solución más beneficiosa para sus hijos al ser quienes mejor conocen sus peculiares características. No deben olvidar tampoco las partes la previsión contenida en el artículo 236-13 apartado tercero en el que se dispone que en los procedimientos que se substancien por razón de desacuerdos en el ejercicio de la potestad parental, los progenitores pueden someter las discrepancias a mediación.

En el caso de autos la discrepancia se centra en el municipio de empadronamiento de los hijos

Señala la resolución recurrida que existiendo una atribución conjunta a ambos progenitores del ejercicio de la patria potestad así como una custodia compartida, la madre empadronó sin consentimiento del padre a los hijos menores en DIRECCION001, cuando éstos tienen su vínculo escolar y sanitario en DIRECCION000 que es donde estaban empadronados.

La recurrente señala una errónea valoración de la prueba ya que indica que el cambio de empadronamiento se hizo de oficio y que además es irrelevante el cambio ya que no se opone a modificar nuevamente el empadronamiento si fuera necesario para la escolaridad de los menores. En cuanto a las prestaciones sanitarias señala que no se hace uso de la sanidad pública y por ello tampoco es relevante.

El motivo de apelación se desestima. Coincidimos con la valoración realizada en la instancia en el sentido que la recurrente ha hecho un inadecuado uso de la potestad parental al no consensuar el cambio de empadronamiento de los hijos con el otro progenitor.

Lejos de ser un cambio de empadronamiento de oficio, como señala la recurrente, resulta del examen del expediente administrativo que fue la recurrente quien presentó una instancia solicitando el cambio y señalando que el otro progenitor se negaba al mismo.

En todo caso, resulta palmario que en interés de los menores resulta más conveniente su empadronamiento en DIRECCION000, por los mejores recursos educativos existentes en dicho municipio en relación a los de DIRECCION001, y que la propia recurrente reconoce.

Progenitor con discapacidad y decisión sobre la custodia

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2021

La madre sufrió un derrame cerebral del que aún no se ha recuperado y por el cual tiene unas limitaciones neuronales por las que precisa de la ayuda de terceras personas, no sólo para cuidar de ella misma, sino también para que cuide y atienda a su hija menor. Sin embargo, esta circunstancia no es obstáculo para que se acuerde la custodia compartida que viene desarrollándose con normalidad desde hace un tiempo.

Contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de instancia en el presente procedimiento sobre guarda y custodia de la Milagrosa -nacida el NUM000.2014- de la unión de hecho formada por D.ª Adoración y D. Alexander, en la que se establece una guarda y custodia compartida con alternancia semanal con los demás pronunciamientos transcritos en los antecedentes de hecho que preceden, se alza la representación procesal del Sr. Alexander interesando, además de la aportación y exhibición de documentos entre partes y la ampliación del informe médico forense, que se acuerde la guarda y custodia paterna al tener la compartida un importante obstáculo para ser impuesta a la menor, cual es que la Sra. Adoración sufrió un derrame cerebral del que aún no se ha recuperado y por el cual tiene unas limitaciones neuronales por las que precisa de ayuda de terceras personas, no sólo para cuidar de ella misma, sino también para que cuide y atienda a su hija menor.

… En un excelente informe final en el acto de la vista, el Ministerio Fiscal ha remarcado la incidencia que ha de tener en el presente asunto la Ratificación por España de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13.12.2006 (BOE 24.4.2008) y en particular del artículo 23 que recoge el compromiso del Estado de poner fin “a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás “, a fin de asegurar entre otros, el derecho de todas las personas con discapacidad a fundar una familia, prestando la asistencia apropiada para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. En su párrafo 5, del referido artículo 23, expresamente se recoge que 5. “ Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar “.

Por lo demás, el Tribunal de Estrasburgo ha venido vinculando las cuestiones que afectan a la guarda y custodia de los menores con el derecho a la vida privada y familiar que recoge el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos puesto que el disfrute de la compañía mutua entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar, incluso si la relación entre los

padres está rota (STEDH, Gran Sala, 13 julio 2000, caso Elsholz contra Alemania, apdo. 43 y SSTEDH 19 enero 2016 G.B. contra Lituania apdo. 87 y 10 enero 2017, caso Kacper Nowakowski contra Polonia, apdo. 70). Es más, en el supuesto en el que uno de los progenitores presenta alguna discapacidad, señala el deber de los tribunales nacionales de " dirigir la cuestión de las medidas a tomar para eliminar las barreras existentes y para facilitar el contacto entre el niño y el padre que no tiene la custodia " (STEDH 10 enero 2017, caso Kacper Nowakowski contra Polonia, apdos. 74 y 95). Estas afirmaciones se realizaron en un caso donde el demandante, sordomudo, se quejaba al Tribunal de Estrasburgo de la negativa por parte de los tribunales de su país a su demanda de ampliación del régimen de visitas de su hijo, más allá de las dos horas semanales de contacto en presencia de la madre del niño, debido a que ella podía comunicarse tanto oralmente como por el lenguaje de signos con el menor. En opinión del TEDH, existió violación del art. 8 CEDH en la medida en que los tribunales internos podían haber ido ampliando gradualmente el contacto entre el padre y su hijo y hacerlo más diverso; sin embargo, la injerencia de las autoridades nacionales en la vida familiar, restringiendo o excluyendo el derecho de visita entre padres e hijos, no iría, sin embargo, en contra del art. 8 CEDH y resultaría necesaria cuando consta acreditado que la enfermedad del padre (o en su caso de la madre) produce un daño en sus hijos (STEDH 10 mayo 2007, caso Skugor contra Alemania) o cuando existen razones pertinentes y suficientemente justificadas para la protección de los intereses de los menores, fundadas en la incapacidad de uno de los progenitores para su cuidado, debido a una enfermedad mental o física o a un comportamiento violento o abusivo que puede poner en peligro la integridad del niño (STEDH 26 julio 2007, caso Schmidt contra Francia).

Vemos, por tanto, que no se trata de dos intereses que podrían entrar en conflicto (como señaló el Fiscal), sino que por encima del interés de D.ª Adoración, madre con discapacidad, se encuentra el superior interés de su hija Milagrosa. Con ello se quiere decir, que si bien no es posible equipar implícitamente la discapacidad de D.ª Adoración con la incompetencia para ejercer como progenitora, tampoco lo es, que por su discapacidad, tenga derecho a desarrollar la función parental como si no tuviera discapacidad, atendiendo sólo al derecho que tiene como madre.

Se trata de concretar sí esa guarda materna (en este caso, de modo compartido) es beneficiosa o no para Milagrosa y para ello habrá que analizar si D.ª Adoración tiene capacidad o aptitud parental para procurar el bienestar de su hija y ofrecerle un entorno estable y adecuado por cuanto que nadie puede dudar de la bondad del sistema de guarda y custodia compartida.

En efecto, tal como nos recuerda la STS de 6.4.2018, la sala I viene reiterando (sentencia 296/2017, de 12 de mayo, y 442/2017, de 13 de julio, entre otras recientes) la bondad del sistema de guarda y custodia compartida (SSTS de 4 de febrero de 2016, 11 de febrero de 2016, 9 de marzo de 2016; 433/2016, de 27 de junio).Como indica la STS de 17 de marzo de 2016 (rec. 2129/2014), no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema tras la constante y uniforme doctrina de la sala, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/2012, de 17 de octubre).

Por ello, se ha de partir de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable (STS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013). Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras:

a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

b) Se evita el sentimiento de pérdida.

c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

A partir de lo deseable, la cuestión a dilucidar será examinar si en este caso es lo mejor para Milagrosa.

Antes de desgranar los argumentos del recurso, en el modo en que han quedado sintetizados, esta Sala considera que debe poner de manifiesto los siguientes hechos que han quedado debidamente acreditados en autos.

- El NUM000.2014 nace Milagrosa. Sus progenitores, D.ª Adoración y D. Alexander, mantenían una relación de pareja que duró siete años.

- El 31.10.2014, D.ª Adoración sufre un derrame cerebral y aún cuando evoluciona favorablemente, le quedan como principales secuelas DIRECCION000 y DIRECCION001.

-En el año 2016, tras romperse la relación de pareja, D.ª Adoración presenta solicitud de medidas cautelares previas, dictándose el 27.7.2016 auto por el que se acuerda la guarda paterna y un régimen de visitas a favor de la madre.

-El 24.11.2016 se dicta auto de medidas coetáneas en el que se recoge el acuerdo alcanzado consistente en mantener lo dispuesto en el auto de 27.7.2016.

-El 14.10.19 se dicta sentencia que acuerda la guarda y custodia compartida, que se viene desarrollando desde entonces sin problemas.

Entrando en el fondo del recurso, señala el apelante que la incidencia de la discapacidad de D.ª Adoración sobre la custodia de su hija le impide que se pueda instaurarse la guarda y custodia compartida. Por el contrario, este Tribunal considera que lo más beneficioso para la menor es el mantenimiento de la guarda y custodia compartida, como se razona a continuación.

Se ha tenido en cuenta que la limitación de la Sra. Adoración no le impide cuidar a su hija, pues la existencia de cualquier discapacidad no excluye por sí misma la atribución de la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida. Véase al respecto, el ATS de 27.3.2019 en el que el Tribunal Supremo no admite el recurso porque consideró que la Audiencia había resuelto en atención al interés superior del menor, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, sin hacer especial mención a la existencia del DIRECCION002 de la madre, ya que los informes de primera instancia habían dejado claro que esta podía hacerse cargo de su hijo, y la STS de 5.4.2019 que casa la sentencia de la AP de Granada y confirma la del Juzgado de Primera Instancia, que había estimado la pretensión de modificación de medidas definitivas del padre otorgándole la guarda y custodia de su hija, porque considera que la enfermedad mental que padece la madre, se proyecta en el interés de la menor.

Como señala algún autor, la repercusión que la enfermedad de alguno de sus padres pueda tener en el menor dependerá de muchos factores, como la gravedad, la naturaleza de la enfermedad y su incidencia en las capacidades cognitivas, afectivas y sociales de quien la padece (no es lo mismo una esquizofrenia que un DIRECCION003); su evolución (si se ha seguido tratamiento, resultado del mismo y efectos); la conciencia de la enfermedad como garantía de continuidad en el tratamiento; y el entorno familiar (apoyo de las personas cercanas, que faciliten un buen diagnóstico y que intervengan en caso de detectar alguna anomalía).

Pues bien, al respecto, quiere resaltar la Sala cuatro aspectos, cuales son, (i) la madre no tiene alteración neuropsíquica que le influya en los aspectos fundamentales para el cuidado físico o para la educación de Milagrosa, es una persona formada, perfectamente integrada socialmente, en definitiva, con aptitud -al contar con la necesaria ayuda- para criar a su hija, (ii) la menor ya tiene siete años, (iii) la madre cuenta con el apoyo de su hermano Fausto, con el que convive, es decir, que aunque presenta un grado de discapacidad física importante, cuenta con la ayuda de su hermano para diversos aspectos de la vida, y (iv) este régimen lleva vigente, sin problemas, desde que se dictó la sentencia apelada, esto es, desde el 14.10.2019.

En cuanto a la limitación física de la madre, es cierto que las condiciones de salud y las discapacidades (mentales, intelectuales, o físicas) de los progenitores suelen tener importancia a la hora de otorgar la guarda y custodia de los hijos pero ello siempre que les impida asumir el cuidado de estos.

En este caso, D.ª Adoración es consciente de su discapacidad, y percibe la realidad con normalidad. Al respecto, es muy ilustrativo la ampliación del informe médico forense acordada en la alzada, que resalta que las alteraciones neuropsíquicas que padece D.ª Adoración (déficit de memoria visual, problemas en la realización de ejecuciones y solución de problemas, con poca flexibilidad cognitiva) y las alteraciones físicas (la DIRECCION001 y los problemas de movilidad de sus extremidades) no son influyentes en los aspectos fundamentales para el cuidado físico de la menor ni para su educación y formación íntegra, pero si suponen un menoscabo, menoscabo que puede ser solventado con un " apoyo constante y permanente que supla las carencias ejecutivas y, en algún caso, de tipo cognitivo ", apoyo que D.ª Adoración tiene. Además, la evolución que ha tenido es muy favorable, seguramente por el programa rehabilitador que siguió con una aptitud positiva (doc.5 y 13 a 15). Como señaló en el acto de la vista el Médico Forense, ha habido una evolución muy positiva de su trastorno, las regresiones (para este tipo de discapacidad) son muy excepcionales, "lo que se consigue, se conserva".

En cuanto a la edad, ha de tenerse en cuenta que Milagrosa ya tiene siete años. No se trata de un bebé o de una niña de corta edad, por lo que esto es una circunstancia que ha de valorarse, pues es el conjunto (como se ha dicho en el acto de la vista, el equipo que puede formar la madre y la hija) lo que debe de alumbrar el criterio de atribución como forma de concretar en cada caso el principio rector antes incluido.

En cuanto al apoyo, es sabido que entre las pautas que manejan los tribunales para otorgar la custodia se encuentra el tener apoyo de la familia extensa y que mucha veces otras personas (como pueden ser las profesoras de la guardería o las empleadas de hogar) están más próximas al cuidado de los hijos

que los propios progenitores.

Pues bien, en este caso, Milagrosa y su madre conviven con su tío Fausto. Persona cercana que ha facilitado la buena evolución de la Sra. Adoración a la que se ha hecho referencia, y que interviene y puede intervenir en caso de detectar alguna anomalía.

Por último, ha de tenerse en cuenta que el modelo de guarda y custodia que es objeto de apelación se ha venido desarrollando con normalidad desde octubre de 2019, adaptándose la menor a dicho sistema pese a que unas previas resoluciones de medidas previas y provisionales establecían la guarda paterna. Con ello, no sólo se ha avanzado en las relaciones madre-hija, lo que ha permitido que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores (garantizando al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos) sino que también ha quedado demostrado que D.ª Adoración ha ejercido su guarda de una forma responsable.

En la práctica se ha ido concretando la forma en que la madre ha cuidado a su hija ajustando las necesidades y disponibilidad de ambas, y también ha quedado evidenciado que ambos progenitores han tomado de forma conjunta las decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado en relación a su hija, lo que sin duda ha sido ventajoso para Milagrosa. Piénsese que la limitación del art. 412 y 456 LEC debe ser matizada en el ámbito de los procesos de familia, en los que la existencia de un interés público o social trastoca el sistema del proceso civil patrimonialista. La alegación de hechos nuevos y la posibilidad de incluir nuevas pretensiones distintas a las iniciales de las partes, encuentra amparo en el artículo 752.1 LEC, por lo que no existe óbice procesal alguno para tener en cuenta y valorar la situación actual y no la existente cuando se presenta la demanda.

El interés del menor exige decidir entre lo bueno y lo mejor

AP CÓRDOBA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 2021

Se ha de elegir entre lo bueno y lo mejor, lo que excluye el valor del argumento de que la menor está bien con el actual régimen de custodia materna sin atender a los cambios que se han producido. El cambio de horario laboral permite al padre disponer de más horas para estar con la hija (actualmente de ocho años), lo que se contrapone a la situación de la madre por los negocios que tiene que motiva a que sean los abuelos maternos los que la recogen del colegio y la llevan consigo. Además el padre cuenta con el apoyo de los abuelos paternos y hermana.

Una vez que la sentencia apelada basa su decisión, entre otros argumentos, en que no se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias para el cambio del régimen de guarda, hemos de recordar que el artículo 92.3 del Código Civil cuando habla de la posibilidad de modificar judicialmente las medidas acordadas o convenidas " cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges". Por lo tanto, los requisitos normales para la modificación de medidas (cambio sustancial, permanente, imprevisible y no voluntario) se ven restringidos a lo antes indicado cuando se trata de adoptar medidas en relación a menores, y así nuestra jurisprudencia (sentencias 215/2019 de 5.4, 31/2019 de 19.12 y 311/2020 de 16.6) si habla de que debe de haber un cierto cambio y en interés de los menores, pero no que éste haya de ser necesariamente sustancial. Así según doctrina jurisprudencial desde la sentencia de 29 de abril de 2013, que la custodia compartida aquí pretendida forma " debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excep-

cional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea ".

Tiene singular valor a la hora de resolver sobre el régimen de guarda, aquí el cambio del previamente acordado, los informes de especialistas conforme al artículo 92.9 del Código Civil, pero sin que ello suponga vinculación, pudiendo el Tribunal apartarse de sus conclusiones de forma razonada, lo que indudablemente es procedente cuando se tengan en cuenta en los mismos hechos que el Tribunal no considere acreditados, singularmente cuando son los que sirven de fundamento a esos informes. La sentencia apelada Esto viene a colación de que la sentencia afirma tanto que no se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias, como que se la menor se encuentra adecuadamente atendida con el actual régimen, siendo la madre su principal figura de apego y no desea pasar más tiempo con su padre, y las " circunstancias personales y laborales de los progenitores son casi las mismas que concurrían a la fecha de la sentencia anterior de mutuo acuerdo ", no siéndolo el que el demandante no trabaje con la demandada.

Ya hemos dicho que el carácter no sustancial del cambio no tiene aquí relevancia, bastando que exista algún cambio y que sea en interés de la menor. Por otro lado, tal y como dijo el Ministerio Fiscal en el acto de la vista se ha de elegir entre lo bueno y lo mejor, lo que excluye el valor del argumento de que la menor está bien con el actual régimen sin atender a los cambios que se han producido (STS 162/2016 de 16.3, a la que se remite la 211/2019 sw 5.4),o que " no puede pretenderse petrificar lo acordado en el convenio regulador, cuando concurren circunstancias que aconsejan su modificación" (STS 654/2018 de 20.11 a la que se remite la 559/2020 de 26.10).

Evidentemente uno de los elementos a tener en cuenta es que el plan de parentalidad que ofrezca el progenitor no custodio para justificar el cambio pretendido permita afirmar no sólo que cuenta con las aptitudes precisas para esa custodia compartida que pretende, sino con la disponibilidad para hacerlo, lo que viene a colación de que tanto de si se lo permite su horario laboral y cuenta con apoyo familiar, pues no es que el informe psicosocial nieguen una cosa y otra, sino que se ha de entender que la sentencia se refiere a esas circunstancias cuando habla de que las circunstancias "personales y laborales" del progenitor no se ha modificado desde que se acordó la medida por convenio.

Es cierto que en la demanda se hacía mención a un cambio de horario laboral distinto al que tenía en esa otra fecha, se hablaba de un horario que prácticamente cubría el día (hecho tercero, página 2 y 3), y que había pasado a otro que le permite tanto hacer efectivo el régimen de visitas actual (miércoles tarde y fines de semana alternos, más reparto de vacaciones escolares), como el de custodia compartida para lo que se remite tanto a la certificación de su actual empresa (documento n. 3 aportado en la vista, página 9), en la que se dice que su horario será nuevamente adaptado a las necesidades personales y familiares de tener custodia compartida, como a la testifical del representante de la misma (jefe de recurso humanos) que en el acto del juicio lo ha corroborado. Independientemente de ello ahora está en régimen de ERTE, no existiendo ninguna dificultad, pero en tanto que éste se configura como una situación transitoria y justificada por la actual pandemia, lo relevante es que esa testifical indica que una vez retomada la actividad llevará a efecto esa flexibilidad horaria que le haría falta al padre. Por lo tanto, esta razón expuesta en el informe psicosocial y a la que se ha de entender remitida la sentencia, no es cierta, no pudiéndose tener en cuenta para justificar la decisión. Se da por supuesto que el desarrollo de un trabajo por un progenitor nunca podrá ser justificativo de la negativa a la concesión del régimen de custodia compartida, pues sería sancionar al que trabaje fuera del hogar, más aun cuando son muchos los hogares en los que trabajen padre y padre, y no por ello tienen desatendidos a sus hijos, y ello se ha de predicar no sólo cuando conviven, sino cuando la pareja se rompe, supondrá un mayor esfuerzo lógicamente, pero no lo impide desempeñar correctamente, teniendo en cuenta que se ha de considerar que es en interés de los menores también.

Por otro lado, el informe psicosocial y por remisión la sentencia, hace referencia a la falta de apoyos personales, lo que ha quedado descartado con la testifical de la madre como de la hermana, claras y terminantes tanto en cuanto a su disponibilidad y su voluntad de hacer efectivo el apoyo que precise el padre para atender a la madre. En el caso de la madre, a la vista del cuadro diario que le atribuye el informe de la Trabajadora Social, se pone de manifiesto que lo tiene y colaboran con ella sus padres, recogiendo a la menor y teniéndola consigo hasta que ella la recoge de su domicilio. Por lo tanto, esa falta de apoyo que ha servido de sustento a la decisión, tampoco es cierta.

El hecho de que el domicilio del padre no esté en el mismo barrio en el que reside al madre y está el colegio de la menor, no puede suponer ningún tipo de problemas, nos remitimos a las distancias que expone la parte apelante, de 2.7 kilómetros (no los 7 u

8 kilómetros de que hablaba el informe de la Trabajadora Social), que no son distancias en una ciudad, y si que se considere que ello le impida a la menor relacionarse con su entorno.

Se ha hablado de mayor apego de la menor a la figura materna y su deseo de no pasar más tiempo con su padre. La voluntad del menor ha de ser tenida en cuenta, y es por ello por lo que se impone su exploración " cuando tuviesen suficiente juicio ", obligatoria cuando ya cuenta con doce años. Pero no es éste el caso de autos en el que por su edad no se ha oído y las referencias que llegan al Tribunal es lo expuesto en el informe psicosocial. En este sentido este Tribunal entiende que, al margen de que se le tenga en cuenta, no puede ser determinante de la decisión que aquí corresponde adoptar, cuando se está en el caso de que la menor ha estado bajo régimen de guarda materno con un periodo intermedio (por la existencia de causa penal) en el que o no ha existido contacto con el padre o ha estado muy limitado. Es esa la justificación que se da a ese deseo manifestado que no quita para que esta Sala, si así lo ve conveniente en su interés, pueda acordar el régimen de custodia compartida.

Este régimen supone colaboración de los padres en cuanto que se tienen que involucrar en el día a día del menor a su cuidado en los periodos que se fijen, lo que supone que se exija no una buena relación (muchas difícil en las parejas rotas), si una capacidad de diálogo en interés de la menor, o como dice la STS 296/2017 de 12.5 " no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo ", añadiendo después que " será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial y resulte contraria al interés del menor". En este caso, aunque se ha dicho que existen contactos por "SMS", y tienen relación en relación a la menor, sin que conste que haya existido problema alguno (obviando la causa penal archivada por falta de indicios de los hechos denunciados por la madre). En este caso no se dan esas circunstancias excluyentes sin más del régimen de custodia compartida.

Nada se ha dicho en cuanto a la disponibilidad de una vivienda apta para cubrir las necesidades de la menor, y los resultados de las pruebas psicológicas dan noticias de aptitud para atender y cuidar a la menor, incluso en algunos aspectos con nivel superior a la madre.

Con esto queremos decir que el cambio preciso se ha producido en cuanto que facilita una mayor disponibilidad del padre para tener consigo y relacionarse con la menor que la que tenia cuando se convino la guarda monoparental, y éste no puede ser desaprovechado, en cuanto que reiteradamente se ha dicho que es favorecedor para la evolución del menor el mayor contacto posible con ambos progenitores.

En definitiva, se entiende que se dan las circunstancias para considerar procedente en interés de la menor afectada pasar al régimen de custodia compartida con estimación del recurso.

Condena penal y custodia compartida

AP LA RIOJA, SEC. 1.ª SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2021

Sentencia penal condenando al padre como autor de delito leve de vejación injusta del art. 173.4 del Código Penal, no es base suficiente para, por sí sola y con exclusiva base en el art. 92.7 del Código Civil, dejar sin efecto la custodia compartida acordada mediante la sentencia de primer grado.

El primer motivo de apelación versa sobre la procedencia de la custodia compartida acordada por la sentencia de primer grado, que la apelante discute, por entender que no resulta procedente ni adecuada para el interés de la menor, considerando además que procede atribuirle a ella la guarda y custodia.

A este respecto, lo primero que debemos resolver es la trascendencia que pueda tener en orden a mantener la custodia compartida acordad en primera instancia, la circunstancia sobrevenida puesta en conocimiento por la apelante con su recurso de apelación, consistente en que por sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Logroño de fecha 22 de octubre de 2020 recaída en procedimiento por delito leve núm. 6/2020 de dicho Órgano Judicial, D. Segismundo fue condenado como autor de delito leve de vejación injusta del art. 173.4 del Código

Penal. La parte apelante ha aportado copia de dicha resolución con su recurso, y el apelado no ha negado la realidad de dicha condena, si bien la misma no es firme, pues la resolución indicada está pendiente de recurso de apelación.

La cuestión es relevante, y debe ser resuelta en primer lugar, por razón de lo prevenido en el art. 92.7 del Código Civil, cuya interpretación automática y literal determinará su aplicación en este caso impidiendo con base en ello la custodia compartida.

Ello es así porque si nos atenemos al tenor literal del precepto, dentro de los delitos que se mencionan en el art. 92.7 cuya condena impediría la custodia compartida, se encuentran los delitos contra la integridad moral; y resulta que el delito leve por el que ha sido condenado en primera instancia el apelado Sr. Segismundo por esta sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, es precisamente un delito leve de vejación injusta del art. 173.4 del Código Penal, que sistemáticamente está dentro del título VII del Libro II del Código Penal que lleva por rúbrica "De los delitos de torturas y otros delitos contra la Integridad Moral".

En este punto, es ya clásica la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 36/2016 del 04 de febrero de 2016 (ROJ: STS 188/2016 - ECLI:ES:TS:2016:188) que razonaba así en un caso de condena por delito de amenazas: Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril de 2013 Jurisprudencia citada a favorSTS, Sala de lo Civil, 29-04-2013 Custodia compartida.; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. El art. 2 de la LO 8/2015 de 22 de julioLegislación citada que se interpretaLey Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. art. 1 (12/08/2015), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno "libre de violencia " y que "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir"; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor. Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código CivilLegislación citada que se aplicaReal Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. art. 92 (14/11/2012), según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica".

Sin embargo, lo cierto es que en lo que atañe a la interpretación del art. 92.7 Código Civil, nos parece muy importante la reciente "Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida " aprobada por la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial en fecha 25 de junio de 2020, que a lo largo de sus cuatrocientas páginas aborda con exhaustividad los problemas que pueden derivarse o que se generan en torno a esta institución. En particular, y por lo que aquí interesa, ofrece una serie de criterios para la aplicación del art. 72.7 Código Civil, y parte en todo caso de que se trata de una medida limitadora de derechos y por ello ha de ser interpretada restrictivamente. Dice así: "A la hora de resolver sobre el régimen de custodia sobre los hijos y las hijas, particularmente en relación con la posibilidad de adoptar una medida de guarda compartida, creemos adecuado atender a estos criterios:

Se impone la aplicación del principio de prioridad del interés del menor en cada caso concreto y con fundamentación basada en ese caso.

No puede confundirse la alta conflictividad con la existencia de episodios de violencia, aun cuando casos de alta conflictividad puedan terminar con episodios violentos. (STS sala 1ª de 4/02/2016.)

La mera existencia de una denuncia no es suficiente para denegar la posibilidad de una guarda compartida. Una medida limitadora de derechos, como es la recogida en el artículo 92.7 del Código Civil, ha de ser interpretada restrictivamente. Se exige una valoración más concreta de cada caso que ha de orientarse hacia una fundamentación sobre la existencia de indicios fundados de violencia doméstica sobre la base de las alegaciones de las partes y de

las pruebas practicadas.

Resulta relevante el contenido de los hechos denunciados y muy concretamente, el tipo penal y la valoración de si puede haber reiteración delictiva. Algunos tipos penales evidencian la existencia de una violencia estructural y si la misma se aprecia, aun cuando no haya condena firme penal, la guarda compartida o la exclusiva para el investigado debería excluirse.

Resulta relevante la presencia del menor en los hechos denunciados en el sentido expuesto por nuestro Tribunal Supremo, lo que incluye la ejecución de los hechos en circunstancias tales que hayan podido ser escuchados o percibidos directamente por el/la menor. En definitiva, la consideración de víctima directa o indirecta de los mismos.

La estimación de una orden de protección tras una denuncia debería excluir la posibilidad de atribución de la guarda compartida o exclusiva a favor del investigado. Los requisitos legales para la estimación de la orden se basan en la entidad de los hechos penales denunciados, en los indicios existentes y en la valoración del riesgo, por lo que, ante la adopción de la misma, parece que ha de excluirse la posibilidad de custodia para el investigado. (...)

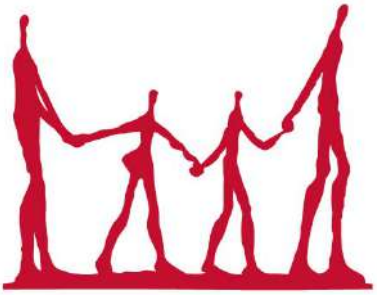
En consonancia con lo expuesto, entiende esta Sala que hay que atender a las circunstancias del caso; una aplicación automática del art. 92.7 del Código Civil puede conducir a soluciones que no respeten el interés del menor, único tutelable con prevalencia aquí según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo; conforme a la literalidad del art. 92.7 Código Civil., bastaría la formulación de una denuncia en este ámbito para sofocar un posible régimen de custodia compartida, haciendo falta algo más que la mera pendencia del proceso, sin prescindir tampoco de la gravedad y caracteres de los hechos y su mayor o menor incidencia en los menores. Y a tal principio inspirador - el de superior interés del menor- atendemos aquí, pues como enseguida razonaremos, el régimen progresivo se construyó por la sentencia de instancia en su principal beneficio.

En este sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1ª, núm. 729/20 del 08 de julio de 2020 (ROJ: SAP CO 840/2020 - ECLI:ES:APCO:2020:840) razona:

"Respecto a la incidencia que tiene el art. 92.7 del CC en orden al sistema de guarda y custodia compartida, entiende este Tribunal que la mera cita de lo dispuesto en el art. 92.7 del CC no conlleva de forma automática la no procedencia de la guarda y custodia compartida. Así en fecha reciente (Rollo 1483/2.019) hemos dicho que "pese a la existencia de un procedimiento de violencia de género debe prevalecer el superior interés del menor, por lo que su mera existencia no es motivo suficiente para acordar la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre....no se trata de cuestionar si tiene o no carácter imperativo el art. 92.7 del CC sino que consideramos necesario atender a todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto....y, en concreto, si existe peligro o riesgo para el menor o una situación de falta de respeto o el peligro hacia el otro progenitor que haga improcedente el sistema de guarda y custodia compartida cuya bondad nadie discute".

Trasladando lo anterior a nuestro caso, nos encontramos con que efectivamente existe una condena penal impuesta a D. Segismundo; dicha sentencia penal de condena no es firme, pende de un recuro de apelación; la condena lo es por delito leve, en concreto de vejación injusta de carácter leve del art. 173.4 del Código Penal. Los hechos declarados probados en la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer consistieron, según el relato de dicha sentencia, en que en el contexto de una discusión con Cecilia sobre el desarrollo de las visitas con su hija menor, D. Segismundo envió a esta diversos mensajes de texto de contenido vejatorio. Por consiguiente, los hechos no entrañaron un episodio de violencia, no se produjeron en el contexto de un enfrentamiento presencial sino verbal y a través del teléfono y en todo caso, los hechos que dieron lugar a la condena no se produjeron en presencia de la hija menor Esperanza.

En este estado de cosas y atendidos los criterios antes reseñados, estimamos que la existencia de esta sentencia penal no es base suficiente para, por sí sola y con exclusiva base en el art. 92.7 del Código Civil, dejar sin efecto la custodia compartida acordada mediante la sentencia de primer grado. Para determinar si la custodia compartida es o no procedente, será necesario para analizar el conjunto de las circunstancias concurrentes y el resultado de la prueba practicada.



Cambio de residencia por decisión exclusiva de la madre

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2021

Es plenamente razonable que, ante una ruptura conflictiva, la madre optase legítimamente por regresar a la región de la que procedía y donde tenía sus raíces familiares, llevándose consigo al hijo común, entonces todavía en la primera infancia, por cuanto había sido y continuaba siendo su cuidadora principal.

La cuestión controvertida en esta alzada es únicamente la atribución de la guarda del menor. Sin embargo, esa única controversia no está exenta de dificultad ya que de la prueba practicada se revela una adecuada capacidad de ambos progenitores para el ejercicio de la guarda.

La circunstancia es que el padre vive en DIRECCION002 y la madre en DIRECCION001, y ello impide que se pueda llevar a cabo una custodia compartida.

El recurrente, reprocha a la Sra. Bernarda que se haya trasladado de domicilio con el menor, Alexis, nacido el NUM000 de 2018, sin su consentimiento, y, efectivamente podría ser reprochable ese cambio de domicilio del menor, por no ser consensuado, lo que vulnera el ejercicio conjunto de la potestad parental que deben desarrollar ambos progenitores, y tal decisión constituye, unilateralmente, por la vía de hecho, una situación de separación física del menor con su padre que hace imposible el ejercicio de una guarda compartida tras la ruptura.

Por todo ello, debemos analizar con detenimiento las circunstancias que han llevado a ese cambio de domicilio y ponerlo todo ello en relación al enfoque que realmente debe presidir en nuestro análisis sobre la guarda y que no es otro que el interés superior del menor.

Como decimos en la sentencia del rollo de apelación 656/2019, que resuelve un caso muy similar al presente: "lo que realmente constituye el objeto esencial de discusión entre las partes y es el "thema decidendi" en este proceso, que no es otra cosa que la determinación del interés superior de las hijas comunes, por cuanto ha de prevalecer sobre cualquier otra consideración, tal como establece la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que ha desarrollado los principios de la Declaración Universal de los Derechos de Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de octubre de 1989, y los Convenios internacionales sobre protección del menor, con la referencia en el artículo 211-6 del código civil de Cataluña.

En casos de discrepancia entre los progenitores, cotitulares de la responsabilidad parental, los tribunales han de concretar y definir cuál es dicho interés, y cuál es el régimen de custodia más beneficioso para las menores, tanto en lo que se refiere al desarrollo de su personalidad, como a la salvaguarda de su integridad física y psíquica.

La decisión no debe abarcar únicamente la opción por que resida habitualmente con uno u otro progenitor, sino también cómo se ha de garantizar y asegurar la relación con el otro, en cuanto que se considera conveniente y necesario para los menores el fomento de una relación normalizada con el progenitor con el que no conviven habitualmente."

Así pues, revisada la valoración probatoria del magistrado de primera instancia, debemos coincidir plenamente con su criterio.

La Sra. Bernarda, solicitó una excedencia de su trabajo para el cuidado del menor. En esas circunstancias, se produjo el traslado la Sra. Bernarda a DIRECCION002, al poco de nacer Alexis. Pero la ruptura de pareja se produjo transcurrido escasamente un año. Es decir, Alexis contaba con un año de edad, y el apego materno es evidente en una edad tan prematura cuando además existe un fuerte vínculo de apego del hijo con la madre desde el nacimiento y la dedicación absoluta de la madre a éste.

En cuanto a la vinculación afectiva del menor con cada uno de sus progenitores la situación desde el momento en el que se trasladó la madre con el menor, ha sido la de fortalecer el apego esencial del mismo a la figura materna que persiste en la actualidad, por cuanto el menor vienen residiendo con ella sin que conste la existencia de riesgo alguno para el mismo.

Como razonamos en la sentencia antes aludida:

“ En orden a valorar el interés superior del menor no se puede restar importancia a la situación consolidada, tal como destaca la psiquiatría especializada, por cuanto es en los primeros años de vida -la denominada primera infancia- cuando se establecen los vínculos psicológicos de dependencia. En consecuencia, la modificación del status quo debe estar basado en la apreciación del beneficio que para las hijas puede reportar el cambio que propugna el padre.”

Este esencial elemento para el enjuiciamiento en la alzada no ha sido acreditado por el recurrente que si bien hace una extensa crítica a la estrategia de la demandada para conseguir su propósito de trasladar su domicilio llevándose consigo al hijo, no ha acreditado ante el tribunal que las condiciones de vida que ofrece puedan ser mejores o más beneficiosas para el menor que las que recibe con la guarda materna.

Aun cuando el transcurso del tiempo desde que se produjo el traslado no debe ser un criterio decisorio, no puede soslayarse la valoración del hecho de que el menor viene residiendo con la madre en DIRECCION001 desde julio de 2019, es decir, desde hace ya un año y medio.

Si bien es cierto que en un primer momento hubo reticencias para que la madre permitiera que el padre pudiera estar a solas con su hijo, por miedo a que se lo llevara a DIRECCION002, las partes fueron capaces de llegar a acordar un amplio régimen de estancia para el progenitor no custodio, atendida la distancia, que no consta que se haya impedido o dificultado desde entonces.

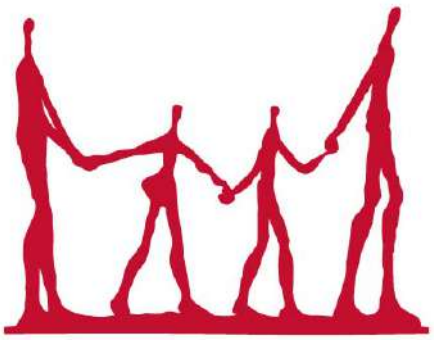
Por lo que se refiere a la línea argumental de la representación del padre relativo al traslado del menor, como hemos dicho en el rollo de apelación 656/2019, “ en estos casos existe una colisión de derechos que deben ser garantizados: por una parte, el derecho fundamental de todas las personas de fijar su domicilio en el lugar que tengan por conveniente que consagra el artículo 19 de la Constitución; en segundo lugar, el derecho a las relaciones familiares que desarrolla el artículo 39 de la carta magna. Respecto al primero las limitaciones que se impongan por los tribunales deben estar debidamente justificadas por razones de orden público. En este sentido no puede considerarse la existencia de un derecho omnímodo de uno de los progenitores a que se obligue al otro a permanecer en un determinado lugar por razón de la existencia de hijos comunes menores de edad. Únicamente cuando hubiese prueba concluyente de que se trata de una opción caprichosa y perjudicial para los hijos, cabría atender a una petición como la del recurrente de forzar el mantenimiento de la residencia de una persona en el lugar del último domicilio familiar so pena, como se pretende en este caso, de separar a los hijos de la progenitora con la que están vinculados por una mayor relación de apego.

Lo que ha quedado probado es que la relación de los litigantes se había fraguado desde el inicio en condiciones de provisionalidad, como pone de relieve el hecho de que carecían de un proyecto de vida en común estable. No habían contraído matrimonio ni se ha acreditado la existencia de una escritura notarial para la constitución de unión estable de pareja en la que hubiesen pactado de común acuerdo el enraizamiento de la familia en una ciudad determinada.”

La demandada no quiso empadronarse en DIRECCION002 y no existía un vínculo matrimonial, por ello, el recurrente podía contemplar que los acuerdos en los que se había basado la convivencia, podían ser de carácter provisional.

En consecuencia, es plenamente razonable que, ante una ruptura conflictiva, ésta optase legítimamente por regresar a la región de la que procedía y donde tenía sus raíces familiares, llevándose consigo al hijo común, entonces todavía en la primera infancia, por cuanto había sido y continuaba siendo su cuidadora principal.

En conclusión debemos ratificar la decisión del magistrado de primera instancia relativa a la atribución de la guarda, y aprovechamos para exhortar a las partes para que continúen en la muy correcta línea iniciada de alcanzar consensos, como es el caso del régimen de estancia para el progenitor no custodio, de tal manera que la madre desde el ejercicio de la guarda pueda reforzar la figura paterna que se encuentra limitado por la distancia y facilite el máximo contacto posible del menor con su padre.



Gastos de desplazamiento

AP BALEARES, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 2021

Los gastos de desplazamiento del padre para visitar a su hijo los fines de semana establecidos en periodo escolar, visitas que deberán realizarse en Palma, dado que no se considera aconsejable un desplazamiento del menor a Asturias para un periodo tan corto de tiempo, deberá sufragarlos el padre, pues no puede ser ajeno a esta decisión el hecho de que ha sido la voluntad del padre la que ha determinado su cambio de residencia, pues ninguna otra razón se ha alegado ni se deriva de lo actuado. Sobre los periodos de vacaciones, se estima adecuado y acorde a un reparto equitativo de las cargas un reparto por mitades de los gastos, de manera que sea la madre quien se haga cargo de los gastos del traslado del menor al domicilio del padre y el padre quien se encargue de los gastos de la devolución al domicilio materno.

Sobre las vacaciones de Semana Santa, considera este tribunal que, en atención a que el padre ya no reside en la isla de .., sino que lo hace en Asturias, con las dificultades que ello supone para una relación continuada, sí que resulta adecuado compensar el menor tiempo que el padre puede permanecer con su hijo con el otorgamiento íntegro de las vacaciones de Semana Santa.

En relación con las vacaciones de verano, en la sentencia de instancia se acuerda de forma diversa a la que fue solicitada por la parte demandante en el acto de la vista, esto es, la fijación de dos periodos de tres semanas a favor del padre. Con el régimen que se proponía por la parte se garantiza una relación continuada del menor con el progenitor con el que no convive, pero sin separarlo durante un periodo excesivamente prolongado del que ejerce la custodia. Ninguna explicación se ofrece en la sentencia de las razones por las que, en interés del menor, se aparta del régimen propuesto por las partes, que debe ser, por tanto, el que se adopte. Los periodos se iniciarán tres días después de la finalización de las clases, debiendo el padre escoger los años impares los periodos y la madre durante los años pares. El menor deberá estar en el domicilio materno tres días antes del inicio del curso escolar.

Sobre los gastos de desplazamiento, en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 16 de mayo de 2017, citada en la que es objeto de apelación, declara el alto tribunal: «Puesto que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la custodia permanente se configuran como un derecho del progenitor y, al mismo tiempo, como un derecho del propio hijo, un régimen de visitas que entorpezca su relación es contrario al interés del menor. En particular, no cabe duda de que entre los factores que influyen de manera decisiva en la efectividad del derecho de visitas se encuentra el de los gastos de traslado necesarios para que el progenitor pueda tener en su compañía al menor, pues una imposición de gastos

que resulte difícilmente asumible por el progenitor, en atención a sus circunstancias económicas, obstaculiza el derecho de visitas y priva al menor de su compañía. De allí que, como declara la doctrina contenida en las sentencias citadas de esta sala, deba decidirse en cada caso atendiendo al interés del menor y a un reparto equitativo de las cargas económicas y personales de dedicación al traslado, lo que también redunda en el prevalente interés del menor, en la medida en que favorece el ejercicio del derecho de visita».

Se recoge después una referencia a casos concretos en los que se ha resuelto sobre el abono de los gastos de desplazamiento en supuestos en los que los padres tienen distintos lugares de residencia, reiterando que son los principios de interés del menor y del reparto equitativo de cargas los que debe regir la decisión que se adopte en cada caso.

Los gastos de desplazamiento del padre para visitar a su hijo los fines de semana establecidos en periodo escolar, visitas que deberán realizarse en DIRECCION000, dado que no se considera aconsejable un desplazamiento del menor de DIRECCION000 a Asturias para un periodo tan corto de tiempo, deberá sufragarlos el padre. No puede ser ajeno a esta decisión el hecho de que ha sido la voluntad del padre la que ha determinado su cambio de residencia, pues ninguna otra razón se ha alegado ni se deriva de lo actuado.

Sobre los periodos de vacaciones, se estima adecuado y acorde a un reparto equitativo de las cargas un reparto por mitades de los gastos, de manera que sea la madre quien se haga cargo de los gastos del traslado del menor al domicilio del padre y el padre quien se encargue de los gastos de la devolución al domicilio materno. El padre deberá comunicar a la madre el domicilio en el que convivirá con su hijo los periodos en los esté con él. Es un sistema objetivo con el que se pretende evitar las situaciones de enfrentamiento entre las partes y que se establece, claro está, a salvo de que las partes de mutuo acuerdo puedan establecer la forma en que se efectuará el traslado y el pago de sus gastos en cada periodo en que deba producirse la entrega del menor.

No existe interés más necesitado de protección

AP CANTABRIA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 2021

Que el esposo perciba 1.000 euros al mes y la esposa 600 no es motivo para atribuir a esta el uso de la vivienda familiar.

En el presente caso, la recurrente invoca la situación de necesidad por sus escasos ingresos y el impago por el demandante de la deuda que fue reconocida y fijada en la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales en el año 2004; sin embargo, fue aportado al proceso el documento de 25 de enero de 2005 que recoge la condonación de esa deuda, por lo que no cabe reconocerla como existente ni justificante de la situación económica de la recurrente. Tampoco se acredita ni resulta reconocido de contrario que el demandante tenga otra vivienda en propiedad o a su disposición. El hecho de que la hija, ya mayor de edad, conviva con la madre no es un dato relevante para resolver sobre el uso de la vivienda, como ya se ha expuesto; y, en fin, aun teniendo el recurrente unos ingresos por su pensión de incapacidad de unos mil euros al mes en promedio, mayores que los que obtiene la recurrente de su trabajo personal que no alcanzan los 600 euros al mes, no puede por ello considerarse que pueda atender a sus necesidades con holgura prescindiendo del uso de la vivienda ganancial que es de su exclusiva propiedad y su interés deba ceder ante en de la recurrente. En definitiva, no se aprecia que concurra en el caso circunstancias que aconsejen privar del uso de la vivienda a su dueño, aunque sea temporalmente como se solicita.

Extinción del uso sin ninguna prórroga

AP BALEARES, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2021

Siendo la hija independiente económicamente se acuerda la extinción del uso de la vivienda familiar, sin que pueda acogerse la petición del padre de que se prolongue un tiempo dicho uso en base a que ha rehecho su vida de pareja y en el domicilio conviven dos hijas menores habidas con su nueva pareja, pues aquel uso ha perdido su finalidad.

Ya hemos dicho que Adela es independiente económicamente y cuando viene a España puede vivir con cualquiera de sus progenitores; si lo hace con su padre en la vivienda de que éste disponga. Por lo tanto, no puede alegarse con éxito que Adela no tiene otra casa donde ir.

El hecho de que el Sr. Doroteo haya rehecho su vida de pareja no puede tener como consecuencia la permanencia en el uso de la vivienda que fue familiar de los litigantes, ni el hecho de que convivan allí dos hijas menores habidas con su nueva pareja es motivo suficiente para retrasar la extinción en la atribución de uso, pues ésta ha perdido su finalidad.

Del mismo modo, la situación financiera del Sr. Doroteo no ha de ser causa para acoger su pretensión, máxime cuando no nos consta que su negocio haya sido cerrado y disfruta de una renta por el inmueble del que es propietario en Santa Ponsa. Y no debe olvidarse que la vivienda que fue familiar es copropiedad de los litigantes, que pueden poner fin al condominio y liquidar el inmueble, lo que también supondrá un desahogo económico para el Sr. Doroteo.

El pacto de mediación no puede respetarse

AP NAVARRA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 2021

No puede fijarse la pensión alimenticia en función de lo que se pactó en el acuerdo de mediación puesto que se han interesado con el divorcio nuevas medidas definitivas, contradictorias de las pactadas, y se ha llegado a un nuevo acuerdo en cuanto a la guarda y custodia del hijo menor, por lo que no puede sostenerse ninguna vinculación por la cuantificación extrajudicial de pensión alimenticia a la que se llegó en el año 2017.

El único motivo del recurso del Sr. Benedicto se enfrenta al pronunciamiento que fija la cuantía en concepto de alimentos de su hijo Lucio en 250 euros mensuales, para lo que argumenta, dejando de lado las pretensiones de modificar la versión de hechos en cuanto a las rentas de los dos progenitores, en este punto enfrentados por la cuantía de la pensión, en primer término, la situación negativa para el negocio de panadería/pastelería de las medidas por el estado de alarma justificado en la pandemia por la Covid-19; en segundo legal, no haber tenido en cuenta los criterios orientativos aprobados e instrumentados en la "calculadora" del CGPJ; y en fin, no haber secundado la sentencia el acuerdo de mediación de 2017.

Ningún tipo de custodia de hijos menores, más o menos compartida entre los progenitores, exime de la contribución a los alimentos de aquéllos con arreglo al concepto de art. 93 CCiv, como sentó la STS de 11 de febrero de 2016, y únicamente se distinguirán en sus criterios de cuantificación de los parámetros del art. 146 CCiv, en que el juicio de proporcionalidad entre la situación económica de quienes los pagan y las necesidades de quienes los reciben, se subordina siempre al interés superior de los hijos menores. Obviamente, como quienes son obligados pueden no dispensar las prestaciones en especie y atenciones personales en el periodo de convivencia, el juicio de proporcionalidad es del reparto entre los obligados, sobre la base de que la magnitud de las necesidades de los hijos es equidistante para uno y otro, pero la magnitud de la capacidad económica no.

Conocidas son las limitaciones del juicio de proporcionalidad del art. 146 CCiv, pronunciándose parte de la doctrina por la regulación de un sistema de baremos (incluso tradicional en Derecho castellano, puesto que las Leyes de Toro de 1506 fijaban la cuantía máxima de la pensión alimenticia para los hijos en un quinto de los bienes de los progenitores), pero su principal ventaja es que permite una mejor adaptación de la respuesta judicial a cada caso concreto. En el asunto, como bien establece la sentencia apelada, es aplicable la ley 73.a) FN, por ser los hechos dignos de consideración posteriores a la Ley foral 21/2019, sin que discrepe del criterio del Derecho general, agregando precisiones a esa proporción, que es la relación que ha de existir entre los términos de la comparación ("canon" o "principio" en SSTS 6 de octubre 2015, 25 de octubre o 21 de noviembre de 2016).

En realidad, nunca se alcanza a conocer con exactitud cuáles son las necesidades naturales del alimentista y cuántos los recursos económicos disponibles del alimentante, y por ello, el razonamiento que el juez debe efectuar para fijar contribuciones, más que proporcionalidad, es un juicio de equidad (por ejemplo, STS de 19 de enero de 2017), en que se busca judicialmente la adecuada relación entre las magnitudes que menciona la ley 73.a) FN, manteniendo un correcto equilibrio, sin sacrificar en exceso al alimentante o al alimentista, aunque éste, hijo menor, sea el prioritario. Y ello así, la revisión de esa adecuación de primera

instancia no procede en apelación más que ante la comprobación de una distancia importante en lo probado, tanto en cuanto al patrimonio del alimentante, como en cuanto a las necesidades económicas del alimentista, siendo el régimen de custodia concreto del asunto, en que el Sr. Benedicto ha de contribuir con dinero en mayor medida que personalmente, y a la inversa la Sra. Silvia.

En el supuesto de autos las necesidades dinerarias comunes ordinarias de Lucio tienen la especialidad de las enfermedades crónicas de dermatitis y asma, con su coste ordinario añadido; el Sr. Benedicto tiene rentas de 1.300 euros, y los periodos de estancia con su hijo son ahora menores que los acordados en mediación, aunque tenga que entregar a su hijo ya cenado los días entre semana alternos; muchos gastos que se previeron soportables por mitad en la mediación, quedan ahora como ordinarios previsibles y periódicos, y no extraordinarios, con arreglo a ley 73 b) FN; y el gasto de vivienda en 230 euros al mes. Desde estos parámetros, el Tribunal no percibe que la contribución mensual de 250 euros mensuales resulte exagerada, por encima de lo razonable, aun teniendo por razonable lo que arroja el resultado del cálculo orientativo de las normas orientativas recomendadas por el CGPJ, si se consideran todos los factores, claro es, y manteniendo las rentas del Sr. Benedicto en lo que confesó.

Lógicamente no se somete lo anterior al acuerdo de mediación, puesto que cabalmente se ha pretendido el divorcio y nuevas medidas definitivas, contradictorias de las pactadas, y se ha llegado a un nuevo acuerdo en cuanto a la guarda y custodia del hijo menor, por lo que no puede sostenerse ninguna vinculación por la cuantificación extrajudicial de pensión alimenticia de 2017. Además de que sí se tiene como un referente, precisamente, por un lado, para valorar que no se ha cumplido realmente el acuerdo por el Sr. Benedicto, en cuanto a estancias; y por otro, para valorar lo que difiere la teoría de 2017 de la solución actual, con más tiempo de prestaciones personales a espaldas de la Sra. Silvia, y mayor ajuste de lo que son gastos extraordinarios de paritaria asignación.

Y ello aun admitiendo que los rendimientos del negocio del Sr. Benedicto hayan descendido hasta los probados cuando se enjuicia, porque las restricciones derivadas de las medidas de contención de la pandemia no se prueba en absoluto que perjudiquen una actividad económica como la del recurrente, e incluso pueden fortalecerla coyunturalmente, si resulta superior a las limitaciones de aforo para el consumo dentro del establecimiento el incremento de demanda de bienes de primer recurso alimentario, en general por la limitación de movimientos desde los hogares, y en particular, los más baratos como el pan.

El convenio no ratificado no puede vincular si cambian las circunstancias

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 2021

Existe un convenio que no ha sido ratificado por el padre en sede judicial y que establece una pensión de alimentos a su cargo de 300 euros mensuales, cantidad que el padre vino abonando. No obstante, las circunstancias del padre han cambiado con motivo de los efectos económicos de la pandemia, pero ello ha sido tenido en cuenta en la resolución que se recurre que ha fijado una pensión de alimentos de 200 euros al mes mientras se encuentre en situación de ERTE y de 270 euros cuando se reincorpore a su trabajo con normalidad.

Por la representación procesal de D. Luciano se formula recurso de apelación frente a la Sentencia de fecha 18 de junio de 2020 dictada en los autos de Guarda y custodia 136/2020, seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de DIRECCION000.

Impugna el recurrente el pronunciamiento de la sentencia de instancia por el que se establece como medidas definitivas el establecimiento de una pensión de alimentos en favor del hijo y a pagar a la madre, de 200 euros mensuales mientras se encuentre en ERTO y 270 euros mensuales cuando esté en activo.

El recurrente interesa que se establezca la cuan-

tía de los alimentos en 180 euros mensuales.

La representación procesal de D.ª. Mercedes y el Ministerio Fiscal, se oponen al recurso.

Los alimentos de origen familiar (en los que se encuentran los de los hijos mayores de edad) tienen un contenido en que se incluyen, como señala la STSJC 50/2017, de 30 de octubre, todo lo que sea indispensable para el mantenimiento, habitación, vestido y asistencia médica así como los gastos para la continuación de la formación si no la ha terminado por una causa que no le sea imputable una vez ha llegado a la mayoría de edad, siempre que mantenga un rendimiento regular. No encuentran su fundamento en el deber de la potestad parental, que al ser mayores de edad se ha extinguido, sino en los alimentos de origen familiar que en general se regulan en los artos. 237-1 ss. CCCat.

Sobre el principio de proporcionalidad en la contribución a los alimentos, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por todas la Sentencia del TSJC de 3 de noviembre de 2016 con cita de las SSTSJC 68/2013, de 28 de noviembre, 22/2014, de 7 de abril, 69/2014, de 30 de octubre, 15/2015, de 16 de marzo, 28/2015, de 27 de abril y 88/2015, de 28 de junio - ha señalado que cuando los obligados a prestar alimentos son más de una persona, de conformidad con el art. 237-7 CCCat la obligación debe distribuirse entre ellos en proporción a sus recursos económicos y posibilidades. Criterio que se reafirma en el artículo 237-9 CCCat cuando para establecer la cuantía de los alimentos dispone que se determina en proporción a las necesidades del alimentado y a los medios económicos y posibilidades de la persona o personas obligadas a prestarlos.

En relación con dicho criterio de proporcionalidad establecido en el vigente CCCat en su art. 237-9, la cuantía de los alimentos deberá ser ponderada en cada supuesto concreto. La determinación de la cuantía que no ha de ser necesariamente aritmética o matemática, es facultad exclusiva del tribunal de instancia salvo razonamiento ilógico, arbitrario o irracional atendiendo a la citada regla de proporcionalidad y al binomio necesidad-posibilidad a que hacen referencia para su prestación, examinada conforme a las circunstancias concurrentes en los miembros de la familia que deba sufragarlos y conforme a los criterios más acordes con su nivel de vida o “ status “ actual.

En el presente caso la guarda y custodia de la menor, Adela, nacida el NUM001 de 2012, está atribuida a la madre.

Existe un convenio firmado el 25 de junio de 2019, que no ha sido ratificado por el recurrente en sede judicial y que establece una pensión de alimentos a su cargo de 300 euros mensuales.

Como hemos señalado en nuestra sentencia nª676/2018 de 18 de junio:

“ La validez de los pactos en convenio no ratificado judicialmente está regulada en el artículo 233-5.3 del CCCat que prevé, en lo se refiere a los pactos de orden público (incluidas las cuestiones sobre la guarda de los hijos, relaciones personales y alimentos), que su eficacia depende del interés de los menores en el momento en el que se pretenda el cumplimiento.”

Partiendo de las anteriores premisas, debemos coincidir con la valoración de la prueba del juez a quo y las conclusiones alcanzadas.

El hecho que el padre estuviera atendiendo con anterioridad al procedimiento la pensión de alimentos en la cuantía de 300 euros, que es la misma que se pactó pero no se ratificó, supone un poderoso indicio de las necesidades del menor alimentado y de la capacidad económica de los progenitores.

Ciertamente las circunstancias del padre han cambiado con motivo de los efectos económicos de la pandemia, pero ello ha sido tenido en cuenta en la resolución que se recurre, en la que se contempla específicamente una disminución de un 33% de la cuantía de la pensión por esta circunstancia.

Así pues, partiendo de la necesidades básicas de la menor de alimentación, vestido, higiene y educación, así como la parte proporcional del coste de vivienda. Consideramos que la cuantía establecida es correcta partiendo de unos ingresos de 1.100 euros el padre y de 800 euros la madre.

Las lentillas son un gasto extraordinario, aunque utilice gafas

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 15 DE FEBRERO DE 2021

Las lentillas tienen carácter de gasto extraordinario dado que sirven para corregir un déficit de la salud visual, cuya necesidad no se excluye por el mero hecho de que también se usen gafas, pues tal utilización, como es un hecho notorio sería complementaria, al proporcionar las primeras una mejor experiencia de visión, y las segundas mejor hidratación ocular.

En cuanto a la cantidad reclamada en concepto de lentillas, estamos ante gastos cuya naturaleza está clara ya que, salvo escasos seguros, o pequeñas ayudas de mutualidades, no están cubiertos económicamente, por lo que, necesariamente, han de considerarse como gastos extraordinarios, siendo necesarios para la salud de la hija y que han sido debidamente justificados mediante facturas que detallan el concepto, nombre de la menor -Dolores- e importe abonado por la madre, doña María. Dichos gastos no son meramente estéticos, sino que responden a una necesidad médica de la hija común con claro encaje en la previsión del título. Las lentes de contacto sirven para corregir un déficit de la salud visual, cuya necesidad no se excluye por el mero hecho de que también se usen gafas, pues tal utilización, como es un hecho notorio sería complementaria, al proporcionar las primeras una mejor experiencia de visión, y las segundas mejor hidratación ocular.

Casos en los que hay que acudir al incidente del 776 de la Lec

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 15 DE FEBRERO DE 2021

Sólo si se generaran dudas respecto al carácter ordinario o extraordinario de un determinado gasto deberá acudirse al incidente previsto en el art. 776 de la Lec. Quedan así excluidos de este incidente los gastos extraordinarios que estén detallados en el convenio o la sentencia, y aquellos gastos extraordinarios que por existir una reiterada doctrina jurisprudencial sobre tal carácter no genera duda su naturaleza.

El incidente previo de oposición por cuestiones procesales del art. 559 de la LEC se refiere a elementos obstativos, de una importancia relevante o determinante, tales como la falta de personalidad del ejecutado o el carácter con el que se le reclama, la falta de capacidad o de representación suficiente del ejecutante, o la nulidad radical por ausencia de pronunciamiento de condena. La tercera causa, la ausencia de pronunciamiento de condena, es la que a veces se presenta en los procesos de familia, no las otras dos, generalmente por error en la formulación de la demanda ejecutiva.

Por lo que, en especial, se refiere al incidente

previo del artículo 776, 4º de la mencionada ley, al que invoca el recurrente, su función es esencialmente preventiva, es decir, la de evitar la interposición de demandas ejecutivas respecto a gastos extraordinarios que no aparecen contemplados en el título que vamos a ejecutar, es decir, la sentencia o en el convenio regulador y cuya necesidad sea dudosa, y que hayan surgido por necesidades nuevas e imprevistas.

El incidente previo dota de seguridad jurídica a ambas partes frente a un gasto derivado de una necesidad no prevista por haber surgido de un hecho posterior que precisa ser atendido en beneficio de alguno de los hijos. La calificación de determinados gastos, no precisan para ser calificados de ordinarios o extraordinarios de un incidente previo, ya que puede solventarse, en sede del propio proceso de oposición a la ejecución, por ello es aplicable este incidente cuando existan claras dudas respecto a la naturaleza extraordinaria de un gasto cuya ejecución se pretende, esto es, gastos que no hayan sido previstos o recogidos expresamente en el convenio o la sentencia, o gastos sobre los que no exista una clara doctrina jurisprudencial al respecto. Pretender que este incidente sea aplicable ante cualquier ejecución de un gasto extraordinario multiplicaría injustificadamente la litigiosidad de las ya por sí complejas relaciones familiares tras el proceso de ruptura.

En conclusión, sólo si se generaran dudas respecto al carácter ordinario o extraordinario de un determinado gasto deberá acudirse al incidente. Quedan así excluidos de este incidente, tal y como se ha expuesto, los gastos extraordinarios que estén detallados en el convenio o la sentencia, y aquellos gastos extraordinarios que por existir una reiterada doctrina jurisprudencial sobre tal carácter no genera duda su naturaleza.

A estos efectos, debe citarse el Auto de la Secc. 12ª de AP Barcelona de 11 de julio de 2014 en el que se señala que:

"La pretensión no puede encontrar acogida por cuanto el incidente especial al que se refiere no es de aplicación al objeto de esta controversia. La reforma legal del artículo 776.4 vino a cubrir una laguna del legislador de 2000 que no se hizo la previsión de un cauce específico para la resolución de discrepancias respecto al devengo de gastos extraordinarios de singular relevancia por circunstancias sobrevenidas. Mas el referido incidente no puede utilizarse de forma impropia para la impugnación de gastos que no ofrecen ningún tipo de dudas respecto a su naturaleza.

Tomando como criterio interpretativo el que sostiene la parte recurrente se multiplicaría geométrica e inútilmente la judicialización del desenvolvimiento económico de las relaciones paterno-filiales en cuestiones tan específicas como las que se plantean en esta ejecución. Para solventar tales discrepancias se han introducido mecanismos más eficientes como el de la mediación.

No es razonable que para determinar si el padre ha de pagar una parte de las lentillas de la hija pueda utilizarse el servicio público de la justicia mediante procedimientos previstos para otro tipo de discrepancias que, además, son inapropiados, como se pone de manifiesto en el caso de autos en el que se resolverá diferencia, incluida la apelación, cinco años después de haberse producido el gasto.

Los gastos a los que se refiere el recurso están previstos en el convenio regulador y en la sentencia que los aprobó, y su exigibilidad ha podido ser analizada en el proceso de ejecución que se ha seguido, y en la oposición a la misma que instó la parte ejecutante (...) Otros gastos, como los de ortodoncia o lentillas son de naturaleza extraordinaria por ser necesarios e imprevisibles en el momento en el que se pactó el convenio. En consecuencia, al no existir duda al respecto porque existe consolidada una doctrina jurisprudencial, no es necesario promover el incidente previo que está previsto para casos que ofrezcan dudas razonables sobre la necesidad y conveniencia de estos".

El Auto de AP Valencia, Sec. 10ª, de 5 de julio de 2018 contempla uno de estos casos en los que puede prescindirse del trámite previo cuando se trata de un gasto médico no urgente pero comúnmente admitido como gasto extraordinario como es la ortodoncia:

"Al no estar concretada en el título ejecutivo la obligación genérica de contribuir a los gastos extraordinarios de los hijos, implícita en el deber de alimentos del art 93 CC -, se hace necesario un previo incidente para declarar la procedencia o no de los gastos reclamados, trámite que fue introducido por la reforma de la LEC operada en virtud de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre. Ahora bien, consideramos que, en este caso, dado que se trata de un gasto que de forma unánime y reiterada se viene reconociendo como extraordinario en la práctica de los Tribunales, y a que en definitiva se ha dado la posibilidad a la demandada de que alegue, al oponerse a la ejecución los mismos argumentos que habría deducido en la comparecencia del art 776,4, debe rechazarse la excepción".

El Auto de AP Barcelona, Sec. 18ª, de 10 marzo de 2016 no considera necesario acudir al incidente previo para la reclamación de gastos por tratamiento odontológico, plantillas, gafas y pruebas médicas al estar comprendidos en el título que se ejecutaba dado que encajan en "gastos médicos" mencionados en aquél.

La proyección de la anterior doctrina al caso de autos hace concluir que, no es necesario el incidente previo toda vez que en la sentencia se hacía constar expresamente que el padre abonara la totalidad de los gastos escolares de los tres menores, así como los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los menores, entendiendo por tales los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, como gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el sistema público de la Seguridad Social, teniendo cabida entre ellos los tratamientos odontológicos, que además fueron comunicados fehacientemente por doña Elena a don Pedro Francisco en el que se le decía que " Octavio y Oscar necesitan aparato dental", habiendo pedido la madre presupuesto en Adeslas al ser más económico, diciéndole al padre de los menores, "dime cómo quieres pagarlo, te enviare las facturas" (folio 98). No constando contestación a dicha comunicación por parte del Sr. Pedro Francisco, por lo que se entiende que existe un consentimiento tácito del padre.

Por último, destacamos el Auto de la AP Barcelona, Sección 18ª, de 28 de septiembre de 2012: "los gastos referentes a la vacuna contra el papiloma y tratamiento odontológico, deben calificarse como gastos sanitarios o médicos que no quedan cubiertos por la Seguridad Social y que son además necesarios por lo que no requieren conformidad previa", y la Sentencia de la AP Madrid, Sección 22ª, de 26 de enero de 2009 "los gastos dentales se consideran absolutamente necesarios según la realidad social actual y por lo tanto no es indispensable el consentimiento del otro progenitor".

Por todo ello, al no haber acreditado la parte ejecutada el pago de la cantidad reclamada procede de seguir adelante la ejecución despachada.

En virtud de los anteriores argumentos, procede desestimar el recurso formulado por la parte ejecutada.

Las expectativas laborales de la esposa no se vieron cercenadas por el matrimonio

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 2021

La esposa cuenta con 49 años, goza de buen estado de salud, el matrimonio ha durado 13 años y han nacido dos hijos. Es licenciada en Farmacia y carecía de limitación laboral alguna por razón del matrimonio, ya que desarrolló su actividad laboral, cuando quiso, durante un periodo de su matrimonio, comprando en el año 2009 el 50% de una oficina de farmacia, que se entiende que lo hizo con vocación de futuro, si bien en el año 2014 la vendió. Ha contado siempre la ayuda de dos empleadas de hogar, una durante la semana y otra para los fines de semana. Las expectativas laborales de la esposa no se vieron cercenadas por el matrimonio, sin que el superior status pecuniario del esposo constituya un factor de entidad suficiente para acoger la pretensión de fijar una pensión compensatoria tal y como solicita la esposa.

La parte demandada disconforme con el pronunciamiento contenido en la sentencia de instancia solicita en su recurso el establecimiento de una pensión compensatoria ascendente a 3.000,00 euros mensuales, durante 10 años, y ello con efectos desde la sentencia de instancia, y la indemnización del artículo 1438 del CC por importe de 1.200.000,00 euros.

Así, afirma que se cumplen todos los requisitos procesales para la imposición de la pensión compensatoria a favor de doña Miriam ya que ha dedicado toda su vida a la familia, con especial dedicación a uno de sus hijos que padece DIRECCION009, cuidando también a los suegros, gestionando la agenda del Sr. Juan Enrique tanto personal como laboral, sus compromisos, sus cenas, estando en todo momento disponible para él, habiendo durado el matrimonio 13 años. Afirma que tras la ruptura existe un desequilibrio económico entre la situación vivida en el matrimonio con la actual, ya que el que sostenía la familia era el Sr. Juan Enrique, manteniendo un alto nivel de vida.

Respecto a la indemnización solicitada por la vía del artículo 1438 del CC manifiesta que la demandada se ha hecho cargo de la organización familiar y de su familia política, mientras que el esposo ha generado unos rendimientos netos anuales de más de un millón de euros, lo que le ha producido un patrimonio exclusivo de unos diez millones de euros. Tales peticiones fueron desestimadas en primera instancia.

Comenzando por el primer motivo de la parte recurrente, esto es, la denegación de la pensión compensatoria por parte de la jueza a quo, ha de recordarse que el art. 97 del CC reconoce al cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en

su situación anterior en el matrimonio, el derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. Y la propia norma recoge, de modo enunciativo, las circunstancias a valorar para determinar el concreto importe de la pensión:

" A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2.ª La edad y el estado de salud.

3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.

5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9.ª Cualquier otra circunstancia relevante."

El Tribunal Supremo ha fijado doctrina en relación con la naturaleza, finalidad y requisitos exigidos para el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria en diversas sentencias, entre las que cabe destacar la sentencia de Pleno nº 864/2010, de 19 de enero de 2010 que, en recurso para el interés casacional, determinaba la aplicación de la tesis objetivista del desequilibrio económico en aplicación del art. 97 del CC, frente a la tesis subjetivista que sostenían muchas Audiencias Provinciales, precisando con claridad cómo y de qué manera se debe interpretar dicho artículo para determinar la existencia o no de desequilibrio económico; doctrina que ha sido confirmada por sentencias posteriores (24 de noviembre 2011; 17 de marzo 2013, 16 de noviembre 2012 y 19 de octubre de 2011).

La pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, -que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma-, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio; y, por otra, establece como criterios que se han ido consolidando en la interpretación del art. 97 del CC por el Alto Tribunal los siguientes: a) la pensión no es un mecanismo indemnizatorio, b) la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges, c) la pensión no tiene carácter alimenticio, que lo tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor.

Así y tal y como recuerda la STS de 5 de octubre de 2016, "La sentencia 19 de enero de 2010 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio".

De este modo, las circunstancias contenidas en el art. 97 del CC tienen una doble función:

a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.

b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.

b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.

c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal".

En STS, 04 de diciembre del 2012, recurso: 691/2010, se fijó que:

..."por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura.

Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial...".

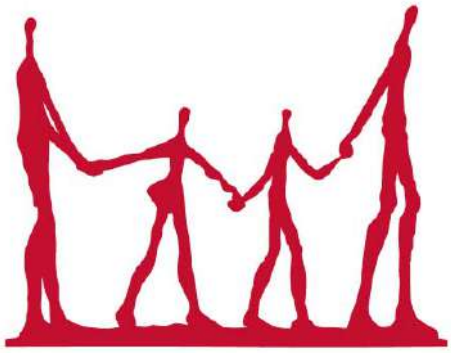
Resumida en el anterior fundamento la doctrina jurisprudencial aplicable al caso se trata de analizar si la juzgadora "a quo" valoró acertadamente las circunstancias concurrentes para la denegación de la pensión compensatoria. Pues bien, en nuestro supuesto, la denegación de la pensión compensatoria en la sentencia de instancia viene de la mano de la ausencia de los criterios del art. 97 del CC.

Doña Miriam, de 49 años, a fecha de presentación de la demanda, goza de buen estado de salud, pues no otra cosa consta probado en la litis, contrajo matrimonio con don Juan Enrique en fecha 18 de junio de 2005, fruto del cual nacieron dos hijos, por lo que la unión marital, formulada la demanda en fecha 2 de enero de 2018, ha durado casi 13 años, durante los cuales han permanecido bajo el régimen económico matrimonial de separación de bienes, licenciada en Farmacia, carecía de limitación laboral alguna por razón del matrimonio, ya que desarrolló su actividad laboral, cuando quiso, durante un periodo de su matrimonio, comprando en el año 2009 el 50% de una oficina de farmacia, que se entiende que lo hizo con vocación de futuro, si bien en el año 2014 la vendió, es decir, la compro cuando los menores eran muy pequeños, dejándoles durante el horario de la farmacia con la cuidadora como hace un tanto por ciento muy elevado de las mujeres trabajadoras de este país; doña Miriam ha contado siempre con ayuda contratada, dos empleadas de hogar, una durante la semana y otra para los fines de semana; el matrimonio realizaba muchos viajes al extranjero, unas veces con hijos y otras veces sin hijos, así como salían a cenar y comer todos los sábados y algunos viernes. Las expectativas laborales de doña Miriam no se vieron cercenadas por dicho matrimonio, sin que el superior status pecuniario de don Juan Enrique constituya un factor de entidad suficiente para acoger la pretensión al efecto deducida. La separación de bienes por la que se regía el matrimonio en cuanto a su régimen económico matrimonial no es más que otro parámetro a tener en cuenta pues, acaecido al tiempo de celebración del matrimonio constituye un dato revelador de la separación patrimonial de los cónyuges, quienes operaban en sus relaciones patrimoniales de manera individual.

Con todos estos datos, la Sala concluye que es acertada la decisión de la juzgadora de denegación de la pensión compensatoria solicitada por la esposa, pues el derecho que regula el artículo 97 del CC no puede concebirse como un instrumento de indiscriminada nivelación o, al menos, aproximación de las dispares economías de los esposos que, latente durante el matrimonio, haya de activarse automáticamente, previa petición de parte, al surgir la crisis convivencial sometida a regulación por los tribunales En efecto, la finalidad fundamental de dicha figura legal es la de ayudar al cónyuge beneficiario en tanto el mismo alcanza, si ello fuere viable, aquel grado de promoción profesional y autonomía económica de que hubiere podido disfrutar de no haber mediado el matrimonio, en cuanto dicha unión, por su dedicación a la familia y a las tareas del hogar en general, le haya supuesto un impedimento, o rémora, en su incorporación al mercado trabajo, o progresión en el mismo. No concurren, en el caso que examinamos, los requisitos para la activación por los tribunales de dicha compensación pecuniaria.

El desequilibrio que puede existir tras el divorcio no deriva de la ruptura del vínculo conyugal, sino de circunstancias extrañas o ajenas al mismo, como es la diferente cualificación profesional de los cónyuges y las diferentes profesiones a que se dedican, toda vez que doña Miriam no ha acreditado que el vínculo matrimonial le haya cercenado su capacidad y expectativas laborales, ni le haya impedido su formación.

Por lo que procede la desestimación del recurso en cuanto a fijar pensión compensatoria para la esposa.



Compensación por el trabajo para la casa

No hay indicio de frustración de expectativas profesionales de la esposa en el periodo que estuvo de baja

AP BALEARES, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 2021

No nos hallamos ante este trabajo para la familia cualificado que daría derecho a la indemnización, ni siquiera se alude a esta cualificación del trabajo doméstico en el recurso, al basarse impropiamente en el art. 1.438 del Código Civil. La afirmación de que el cuidado de la familia durante cinco años le ha impedido su proyección profesional y al esposo le ha propiciado su dedicación plena al negocio no resulta avalada por prueba alguna, en primer lugar porque no hay indicio de frustración de expectativas profesionales de la esposa en el periodo que estuvo de baja, ni que tratara de retomarlas más adelante y, en segundo término, porque la dedicación a la familia de la esposa no se ha traducido en incremento patrimonial para el esposo.

Todo el discurso de los litigantes y del juzgador en este aspecto pivota sobre la aplicación del art. 1.438 del Código Civil. La recurrente mantiene al respecto que el trabajo para la casa, para la familia, y de forma exclusiva desde noviembre de 1.997 hasta junio de 2.003, debe ser computado como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, que cifra la Sra. Maite en la cantidad de 100.000 euros.

La alegación no se sostiene. No es el art. 1.438 del Código Civil el precepto que debe ser observado, sino el art. 4 de la Compilación Balear, que al no haber sido alegado y por responder a un planteamiento distinto no puede ser abordado si no se quiere incurrir en incongruencia.

Pero sin perjuicio de ello y para agotar la respuesta a la recurrente, aunque se hubiesen aducido las circunstancias que dan lugar a la indemnización en el ordenamiento jurídico balear, no podría haberse acogido la pretensión, puesto que, como ya dijimos en la sentencia de esta misma Sala nº 304/2.018, (en el mismo sentido la sentencia nº 12/2.020, de 15 de enero), al analizar el art. 4 de la Compilación balear en su redacción actual, conferida por la Ley 7/2.017, de 3 de agosto, “Para que surja la compensación creemos que es preciso que el cónyuge se haya dedicado de forma exclusiva o casi exclusiva al hogar familiar y al trabajo para la casa y familia y que dicho trabajo no haya sido ya compensado durante el matrimonio de alguna manera”. Por su parte, la S.T.S.J. de Les Illes Ba-

lears nº 3/2.019, de 30 de mayo (Sala Civil y Penal), que confirma la anterior, recuerda el principio general del Derecho civil balear que quedó claramente establecido en la sentencia del mismo Tribunal nº 2/2.010, de 24 de marzo, concretado en la prohibición de que el régimen matrimonial de separación de bienes llegue a amparar un enriquecimiento injusto, producido por la desigualdad patrimonial que supone el enriquecimiento de un cónyuge y el empobrecimiento del otro a causa de una dedicación mayor al "trabajo para la familia" en el sentido de tiempo y dedicación no remunerada a la unidad familiar, al hogar y a la maternidad. Dice la misma resolución que la analogía que realiza el Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en la citada sentencia 2/2.010, va destinada a fijar el indicado principio general del Derecho civil balear, relativo a que durante la convivencia, la contribución al levantamiento de cargas, mediante el trabajo para la familia, debe ser compensada si la convivencia o matrimonio se disuelve en vida.

Por lo tanto y como sigue diciendo la misma sentencia nº 3/2.019 ya identificada, el legislador balear en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2.017, de 3 de agosto, explica los términos en que el derecho reconocido legalmente será procedente, convirtiendo en derecho positivo lo que quedó consolidado como principio general del Derecho civil balear, cual es que la contribución al levantamiento de cargas, mediante el trabajo para la familia, debe ser compensada para evitar que el régimen de separación de bienes pueda conllevar un enriquecimiento injusto producido por la desigualdad patrimonial que supone el enriquecimiento de un cónyuge y, al mismo tiempo, el consiguiente empobrecimiento del otro, producido por una dedicación mayor de este último al trabajo para la familia que constituye una actividad no remunerada, y ello como una de la manifestaciones de la "solidaridad económica" entre los cónyuges. Destaca asimismo dicha resolución que el enriquecimiento injusto, según la Exposición de Motivos de la Ley, puede generarse tanto por la desigualdad patrimonial que supone el enriquecimiento de un cónyuge por una dedicación mayor del otro al trabajo para la familia, como por las pérdidas de oportunidades económicas, laborales o profesionales que pueda suponer este aspecto de la convivencia, de forma que se explica el silencio del art. 4 de la Compilación sobre los requisitos necesarios para que tenga lugar la compensación, lo cual no significa que su nacimiento se genere de forma automática, sino que, por aplicación de nuestro sistema de fuentes, concretamente del citado principio general del Derecho civil balear (art. 3, 3ª y 4ª de la Compilación balear), dicha compensación exige que se haya producido un incremento patrimonial de un cónyuge frente al otro y que debe ser reparado para no constituir un enriquecimiento injusto del cónyuge deudor.

En este punto, debe seguirse acudiendo a los parámetros establecidos en el art. 9.2 de la Ley de Parejas Estables 18/2.001, de 19 de diciembre, que regula el derecho a la compensación económica. Dicho precepto establece que "El conviviente perjudicado puede reclamar una compensación económica cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y se haya dado uno de los siguientes supuestos:

a) Que el conviviente haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja.

b) Que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia."

Estos dos supuestos legales configuran las causas de enriquecimiento injusto que se deben analizar en cada caso.

Al respecto, la citada sentencia nº 3/19, de 30 de mayo de nuestro Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Civil y Penal), analiza tales supuestos subrayando, respecto del primero de ellos, la necesidad de que el conviviente que reclama la compensación haya contribuido económicamente a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja, contribución que tiene que haberse producido con su propio trabajo, que puede ser de cualquier tipo siempre que sea diferente del trabajo para la familia, recogido en el punto siguiente del precepto.

En relación con el restante supuesto normativo, -que es el que hubiera basado la pretensión- la misma resolución resalta la necesidad de que el conviviente que pretende ser económicamente compensado se haya dedicado con exclusividad, o de forma principal, a la realización de trabajo para la familia, resultando esencial que dicha dedicación revista estas específicas características, ya que no puede computarse a tales efectos el simple "trabajo para la familia" al que se refiere el art. 4.1 de la Compilación (igual que el art. 1438 del Código Civil al aludir al "trabajo para la casa") y que, en defecto de pacto, constituye contribución obligatoria al levantamiento de las cargas del matrimonio. Es pre-

cisamente esta dedicación a la familia cualificada la que debe causar la desigualdad patrimonial y que ésta no haya sido corregida de alguna otra manera al cese de la convivencia, de modo que se haya generado una situación que haya permitido a uno de los convivientes comprometerse prioritariamente con su trabajo fuera de la familia, aumentando así su patrimonio, mientras que la dedicación a aquella, a la casa, que el otro ha efectuado, haya causado la imposibilidad de que este último conviviente haya podido incrementar su propio patrimonio, con el consiguiente empobrecimiento injusto o pérdida de las normales posibilidades de aumento.

Así las cosas, en el caso en que se dé cualquiera de las causas típicas, sólo se otorgará compensación económica en el supuesto de empobrecimiento injusto del cónyuge que la reclama, lo cual evita la introducción por vía indirecta en nuestro Ordenamiento del régimen de participación, en el que "cada uno de los cónyuges adquiere el derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente" (art. 1.411 del Código Civil), pues para obtener este resultado se ha de haber pactado expresamente (arts. 3, 64 y 67 de la Compilación).

Sin embargo, en nuestro caso, no nos hallamos ante este trabajo para la familia cualificado que daría derecho a la Sra. Maite a la indemnización, ni siquiera se alude a esta cualificación del trabajo doméstico en el recurso, al basarse impropiamente en el art. 1.438 del Código Civil. Pero, como decimos, el trabajo para la familia no da lugar a la indemnización solicitada, porque no se acredita la cualificación explicada. Desde luego, la afirmación de la recurrente en su escrito de apelación de que el cuidado de la familia durante cinco años le ha impedido su proyección profesional y al Sr. Abel le ha propiciado su dedicación plena al negocio no resulta avalada por prueba alguna, en primer lugar porque no hay indicio de frustración de expectativas profesionales de la Sra. Maite en el periodo que estuvo de baja, ni que tratara de retomarlas más adelante y, en segundo término, porque la dedicación a la familia de la Sra. Maite no se ha traducido en incremento patrimonial para el apelado.

Por tanto, tampoco de haberse solicitado la indemnización con apoyo en el Derecho aplicable hubiera podido concederse.

La esposa no tuvo necesidad de dedicarse nunca a las tareas domésticas

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 2021

Además de que la esposa ha ejercido su profesión de farmacéutica durante varios años del matrimonio, para no conceder la compensación del art. 1438 del CC se tiene en cuenta que ha quedado acreditado que no tuvo necesidad de dedicarse nunca a las tareas domésticas porque siempre contó con personal contratado con cargo al patrimonio de su marido, que se ocupaba de tales menesteres. Es decir, aunque la indemnización no queda excluida automáticamente por el hecho de contar con el auxilio de terceras personas, la jurisprudencia exige que la reclamación se fundamente en una dedicación esencial o significativa al trabajo para la casa, lo que no cabe predicar en supuestos, como el presente, en que ha quedado acreditado que el matrimonio ha tenido durante el matrimonio dos personas a su servicio.

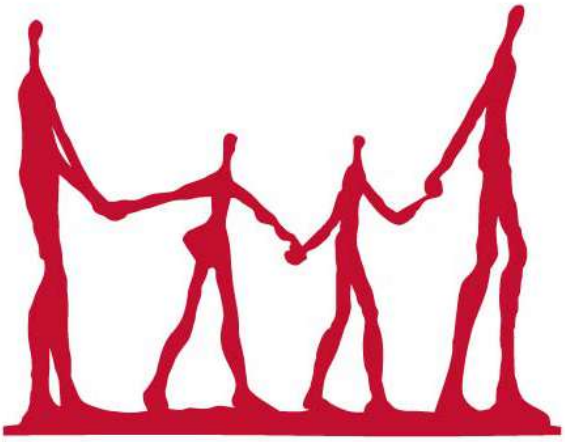
El otro motivo que alega doña Miriam en su recurso es que la Sentencia infringe el artículo 1438 del CC al desestimar la pretensión de compensación económica en favor de la esposa que regula dicho precepto para matrimonios casados en régimen de separación de bienes, suplicada en la demanda en cuantía de 1.200.000,00 euros.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de fecha 20 de febrero de 2018 pone de manifiesto que la acción relativa al artículo 1438 del CC puede ejer-

citarse dentro del procedimiento matrimonial o en uno posterior si así lo desea la parte, y al efecto de resolver adecuadamente el motivo de apelación que nos ocupa, hay que resaltar que la independencia económica que preconiza el sistema económico matrimonial de separación de bienes no es absoluta ya que la comunidad de vida que genera el matrimonio da lugar a que se originen cargas y obligaciones de contenido económico que ambos cónyuges han de satisfacer y que el derecho ha de regular, garantizando el principio de igualdad en el cumplimiento de los deberes a que se refiere el artículo 66 del CC.

En la interpretación del art. 1438 del CC, el Tribunal Supremo, a partir de la Sentencia 534/2011, de 14 de julio, fijó como doctrina: "El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye por tanto que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro". Ante las dudas interpretativas surgidas por las distintas Sentencia dictadas por las Audiencias Provinciales en la aplicación del precepto, el Tribunal Supremo en Sentencias de 26 de marzo de 2015, 14 de abril de 2015 y 15 de noviembre de 2015, expresó lo siguiente: "por un lado, ha excluido la exigencia de enriquecimiento injusto del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusivo, no excluyente con ("solo con el trabajo realizado para la casa"), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en los que el cónyuge que lo reclama hubiese compatibilizado el cuidado para 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 que puede tomarse con consideración para cuantificar la compensación una vez se constatada la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no sólo es una forma de contribución, sino que también constituye un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen".

Doctrina está plenamente aplicable al caso de autos en el que ha quedado acreditado que la actora no tuvo necesidad de dedicarse nunca a las tareas domésticas porque siempre contó con personal contratado con cargo al patrimonio de su marido, que se ocupaba de tales menesteres. Es decir, aunque la indemnización no queda excluida automáticamente por el hecho de contar con el auxilio de terceras personas, la jurisprudencia exige que la reclamación se fundamente en una dedicación esencial o significativa al trabajo para la casa, lo que no cabe predicar en supuestos, como el presente, en que ha quedado acreditado que el matrimonio ha tenido durante el matrimonio dos personas a su servicio, una entre semana y otra los fines de semana, que doña Miriam ha ejercido su progresión - farmacéutica- durante varios años del matrimonio, fuera del hogar.



Medidas previas cuando hay Sentencia de divorcio dictada por un tribunal extranjero

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 2 DE FEBRERO DE 2021

Deben admitirse a trámite las medidas previas ya que se interpusieron antes de que se dictase Sentencia de divorcio por un tribunal de Marruecos, no habiéndose obtenido el correspondiente exequátur.

El recurso de apelación se formula por la representación de D.ª. Guadalupe contra el Auto de 8 de julio de 2020, dictado en el procedimiento de medidas provisionales previas 195/2018, seguido en el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de DIRECCION000 y que resuelve archivar el procedimiento por carencia sobrevenida del objeto, sin condena en costas.

Señala la recurrente que deben resolverse las medidas previas solicitadas porque la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de DIRECCION001 (Marruecos) no despliega efectos en España.

Debe estimarse el motivo de apelación esgrimido por la recurrente. Efectivamente, la sentencia dictada por por el Tribunal de Primera Instancia de DIRECCION001 (Marruecos), señala que la demanda de divorcio en Marruecos se interpuso el 19 de abril de 2019, mientras que las medidas provisionales previas que han dado origen a este procedimiento se interpusieron el 6 de septiembre de 2018.

Así pues la referida sentencia no cumple los requisitos para su reconocimiento directo en virtud del Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997, ya que el artículo 23.5 º del citado convenio establece como requisitos de de reconocimiento: "Que no se encontrase pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción ante el tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse".

Adicionalmente, dicha resolución no cumple tampoco los requisitos de orden público en la medida que no dispone regulación alguna de los alimentos que deberán satisfacerse por parte de los progenitores respecto del hijo menor.

Debemos señalar que tanto el artículo 233-4 del CCCat, como los artículos 91 y 93 del Código Civil, son normas de orden público en cuanto despliegan el contenido obligatorio de una regulación sobre los alimentos de los hijos menores como efecto común de la nulidad, separación y divorcio; y ello por venir a su vez referido por un mandato constitucional de los apartados 1 y 3 del artículo 39 de la CE.

En consecuencia, la referida sentencia marroquí no puede ser directamente reconocida. Tampoco el demandado Sr. Mario ha instado un procedimiento de exequátur para el reconocimiento de la referida resolución.

En consecuencia, no podemos estimar que la sentencia de divorcio aportada pueda desplegar efectos en España y, por ello, correlativamente no consideramos que haya una carencia de objeto del procedimiento, ya que si no despliega efectos jurídicos la sentencia marroquí, puede la demandante instar ella el correspondiente procedimiento de divorcio.

Así pues, se deberá tramitar las medidas provisionales previas para asegurar, cuanto menos, una regulación de los alimentos del hijo menor que tienen en común.

Reclamación del 50% de los vencimientos de la hipoteca

AP CIUDAD REAL, SEC. 2.ª; AUTO DE 26 DE ABRIL DE 2021

Cuando en el convenio regulador homologado por la sentencia de divorcio se estipula de forma expresa que ambos cónyuges han de abonar por mitad las cuotas del préstamo hipotecario, resulta conforme a Derecho que, ante el incumplimiento del compromiso adquirido, se inste la ejecución del título judicial en el que el convenio se integra, para exigir con fuerza ejecutiva el cumplimiento de lo asumido de manera expresa. No es requisito necesario para el despacho de ejecución que la demandante haya abonado la totalidad de las cuotas hipotecarias para poder solicitar la ejecución si la otra parte incumple la obligación que se le impuso en la sentencia, cuando en el título ejecutivo no se ha dispuesto esa exigencia, puesto que la acción ejercitada no es de reembolso sino que se exige directamente que el otro cumpla la obligación establecida en el título ejecutivo.

Contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia por el que se estima la oposición formulada por el ejecutado, recurre en apelación la ejecutante alegando, error en la aplicación del Art. 556 LEC en la medida en que la oposición promovida por el ejecutado no se ampara en ninguno de los taxativos motivos de oposición que se regulan en dicho artículo por lo que debió ser desestimada. Considera también el recurrente que el Juez a quo incurre en error al valorar las pruebas porque, asumiendo que su reclamación relativa al IBI pueda ser desestimada, el pago de la cuota hipotecaria al 50% se recoge expresamente en la sentencia que sirve de título en la presente ejecución por lo que debe resolverse según lo solicitada en tanto en cuanto las sentencias deben ejecutarse en sus propios términos, además de que el ejecutado no cuestiona el pago por la ejecutante de la cantidad restante.

Se opone al recurso el ejecutado que interesa la íntegra confirmación del Auto recurrido.

Pretende la recurrente la ejecución de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada el 15/10/2014 por la que se sanciona el convenio regulador pactado entre las partes y cuya estipulación quinta contempla expresamente que el pago de la cuota hipotecaria se verificará al 50% por los esposos.

Sabido es que las sentencias se deben ejecutar en sus propios términos, y que la que ahora se ejecuta contempla el pago al 50% de la cuota hipotecaria porque así lo acordaron los esposos, por tanto, admitido por el ejecutado que no ha pagado más que 200 euros mensuales merced a un acuerdo verbal al que llegó con su ex esposa del que nada se ha probado, dicha manifestación resulta suficiente para desestimar su oposición, pues nada se dijo en el convenio regulador acerca de que la ejecutante hubiese abonado la totalidad de las cuotas hipotecarias para que pudiese reclamar, en procedimiento de ejecución de la sentencia de divorcio, el pago de la obligación del esposo ya re-

ferida.

No es requisito necesario para el despacho de ejecución que la demandante haya abonado la totalidad de las cuotas hipotecarias para poder solicitar la ejecución si la otra parte incumple la obligación que se le impuso en la sentencia, cuando en el título ejecutivo no se ha dispuesto esa exigencia, puesto que la acción ejercitada no es de reembolso sino que se exige directamente que el otro cumpla la obligación establecida en el título ejecutivo.

Es verdad que la devolución del préstamo garantizado con hipoteca que grava la vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales, pero cuando en el convenio regulador homologado por la sentencia de divorcio se estipula de forma expresa que ambos cónyuges han de abonar por mitad las cuotas del préstamo hipotecario, resulta conforme a Derecho que, ante el incumplimiento del compromiso adquirido, se inste la ejecución del título judicial en el que el convenio se integra, para exigir con fuerza ejecutiva el cumplimiento de lo asumido de manera expresa.

Pero es que, además, tiene razón la recurrente cuando señala que el ejecutado no cuestiona el pago de la cuota en la parte que a ella le corresponde, aunque sí alega que no se ha presentado la documentación que permita calcular la cuota hipotecaria a abonar y la cantidad realmente debida como si la hipoteca le fuera ajena y olvidando que también él es deudor del mismo préstamo que su ex esposa, dicho lo cual se ha de estimar el recurso, siquiera parcialmente toda vez que, ciertamente, lo que no puede es continuar adelante la ejecución despachada por los conceptos de IBI e impuesto de vados y estacionamientos porque nada se regula al respecto en el convenio regulador que homologa la sentencia que se ejecuta.

Finalización del derecho de uso y lanzamiento del inmueble

AP GUIPÚZCOA, SEC. 2.ª, AUTO DE 23 DE ABRIL DE 2021

Extinguido el derecho de uso previsto en la sentencia de divorcio que se ejecuta, procede la vía ejecución de sentencia dar cumplimiento a la previsión contenida en la misma y requerir de desalojo a quien, ocupando la vivienda con fundamento en dicha resolución, carece de derecho para ello, con independencia de que, por razón de ser titular de la vivienda, como también lo es el ejecutante, tenga a derecho a usar y disfrutar de la misma. Esta circunstancia no puede constituirse en obstáculo para el desalojo de la vivienda.

1.- Con fecha 8 de febrero de 2019 la representación de D. Bartolomé formuló demanda de ejecución de la sentencia de divorcio contencioso nº 331 de 4 de junio de 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastián frente a Dª Crescencia interesando que se requiriese a ésta para que abandonara la vivienda sita en c/ DIRECCION000 nº NUM000 NUM001 de Donostia y, en el supuesto de que no la abandonase en el plazo de 15 días, se le requiriese para que abonase en una cuenta de aquél la cantidad de 1.400 euros mensuales en concepto de compensación económica hasta que la desalojase.

2.- El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastián por auto de 25 de febrero de 2019 denegó el despacho de ejecución solicitado por entender que el desalojo de la vivienda familiar requiere de un pronunciamiento declarativo previo consistente en la extinción del uso de la vivienda familiar, siendo el cauce adecuado para ello el procedimiento de modificación de medidas.

3.- Recurrido en apelación el citado auto de 25 de febrero de 2019, esta Sección de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa por auto de fecha 12 de julio de 2019 estimó el recurso y acordó la revocación del referido auto en el sentido de decretar el despacho de ejecución no dineraria interesada por entender que la vía de la ejecución forzosa para el desalojo de la vivienda conyugal interesada por parte de la ejecutada es la adecuada, procesalmente hablando, por tener sustento en el título judicial base de la ejecución, sin necesidad de tenerse

que acudir a un procedimiento de distinta naturaleza, sin perjuicio de los motivos de oposición que, en su caso, pueda proponer la parte ejecutada, los cuales serán abordados y objeto de análisis en la resolución de fondo que recaiga en la instancia.

4.- El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastián por auto de 10 de octubre de 2019 acordó despachar ejecución requiriendo a la Sra. Crescencia para que abandonase la vivienda en el plazo de 15 días hábiles de la notificación del auto con apercibimiento de que, en caso contrario, se le podrían imponer multas coercitivas durante el tiempo que fuese necesario y estableciendo que, respecto a la compensación económica solicitada, se acordaría en su momento.

5.- La representación de la Sra. Crescencia, formuló oposición frente al citado auto de 10 de octubre de 2009 que fue estimada por auto del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de San Sebastián de fecha 5 de noviembre de 2020 por entender que la extinción del derecho de uso a favor de la Sra. Crescencia implica que, al ser la vivienda de titularidad compartida, ambos propietarios recuperan todos los derechos dominicales sobre la vivienda, incluidas las facultades posesorias, por lo que hasta que se resuelva el proceso de liquidación, ambos tienen derecho a disponer del uso y disfrute de la misma, sin que el título ejecutivo legitime el desalojo del inmueble por el ex cónyuge usuario una vez extinguido el derecho de uso exclusivo.

… De acuerdo con lo expuesto en el precedente razonamiento jurídico, debe destacarse que la pretensión que la parte apelante formula en su escrito de recurso no coincide con la interesada en su demanda de ejecución. En la demanda de ejecución solicitaba que se requiriese a la ejecutada para que abandonase la vivienda y en el recurso de apelación interesa que se fije día y hora para el lanzamiento de la ejecutada, lo que es distinto y no puede aceptarse, porque excede de lo que puede constituir el objeto del presente recurso de apelación. No es admisible que vía recurso de apelación el apelante pretenda del tribunal de apelación un pronunciamiento no formulado en la instancia (art. 456.1 LEC). Por otra parte, la parte apelante nada dice en su recurso respecto a la petición de compensación económica articulada en el punto b) de su demanda de ejecución, lo que significa que en este punto se aquieta con lo dispuesto en el auto de 10 de octubre de 2009 frente al que ha formulado incidente de oposición exclusivamente la parte ejecutada.

Igualmente, debe concluirse que el auto dictado por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa en fecha 12 de julio de 2019 (rollo 2493/19) que acordó la revocación del auto de fecha 25 de febrero de 2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Donostia-San Sebastián no resolvió el fondo de la cuestión debatida, pues se limitó a indicar que el desalojo de la vivienda podía sustanciarse a través del procedimiento de ejecución, sin necesidad de tenerse que acudir a un procedimiento de distinta naturaleza, indicando expresamente que los motivos de oposición que alegase la parte ejecutada deberían ser abordados y ser objeto de análisis.

No obstante lo anterior, no podemos compartir la conclusión de la resolución impugnada en el sentido de que en el presente caso no existe título ejecutivo que legitime el requerimiento de desalojo del inmueble una vez extinguido el derecho de uso exclusivo otorgado a uno de los cónyuges.

El art. 12.11 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, establece en su apartado f) que constituye causa de extinción del derecho de uso el vencimiento del plazo previsto en la atribución temporal judicialmente adoptada, estableciéndose en el art. 12.12 de la citada Ley que ello podrá llevarse a efecto por vía de ejecución de sentencia, y en el art. 12.13 de la misma que, una vez extinguido el derecho de uso, el progenitor titular de la vivienda podrá recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso.

En el caso de autos, no es controvertido que la sentencia de divorcio contencioso del matrimonio atribuyo el uso y disfrute de la vivienda familiar al hijo común del matrimonio y a la Sra. Crescencia hasta que aquél se independizase económicamente, lo que no se discute que haya sucedido. Por otra parte, el Sr. Bartolomé solicita que requiera la Sra. Crescencia para que abandone la vivienda, no ocuparla él.

Por tanto, extinguido el derecho de uso previsto en la sentencia de divorcio que se ejecuta, procede vía ejecución de sentencia dar cumplimiento a la previsión contenida en la misma y requerir de desalojo a quien, ocupando la vivienda con fundamento en dicha resolución, carece de derecho para ello, con independencia de que, por razón de ser titular de la vivienda, como también lo es el ejecutante, tenga a derecho a usar y disfrutar de la misma. Esta circunstancia no puede constituirse en obstáculo para el desalojo de la vivienda.

En este sentido, esta Sala ha señalado en auto de 7 de febrero de 2020 en un caso similar en la que ambos cónyuges eran propietarios de la vi-

vienda familiar, “esa pretensión de desalojo de su ocupante, que puede perfectamente ampararse en las sentencias de separación y de divorcio dictadas, [...], dado que las mismas establecen un derecho de uso temporal y este, tal y como resulta de la certificación aportada a los autos, en la que se reseña la fecha de nacimiento de su hijo, ha concluido en el momento en que el mismo ha alcanzado los 23 años de edad, puede también perfectamente articularse, como ya se ha indicado previamente, a través de la ejecución de la sentencia dictada y de los términos de la misma, incluso en atención a lo establecido en el art. 12 de la Ley 7/2.015, de 30 de Junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, en el que se mencionan los supuestos de causas de extinción del referido uso y el procedimiento previsto para acreditar el hecho causante de la extinción, que, en un caso como este que nos ocupa, puede llevarse a efecto “por vía de ejecución de sentencia”. Y ello, desde luego, al margen, como ya se ha indicado, de que ninguno de los litigantes ostente, en el momento actual, derecho alguno a ocupar esa vivienda que fue familiar, con preferencia con respecto del otro, y sin perjuicio, por supuesto, de que, una vez desocupada, procedan a la oportuna liquidación de su sociedad de gananciales, en los términos que ambos tengan por conveniente, o a determinar, en el oportuno procedimiento civil, a quién de ellos le puede corresponder el mencionado uso, en función de sus respectivos derechos dominicales sobre la misma”.

Por último, que el hijo de los litigantes a finales de 2012 entregase al Sr. Bartolomé una copia de las llaves de la vivienda en modo alguno supone que la Sra. Crescencia haya dado cumplimiento a lo acordado en el auto despachando ejecución abandonando la vivienda familiar.

Por todo lo cual, no estando habilitada la Sra. Crescencia para continuar en el uso y disfrute de la vivienda familiar de conformidad con la sentencia de divorcio cuya ejecución se pretende, procede, con estimación del recurso de apelación, revocar la resolución impugnada, y disponer que continúe la ejecución en los términos acordados en el auto de fecha 10 de octubre de 2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Donostia-San Sebastián.

Los hijos mayores tampoco pueden ser parte en el proceso de ejecución

AP MADRID, SEC. 22.ª, AUTO DE 15 DE FEBRERO DE 2021

La demanda de ejecución en la que se pide el lanzamiento de la parte ejecutada no tiene que dirigirse también frente a los hijos mayores de edad que ocupan el inmueble. Confirmada la medida por la Audiencia Provincial, el plazo de uso debe computarse desde la Sentencia de 1.ª Instancia.

Por don Demetrio se presenta demanda ejecutiva contra doña Flor solicitando se dicte auto despachando ejecución, acordando el lanzamiento inmediato de la Sra. Flor del inmueble sito en la localidad de Becerril de la Sierra, en la CALLE000 nº NUM000.

Por doña Cayetana Natividad Zulueta, Procuradora de los Tribunales de doña Flor en el procedimiento de divorcio nº 46/2016, se presentó escrito, a la vista de la notificación del auto de fecha 8 de febrero de 2019, en el que se acuerda despachar ejecución contra doña Flor, concediendo el plazo de 30 días para desalojar la vivienda, alegando que la misma no se encuentra personada ni tampoco tiene representación de la interesada para actuar en el mismo, formulando recurso de reposición contra la diligencia de ordenación dictada por la Letrada dela Administración de Justicia, en fecha 2 de abril de 2019, en la que se acordaba proceder a la notificación del auto despachando ejecución y requerimiento a la representación procesal de doña Flor en el procedimiento de divorcio, vista la imposibilidad de notificárselo personalmente a la misma al haberse constituido en el domicilio indicado al efecto el SCAC y no hallando a nadie, ni respondiendo a los avisos, solicitando se notifique a la Sra. Flor el auto despachando ejecución, teniendo

por solicitada nulidad de actuaciones del auto de fecha 8 de febrero de 2019, formulando de forma subsidiaria oposición a la ejecución por los motivos expuestos en el cuerpo del escrito.

La parte recurrente sustenta que el auto despachando ejecución ha de ser notificado directamente a la parte ejecutada, concurriendo un defecto procesal en la resolución recurrida que conlleva la nulidad de lo actuado. La argumentación que sostiene la recurrente con la decisión judicial rompe, en la medida en que la tesis impugnatoria se fundamenta en la necesidad inexorable de que el auto despachando ejecución haya de ser notificado directamente a la propia parte, pero, sin embargo, se olvida la parte recurrente que el artículo 553 de la LEC ha sido modificado en su redacción original por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Si comparamos el precepto en su redacción anterior y la introducida por la Ley 13/2009, en la que se dice textualmente: "El auto que autorice y despache ejecución, así como el decreto que en su caso hubiera dictado el Secretario judicial, junto con copia de la demanda ejecutiva, serán notificados simultáneamente al ejecutado, o en su caso, al procurador que le represente, sin citación ni emplazamiento, para que en cualquier momento pueda personarse en la ejecución, entendiéndose con él, en tal caso, las ulteriores actuaciones", se aprecia la diferencia de la redacción primitiva del art. 533 de la LEC del 2000, donde se establecía con carácter imperativo que "El auto que despache ejecución, con copia de la demanda ejecutiva, será notificado al ejecutado... in fine ", por lo que la nulidad de actuaciones formulada por la parte recurrente está huérfana de contenido.

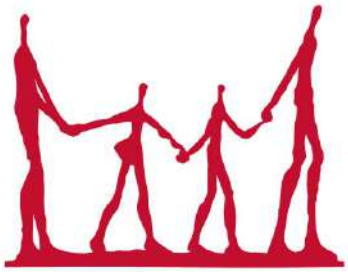
En consecuencia, el recurso ha de sucumbir en este concreto aspecto, ya que las alegaciones vertidas por la parte recurrente carecen de todo sustento o base en que fundamentarse y han de ser rechazadas, por cuanto que no se le ha colocado en la posición de indefensión que denuncia, teniendo, claramente un ánimo dilatorio.

En segundo lugar, el mismo examen del escrito de recurso permite constatar que por la Sra. Flor se sostiene que se ha incurrido por la Juzgadora de instancia en una serie de infracciones en el momento del dictado de la resolución recurrida, en concreto que la ejecución ha sido despachada, sin dejar transcurrir el plazo de espera de 20 días desde el dictado de la resolución. Pretensión que tiene que ser desestimada, toda vez que en fecha 22 de junio de 2016 se dictó sentencia en la que se atribuía el uso de la vivienda familiar durante dos años a los hijos en compañía de la madre, sentencia que fue recurrida y se confirmó dicho pronunciamiento por sentencia de la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 28 de junio de 2018, dictándose auto despachando ejecución en fecha 8 de febrero de 2019. Por lo que ha transcurrido en exceso el plazo del artículo 548 de la LEC, y porque el plazo de dos años expiro el 22 de junio de 2018.

En tercer lugar, alega la parte recurrente que la demanda ejecutiva debería dirigirse frente a los hijos de las partes litigantes y no solo frente a doña Flor. Debemos precisar, al respecto, que el título que constituye la presente ejecución es la sentencia de divorcio en que son parte los hoy litigantes, don Demetrio y doña Flor. Efectivamente, el uso de la vivienda fue atribuido a los hijos de las partes litigantes y a la demandada, siendo jurisprudencia constante y reiterada que no es preciso demandar a todas aquellas personas cuya ocupación trae causa de aquélla, como ocurre en el supuesto de autos, siendo parte en este proceso de ejecución los mismos que fueron en el proceso declarativo, por lo que no es preciso demandar a los hijos.

En cuanto al plazo para desalojar la vivienda, el Juzgado de instancia ha dado cumplimiento estricto al art. 704 de la LEC (30 días), habiéndose llevado a cabo dicha diligencia el 2 de septiembre de 2019, cuando el auto despachando ejecución es de fecha 8 de febrero de 2019, por lo que han transcurrido con creces el plazo fijado.

Y, por último, en cuanto al cómputo del plazo de dos años de la atribución del uso de la vivienda fijado en sentencia, reiteramos nuevamente, que debe partirse de la fecha de la sentencia dictada por el juzgado, 22 de junio de 2016, toda vez que dicho pronunciamiento fue confirmado por la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 22ª, no fijándose en dicha resolución que el plazo empezara a contar desde la fecha de 2ª Instancia, ni ampliara el mismo.



Regímenes económicos matrimoniales

Indenización por despido percibida despues de disuelta la sociedad de gananciales

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2021

Aunque la indemnización por despido se percibiese después de dictarse la Sentencia de separación, tiene carácter ganancial la parte correspondiente a los años trabajados durante el matrimonio.

La sentencia incluye en el activo del inventario, como interesa la actora, de la cantidad de 24.968,63 euros por ser la parte que corresponde de carácter ganancial de la indemnización laboral percibida por el Sr. Ángel Daniel consecuencia del despido. Se insiste por la parte en el recurso en que al haber percibido la indemnización laboral el esposo con posterioridad a la propia sentencia de separación matrimonial debe considerarse un bien eminentemente privativo. Subsidiariamente de no prosperar esta solicitud, deben de restarse los salarios de febrero a mayo de 2009 que son privativos, por lo que nos quedaría en la cantidad de indemnización total de 23.584,30 euros, aplicando la proporción de la sentencia queda una cantidad ganancial de 19.606,22 euros.

Conforme al artículo 1392.1 CC "la sociedad legal de gananciales, concluirá de pleno derecho, cuando se disuelva el matrimonio". La fecha de la disolución de la sociedad legal de gananciales, ha de fijarse a la fecha de la sentencia de separación.

La primera petición del motivo no puede prosperar porque como se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS; 216/2008, de 18 de marzo; 596/2016 de 5 de octubre; 386/2019, de 3 de julio; la indemnización por despido debe de ser considerada ganancial porque tiene su causa en un contrato de trabajo que se vino desarrollando durante el matrimonio, pero solo por los años trabajados durante la vigencia del régimen de gananciales, en consecuencia no tienen carácter ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales. En el presente supuesto las partes contrajeron matrimonio el 11-10-1983, la sentencia de separación es de 4-5-2006, el matrimonio estuvo regido por el régimen de gananciales, la indemnización es percibida por el esposo consecuencia del despido de la mercantil Tecnomaster SA, empresa en la que trabajaba desde el 1-6-1991, y que fue abonada el 14-5-2009, por un importe total de 30.034,73 euros. Por tanto, su carácter es ganancial solo por los años trabajados durante el matrimonio, y consecuentemente con el régimen de gananciales.

En cuanto a la petición subsidiaria de que se resten los salarios de los meses de febrero a mayo de 2009, por importe de 6.449,93 euros que son privativos, del total de la indemnización percibida, debe prosperar porque examinado el documento 9 de la parte demandante obrante al folio 34 vuelta, consta con claridad que el total percibido es cierto que es de 30.034,73 euros, porque engloba la cantidad de 6.449,93 euros por salarios devengados de febrero, marzo, abril y mayo de 2009, y la de 23.584,80 euros en concepto de indemnización. Teniendo en cuenta que el esposo trabajo en la empresa en total como dice la sentencia de 6557 días y de ellos 5451 en la época en que estaba vigente el régimen económico matrimonial, por lo que la cantidad que se ha de incluir en el activo de la sociedad gananciales es de 19.606,23 euros, tras valorar el porcentaje por los días trabajados.

Los pagos de la hipoteca posteriores a la disolución no deben de figurar en el pasivo como derecho de reintegro

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2021

Los pagos de la hipoteca efectuados después de la disolución de la sociedad legal de gananciales no se han de integrar en el inventario, sin perjuicio de dar lugar a reclamaciones entre los ex cónyuges, debiendo el consorte acreedor reclamárselos al deudor en el procedimiento declarativo que corresponda, porque estos pagos constituyen un crédito contra el esposo y no contra la sociedad de gananciales, sin que se altere la participación en la comunidad post ganancial.

Se alega en el primer motivo que existe una incongruencia extrapetitum en la sentencia, por cuanto la parte demandada que es la peticionaria de que se incluya en el activo del inventario la citada vivienda solo solicita el 48,21% de la misma con carácter ganancial, y por existir un error en la valoración de la prueba al no poder considerar que tenga un carácter ganancial el 97% de la citada vivienda, tratándose también de un error conceptuar como gananciales todos los pagos del préstamo hipotecario realizados por la esposa una vez disuelta la sociedad legal de gananciales, tras la sentencia de separación. Examinadas las actuaciones, resultan acreditado los siguientes hechos:

1º La vivienda sita en ... se adquirió de soltera por la Sra. Apolonia el 14-4-1982, con carácter privativo, por un precio de 16.277,33 euros (2.700.000pts.), solicitando un préstamo hipotecario de 22.477,85 euros (3.700.000pts), según la documentación obrante.

2º Posteriormente el 11-10-1983 las partes contraen matrimonio, con régimen económico matrimonial de la sociedad legal de gananciales.

3º Con fecha de 4-5-2006, se dicta sentencia de separación matrimonial, que entre otras medidas declara extinguido el régimen económico matrimonial la sociedad legal de gananciales hasta ese momento existente.

4º El 18-2-2010 se dicta la sentencia de divorcio.

5º La esposa abona antes de contraer matrimonio el préstamo hipotecario desde el 14-4-1982 al 11-10-1983, lo que equivale al 2,38% del porcentaje total; se abona durante el matrimonio el préstamo hipotecario entre el 11-10-1983 y el 4-5-2006, con un porcentaje del 51,79% del total del préstamo hipotecario. Restando de abonar el 45,83% hasta completar la amortización del préstamo hipotecario, habiendo sido la Sra. Apolonia quien ha abonado el préstamo hipotecario, desde la disolución del régimen económico matrimonial 4-5-2006.

6º En la propuesta de inventario de la Sra. Apolonia no se incluía en el activo del inventario ningún porcentaje de la vivienda, y si en el pasivo un crédito a favor de la esposa por el 50% de las cantidades abonadas solo por ella. En la comparecencia de fecha 28-11-2014, no figura en los bienes en que existe conformidad. En la comparecencia de 13-3-2015, se aporta el inventario de la parte demandada y se interesa la inclusión en el activo del inventario el 48,21% de la vivienda sita en la c/ CALLE000 nº NUM013, NUM014 de Madrid. En la última comparecencia celebrada el 29-6-2018, se adiciona al inventario por el demandado la finca urbana sita en la c/ CALLE000 nº NUM013, NUM014 de Madrid, sin porcentaje. Y sin que exista acuerdo entre las partes.

La parte recurrente la Sra. Apolonia insiste en que la disolución del régimen económico matrimonial es la fecha de la sentencia de separación 4.5-2006, mientras por la representación del esposo Sr. Ángel Daniel se considera la fecha de la disolución del régimen económico matrimonial la de separación de hecho del matrimonio con cese efectivo de la convivencia el 21 de enero de 2004. La sentencia impugnada tras un completo y exhaustivo repaso de la jurisprudencia, y valoración de las circunstancias acreditadas de las partes, toma como fecha de la disolución del régimen económico matrimonial la de sentencia de separación el 4-5-2006, al amparo de lo dispuesto en el art. 1347.1 del CC, por razones de seguridad jurídica, además de no quedar acreditado la completa desvinculación económica patrimonial entre los esposos desde una fecha anterior; pronunciamiento que se comparte plenamente por la Sala.

No apreciamos que exista una incongruencia

extra petitum, pues en la comparecencia ante la Letrada de la Administración de Justicia, celebrada el 29 de junio de 2018, se formaliza por las partes la propuesta del inventario en el que consta con claridad la conformidad de las partes tanto en el activo como en el pasivo, sin que conste en esta Acta que la parte demandada concretara ni hiciera constar ningún porcentaje de la vivienda, sita en la c/ CALLE000 introduciéndola en el activo en su totalidad, con falta de conformidad por las partes.

Cuestión distinta es el error en la apreciación de la prueba planteada en el recurso, porque disuelta la sociedad de gananciales con la sentencia de separación matrimonial de 4 de mayo de 2006, estamos ante una comunidad postganancial no en una sociedad de gananciales, y en consecuencia los pagos efectuados después de la disolución de la sociedad legal de gananciales no se han de integrar en el inventario, lo que tenemos es una comunidad de bienes post ganancial; sin perjuicio de dar lugar a reclamaciones entre los ex cónyuges, porque de conformidad con lo dispuesto en el 1397 CC los créditos y deudas generados con posterioridad no pueden formar parte ni del activo ni del pasivo, por lo que en este supuesto concreto los pagos de las cuotas del préstamo hipotecario que se producen con posterioridad al momento de la disolución de la sociedad ganancial no pueden ser objeto de este procedimiento de formación de inventario de la sociedad conyugal al ser posteriores a la disolución de la misma; debiendo el consorte acreedor reclamárselos al deudor en el procedimiento declarativo que corresponda; porque estos pagos constituyen un crédito contra el esposo y no contra la sociedad de gananciales, sin que se altere la participación en la comunidad post ganancial.

Hay jurisprudencia, de audiencias que permiten su liquidación en la liquidación de la sociedad de gananciales, al entender que no existe una norma que lo impida, y con ello se evita duplicidad de actuaciones, resolviéndose la pretensión en la fase de liquidación de la sociedad, facilitando con ello las compensaciones entre las partes.

En consecuencia, procede la estimación parcial del motivo del recurso, quedando en el activo del inventario únicamente el porcentaje de la vivienda correspondiente a la sociedad ganancial, del 51,79% y debiendo de excluirse del pasivo del inventario el crédito de la esposa frente a la sociedad de gananciales, sin dar lugar a la solicitud de la parte recurrente de que lo abonado por la esposa del crédito hipotecario después de la disolución de gananciales sea privativo de ella, por ser de la comunidad post ganancial.

Crédito de la sociedad por pago de alimentos

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 2021

Se incluye en el activo un crédito de la sociedad frente al esposo por el importe de las pensiones satisfechas por este a su hija fruto de una relación anterior.

Solicita se excluya del activo el crédito a favor de la Sra. Débora contra Don Camilo por el importe de las pensiones satisfechas a su hija Laura, fruto de una relación anterior.

El apelante en su recurso se opone a que se incluya en el activo las pensiones alimenticias abonadas a su hija entre 1997 a 2003 por entender que ello provocaría un enriquecimiento injusto de la Sra. Débora y porque el plazo para la reclamación estaría prescrito, dichos argumentos decaen ante la tajante disposición del artículo 1362 CC que establece en su causa primera como de cargo de la sociedad de gananciales, la alimentación y educación de los hijos comunes, pero no la de los hijos de uno solo de los cónyuges, que correrá a cargo de la sociedad ganancial solamente cuando convivan en el hogar familiar, y en caso contrario, como ocurre en el presente supuesto, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad ganancial, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación, como ha sido acordado por la sentencia apelada, no siendo por lo demás de aplicación al caso que nos ocupa el periodo de prescripción fijado en el artículo 1966 CC habida cuenta que estamos en presencia de un procedimiento de formación de inventario que se conforma por la inclusión de las partidas en el Activo o Pasivo según corresponda, una vez disuelta la Sociedad Ganancial, no estamos ante una reclamación de pensiones alimenticias a uno de los obligados en los que sí es aplicable los periodos de prescripción contenidos en el artículo 1966CC.

La conducta de la madre no es temeraria

AP CANTABRIA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2021

Este tribunal no comparte la consideración de la juzgadora de que la conducta procesal de la madre deba ser considera temeraria, pues ciertamente no cabe negar la posibilidad de que pese a su inicial creencia de que el demandante era el padre, luego pudiera albergar dudas sobre la paternidad y se opusiera a la declaración de filiación paterna.

La recurrente doña Adela ha solicitado en esta segunda instancia la revocación de la sentencia del juzgado únicamente en el pronunciamiento relativo a las costas, que le fueron impuestas. Tanto el Ministerio Fiscal como el demandante don José Ignacio se opusieron al recurso.

La pretensión revocatoria de la recurrente se basa en la alegación de la infracción de los arts. 751 y 394 LEC y 39 y 24,1 CE, sosteniendo que como quiera que el objeto del proceso de filiación es indisponible para las partes y ante la demanda interpuesta ella estaba en la creencia de que el demandante no era el padre de la menor, no puede considerarse temeraria su oposición ni debe hacerse especial imposición de las costas.

Debe recordarse que en nuestra ley procesal la imposición de las costas se regula con carácter general en el art. 394 LEC, que dispone que las costas deben ser impuestas a la parte que vea rechazadas todas sus pretensiones; se trata del vencimiento objetivo, de manera que el legislador en principio hace abstracción de la conducta de las partes y de las circunstancias del caso para atribuir las costas a una y otra parte, atendiendo únicamente al resultado. Solo excepcionalmente, cuando concurren serias dudas de hecho o de derecho, permite al juez eludir esa norma y no hacer especial imposición a la parte vencida; como también cuando, pese a la estimación parcial, aprecie temeridad en alguna de las partes, en cuyo caso permite su imposición a la misma. La Ley no contiene ninguna especialidad en el caso de las acciones de filiación, por lo que tal regulación es también la aplicable en este caso.

Pese a cuanto se razona en el recurso, no es reconocible en la recurrida una vulneración de los arts. 39 y 24,1 CE que se invoca, pues la sentencia no parte de la consideración que le atribuye la recurrente de que toda madre debe conocer y conoce la identidad del progenitor de su hijo; lo que la juzgadora valoró fue la postura de oposición de la demandante frente a la conducta pre-procesal de ella misma al admitir inicialmente que el padre de la menor era el demandante, con quien reconoció haber mantenido una “exigüísima” relación a finales de febrero de 2017, diciendo albergar dudas al conocer la fecha real de la concepción, que le hizo considerar que cuando mantuvo aquella relación ya estaba embarazada. Este tribunal no comparte la consideración de la juzgadora de que la conducta procesal de la demandada deba ser considera temeraria, como se califica en la sentencia aunque no se haya trasladado al Fallo - y que afecta a la extensión de la condena en costas-, pues ciertamente no cabe negar la posibilidad de que pese a todo y pese a su inicial creencia de que el demandante era el padre, luego pudiera albergar dudas sobre la paternidad; pero esto no permite olvidar que el resultado de la prueba acredita lo infundado de esa duda sobrevenida de la recurrente, que pudo ser solventada sin necesidad del proceso contencioso pues este no es el único modo de fijación de la filiación; y que la pretensión del demandante ha sido plenamente estimada, lo que hace de aplicación el criterio antes expuesto del vencimiento objetivo, que en este caso no se encuentra motivo bastante para excepcionar. No obstante, si procede estimar el recurso revocando la sentencia de instancia en cuanto en ella se califica la conducta procesal de la demandada como temeraria.

CASOS PRÁCTICOS

Son numerosas las Sentencias y Convenio Reguladores que establecen que el cónyuge usuario del inmueble deberá efectuar el pago de la Comunidad de Propietarios. Si no efectúa el pago, y para evitar el embargo, el otro cónyuge hace frente al pago, luego suele presentar una demanda de ejecución reclamando el reintegro de la cantidad abonada. Sin embargo, algunos Juzgados no admiten a trámite la demanda de ejecución con base en que el título judicial no contiene pronunciamiento de condena en lo que se refiere al reintegro. ¿Es procesalemente correcta esta tesis?

Aunque el criterio judicial mayoritario admite la demanda de ejecución es cierto que un grupo minoritario de Juzgados dictan Auto inadmtiendo a trámite la demanda de ejecución en base a que el titulo ejecutivo no contempla la acción de reintegro entre excónyuges por haber abonado uno de ellos la cantidad que correspondía al otro.

Si se analiza la cuestión desde el punto de vista de la acción de reintegro del art. 1.145 del CC ("El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda"), es evidente que esta acción no está incluida en el título de ejecución. Sin embargo, este no es el camino jurídico que debemos seguir, en este caso, para que el excónyuge que pagó pueda recuperar su dinero. Si la Sentencia acuerda que es el cónyuge usuario el que debe de abonar las cuotas de la Comunidad, le está imponiendo una obligación de hacer, y si no atiende las cuotas que vayan venciendo, y el otro se ve obligado a pagar en su lugar, este puede pedir la ejecución por incumplimiento de la obligación de hacer que seguirá los trámites previstos en el art. 706 de la Lec, que finalmente nos llevan a los arts. 712 y ss. del mismo cuerpo legal, es decir, a la indemnización de daños y perjuicios que se concretará en la cantidad que el ejecutante abonó a la Comunidad de Propietarios.

MEMENTO EXPERTO-CRISIS MATRIMONIALES

Coordinador/a Encarna Roca i Trías

Editorial:Ediciones Lefebvre

2021 - 673 pág.

Una obra rigurosamente actualizada con las más recientes novedades normativas, doctrinales y jurisprudenciales, que han afectado a esta materia, y entre las que destacan:

- La generalización de la coordinación de parentalidad –introducida por LF Navarra 21/2019- en la práctica forense en los juzgados de familia;

- El impacto del anteproyecto de Ley de eficiencia procesal -presentado en diciembre de 2020-, que establece como requisito de procedibilidad la acreditación de una actividad negocial previa entre las partes y que significa el definitivo espaldarazo a la práctica de la mediación;

- Las experiencias de mediación on-line para la resolución de conflictos familiares durante la pandemia: una práctica que puede facilitar las relaciones de los juzgados con las partes en materia de familia.

- La reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (L 8/2021).

- La protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LO 8/2021).

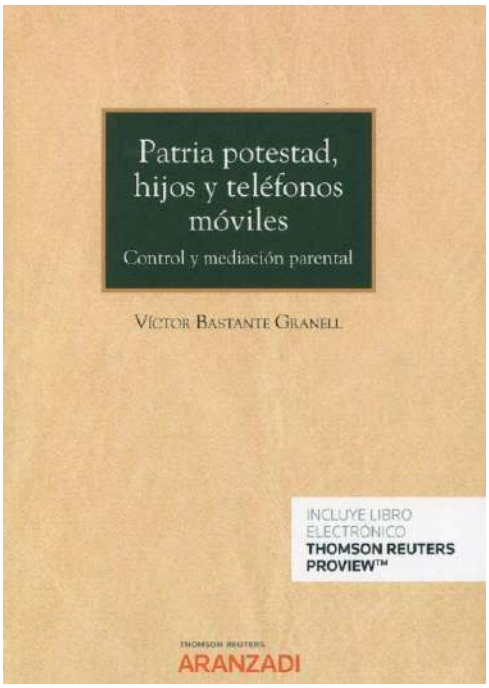
Además, se incluyen los aspectos más relevantes que afectan a la materia en relación con la entrada en vigor de la L 20/2011 (Registro Civil); El Rgto (UE) 2019/1111, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, que será efectivo a partir del 1-8-2022, incluidas las equivalencias con el previo Rgto (CE) 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, a efectos de la jurisprudencia del TJUE; o El Brexit.

PATRIA POTESTAD, HIJOS Y TELÉFONOS MÓVILES. CONTROL Y MEDIACIÓN PARENTAL

Víctor Bastante Granell

Editorial Aranzadi

2021 - 407 pág.

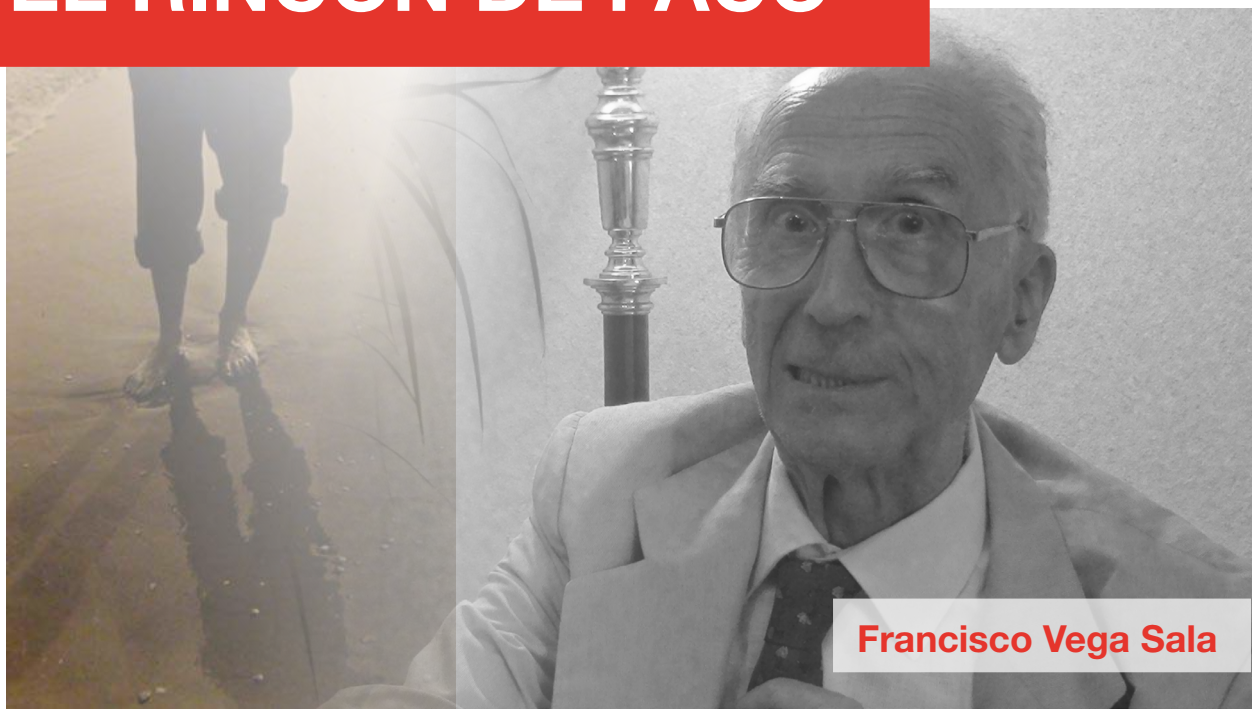


En plena sociedad digital, parece inevitable la confluencia de tres elementos en el ámbito familiar: padres, hijos y teléfonos móviles. Sin duda alguna, su coexistencia en los hogares genera cuestiones y conflictos (paternofiliales y parentales), que merecen ser abordados a través de la presente monografía, optándose por un enfoque jurídico y social.

Una de las principales cuestiones se centra en dilucidar si los padres pueden -y deben- supervisar y controlar, de forma interna y/o externa, el dispositivo móvil de los hijos. Para obtener una respuesta se examinan los riesgos y beneficios de tales aparatos electrónicos, así como los derechos del menor que podrían verse afectados por tal actuación parental; y, además, se define e interpreta la patria potestad en clave digital. No obstante, y aunque tal asunto constituya el tema cardinal, de forma conexa se irán respondiendo otras cuestiones. Entre otras, cabe mencionar la autonomía y capacidad del menor en el ámbito de la telefonía móvil, la defensa de sus intereses ante un control parental ilegítimo, el ejercicio de las funciones parentales en el ámbito digital, estrategias de mediación parental ante el uso de las TIC, el empleo de herramientas de control parental, discrepancias entre progenitores por asuntos relacionados con el smartphone del hijo, la naturaleza y validez de los “contratos” con normas de utilización del teléfono móvil o los cauces para la resolución de “conflictos tecnológicos” en el ámbito familiar. Como se observará, nos encontramos ante una materia poliédrica, pues convergen asuntos e interrogantes de diversa índole y relevancia.

Tales cuestiones se resolverán atendiendo a la legislación actual, a la doctrina -del campo de las ciencias jurídicas, de la psicología y educación-, a la jurisprudencia y, desde luego, a diversos informes y estudios relacionados con la materia.Práctica de los procesos de familia se presenta en un doble soporte (papel + digital). Desde la plataforma Smarteca (accesible desde cualquier dispositivo), el usuario no solo puede editar e imprimir los formularios que se incluyen en la obra sino que también dispone de interesantes funcionalidades para disfrutar de una experiencia de lectura única, pudiendo incluir notas, marcadores, subrayados, crear carpetas persona les (Dosieres), etc. Con este impulso tecnológico la obra se adapta a los nuevos tiempos y a las necesidades de los profesionales que precisan dar respuesta —con plenas garantías de rigor y seguridad jurídica— a las situaciones derivadas de la crisis familiar contemporánea.

EL RINCÓN DE PACO



Francisco Vega Sala

QUOUSQUE TANDEM JURISPRUDENTIA ABUTERE PATIENTIA NOSTRA?

I.- EL HECHO.- Si, con este escrito, me paso, espero me perdonen, pero me parece que no hago ninguna afirmación temeraria si digo que, en las oficinas de los Juzgados y Tribunales y en nuestros despachos, no hay escrito judicial que no cite alguna sentencia, es decir que no contenga lo que llamamos "jurisprudencia" aunque la mayoría de las veces, esta cita, esta "jurisprudencia", consista solamente en reproducir un conjunto de tres o cuatro letras mayúsculas seguidas de una fecha, conjunto de letras y números que debe tener un poder milagroso que potencia el valor de los argumentos del escrito.

Y esta forma de proceder que me atrevería a decir que va en aumento ¿no nos está llevando a que consideremos las sentencias del Tribunal Supremo como si fueran leyes, que no lo son, y las de las Audiencias Provinciales como si fueran la interpretación indiscutible y correcta de las leyes, que tampoco lo son, ni leyes ni interpretación?

Realmente ¿Qué es la "jurisprudencia"?

II.- LAS DISTINTAS ACEPCIONES DE LA VOZ "JURISPRUDENCIA".- Si no me equivoco, la voz "jurisprudencia" puede tener varios significados:

1º) Es el conjunto de las sentencias que dictan los tribunales. En esta acepción tiene solo un valor informativo. Es como una "Bibliografía" pero referida a sentencias. Evidentemente puede ser más o menos sistematizada, más o menos extensiva, etc. Por lo tanto "cabe….hablar de la jurisprudencia de los Tribunales, refiriéndose globalmente al conjunto de las sentencias de la totalidad de aquellos." (ALBALADEJO, Derecho Civil, I, Madrid, 2006, p.115).

2º) Es el conjunto de las sentencias que dicta un tribunal determinado y así "se puede decir que cada Tribunal tiene su jurisprudencia," (loc. cit).

3º) Es el "criterio" que adopta un Tribunal al "interpretar" y "aplicar" una norma en sus sentencias. Tiene esta acepción, un contenido material, mientras que la anterior contempla más bien el aspecto formal.

4º) Es también el conjunto de las sentencias que dicta el Tribunal Supremo, por tanto "jurisprudencia" tanto lo es el conjunto de las sentencias del Tribunal Supremo como el conjunto de las otras sentencias pero la terminología más utilizada es la que se refiere al Tribunal Supremo.

5º) También se llama "jurisprudencia" a la doctrina que dimana de las sentencias del Tribunal Supremo, acepción ésta que, con la anterior, es la que goza de mayor predicamento

III.- LO QUE ES Y LO QUE NO ES LA JURISPRUDENCIA.- La Ley, a mi modesto entender, en ningún momento nos define que debemos entender concretamente por jurisprudencia, por tanto entiendo que podemos utilizar la voz "jurisprudencia" en las cinco acepciones que hemos señalado. Por el contrario, lo que si nos dice la ley, aunque sea de forma indirecta, es lo que no es la jurisprudencia y la jurisprudencia no es:

a) Fuente del Derecho y por ello y como tal no viene citada en el art. 1.1 C.C. que recoge exclusivamente como "fuentes del ordenamiento jurídico español" la ley, la costumbre y los principios generales del derecho y nada más.

b) No es tampoco una "Norma general", ni por su origen, ni por su alcance

b.1- Por su origen porque procede de una sentencia y una sentencia, si no me equivoco, es una "norma particular" y solo afecta a las partes (Para el caso de que afectara a terceros ya está previsto el "litis consorcio pasivo necesario".) La Ley, por el contrario, es una "norma general" que afecta a todos los ciudadanos. Por otra parte, no hay que olvidar que "En un sistema constitucional de división de poderes, como es el nuestro, el poder judicial carece de poder normativo" (BERCOVITZ, Comentarios al Código Civil", Aranzadi, Elcano, 2001, p. 24.)

b.2- Por el alcance que le da el legislador. El art. 1.6 CC dice "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho".

De aquí parece poder deducirse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en determinados supuestos, concretamente en el supuesto de darse "reiteración" de la propia doctrina, "complementará" el ordenamiento jurídico, pero complementar no es legislar, ni siquiera completar. Complementar es pulir, mejorar, lo que además debe hacerse de forma reiterada. Y reiterar es repetir varias veces, no dos veces como, en su favor, ha dicho el Tribunal Supremo en infinidad de sentencias. Casar sin una reiteración ¿no se parece, más bien, a legislar que a juzgar? (Escribe un prestigioso civilista: "Sin embargo, dando una vez más prueba de que es posible que el TS diga cualquier cosa, la sentencia de 27 septiembre 1999, F.J. 3º declaró, contra un recurso de casación por infracción de jurisprudencia que citaba como infringida una sola sentencia, que <El motivo incurre en el defecto de no indicar dos sentencias de esta Sala, como es preceptivo para que pueda darse la causa casacional de infracción de jurisprudencia, sin que sea suficiente la cita de una sola, salvo los supuestos de cambio de doctrina o dictada en interés de ley, que no es el caso de autos>", ALBALADEJO, ob. cit. 121).

IV.- LA REALIDAD QUE TENEMOS.- Por otra parte, complementar exige un "hacer" ("La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico ", art. 2.6 CC). Complementar no es legislar, si lo fuera, la jurisprudencia seria fuente del derecho y no lo es. Complementar es retocar, pulir, perfeccionar.

También hay que tener presente si el "complementará" se refiere a una "posibilidad" o a una "obligación". El futuro de indicativo en que está escrito permite ambas construcciones (Algún gramático en las comisiones legislativas no creo que sobrara).

Finalmente cabe preguntarse si los tribunales inferiores deben seguir la complementación. A nosotros nos hace dudar de que tengan que seguirla el texto del número 7 del art. 1 puesto que dice "Que…tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso ateniéndose al sistema de fuentes" y la jurisprudencia no es una fuente pero los civilistas son más rotundos: "En mi opinión la jurisprudencia no vincula, desde luego, ni al propio Tribunal Supremo….ni tampoco a los Tribunales inferiores, que en el cumplimiento de su misión están sometidos sólo a la ley, y no a seguir una u otra interpretación de ésta." (ob. cit. p.132).

V.- CONCLUSIONES Y PREMIO.- Como florecillas, dos conclusiones se me han caído de las manos, como los versos a San Francisco:

1ª) La jurisprudencia no es fuente del Derecho (art. 1.1 C.C., "ad contrarium sensum"), por lo tanto, para ser congruentes y lógicos, no puede legislar, ni directa ni indirectamente y "complementar" no puede tener significado ni contenido normativo, sólo de toque de atención para mantener la norma en su sentido.

2ª) Las normas del Derecho se interpretan según "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" y esta cualidad de interpretación la tienen los juristas que han ganado prestigio sean catedráticos, jueces, notarios, abogados, etc.

Estas dos conclusiones se reducen a una sola, ¿hemos infringido algún artículo del Código Civil? En la afirmativa ¿cuál? Se premiará con una copa de cava, ofrecida públicamente para honor y gloria del "jurisprudencialista".

ABIERTA LA MATRÍCULA PARA EL CURSO DE ALTA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA

Tras el éxito de su primera edición, la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid y la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) ya han abierto el plazo de inscripción para el nuevo Curso de Alta Especialización en Derecho de Familia. El pasado año, el número de profesionales interesados superó con creces las plazas ofertadas.

A su conclusión, los alumnos participantes, en su mayoría abogados ejercientes, valoraron el "alto nivel" de los ponentes, el "carácter práctico" del curso y la "transversalidad" de las materias, al abordar áreas del derecho relacionadas con el patrimonio, la fiscalidad, el Derecho Penal o el Internacional, entre otros aspectos.

El Derecho de Familia es uno de los ámbitos con más progresión en la Abogacía, pero también uno de los más exigentes. La cualificación de un abogado de Familia requiere una excelente formación jurídica y de otras disciplinas complementarias, que integren una formación multidisciplinar.

Con el Curso de Especialización en Derecho de Familia adquirirás estas y otras competencias profesionales desde una perspectiva práctica y de la mano de los juristas más prestigiosos de España del mundo universitario, de la Administración de Justicia y de la Abogacía Especializada.

¿Cuándo comienza y qué horario tiene?

Del 4 de febrero de 2022 a junio de 2022. Las clases tienen lugar los viernes de 16.00 a 20.30 horas y los sábados de 10.00 a 14.00 horas

¿Se puede cursar online?

Así es. Puede ser presencial u online. La asistencia mínima requerida será del 70% en cualquiera de las modalidades. Los alumnos matriculados en la modalidad online deberán tener la cámara conectada y asistir en directo al menos al 40% de las sesiones.

¿Cómo me matriculo?

Mediante transferencia bancaria a la cuenta de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid, abierta en el Banco de Santander, calle Alcalá, nº 26, número: ES82 0075 0001 82 0660003338, y enviando posteriormente el resguardo a la secretaria de la Escuela epj@epj.es y los datos completos del alumno: nombre y apellidos, D.N.I, dirección completa con C.P, e-mail y teléfono móvil.

Matriculación online en la página web de la Escuela de Práctica Jurídica de la Complutense: https://www.epj.es/oferta-formativa/cursos_de_alta_especializacion/curso_de_alta_especializacion_en_derecho_de_familia/

¿Qué precio tiene? ¿Hay descuentos por ser de AEAFA?

Su precio es de 2.400 euros. Se establece un descuento del 10% para los alumnos y antiguos alumnos de la UCM y de la Escuela y, también, para los asociados a la AEAFA.

Este Curso puede ser bonificado a través de FUNDAE (Fundación Tripartita).

La Escuela de Práctica Jurídica de la UCM está inscrita en el Registro Estatal de Entidades de Formación que depende de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE), como entidad que puede impartir formación profesional para el empleo, lo que implica que su empresa u organismo puede acogerse al sistema de formación bonificada, de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo.

Todas las empresas disponen de un crédito anual exclusivamente destinado a la formación de sus trabajadores que pueden hacer efectivo mediante la aplicación de bonificaciones a la Seguridad Social para formar a sus trabajadores a coste cero (siempre que se cumplan determinadas condiciones).

Dirección del curso:

Matilde Cuena Casas. *Catedrática de Derecho Civil. Universidad Complutense. Vicepresidenta de la Fundación Hay Derecho. Abogada*.

Carmen López Rendo. *Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad de Oviedo. Abogada de Derecho familia. Tesorera de la Asociación Española de Abogadas de familia (AEAFA).*

Coordinadora. María Márquez González. *Abogada de Derecho familia. Lextone Abogado*.

Asignaturas, ponentes y toda la información:

https://www.epj.es/oferta-formativa/cursos_de_alta_especializacion/curso_de_alta_especializacion_en_derecho_de_familia/

Los alumnos destacan la excelencia del curso y el alto nivel del profesorado

Los alumnos que participaron el pasado 25 de junio en la entrega de diplomas de la primera edición del Curso de Alta Especialización en Derecho de Familia destacaron su excelencia y la "alta especialización" del profesorado.

Sor María González Ortiz

Abogada. Valladolid

"Lo que más me ha gustado ha sido el profesorado por su alta especialización. Nos han brindado herramientas importantísimas para el Derecho de Familia"

Ruth Rodríguez Sánchez

Abogada. Fuengirola

"Me ha encantado la transversalidad del Derecho de Familia que hemos podido aprender. El Derecho de Familia no es solo un divorcio ni las modificaciones de medidas, estamos hablando de Patrimonio, Fiscalidad, Derecho Penal e Internacional"

Julia Crespo Biehler

Abogada. Marbella

"Al vivir en la costa se me plantean muchos casos donde los conocimientos de Derecho Internacional Privado son imprescindibles. El curso trata este ámbito del Derecho y para mí ha resultado fundamental. La experiencia ha sido muy enriquecedora"

Patricia Esteve Garcia

Abogada. Burgos

"La valoración que hago del curso es de total excelencia por las implicaciones del Derecho de Familia. Aprendes muchísimas materias gracias al profesorado, que posiblemente sea uno de los mejores posibles"

Fernando Pérez Castillo

Abogado. Santiago de Compostela

"Me gustaría remarcar el enfoque práctico y la transversalidad de este curso"

Antonio Mascaró Camps

Abogado. Menorca

"Estoy agradecido a la EPJ de la Complutense y a la AEAFA por la posibilidad de seguir el curso en su modalidad online desde Menorca. Me ha gustado muchísimo el nivel de los ponentes"

Ana Belén Luaces Alvariño

Abogada. A Coruña

"Destacaría la formación en la excelencia a cargo de los mejores profesionales del país"

XXV JORNADAS DERECHO DE FAMILIA SEVILLA 2021. ONLINE

AEAFA-ICAS

CELEBRACIÓN

7 y 8 de octubre 2021

DIRECCIÓN

María Pérez Galván
Abogado de Familia

PRESENTACIÓN DE LAS JORNADAS

- Te hemos preparado un programa completo con cuatro ponencias, cuatro comunicaciones y un foro abierto, en el que todos podréis participar.
- Nuestro objetivo es ayudarte en tu formación en Derecho de Familia.
- Podrás seguir las ponencias y comunicaciones en directo, el **jueves 7** y el **viernes 8** de octubre 2021.
- También podrás visualizar las ponencias, durante 20 días, en la plataforma **"Campus Iguales.0",** por si no has podido seguirlas en directo o bien si quieres visualizarlas de nuevo, del **13 de octubre** al **5 de noviembre** de 2021.
- Apúntate a nuestro 25 aniversario.

ORGANIZAN

AEAFA Asociación Española de Abogados de Familia

libertas ediciones

Abogacía Sevilla

XXV JORNADAS DERECHO DE FAMILIA SEVILLA 2021. ONLINE
AEAFA-ICAS

7 y 8 de octubre 2021

PONENCIAS

APERTURA DE LAS JORNADAS (16:30 H.)

D. MANUEL DAMIÁN ÁLVAREZ GARCÍA
Presidente de la Audiencia Provincial de Sevilla

D. ÓSCAR CISNEROS MARCO
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla

Dª. MARÍA DOLORES LOZANO ORTIZ
Abogado de Familia. Presidente de la AEAFA

Dª. MARÍA PÉREZ GALVÁN
Abogado de Familia. Vicepresidente de la AEAFA

JUEVES (DE 17 H. A 18 H.)

PRIMERA PONENCIA

Problemas de ejecución en relación a la vivienda familiar

D. JAVIER PÉREZ MARTÍN
Magistrado del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Córdoba

JUEVES (DE 18:30 H. A 19:30 H.)

SEGUNDA PONENCIA

Precisiones prácticas sobre el recurso de casación, el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de queja

Dª. Raquel Blázquez Martín
Magistrada. Coordinadora del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo (Sala Primera)

VIERNES (DE 10:30 H. A 11:30 H.)

TERCERA PONENCIA

La discapacidad a la luz de la convención: Unas necesarias reformas legales y un cambio de mirada

Dª. María José Segarra Crespo
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo. Coordinadora de los Servicios de Protección de las Personas con Discapacidad y Mayores

VIERNES (DE 12:00 H. A 13:00 H.)

CUARTA PONENCIA

Última jurisprudencia del Tribunal Supremo

D. José Luis Seoane Spiegelberg
Magistrado del Tribunal Supremo (Sala Primera)

COMUNICACIONES

VIERNES (DE 17:00 H. A 18:00 H.)

PRIMERA

Derecho de visitas de los abuelos. Contenido y límites

Dª. IRENE DE LA ROSA LÓPEZ
Magistrada titular del Juzgado de Familia n.º 7 de Sevilla

SEGUNDA

Unión de hecho y enriquecimiento injusto

Dª. ANTONIA RONCERO GARCÍA
Magistrada titular del Juzgado de Familia n.º 30 de Sevilla

TERCERA

Extinción de la pensión de alimentos: retroactividad y ejecutividad

D. ANTONIO ELÍAS ZAMBRANO
Abogado de Familia

CUARTA

La ruptura de la pareja con hijos: mitos y leyendas urbanas

D. JUAN FRANCISCO DE DIOS PÉREZ
Psicólogo Clínico

FORO ABIERTO

VIERNES (DE 18:30 H. A 19:30 H.)

Dª. MARÍA PÉREZ GALVÁN
Abogado de Familia

Dª. MARÍA DOLORES AZAUSTRE GARRIDO
Abogado de Familia

D. JAVIER PÉREZ MARTÍN
Magistrado

CLAUSURA DE LAS JORNADAS

MARÍA DOLORES LOZANO ORTIZ
Abogado de Familia. Presidente de la AEAFA

BOLETÍN DE INSCRIPCIÓN A LA AEAFA

A LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA

D./D.ª .....

Fecha de nacimiento ..... NIF .....

Colegiado ejerciente n.º ..... Antigüedad del año .....

Del Ilustre Colegio de Abogados de .....

con domicilio en .....

Provincia ..... CP .....

Calle/plaza .....

Teléfono ..... Fax .....

E-mail .....

SOLICITA su admisión como socio en la Asociación Española de Abogados de Familia, declarando no estar incurso/a en ninguna de las prohibiciones o incompatibilidades establecidas en el Estatuto General de la Abogacía o en los Estatutos de la Asociación, comprometiéndose a satisfacer la cuota anual que fije la Asamblea General, así como a respetar en su integridad las normas reguladoras de la Asociación.

DOMICILIACIÓN BANCARIA

Les ruego se sirvan atender los recibos presentados para su cobro por la Asociación Española de Abogados de Familia.

Titular de la cuenta .....

Banco.....

Dirección.....

CP ..... Población.....

Cuenta BIC __ __ __ __ __ __ __ __

IBAN __ __ __ __-__ __ __ __-__ __ __ __- __ __ __ __- __ __ __ __- __ __ __ __

En a ..... de ..... de .....

Fdo: .....

.....