REVISTA
Abogados de Familia
111
OCTUBRE 2021

Modificación del delito de impago de pensiones

¿MODIFICACIÓN DE MEDIDAS PARA LA EXTINCIÓN DEL USO CUANDO LOS HIJOS ALCANZAN LA MAYORÍA DE EDAD?

CAMBIO DE RESIDENCIA DE LOS MENORES

ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

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

Deontología Compañerismo
María Pérez Galván

06 Artículo Doctrinal

La modificación del art. 57 del C.Penal por la LO 8/2021 y el delito de Impago de pensiones

Miguel Arbona Femenía

12 Artículo Doctrinal

Aspectos procesales y civiles sobre los cambios de residencia de los menores en los procesos de familia
José Manuel Estébanez Izquierdo

25 Tema de debate

En las sentencias anteriores a la reforma del art. 96 del CC ¿Hay que pedir la extinción del derecho de uso cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad o dicha extinción es automática?

33 El Supremo al día

M.ª Dolores Azaustre Garrido

42 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. Protección de menores.

75 Casos Prácticos

76 Noticias

79 Novedades Bibliográficas

81 El rincón de Paco

PALMA DE MALLORCA 1903

DEONTOLOGIA COMPAÑERISMO

Que importante es en nuestra profesión mantener recíproca lealtad y respeto mutuo y como redunda en el buen fin del resultado del caso que se nos encomienda, especialmente en nuestra materia, tan sensible y especial.

Tenemos un Estatuto General de la Abogacía Española, que todos deberíamos tener a mano junto a nuestros códigos más usuales para darle una lectura de vez en cuando y, los que no han tenido el privilegio de hacer la tradicional pasantía, aprender de los buenos compañeros en cuanto al trato y la forma de relacionarnos.

Todavía vemos compañeros que, en vez de intentar un acuerdo antes de interponer la demanda, se erigen en voceros de los clientes y plantean demandas llenas de episodios desagradables y duros para toda la familia que, aunque no sean verdad, tanto daño hacen y escritos quedan, o, hacen contestaciones a la demanda saltándose el más absoluto respeto por el abogado de la otra parte (no me gusta decir contrario), haciendo alusiones personales en sus escritos, informes o conclusiones totalmente improcedentes e innecesarios, en la creencia de que así tendrán más fuerza.

Cuantas veces en plena negociación extrajudicial y, sin más aviso, le notifican a nuestro cliente la demanda, no se pide la venia para intervenir en un asunto que estaba encomendado a otro compañero ni se preserva la confidencialidad de las comunicaciones entre compañeros, incluso se llegan a aportar como prueba en el procedimiento.

Considero cada vez más importante, además de la formación continuada y la especialización en nuestra rama del derecho, practicar una buena deontología profesional y propiciar el compañerismo y la buena relación entre los compañeros y de hecho sabemos que, cuando nos hacemos cargo de un asunto, por muy complicado que sea, el buen resultado tiene mucho que ver con el talante del abogado de la otra parte y su buen hacer.

Hay clientes que todavía no entienden que tengas amistad ni que tomes un café con el compañero de la otra parte cuando, en mi experiencia, tenemos un gran trecho andado en el camino cuando conocemos al compañero que además es experto y habla tu mismo idioma. Quien lo ha experimentado sabe de qué estoy hablando y siente la satisfacción de terminar el caso y saber que habéis sido leales con vuestros clientes y con vosotros mismos, lo que trasciende en alcanzar un buen acuerdo o, en hacer la mejor defensa cuando hemos tenido finalmente que ponernos la toga en el contencioso.

El mal abogado desacredita al compañero y suple su ignorancia atacándolo injustamente, haciendo muy complicada la negociación e importándole muy poco el daño que a su cliente pueda producirle un contencioso largo y tedioso donde finalmente puede que no consiga más que lo que se ha estado tratando en el intento de acuerdo. Sería deseable que, como paso previo a una demanda, se tuviera que acreditar el intento de acuerdo en vez de, como ocurre con frecuencia, conocerse el día del juicio o de la comparecencia, sin haber tenido antes más comunicación que los escritos procesales y si, como suele ocurrir a veces, el cliente nos dice que no quiere acuerdo y que vayamos directamente al contencioso, hacerle ver las bondades de alcanzar un acuerdo. Si el cliente confía en nosotros, debe dejarse asesorar también en estos aspectos.

Es verdad que cada vez somos más abogados y tenemos menos tiempo u ocasiones para relacionarnos y hacemos poca vida colegial. El hecho de ser asociados de la AEAFA hace una buena labor en cuanto a que nos une y nos hace más solidarios entre nosotros y las nuevas tecnologías facilitan mucho la forma de relacionarnos. Cuántos asuntos hemos podido arreglar en pleno confinamiento y mandarnos los acuerdos firmados por los clientes gracias al correo electrónico.

Seamos generosos y tratemos siempre al compañero como nos gustaría que nos trataran a nosotros y propiciemos la deontología y el compañerismo. ¡Es tan agradable!

María Pérez Galván
Vicepresidente de la AEAFA

LA MODIFICACIÓN DEL ART. 57 DEL CÓDIGO PENAL POR LA LEY ORGÁNICA 8/2021 Y EL DELITO DE IMPAGO DE PRESTACIONES

Miguel Arbona Femenía

Magistrado en Excedencia
Abogado penalista del ICAIB

1. PLANTEAMIENTO

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de Junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia modifica, entre otras normas, el artículo 57 del Código Penal.

Este precepto liga las prohibiciones del artículo 48 CP[1] -privación del derecho a residir y acudir a determinado lugares y prohibiciones de aproximación y de comunicación con la víctima y sus familiares- a la condena por unos delitos que enumera taxativamente -homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico-.

1. Artículo 48 CP: 1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida. 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena. 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. 4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.

Como norma general el precepto otorga a los órganos judiciales la potestad de decidir la imposición o no de las prohibiciones del artículo 48 CP en atención a dos criterios que expresa: la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente -artículo 57.1 CP-.

Ahora bien, como excepción, ordena que se imponga la medida de prohibición de aproximación a la víctima del artículo 48.2 CP, en los supuestos en los que la víctima de los delitos listados sea o haya sido cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, descendiente, ascendiente, hermano de cualquier naturaleza y, en general menores o personas con discapacidad que formen parte del núcleo familiar del condenado -artículo 57.2 CP-.

La reforma del artículo 57 que realiza la LO 8/21 es aparentemente muy simple: se añaden los delitos contra las relaciones familiares al listado de infracciones. Así, las trece categorías de delitos que contenía la norma pasan a ser catorce.

Ahora bien, la sencillez de la reforma no esconde que produce efectos muy importantes, no sólo sobre los condenados sino también respecto de los hijos de estos condenados pues su forma de relación con el progenitor afectado por la condena cambia. Al tiempo, el número de personas afectadas por la modificación legislativa no es desdeñable en la medida que los procedimientos por delito de impago de prestaciones judicialmente ordenadas son relativamente frecuentes en los órganos penales de nuestro país.

No cabe entenderlo de otro modo porque los delitos contra las relaciones familiares son los contenidos en el Título XII del Libro II del Código Penal. Según la rotulación de los Capítulos y Secciones de este Título, son los tipos de matrimonios ilegales; suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor; quebrantamiento de los deberes de custodia y la inducción de los menores al abandono de domicilio; sustracción de menores; y, finalmente, abandono de familia, menores, o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

De todas estas infracciones es notorio, como ya he avanzado, que aquella que tiene una mayor aplicación en los órganos judiciales es el delito del artículo 227 CP, delito de impago de pensiones, según la denominación común del foro[2].

En el marco legislativo surgido de la reforma, quien sea declarado autor del delito del artículo 227 CP debe ser inexorablemente condenado a la prohibición de aproximación prevista en el artículo 48.2 CP, lo que implica la suspensión, respecto de los hijos, del régimen de visitas, comunicación y estancia fijados en sentencia civil, hasta el cumplimiento de la pena impuesta. Esto es así porque las víctimas de este delito siempre serán los descendientes y quien fue cónyuge o quien mantuvo análoga relación a la matrimonial, por lo que debe estarse al régimen imperativo del artículo 57.2 CP y no al de sanción potestativa del artículo 57.1 CP.

Se concordará que esta novedad es muy determinante porque, en primer lugar, el número de condenas por este delito es elevado; en segundo lugar, no sólo afecta al condenado sino también a los menores, que pierden la relación con uno de sus progenitores y, tercero, comporta la obligación de alterar imperativamente el sistema de estancia y visita de los progenitores con sus hijos fijado en los procedimientos civiles correspondientes. En definitiva, un régimen de visitas o estancia establecido tras un proceso contradictorio por un juez de familia que ha presenciado unas pruebas y alcanzado una solución individualizada y concreta, todo ello con intervención del Ministerio Fiscal, en defensa de los intereses de los menores, queda sin efecto por la aplicación “automática” de una norma penal imperativa.

2. RAZONES DE LA REFORMA

La lógica parece exigir que una modificación con las consecuencias que se han expuesto se explique en una Exposición de Motivos donde se expongan las razones que han determinado al legislador a realizarla, pero en el caso de la LO 8/21 esto no sucede. El apartado I del Preámbulo de la ley hace menciones a los compromisos internacionales de España y plantea principios generales, mientras que el apartado II, que informa sobre los concretos artículos y disposiciones de la ley, no contiene mención expresa a la modificación

2. Artículo 227 CP: 1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses. 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior. 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

del artículo 57 CP.

Esta omisión resulta llamativa por dos razones.

La primera, porque el Preámbulo, al referirse a la Disposición Final Sexta -la que modifica el Código Penal-, indica que las modificaciones que se incorporan al texto punitivo son “de importante calado”.

Compartiendo que la modificación del artículo 57 CP es de importancia, esta declaración del legislador en el preámbulo es incompatible con el silencio posterior.

La segunda, porque el reiterado Preámbulo contiene al menos la mención de que “se configura como obligatoria la imposición de la pena de privación de la patria potestad a los penados por homicidio o por asesinato en dos situaciones: cuando el autor y la víctima tuvieran en común un hijo o una hija y cuando la víctima fuera hijo o hija del autor”[3]; es decir, incluye una alusión a una modificación legal semejante a la que nos ocupa. De este modo, hacer referencia a un caso, aunque sea de una forma tan limitada como la expuesta, y no hacerlo en el supuesto del artículo 57 CP, que estadísticamente afecta a mayor número de personas, no tiene sentido.

Por ello, ante la ausencia de explicitación de las razones de la modificación que se realiza, no cabe sino tratar de averiguar la voluntad que ha guiado la reforma del artículo 57 CP.

Un primer dato que considerar es el de que en los medios legales y jurisprudenciales se ha producido una gran expansión del término “violencia”, de tal modo que ahora alcanza comportamientos en los que se afecta, además de la vida, la integridad física y psíquica y la libertad de las personas, su economía.

En este sentido y en el ámbito internacional cabe mencionar el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul de 11 de Mayo de 2011[4], ratificado por España el 27 de Mayo de 2014[5]. Este texto incluye, en su artículo 3, definiciones de violencia contra la mujer y de violencia doméstica[6].

Este texto, al definir la violencia contra la mujer, incluye en el concepto actos de violencia basados en el género que impliquen o puedan implicar sufrimientos de naturaleza económica. Y al referirse a violencia doméstica establece que por tal deben entenderse, entre otros, todos los actos de violencia económica que se producen en la familia o en el hogar.

Si bien con la literalidad de la definición de violencia contra la mujer contenida en el Convenio de Estambul podría construirse una hipótesis que estableciese que sólo determinadas actuaciones que reuniesen las características de ser violentas y además basadas en el género que causasen daños o sufrimientos económicos quedan englobadas en la norma -lo que excluiría formas de impago de prestaciones-, al definirse la violencia doméstica como cualquier acto de violencia económica que se produzca en la familia las posibilidades de excluir el tipo del artículo 227 CP se reducen de forma importante.

Esto es así porque para la consideración de una conducta como violencia doméstica ya no hay mención al género como motivador del delito y al enumerarse en el mismo nivel actos de violencia física, sexual, psicológica y económica queda claro que la violencia económica es una conducta en sí misma considerada, independiente de las otras violencias. En consecuencia entiendo que engloba la simple omisión voluntaria del

3. Modificación del artículo 140 bis CP: 1. A las personas condenadas por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.

2. Si la víctima y quien sea autor de los delitos previstos en los tres artículos precedentes tuvieran un hijo o hija en común, la autoridad judicial impondrá, respecto de este, la pena de privación de la patria potestad.

La misma pena se impondrá cuando la víctima fuere hijo o hija del autor, respecto de otros hijos e hijas, si existieren.»

4. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de Mayo de 2011.

5. BOE nº 137 de 6 de Junio de 2014.

6. Artículo 3 Definiciones: a) Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

b) Por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;

pago de prestaciones reconocidas en sentencia o decisión judicial.

Esta línea es la que se ha acogido en la STS 239/2021 de 17 de Marzo[7] cuando, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala que el delito de impago de pensión alimenticia "puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo. Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias".

El TS considera el delito del artículo 227 CP como violencia económica y lo hace señalando como sujetos violentados no sólo a los hijos sino también al otro progenitor. Los primeros son víctimas por aquellos caudales que no reciben, disminuyéndose su bienestar y el segundo por el exceso en el esfuerzo de cuidado y atención de los hijos comunes que debe realizar para suplir la carencia que provoca la omisión del pago de las pensiones y prestaciones judicialmente establecidas.

Con estos dos antecedentes se explica que el artículo 1 de la LO 8/21, rotulada "de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia" indique que, a los efectos de esta ley, es violencia "toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar"[8].

Dado que el impago de pensiones es, objetivamente considerado, una omisión de un deber legal que se ha concretado judicialmente, que arroja como resultado que las víctimas disponen de menos caudales, es obvio que minora el bienestar de los menores que tienen derecho a recibir los ingresos, por lo que no hay duda de que la conducta queda dentro del amplio concepto de violencia que la LO 8/21 define.

El segundo dato que valorar tiene también su base en el mencionado Convenio de Estambul. El artículo 31, rotulado "custodia, derecho de vista y seguridad"[9], obliga a los firmantes del pacto internacional a tomar medidas legislativas para que los actos de violencia, según se definen en el propio convenio, se tengan en cuenta al fijar los derechos de custodia y visita de los hijos, además de que debe evitarse que el ejercicio de las visitas y custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

A este mandato parece responder la modificación del artículo 57 CP introducida por la LO 8/21, que menciona en su preámbulo este concierto de Estambul, aunque sea mezclado en una larga enumeración de iniciativas de diversos organismos internacionales y sin detenerse en la exposición de su contenido.

El legislador, en atención al artículo 31 del Convenio de Estambul, determina que de existir lo que se define como un incidente de violencia doméstica tiene que haber consecuencias sobre los derechos de custodia y visita de los menores.

Pero como la propia LO 8/21 reconoce, el legislador español ha ido más allá de lo que el convenio le exigía. En el último párrafo del Aparato I del Preámbulo se dice: "La ley, en definitiva, atiende el derecho de los niños, niñas y adolescentes de no ser objeto de ninguna forma de violencia, asume con rigor los tratados internacionales ratificados por España y va un paso más allá con su carácter integral en las materias en

7. STS 239/2021 de 17 de Marzo, Recurso casación nº 2293/2019.

8. Artículo 1.2. LO 8/21: A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar.

9. Artículo 31: 1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio. 2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

que asocia a su marco de efectividad, ya sea en su realidad estrictamente sustantiva como en su voluntad didáctica, divulgativa y cohesionadora".

3. CRÍTICA DE LA REFORMA

La crítica de la reforma que realizo exige partir de la premisa que se ha dictado una condena firme por delito de impago de pensiones. Esto es así, primero, porque la reforma de la LO 8/21 no afecta al artículo 227 CP y, en consecuencia, la doctrina legal y jurisprudencial sobre el tipo penal no se ve modificada; segundo, porque la reforma se limita a añadir una consecuencia penológica a una conclusión de culpabilidad.

De este modo, las cuestiones relativas a la existencia de pagos parciales, causas del impago, imposibilidad económica sobrevenida y otras que se refieren a la decisión de la existencia del delito y no a las consecuencias penológicas, quedan fuera de esta reflexión.

Sentado pues que se ha alcanzado una decisión de condena por delito del artículo 227 CP, considero que la nueva consecuencia que se anuda a dicha condena por la modificación del artículo 57 CP que hace la LO 8/21 es rigorista en exceso.

Es cierto que el Convenio de Estambul exige de los países firmantes que tomen medidas para que los actos de violencia económica tengan incidencia en los regímenes de custodia y visita de los hijos. Pero no obliga a que haya consecuencias imperativas e ineludibles ni, tampoco, a que se adopten en un procedimiento penal.

Recordemos que el artículo 31 obliga a tomar medidas legislativas u otras necesarias para que se tengan en cuenta los incidentes, pero no va más allá.

El régimen de custodia y de visitas de los hijos menores se establece en nuestro sistema por los Jueces de Familia, con intervención del Ministerio Fiscal y posibilidad de revisión de sus decisiones por la Audiencia Provincial vía recurso. La decisión se adopta tras un procedimiento que, a salvo homologación del acuerdo de los progenitores, es contradictorio y en el que se practican pruebas, algunas específicas para estos procedimientos y se oye a los distintos intervinientes. Corolario, lo decidido es específico para el caso concreto.

También está previsto que si tras establecerse el régimen de visita y custodia por la jurisdicción civil surge un hecho nuevo que afecte a la inicial decisión, las partes pueden instar una modificación de ese régimen.

En este marco legislativo la condena por el delito del artículo 227 CP es una nueva circunstancia y, como tal, debe determinarse si ha lugar a una modificación del régimen de estancia y visitas y en qué forma. Pero considero que la sede natural para valorar las consecuencias de la condena penal en el régimen de estancia y visitas es aquella en la que se fijó tal régimen.

No hacerlo así supone minusvalorar el procedimiento tramitado y las decisiones adoptadas en el órgano civil competente puesto que todo lo decidido queda suspendido necesariamente por la sola existencia de una condena penal por un delito que presenta múltiples formas de comisión, de muy distinta gravedad, con consecuencias penales dispares ya que es posible tanto la pena de prisión como la de multa, y que, fundamentalmente, no comporta un riesgo inmediato para la vida, la integridad o la seguridad de las víctimas.

Consecuentemente, de haberse legislado que el órgano penal debería comunicar de oficio la existencia de la condena al juzgado civil para que éste, bien de oficio, o con mucho mejor encaje, a instancias del Ministerio Fiscal, decida sobre la modificación del régimen de visitas y custodia, el sistema sería más lógico, por cuanto el juzgador que decide sobre la suspensión del régimen de custodia y visitas es quien lo estableció; las decisiones estarían adaptadas a cada concreto caso; y, por último, se habría colmado la exigencia del Convenio de Estambul.

Y esto es importante porque el órgano civil, al recibir la sentencia penal, conoce los hechos declarados probados por esta e, independientemente de que sean evidentemente todos delictivos, puede valorar su gravedad para ajustar las medidas civiles a la realidad judicialmente declarada. Este no deja de ser un criterio que se contiene en el artículo 57.1 CP aplicable a todos los delitos en los que la víctima no sea la pareja o los descendientes del condenado.

Se puede argumentar contra este mecanismo que trasladar la decisión sobre el régimen de estancia y visitas a la sede penal, como se ha hecho en la reforma, implica la inmediatez de la decisión y economía de trámites.

No voy a negar que esto es cierto y que por mucha urgencia que la legislación exija en un hipotético traslado de la sentencia penal al ámbito civil la realidad de la enorme carga de trabajo de los órganos judiciales

que tratan el derecho de familia se impone.

Ahora bien, en la ponderación entre rapidez y verdadera eficacia derivada de la fijación de consecuencias penológicas individualizadas a la decisión de condena, considero que debe valorarse, en primer lugar, que la violencia económica que supone el impago de prestaciones es de naturaleza diferente a la violencia física o psíquica existe en los demás delitos que están enumerados en el artículo 57 CP.

En este sentido el número 2 del artículo 31 del Convenio de Estambul establece que los países deben tomar medidas para que el ejercicio del derecho de visita o custodia no ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

El mantener el régimen de visitas y custodia de una persona condenada por impago de prestaciones, siempre que no haya condena por otros delitos, no supone, en sí mismo considerado, un aumento del riesgo para los derechos y la seguridad del otro progenitor y de los hijos comunes. El daño lo provoca la omisión de los pagos, y ese daño se prolongará en el tiempo y aumentará mientras no se pague aquello que debe abonarse, pero no hay riesgo añadido por el mantenimiento del régimen de vistas y custodia de quien ha sido condenado como autor de un delito del artículo 227 CP.

Otra cosa es que con la suspensión del régimen de visitas se pretenda añadir una motivación extra a los incumplidores a fin de que eviten tal comportamiento. Pero esta sería una utilización de la función de prevención del derecho penal harto discutible.

En segundo lugar creo que es importante tener presente que la supresión del régimen de estancia y visitas no tiene como único afectado al condenado. Los menores hijos del condenado y, en menor medida, el otro progenitor, son también personas interesadas a las que no se oye en la decisión de suspender el régimen porque da igual lo que digan, ya que la suspensión es imperativa.

La reforma de la LO 8/21 presupone que es mejor para los hijos y el otro progenitor que se suspenda el régimen, pero esto puede no ser cierto, incluso podríamos hallarnos en un supuesto en que, por la imperativa suspensión del régimen de estancia y vistas el otro progenitor se ve obligado a realizar un sobre esfuerzo, sobreesfuerzo que la STS 239/2021 considera que es una forma de violencia.

No discuto que en muchas ocasiones esta privación esté justificada, pero el interés que se dice proteger, que es el de los menores y su seguro y completo desarrollo, es tan esencial que aquilatar las decisiones debería ser

una prioridad mayor que la rapidez de la decisión, máxime cuando en los procedimientos interviene el Ministerio Fiscal, que es garantía de imparcialidad y de defensa de los derechos de los menores.

En cualquier caso a una solución parecida, aunque a mi juicio inferior, se llegaría de haberse establecido que la decisión sobre el régimen de visitas, aun tomada en el ámbito del proceso penal y plasmada en la sentencia, no fuese automática sino adoptada conforme a lo dispuesto en el número 1 del artículo 57 CP, es decir, valorando por el juez penal la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente.

Es obvio que no es lo mismo una condena por un primer impago, que una condena de un reincidente; que debe distinguirse si la condena se produce por un incumplimiento de los plazos del artículo 227 CP que se denuncia de inmediato o si lo es por un incumplimiento muy prolongado en el tiempo que no se denuncia hasta que la situación es grave; también, aunque la conducta sea siempre delictiva, quien consiente en dejar a sus hijos en una mala situación económica parece merecer más reproche que quien sabe que el otro progenitor cubre las necesidades pese a la comisión del delito.

Lejos de esto, el legislador, en la LO 8/21 apuesta por la privación imperativa e ineludible.

En esta solución prima la rapidez y se sacrifica la adaptación al caso concreto por un automatismo generalizador que es cierto que evita cualesquiera riesgos de mantener el régimen de visitas y estancia, pero lo hace a cambio de la supresión, tal vez innecesaria, de los contactos personales entre padres e hijos. Más allá de rapidez y de rigor excesivo no se atisba ninguna ventaja en el cambio legislativo que, como dice el Preámbulo de la ley, quiere ir un paso más allá que los Convenios internacionales que obligan a España.

Pienso que late en la reforma una desconfianza hacia las decisiones de los órganos judiciales que se traduce en un nuevo episodio de la progresiva disminución de la discrecionalidad reglada que es un pilar de la actividad judicial en cuanto permite individualizar la pena a cada caso concreto dentro de la horquilla propuesta por el legislador. La obligación imperativa e ineludible de ligar consecuencias penológicas a las decisiones

de condena han planteado problemas sobradamente conocidos en los casos de imposición obligatoria de órdenes de alejamiento del cónyuge que no desea que se le proteja de esta manera. Y esta reforma es un episodio más de esta deriva.

Finalmente y como solución para conseguir la mínima duración de la suspensión del régimen de visitas, entiendo que debe postularse en el procedimiento penal la imposición de una pena de multa en lugar de la de prisión. Esto permitirá que se pueda optar a la duración mínima de la prohibición de aproximación del artículo 48.4 CP que es la de seis meses y un día.

ASPECTOS PROCESALES Y CIVILES SOBRE LOS CAMBIOS DE RESIDENCIA DE LOS MENORES EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

José Manuel Estébanez Izquierdo

Juez sustituto

Las controversias sobre el lugar donde deben residir los hijos menores son de difícil resolución.

El conflicto de intereses es claro, de una parte, el derecho del progenitor de cambio de residencia que se ve limitado si quiere llevarse al menor, y, de otra parte, el derecho del otro progenitor a seguir manteniendo la relación con los mismos y a participar en su formación y el derecho de ésta a mantener la relación con ambos progenitores.

Dicho conflicto debe ser resuelto de forma que el interés y necesidades de los hijos quede menos comprometida.

No establece la ley criterios o parámetros que nos permitan una concreción del interés del menor al tratar este tipo de cuestiones.

Importa recordar aquí las reflexiones que se contienen en el Auto núm. 376/2019, de 9 de octubre, de la Audiencia Provincial (Secc. 18ª) de Barcelona [1], cuando señala que:

> *"(...) Cualquier ciudadano dispone de libertad de residencia y tiene el derecho a entrar y salir libremente de España (art. 19 CE), además de la libertad de circulación dentro de la Unión Europea (art. 3, ap. 2, del TUE y art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), y, con ellos, los miembros de su familia (Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias), pero, en tanto progenitores, disponer la salida del territorio nacional de un hijo sin la autorización del otro progenitor titular o cotitular de un derecho de custodia, o de la autoridad judicial puede suponer una sustracción internacional (art. 3 del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores).*
>
> *La facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores forma parte del contenido de la potestad parental (art. 236-17 CCCat) cuyas responsabilidades no quedan alteradas por la nulidad, divorcio o separación de los padres (art. 233-8 CCCat) y que corresponde a ambos padres. Llevar a cabo un cambio de residencia dentro del territorio nacional exige las mismas condiciones. En concreto, el art. 236-11. 6 CCCat exige consentimiento expreso o tácito del otro progenitor o, en otro caso, autorización judicial para variar el domicilio de los hijos si ello los aparta de su entorno habitual.*
>
> *Establecido en una resolución judicial un determinado sistema de guarda y fijado, de forma directa*

o indirecta, el lugar de residencia de un menor de edad, su cambio de residencia producido de forma sobrevenida (porque el titular de la guarda, por cualquier motivo, lo provoque) debe quedar sometido a la autorización del otro progenitor, como facultad ínsita a la titularidad de la potestad parental, que habitualmente permanece, por sentencia, incólume a favor de los dos padres.

La Comisión Europea de Derecho de Familia (CEFL), una organización científica que agrupa a juristas que representan a 28 sistemas jurídicos europeos, en sus Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental, predica que cuando la responsabilidad parental se ejerza conjuntamente y un titular de la responsabilidad parental desee cambiar la residencia del niño dentro o fuera del territorio nacional debe informar al otro titular de la responsabilidad parental con carácter previo. Si el otro titular de la responsabilidad parental se opone al cambio de residencia del niño, cualquiera de los titulares puede acudir a la autoridad competente para que ésta tome una decisión. La autoridad competente tendrá especialmente en cuenta: (a) la edad y la opinión del niño; (b) el derecho del niño a mantener relaciones personales con los otros titulares de la responsabilidad parental; (c) la capacidad y voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar; (d) la situación personal de los titulares de la responsabilidad parental; (e) la distancia geográfica y las facilidades de acceso; (f) la libre circulación de personas. Por tanto, es evidente que, si no concurren las circunstancias favorables, el traslado no es posible y si quien quiere irse persiste en su decisión, razonablemente el sistema de guarda deberá ser modificado para que el menor permanezca en su entorno originario.

/.../

Si el progenitor guardador (o cualquiera de ellos, si se trata de guarda compartida) desea cambiar de domicilio al menor y no obtiene el consentimiento del otro, debe instar la autorización judicial. La regla general, cuando existan medidas específicas adoptadas por sentencia judicial, es acudir al procedimiento de modificación de medidas. La petición de autorización de cambio de residencia puede arrastrar un cambio en el sistema de guarda, de centro escolar y actividades de los hijos, en la forma de relacionarse los progenitores con el menor y hasta en el régimen alimenticio y de atención de los gastos de desplazamiento, y por ello tal pretensión no es base con claridad de un procedimiento de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores. No se pueden separar, en tal caso, previsiones sobre los menores que están estrechamente relacionadas. Más bien supondrá una pretensión de modificación de efectos de sentencia, a tramitar por los arts. 775 LEC y 233-9 CCCat.

El expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 85 y 86 LJV) es apropiado solo cuando no exista una medida específica adoptada expresamente por resolución judicial, cuando se trate de una discrepancia concreta respecto a un acto con trascendencia jurídica en la que sea necesario, para que tenga validez, el consenso de ambos progenitores o cuando la decisión judicial dirimente no altere el equilibrio existente entre el conjunto de medidas establecidas en la sentencia firme (AAPB, sec. 12, de 31 de mayo de 2017 (ROJ:AAP B 6367/2017). La urgencia no es la característica fundamental de este procedimiento, pero puede concurrir. Es posible, en determinadas condiciones, resolver la discrepancia sobre el lugar de residencia del menor en un expediente de jurisdicción voluntaria (AAAPB, sec. 18 de 26 de abril de 2017 (ROJ: AAP B 3698/2017) y de 6 de julio de 2017 (ROJ:AAP B 6367/2017), pero si la discrepancia no es puntual y tiene impacto o influencia en las medidas adoptadas en un procedimiento de ruptura, no cabe remitirse a los arts. 88 a 89 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Normalmente no se tratará de una controversia ocasional que se pueda resolver como tal acto de jurisdicción voluntaria, pues tendrá perspectiva de permanencia y afectará a otros pronunciamientos, como el régimen relacional o los alimentos (vid. Auto dictado en el Rollo de Apelación nº 611/2019) En estos casos el proceso adecuado es el de modificación de efectos de sentencia y el propio juzgado advertido el caso puede subsanar la errónea remisión a los actos de jurisdicción voluntaria subsanar y tramitar por el cauce adecuado.

En la perspectiva del progenitor opositor, si la oposición al cambio de residencia se plantea tan solo como mera medida de protección de un menor, relativa al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda, el procedimiento puede ser el previsto en los arts. 88 a 89 LJV, con fundamento sustantivo en el art. 158 del Código Civil y, para Cataluña, en los arts. 236-11.4 y 6 (para cambio de domicilio o cualquier otra controversia) y 236-13 (para desacuerdos ocasionales).

Es posible también construir la pretensión como medida cautelar o como medida provisional, a

reserva de un estudio definitivo, audita o inaudita parte (una prohibición cautelar de salida de territorio nacional, por ejemplo), con amparo en los arts. 771, 773 y 730 LEC y 236-3 CCCat, en tanto concurra no solo la apariencia de buen derecho, sino un factor de urgencia, de peligro en la demora.

/.../

Para autorizar o no un cambio de domicilio (desencadene o no otros cambios) hay que ponderar los diferentes intereses en juego -los del niño, los de los padres y los de orden público- y, en concreto, la vinculación con la figura parental que quiere el cambio, la motivación legítima de tal progenitor o progenitora, la falta de implicación del otro, la edad del menor, la capacidad de adaptación del menor, la familiaridad del menor con el lugar del traslado, la garantía de mayor bienestar para el menor derivada del bienestar de su cuidador, la posibilidad del mantenimiento de un régimen de relación suficiente con el progenitor que se queda, la opinión del niño teniendo en cuenta su edad y madurez, las propuestas respecto a los arreglos prácticos de la reubicación (alojamiento, educación y empleo), los motivos a favor y en contra de la reubicación cuando sea importante para la determinación del resultado, cualquier antecedente de violencia o abuso familiar, el impacto que producirá la concesión o la negación de la reubicación en el niño, en el contexto de su familia, etc.

El Tribunal Supremo bien resolviendo con base en dos principios: el interés del menor y la distribución equitativa de cargas (cfr. STS, Civil sección 1 del 26 de octubre de 2012 (ROJ: STS 6811/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6811), STS, Civil sección 1 del 20 de octubre de 2014 (ROJ: STS 4072/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4072), STS, Civil sección 1 del 26 de mayo de 2014 (ROJ: STS 2609/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2609), STS, Civil sección 1 del 19 de noviembre de 2015 (ROJ: STS 4923/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4923), STS, Civil sección 1 del 20 de octubre de 2014 (ROJ: STS 4072/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4072), STS, Civil sección 1 del 10 de septiembre de 2015 (ROJ: STS 3796/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3796), STS, Civil sección 1 del 12 de enero de 2017 (ROJ: STS 18/2017 - ECLI:ES:TS:2017:18), STS, Civil sección 1 del 18 de abril de 2018 (ROJ: STS 1383/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1383) y STS, Civil sección 1 del 17 de octubre de 2018 (ROJ: STS 3527/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3527).

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña aplica similares criterios (STSJ, Civil sección 1 del 16 de octubre de 2014 (ROJ: STSJ CAT 10732/2014 - ECLI:ES:TSJCAT:2014:10732), STSJ, Civil sección 1 del 21 de diciembre de 2015 (ROJ: STSJ CAT 12437/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:12437) y STSJ, Civil sección 1 del 14 de julio de 2016 (ROJ: STSJ CAT 6061/2016 - ECLI:ES:TSJCAT:2016:6061) y también esta Audiencia Provincial (SSAP Barcelona de 12 de febrero de 2014 (ROJ: SAP B 3464/2014); 19 de noviembre de 2014 (ROJ: SAP B 12744/2014); 8 de enero de 2015 (ROJ: SAP B 382/2015); 25 de noviembre de 2015 (ROJ: SAP B 12445/2015- ECLI:ES:APB:2015:12445); 20 de diciembre de 2016 (ROJ: SAP B 12673/2016) y 17 de enero de 2018 (ROJ: SAP B 155/2018).

Con guarda monoparental la denegación del traslado comportará normalmente un cambio en la medida, pues no se puede coartar la libertad de residencia de quien se va (salvo que renuncie al traslado), pero hay que asegurar el cuidado del menor que se queda. Por otra parte, si el progenitor no guardador que se opone al traslado, no solicita la guarda para sí o ésta es inviable desde la perspectiva del interés del menor, cabe respetar el cambio de residencia del hijo, como mal menor".

Expresa al respecto la Sentencia núm. 289/2014, de 26 de mayo, del Tribunal Supremo [2]:

"(...) Alega el recurrente que se vulnera el interés del menor y el reparto de cargas entre los padres, al imponer al recurrente que se encargue en exclusiva de la recogida y retorno del menor al domicilio de la madre, lo que le supondría, según alega, recorrer aproximadamente 1.200 km mensuales, suponiendo ello una carga económica importante. Que el equipo psicosocial proponía la misma solución adoptada por el Juzgado. Que el reparto de cargas económicas, repercute en beneficio del menor.

Solicita que para el reparto de cargas derivada de los desplazamientos para ejercitar el régimen de visitas de los hijos menores, deben ponderarse los factores e informes psicosociales existentes, la situación económica de los progenitores y cuantos factores puedan repercutir en el sostenimiento de esa carga.

En las sentencias invocadas por la parte recurrente para acreditar la doctrina dispar entre las diferentes Audiencias Provinciales se declara:

a) (Trayecto Albacete-Getafe). La procedencia de la medida se ve clara cuando se contempla desde

la óptica del derecho del menor a relacionarse con ambos progenitores. Siendo ello así, ambos han de contribuir, con su esfuerzo personal y con su economía, al cumplimiento satisfacción de ese derecho de su hijo (Albacete Sección Primera).

b) (Trayecto Albacete-Pozuelo de Alarcón). En la sentencia de la Audiencia se valora no solo la distancia sino el colapso de tráfico en los fines de semana, lo que incrementa el tiempo de desplazamiento, lo que justifica que el esfuerzo necesario para cumplir el régimen de visitas se reparta entre ambos progenitores (Albacete Sección Primera).

c) (Trayecto Hellín-Albacete). Se trata de desplazamiento desde Hellín al Punto de encuentro familiar de Albacete, y la Audiencia acuerda repartir por mitad los gastos de desplazamiento del menor (Albacete Sección Primera).

d) (Trayecto Reus-Barcelona). En la sentencia la Audiencia se valora la menor retribución laboral de la madre y que en los fines de semana que no tiene a los menores, aprovecha para efectuar guardias en una clínica, por lo que se determina que será el padre el que recogerá y retornará a los menores, dado que no consta que ello interfiera en sus servicios laborales, ni en su capacidad económica, comparada con la de quien fue su esposa (Barcelona Sección Duodécima).

e) (Trayecto Mataró/Barcelona y Murcia). Se atribuye la obligación de recogida y retorno al padre, dado que al fijarse un régimen de visitas en puentes y vacaciones escolares, resulta menos gravoso que si fuese durante fines de semana alternos. Los ingresos de los padres son similares, con cierta ventaja para la madre. (Barcelona Sección Duodécima).

f) (Trayecto San Martín de la Vega/Madrid y Yecla/Murcia). En la sentencia de la Audiencia se atribuye la totalidad de los gastos a la progenitora no custodia al ser su situación económica más estable y consolidada (Murcia Sección Cuarta).

g) (Trayecto distancia 75 km entre domicilio paterno y materno; no se especifican las localidades). La Audiencia declara que la atribución de los gastos en exclusiva al padre es equitativo a la vista de la exigua pensión que debe abonar por alimentos al hijo (Murcia Sección Cuarta).

h) (Trayecto Cáceres-Madrid). La Audiencia declara que el criterio general es el de que el progenitor no custodio afronte los gastos de desplazamiento. Si bien también declara, en el caso concreto, que valora la disponibilidad del padre para los desplazamientos y la dificultad de la madre por sus circunstancias laborales (Cáceres Sección Primera) (sentencia citada por la parte recurrida).

Fijada la doctrina contradictoria existente sobre la materia debe determinarse por esta Sala, cuál sea la doctrina aplicable al caso y la procedente, por tanto, en interés casacional.

Para ello esta Sala debe ajustarse a dos principios generales de ineludible observancia en esta materia.

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

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

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

Por otro lado, es preciso un reparto equitativo de cargas, de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc.

Para determinar el criterio que contribuya a clarificar la cuestión es preciso que se establezca un sistema prioritario y otro subsidiario, dado que pueden presentarse diferentes situaciones y será necesario ofrecer soluciones alternativas adaptadas a las particularidades de cada situación.

En base a ello la Sala declara que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar, al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto:

Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual.

Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial.

Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberá conllevar una singularización de las medidas adoptables.

TERCERO .-A la vista de lo declarado, en la resolución recurrida no se especifica qué criterio legal es el seguido para atribuir en exclusiva al padre la obligación de recogida y retorno, declarándose en la misma que "siendo lo lógico que el progenitor que reside en localidad distinta que el menor lo recoja en el domicilio de residencia de este y se encargue y responsabilice de devolverlo al mismo concluido el período de estancia o visita".

En la resolución recurrida, no se pondera expresamente el interés del menor y el reparto equitativo de cargas, por lo que ha de ser casada, y asumiendo esta Sala la instancia, debemos dictar fallo en el mismo sentido que la sentencia de primera instancia, a la vista de los escasos ingresos de los padres y del notable kilometraje que se ha de desarrollar pese a la escasa distancia entre los municipios, derivado ello del amplio régimen de visitas.

Por tanto, debe el padre recoger al hijo en el domicilio materno y será la madre quién irá a por él al domicilio paterno cuando concluya el régimen de visitas o estancia (...)".

Y en la Sentencia núm. 536/2014, de 20 de octubre, del Tribunal Supremo [3], se añade:

"(...) 1. Dice la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2012 lo siguiente:" Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.

La patria potestad, dice el artículo 156 del Código Civil , se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.

Supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cual de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación.

La regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores.

Pues bien, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil , para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil , respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida

adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19 , determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia".

2. Ocurre en este caso que hay un evidente desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hijo, razón por la que se ha acudido a la autoridad judicial, que lo ha resuelto manteniendo al hijo bajo la custodia de su padre en España; pronunciamiento que no responde al interés del menor afectado por una solución indudablemente conflictiva, pero ajustada a una realidad, cada vez más frecuente, que no es posible obviar, como es el de matrimonios mixtos. Y es que una cosa es que el padre tenga las habilidades necesarias para ostentar la custodia del niño, y que no se aprecie un rechazo hacia alguno de ellos, y otra distinta el contenido y alcance de esas habilidades respecto de un niño, de corta edad, que ha creado unos vínculos afectivos con su madre con la que ha permanecido bajo su cuidado desde su nacimiento hasta la fecha, incluido los dos años de separación de hecho en el que marchó de Tomelloso a Burgos, ciudad en la que fijó su residencia, con contactos mínimos y esporádicos a partir de entonces con su padre. El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado, como argumenta la sentencia, soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su padre que con su madre, a la que tampoco concede la guarda ante la posible permanencia en España. La seguridad y estabilidad que proporciona el núcleo materno no se garantiza con la permanencia de la madre y el hijo en España. No es posible obligar a la madre a continuar en un país que no es el suyo y en un entorno familiar, que tampoco es el del niño, al haberlo abandonado durante más de dos años, para hacer posible sus expectativas familiares y laborales vinculadas al interés de su hijo, al que va asociado, y es que, el respeto a los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores.

3.- En consecuencia, se casa la sentencia y, asumiendo la instancia, se acepta la sentencia del juzgado en la que se valora la prueba que determina la autorización que niega la Audiencia previa valoración de las circunstancias concurrentes y se fijan alimentos a favor del hijo a cargo del padre. Las circunstancias que ha tenido en cuenta son estas: a) doña Candelaria tiene su familia directa en Brasil, no solo a su padre y hermanos, sino también a otro hijo de 17 años; b) don Romulo mantiene malas relaciones su familia por lo que el entorno familiar y de allegados resulta insuficiente para cuidar de su hijo si encontrara trabajo, y c) se protegen las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de gastos de desplazamiento Brasil-España- Brasil.

4.- Se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: el cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con el (...)".

Precisamente en la Sentencia núm. 485/2015, de 10 de septiembre, del Tribunal Supremo [4], se establecen las siguientes consideraciones:

"(...) Alega el recurrente que el cambio de residencia, afecta al interés de los menores, al tiempo que supone un cambio sustancial de las circunstancias.

Esta Sala ha declarado:

1. STS de 15 de octubre de 2014, Rec. 2260/2013 , que la Sala a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés de los menores a la vista de los hechos probados, no siendo el recurso de casación una tercera instancia que permita una solución jurídica distinta por una simple cuestión de criterio .

2. STS de 11 de diciembre de 2014, Rec. 30/2014 . El cambio de residencia de la madre custodia no es determinante, ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redunda en beneficio de la menor.

3. STS de 26 de octubre de 2012, Rec. 1238/2011 . Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19 , determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia.

4. STS de 11 de diciembre de 2014, Rec. 30/2014 . En procedimiento de modificación de medidas se plantea el traslado de provincia de la menor con su madre (progenitora custodia) que ha contraído nuevo matrimonio del que nació un hijo, que es autorizado por la SAP. " En la sentencia recurrida se ha respetado la doctrina jurisprudencial a la hora de autorizar el traslado, pues se ha tenido en cuenta el interés de la menor al referir expresamente que es beneficioso para ella el contacto con su nuevo hermano.

No puede olvidarse que:

1. La custodia estaba atribuida de común acuerdo a la madre.

2. El cambio de residencia de la madre no es determinante, ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redunda en beneficio de la menor.

3. Los informes psicosociales no consideran perjudicial el traslado, si bien apuntan por una postura conservadora, en tanto muestran su recelo a los cambios, sin causa que lo justifique.

4. Con la edad de la menor los cambios son fácilmente asumibles para la hija, incluido el cambio de lengua vehicular para la enseñanza que pasa del castellano y euskera al catalán y castellano.

5. El poder mantener el contacto diario con su nuevo hermano redunda en beneficio de la menor.

6. La atribución, en este caso, de la totalidad del coste del traslado a la madre (extremo no impugnado), potencia el contacto del padre con la menor, lo que redunda en beneficio de ésta.

7. Se ha fijado un régimen de visitas como consta en los antecedentes de hecho de esta sentencia que lejos de anular la figura paterna, le reconoce un papel relevante durante los fines de semana alternos y los períodos vacacionales, permitiendo visitas no programadas (sin perjuicio del previo aviso).

Ha establecido el Tribunal Constitucional:

En relación con el principio de proporcionalidad, y las medidas restrictivas de derechos que se ha de concretar, en las tres siguientes condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)" (STC 199/2013, de 5 de diciembre , FJ 7). STC, Constitucional Sección 1 del 13 de febrero de 2014, sentencia: 23/2014, recurso: 3488/2006 .

De la referida doctrina se deduce que en la sentencia recurrida se respeta el principio de proporcionalidad en tanto que se adopta la medida que más se adapta a la protección del interés de la menor, equilibrando, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, dado que nunca podrá ser igual que antes de la crisis conyugal".

CUARTO.- Aplicando la mencionada doctrina al caso de autos, en relación con el principio de protección del interés del menor recogido en los arts. 2 y 11.2 de la Ley 1/96 de Protección del Menor y art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre Derechos del Niño debemos concluir que en la sentencia recurrida se ha velado por el interés de los menores, analizando exhaustivamente la situación de los mismos, partiendo de la aptitud de ambos progenitores, pero concluyendo que la guarda y custodia por la madre era la mejor opción posible, dado que esa fue la situación adoptada, de común acuerdo, por ambos miembros de la pareja, al iniciarse la crisis, unido a que la profesión de la madre como maestra le permitía una mejor adaptación a los horarios de los

menores, sin necesidad de acudir al apoyo externo, del que el padre sí ha precisado al regentar un negocio familiar.

En la sentencia recurrida se entiende que el cambio de residencia no tiene que ser necesariamente perjudicial para los menores. En la misma resolución se valora que en las Islas Baleares residían tíos, abuelos paternos y maternos que facilitaban el contacto de los menores con ambas familias, pero pese a ello se entiende que la mejor posición de la madre para atenderlos justificaba la autorización del cambio de residencia.

En la sentencia recurrida no se ignora que la sentencia del Juzgado se ejecutó provisionalmente y que en los dos últimos años los menores estuvieron con el padre, pero para la Audiencia Provincial ello no es motivo para impedir la custodia por la madre, aun cuando sea en Sitges, pues esa es la opción que entiende como más favorable a los menores, sin que esta Sala pueda entender que con ello se viole el interés de los niños (arts 39 y 53 de la Constitución).

Como anticipamos se trata de equilibrar, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, dado que nunca podrá ser igual que antes de la crisis y por ello se confiere un amplio régimen de visitas al padre, con el que estarán todos los puentes escolares y la totalidad de las vacaciones de Semana Santa, al tiempo que se hace recaer en la madre la obligación de acompañar a los menores en los vuelos a Mallorca, por lo que lejos de anular la figura paterna, le reconoce un papel relevante.

Sirvan estos pronunciamientos de guía obligatoria a los padres, sin perjuicio de todo aquello que puedan adoptar, de común acuerdo, tal y como venían haciendo cuando la custodia la ejercía el padre, quien permitía el contacto de la madre casi todos los fines de semana y la de los abuelos maternos durante un día a la semana (pernocta incluida), debiendo velar, como han venido haciendo, por la mejor integración de los menores en los respectivos núcleos familiares (...)".

Como también nos dice la Sentencia núm. 4923/2015, de 19 de noviembre, del Tribunal Supremo [5]:

"(...) El recurrente entiende que al trasladarse la madre unilateralmente, con la menor, de Sagunto (Valencia) a Benacazón (Sevilla) ha incrementado notoriamente los gastos que el padre debe desembolsar para poder ver a su hija, lo que va en perjuicio de la menor, al dificultar el contacto con el padre, pese a lo cual en la sentencia recurrida se determina que el padre debe recoger y retornar la menor con cargo a su propio patrimonio.

Esta Sala declaró en sentencia de 26 de mayo de 2014, rec. 2710 de 2012 :

Para ello esta Sala debe ajustarse a dos principios generales de ineludible observancia en esta materia.

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

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

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

Por otro lado, es preciso un reparto equitativo de cargas, de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc.

Para determinar el criterio que contribuya a clarificar la cuestión es preciso que se establezca un sistema prioritario y otro subsidiario, dado que pueden presentarse diferentes situaciones y será necesario ofrecer soluciones alternativas adaptadas a las particularidades de cada situación.

En base a ello la Sala declara que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar, al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto:

Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual.

Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas,

las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial.

Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberá conllevar una singularización de las medidas adoptables.

En el mismo sentido la sentencia de 11 de diciembre de 2014, rec 30/2014 ; sentencia de 20 de octubre de 2014, rec. 2680 de 2013 ; sentencia de 10 de septiembre de 2015, rec. 797 de 2014 y sentencia de 23 de septiembre de 2015, rec. 1420 de 2014 .

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".

En las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial se opta por cargar al padre con la recogida y retorno de la menor, sin ponderar el interés de la menor y el reparto equitativo de cargas, por lo que casamos la sentencia recurrida y en virtud de ello asumimos la instancia.

Consta acreditado que el padre trabaja como masajista deportivo, mientras que la madre es licenciada en psicología y convive con otra pareja. Por tanto, uno tiene medios económicos suficientes y ella tiene formación universitaria como para optar a trabajo dependiente o autónomo, el cual ha desarrollado en alguna ocasión, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia citada, el padre deberá recoger a la hija en el centro escolar y será la madre quién irá a por ella al domicilio paterno (o lugar que se establezca en ejecución de sentencia) cuando concluya el régimen de visitas o estancia, todo ello sin perjuicio del deseable acuerdo de las partes en tanto no viole el interés de la menor.

De la misma manera podrán optar por que el viaje se haga en la línea de tren AVE existente entre Valencia y Sevilla, usando servicio de acompañante de menores, de forma que el padre abonará el billete de la menor de Sevilla a Valencia y la madre el de Valencia a Sevilla, con lo que le evitan a la menor el desplazamiento de 1400,8.-km en automóvil o autobús, de ida y vuelta.

QUINTO .- Se ratifica como doctrina jurisprudencial que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto: a) Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual. b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables (...)".

Conforme a la Sentencia núm. 5/2017, de 12 de enero, del Tribunal Supremo [6], de obligada referencia en esta materia:

"(...) 1.- Vamos a ofrecer respuesta conjunta a ambos motivos, como autoriza la doctrina de la Sala, por la estrecha relación que guardan entre sí, ya que en los dos se plantea la misma cuestión, a saber, el respeto y protección del interés superior del menor cuando se trata de autorizar el traslado del progenitor custodio a una localidad distinta de aquélla en la que viene residiendo y, naturalmente, continúa con la guarda y custodia del menor; por lo que éste le seguiría en el traslado.

2.- No puede plantearse que exista doctrina contrapuesta sobre la materia entre Audiencias Provinciales para justificar el interés casacional, ya que lo que existe es doctrina de esta Sala sobre ella.

La sentencia de 10 de septiembre de 2015, Rc. 797/2014 , hace referencia a aquellas sentencias de la Sala que recientemente han abordado la problemática de la guarda y custodia de los menores en supuestos de traslados de localidad de los progenitores custodios, que son las siguientes:

«(i) STS de 15 de octubre de 2014, Rec. 2260/2013 , que la Sala a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés de los menores a la vista de los hechos probados, no siendo el recurso de casación una tercera instancia que permita una solución jurídica distinta por una simple cuestión de criterio.

»(ii) STS de 11 de diciembre de 2014, Rec. 30/2014 . El cambio de residencia de la madre custodia no es determinante, ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redunda en beneficio de la menor.

»(iii) STS de 26 de octubre de 2012, Rec. 1238/2011 . Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19 , determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia.

»(iv) STS de 11 de diciembre de 2014, Rec. 30/2014 . En procedimiento de modificación de medidas se plantea el traslado de provincia de la menor con su madre (progenitora custodia) que ha contraído nuevo matrimonio del que nació un hijo, que es autorizado por la SAP. " En la sentencia recurrida se ha respetado la doctrina jurisprudencial a la hora de autorizar el traslado, pues se ha tenido en cuenta el interés de la menor al referir expresamente que es beneficioso para ella el contacto con su nuevo hermano.»

Se aprecia que en todas ellas late como principio a que debe ajustarse la decisión el interés del menor, articulo 39 CE y artículo 92 CC (STS de 19 de noviembre de 2015, Rc. 2724/2014).

3.- Aunque la sentencia recurrida ponga más el acento en las condiciones personales y económicas de las partes, progenitores de la menor, que en el interés de ésta, es cierto que del contenido de la sentencia y de sus razonamientos puede colegirse que ese interés se tiene presente. De todos modos se echa en falta más datos de los que constan y se valoran, sobre todo un informe psicosocial sobre el impacto en la menor del cambio de localidad de residencia y, por ende, del entorno social y escolar que disfrutaba.

4.- A pesar de ello no se aprecia que el Tribunal de apelación haya decidido en contra de la doctrina de la Sala, y ello por los siguientes motivos:

(i) Las propias partes consideraron que fuese la madre quien tuviese atribuida la guarda y custodia de la menor.

(ii) Partiendo de que el traslado de Sevilla a Albacete no se reputa caprichoso y arbitrario, se tiene en cuenta el apoyo familiar que en esta ciudad tiene la progenitora custodia para compatibilizar su trabajo y cuidado de la menor, mientras que el padre reconoce no disponer en Sevilla de tal entorno, siendo en Córdoba donde sí dispone de él. Por tanto la autorización no perjudica el interés de la menor en este extremo, que puede considerarse como el más relevante.

(iii) Es cierto que para la menor va a suponer un cambio en su entorno social y escolar y que lo deseable hubiese sido que la madre pudiese residir en Sevilla. Pero al no ser posible, tal trastorno no debe condicionar per se la oposición a la autorización, pues es una máxima de experiencia que muchos menores, sin necesidad de crisis matrimonial, por razones personales o profesionales de los padres, tienen que soportar tales cambios y se adaptan a ellos en tiempos prudenciales.

Por todo ello ambos motivos del recurso de casación se desestiman.

CUARTO.- Decisión de la Sala sobre el tercer motivo.

1.- La sentencia 664/2015, de 19 de noviembre , ratifica como doctrina jurisprudencial:

«[...] que para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al menor del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del menor y en su defecto: a) Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor

custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual. b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables.»

2.- Tal doctrinal la respeta la sentencia recurrida, al repartir la carga entre ambos progenitores respecto a los traslados que deben soportar en relación con el régimen de comunicación y visitas del padre con la hija, que se ha visto sustancialmente alterado por el traslado de la menor con su madre a otra ciudad.

3.- Sin embargo la sala discrepa de la sentencia recurrida sobre la posible compensación económica derivada de tal circunstancia. Es cierto que la pensión alimenticia a favor de la hija ha de venir determinada por la proporcionalidad entre las necesidades de ésta y la capacidad económica del progenitor obligado, como también lo es que tal capacidad, y en interés de la menor, se ve mermada por los gastos de desplazamiento que tiene que hacer éste a Albacete, e incluso de alojamiento, para así facilitar que la hija no pierda la relación con su padre, que redunda en beneficio de ella.

La sentencia recurrida es consciente de ello, pero mantiene el quantum de la pensión alimenticia por entender que no sufre merma la capacidad económica del alimentante, merced a que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar a consecuencia del traslado de la actora que lo tenía atribuido. Sin embargo tal circunstancia no puede ser determinante, pues el uso lo tenía atribuido la hija y la madre custodia, por lo que, al desaparecer dicho uso, la vivienda ya no va a tener atribuido el uso, salvo provisionalmente, y corresponde su liquidación. De ahí que el motivo lo apoye en tal extremo el Ministerio Fiscal.

4.- Consecuencia de lo expuesto es que se haya de estar al quantum de la pensión ascendente a 300 € mensuales fijado en la sentencia de primera instancia".

Por su parte, la Sentencia núm. 230/2018, de 18 de abril, del Tribunal Supremo [7], afirma que:

"(...) La parte recurrente alega que el cambio de domicilio no afectó al interés de la menor, dado que Oñati está a 38 km de Vitoria, estando escolarizada en Oñati en los dos últimos años (computados con la fecha del recurso), no pudiendo sancionarse a todo el núcleo familiar, afectándose al principio de proporcionalidad.

Esta sala en sentencias 748/2014, de 11 de diciembre , y 642/2012, de 26 de octubre , condiciona la autorización de traslado de residencia del menor, a que no quede afectado su desarrollo emocional, la progresión de su personalidad, su estabilidad, el contacto con progenitores y hermanos.

Se aprecia en todas las sentencias de esta sala que como principio rector debe ajustarse la decisión al interés del menor (articulo 39 CE y artículo 92 CC) (STS de 19 de noviembre de 2015, Rc. 2724/2014) y sentencia 5/2017, de 12 de enero .

Se considera en la sentencia recurrida que el cambio unilateral de residencia, sin acuerdo o sin autorización judicial es en principio ilegítima, habiendo actuado la hoy recurrente por la «vía de hecho», lo cual razona la Audiencia Provincial que no exonera del análisis de la situación para posibilitar una actuación en beneficio de la menor.

En la sentencia recurrida se valora que la distancia entre Oñati y Vitoria no justifica la necesidad absoluta del cambio de residencia promovido por la madre.

Esta sala de casación ha de declarar que el cambio de residencia unilateralmente acordado, es reprobable, pero ello no puede acarrear una sanción que perjudique el interés de la menor.

Es forzoso reconocer que casi tres años después de efectuado el cambio de residencia es difícil abordar la cuestión, dado que la menor se ha enraizado en un nuevo entorno, en un nuevo colegio, con nuevas amigas/os y vecinos.

En esa nueva ciudad, Oñati, de la que es natural el marido de su madre (D. Jaime), el mismo trabaja en una fábrica, en dicha localidad reside la familia extensa de D. Jaime . También en Oñati están

escolarizados en el mismo colegio los dos hermanos (de vínculo sencillo) de Agustina . Igualmente en el mismo colegio trabaja la cuñada de la hoy recurrente.

De lo expresado se deduce que se ha producido la consolidación de una nueva residencia en Oñati que, en su día, pudo haberse evitado con la adopción de las correspondientes medidas provisionales o cautelares, pero que a estas alturas provoca que no sea aconsejable someter a la menor a un nuevo cambio de ciudad, colegio, amigos y entorno, máxime cuando la escasa distancia entre localidades no impide el contacto del padre con la menor (arts. 92 , 94 y 103 del C. Civil).

Las medidas provisionales acordadas en su día, con acuerdo de las partes, mantenían la custodia de la menor con la madre en Oñati, si bien en las visitas intrasemanales (3) era la madre la que llevaba la niña a Vitoria y la recogía. En las intersemanales la madre llevaba la niña a Vitoria y el padre la retornaba el lunes al colegio.

Será en ejecución de sentencia cuando el juzgado, previa audiencia de las partes, deberá establecer el nuevo régimen de visitas, en el que gastos de desplazamiento no penalicen al padre y de manera que ello no redunde en perjuicio de la menor (sentencia 5/2017 de 12 de enero).

En conclusión, estimando el recurso de casación, procede casar la sentencia recurrida en el sentido de no autorizar el cambio de domicilio de Oñati a Vitoria (...)".

Deviene al hilo recordar la Sentencia núm. 578/2018, de 17 de octubre, del Tribunal Supremo [8], que señaló:

"(...) las discusiones sobre guarda y custodia de los menores deben contemplar siempre el prevalente del interés de los niños, lo que obliga a los tribunales a decidir cuál es lo que más les conviene ante una situación que no es anormal ni mucho menos infrecuente como es la que aquí se plantea de ruptura de las relaciones personales de los progenitores y posterior traslado de uno de ellos a España abandonando el domicilio familiar y llevándose consigo al hijo.

Ocurre en este caso que la madre ha trasladado su residencia y la del hijo a España sin sustento en un acuerdo con el otro o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, pero lo que se está resolviendo no es un cambio de custodia del menor sino la custodia misma del hijo en beneficio e interés de este calibrando y ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida teniendo en cuenta lo siguiente:

a) el recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

El tribunal ha valorado la prueba y considerado que lo más adecuado para el menor era confiarlo a la custodia de la madre, motivando las razones para ello, incluidas las del traslado.

b) el interés del menor que se invoca para acordar un cambio de custodia distinto del que valoró y tuvo en cuenta la sentencia se argumenta más que en el hecho del traslado del niño y de la madre a España, en el beneficio que supone reintegrarle a los estudios en aquel país, frente a la escuela pública a la que asiste en España, sin atender a los demás elementos personales, familiares, materiales, sociales y escolares que concurren en este caso y que la sentencia valora de una forma positiva para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente y sopesando las necesidades de atención cariño, alimentación y educación y ayuda escolar, buscando el mejor clima de equilibrio y sosiego entre los progenitores, como también sostiene en su informe el Ministerio Fiscal.

c) El padre no tiene un trabajo totalmente fijo y estable en Cambridge, lo que podría determinar que tuviera que retornar, sino lo ha hecho ya, a España; posibilidad esta que tiene en cuenta la sentencia para no acoger la pretensión de guarda y custodia compartida al tratarse de una medida de futuro que se analizará «una vez que se produzca el regreso del padre del menor a España de modo definitivo».

d) No estamos, en definitiva, ante unos hechos consumados por la decisión unilateral de la madre de abandonar el que fue el domicilio familiar y trasladarse a España, donde el matrimonio tuvo inicialmente su domicilio, con el niño. Estamos ante una valoración del interés del menor en razón a las circunstancias que concurren en este momento determinadas no solo por la necesidad de que la situación se mantenga, sino propiciadas por esa dosis de provisionalidad que resulta de la posible residencia en España de ambos progenitores en un corto espacio de tiempo (...)".

A la luz de las anteriores reflexiones ha de resaltarse que, en este tipo de conflictos, está en juego el derecho de toda persona a fijar su domicilio en el lugar donde quiera desarrollar su vida, lo que comprende un mayor contacto con su nueva pareja y su familia, y poder ostentar una situación que le posibilite una actividad laboral que, necesaria para el desarrollo personal de cualquier persona, le es precisa a la recurrente para mantenerse ella y sus hijos.

Este derecho cuando existen hijos menores bajo la guarda de esa persona y en tanto que ello les afecta, se encuentra afectado en cuanto afecta a menores vinculados a ella por el régimen de guarda.

Ello supone que, existiendo discrepancia entre los titulares de la patria potestad y correspondiendo resolverla a un Tribunal conforme al artículo 156 del Código Civil , se ha de valorar para concederle a ella la facultad de fijarlo en otra ciudad,,si ello supone un perjuicio para los menores.

La denegación del traslado o cambio de residencia puede comportar un cambio en la medida relativa a la guarda, cuando quien solicita el traslado o cambio es el progenitor/a que tiene la guarda, pues no se le puede obligar al progenitor a renunciar al traslado personal sin infracción del derecho a la libre circulación, pero tampoco se pude perjudicar al hijo en su régimen relacional con el otro progenitor y en la conservación de sus vínculos con el lugar de residencia originario, si ello atiende a su interés.

JURISPRUDENCIA REFERENCIADA

[1] Auto núm. 376/2019, de 9 de octubre, de la Audiencia Provincial (Secc. 18ª) de Barcelona; Recurso núm. 657/2019; Ponente: D. FRANCISCO JAVIER PEREDA GAMEZ,

[2] Sentencia núm. 289/2014, de 26 de mayo, del Tribunal Supremo; Recurso núm. 2710/2012; Ponente: D. FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS;

[3] Sentencia núm. 536/2014, de 20 de octubre, del Tribunal Supremo; Recurso núm. 2680/2013; Ponente: D. JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA;

[4] Sentencia núm. 485/2015, de 10 de septiembre, del Tribunal Supremo; Recurso núm. 797/2014; Ponente: D.FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS;

[5] Sentencia núm. 4923/2015, de 19 de noviembre, del Tribunal Supremo; Recurso núm. 2724/2014, Ponente: D. FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS;

[6] Sentencia núm. 5/2017, de 12 de enero, del Tribunal Supremo; Recurso núm. 2318/2015; Ponente: D. Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ;

[7] Sentencia núm. 230/2018, de 18 de abril, del Tribunal Supremo; Recurso núm. 2477/2017; Ponente: D. FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS;

[8] Sentencia núm. 578/2018, de 17 de octubre, del Tribunal Supremo; Recurso núm. 566/2018; Ponente: D. JOSEANTONIO SEIJAS QUINTANA;

En las sentencias anteriores a la reforma del art. 96 del CC ¿Hay que pedir la extinción del derecho de uso cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad o dicha extinción es automática?

ÁLVARO IRÁIZOZ

Abogado. Madrid

Considero que no sería necesario instar este procedimiento de modificación de medidas antes de que el hijo o los hijos alcanzasen la mayoría de edad.

Me decanto por la opción de esperar y si una vez alcanzada la mayoría de edad por todos los hijos, las partes no alcanzasen un acuerdo para la venta a un tercero de la vivienda o la adjudicación a uno de ellos con la correspondiente indemnización al otro, o el alquiler de la misma o cualquier otra solución, la parte despojada del derecho de uso, entonces sí, interponga la correspondiente demanda de modificación de medidas solicitando la extinción inmediata del derecho de uso, petición que estaría plenamente justificada, salvo circunstancias excepcionales. Además, considero que en dicha demanda se debería solicitar, no sólo esta extinción del derecho de uso, sino que se decretase un sucesivo y cronológico uso exclusivo de la vivienda por cada codueño por períodos alternos hasta la efectiva liquidación del patrimonio común, solución que aunque no está expresamente prevista en los procesos de familia, afortunadamente es ampliamente aceptada por numerosos Juzgados y Audiencias Provinciales.

Todo ello a fin de evitar conductas obstruccionistas, dilatorias y condicionamientos a la venta o liquidación de este patrimonio común.

ISIDRO NIÑEROLA
Abogado. Valencia

Esta cuestión ya se ha planteado de manera pacífica en los Tribunales durante años después de la Sentencia de Pleno de 5 de Septiembre de 2011, Recurso 1755/2008, número de Resolución 624/2011, siendo Ponente el entonces Presidente de la Sala 1ª Excmo. Sr. Don José Antonio Xiol Ríos, con la cual se puso fin al uso de la vivienda familiar de forma indefinida, lo que suponía un bloqueo durante años para el otro copropietario, al que no se le había otorgado la custodia de los hijos.

Cuestión distinta será cuando estemos en supuestos de custodia compartida en los que el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre períodos de 2 a 3 años, como plazo prudencial para la extinción y entre otras la 593/2014 de 24 de Octubre, pero este no es el caso de la cuestión planteada.

Así, a partir de la Sentencia de Pleno mencionada, no es que existiera evidentemente una extinción automática, sino que habría que acudir al procedimiento de Modificación de Medidas, si la Sentencia dictada fue anterior a dicha fecha, y obtener un pronunciamiento favorable.

Entiendo no obstante, que si la Resolución no prevé la extinción del uso a la mayoría de edad, hasta que el legislador no modifique el precepto, deberá la Resolución Judicial establecer la fecha de extinción.

De hecho, si nada se indicase, habría que recurrir hasta el Tribunal Supremo, si fuese necesario, porque el Tribunal habría emitido un pronunciamiento, trasgrediendo la doctrina del Pleno.

En dicha Resolución de Pleno, se analizaba una Sentencia dictada por el Juzgado de Torrelavega que acotaba el uso hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y la porque Audiencia Provincial de Cantabria, asignaba el uso hasta que el último de los hijos concluyese su formación.

El Tribunal Supremo, formulaba en su Razonamiento Cuarto las siguientes consideraciones:

"Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC,, en el atendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cual de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevará la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 C, según el cual "No

habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección".

Y aunque dicha Sentencia se casó adjudicando el uso hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, ya sentó las bases definitivas para que en lo sucesivo se dejase claro que en el momento en que se cumpla la mayoría de edad, la vivienda dejará de estar afectada en cuanto al uso que se confirió bajo la minoría de edad de los hijos, y así ha sido una constante en las Resoluciones que se han ido dictando.

Es necesario recordar la Sentencia de 23 de Enero de 2017, número de recurso 3329/2015 y número de Resolución 42/17 siendo Ponente el Excmo. Sr. Don Eduardo Baena Ruiz, en donde en dicho Recurso de Casación, aunque la Sala trataba un asunto de custodia compartida y con respecto a la aplicabilidad en estos casos, no del artículo 96.1, sino del artículo 96.2 del Código Civil, si bien en dicha Resolución se reiteraba la Doctrina emanada por la Sentencia 434/2016 de 27 de Junio, Recurso 1694/2015, en el sentido siguiente:

"…se ha de concluir que la sentencia recurrida desconoce en su aplicación la doctrina de la Sala, pues alcanzada la mayoría de edad del hijo ya no cabe atribución de guarda y custodia del mismo, con lo que no es posible hacer depender la atribución del uso de la vivienda a la madre de la situación económica de un hijo mayor de edad que, en caso de necesidad alimenticia, debe verla satisfecha por sus progenitores conforme a las normas generales del Código Civil en materia de alimentos (artículo 142 y s.s. CC), sin que el cotitular de la vivienda vea indefinidamente frustrado sus derechos sobre la misma".

Por ello, la respuesta es clara en cuanto que, cuando no se haya temporalizado hasta la mayoría de edad, cabrá acudir a un proceso de Modificación de Medidas para que se deje sin efecto ese uso. Cabría pensar que si la Sentencia fue posterior a los pronunciamientos del Tribunal Supremo, no cabría, dado que la parte se aquietó al no fijarse plazo de duración.

JORGE MARFIL

Abogado. Madrid

No procede la interposición de demanda de modificación de medidas antes de que los hijos cumplan la mayoría de edad, y ello con base en los arts. 142 y 93 CC.

Recordemos que la obligación de alimentos de los progenitores no cesa cuando sus hijos cumplen los 18 años. Y, que, además, dicho deber incluye la necesidad habitacional de los mismos (art. 142 CC).

Hasta la mayoría de edad parte de la referida obligación se afronta mediante la atribución del uso, por lo que después –y dado que generalmente los jóvenes no son independientes económicamente a esa edad- se deberán analizar las necesidades que confluyen en ese momento, incluyendo la habitacional, para así determinar una nueva cuantía de pensión de alimentos.

Pensemos que en el caso de que se inicie el proceso antes de que los hijos cumplan los 18 años, el Juez no podrá acordar una pensión a futuro y por lo tanto se deberá iniciar otro procedimiento cuando sí hayan alcanzado dicha edad, algo que evidentemente confronta con el principio de economía procesal.

Añadir, que la búsqueda de automatismos, más propios del derecho penal que del civil, en el supuesto como el que nos ocupa, así como en tantos otros, solo conducen a situaciones de indefensión.

SUSANA MOYA

Abogada. Madrid

De nuevo el legislador, en lugar de proceder a una reforma seria y profunda del Derecho de Familia y promulgar de una vez el Código de Derecho de Familia y crear la Jurisdicción del Derecho de Familia, ha optado por modificar a "escondidas" el contenido del artículo 96 del Código Civil.

Y en esta ocasión ha utilizado la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, Ley que se publicó en el BOE a siguiente día 3 de junio (BOE» núm. 132, de 03/06/2021) y que entró en vigor a los tres meses de su publicación, esto es, el 3 de septiembre de 2021 y que nada tiene que ver con el contenido y alcance de la reforma del citado artículo y que consta en el artículo 2.11 de la citada ley.

Un nuevo "parcheo" al que, lamentablemente, venimos padeciendo todos los operadores jurídicos y sobre todo los que nos dedicamos al Derecho de Familia desde la entrada en vigor de la Ley 30/ 81 de 7 de julio.

Desde la entrada en vigor de dicha Ley el contenido del artículo 96 del Código Civil dicho artículo es el siguiente:

> *"1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.*
>
> *A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.*
>
> *Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.*
>
> *Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.*
>
> *2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.*
>
> *3. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes*

indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

Es decir: el legislador modifica el anterior contenido del citado artículo 96 del Código Civil – en el que no se contemplaba la limitación del derecho de uso de la vivienda familiar- en el sentido de acordar la LIMITACION TEMPORAL DEL DERECHO DE USO hasta la mayoría de edad de todos los hijos, con las excepciones y matizaciones que se introducen en el citado artículo en relación a los hijos con discapacidad.

Nuestro legislador ha tardado nada más ni nada menos que DIEZ AÑOS en introducir tal limitación del derecho de uso de la vivienda familiar en el artículo 96 del Código Civil que ya venía aplicándose gracias a la Jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal el que ya desde el año 2011 venía dictando sentencias en tal sentido y que han sentado DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

Mención especial y reconocimiento merecen las pioneras sentencias del Tribunal Supremo de 1 y 14 de abril de 2011 y la de 5 de septiembre de 2011.

En efecto, la Sentencia del TS de fecha 5 de septiembre de 2011 vino a fijar que la protección que otorgaba el art. 96.1 del CC en su anterior redacción a los hijos menores de edad, NO SE EXTIENDE AL MAYOR DE EDAD.

"...La STS 624/2011, de 5 septiembre, del Pleno de esta Sala, distingue los dos párrafos del Art. 96 CC en relación a la atribución de la vivienda que constituye el domicilio familiar cuando los hijos sean mayores de edad." Dice que en el primer párrafo se atribuye el uso de la vivienda a los hijos "como concreción del principio favor filii", pero que cuando sean mayores de edad, rigen otras reglas.

La Sentencia de 5 de septiembre de 2011, viene a fijar que la protección que otorga el art 96,1 del CC a los hijos menores de edad, no se extiende al mayor de edad; es decir, la circunstancia de alcanzar la mayoría de edad, permite revisar esa atribución del uso, bajo el prisma del interés familiar más necesitado de protección; toda vez que: a) la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional; lo cual no ocurre en el caso de los mayores, a salvo de una ley que así lo establezca; b) no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el art 93.2 del c.c. y c) ningún alimentista, mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código civil. Tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda, con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. Por lo tanto esta sentencia, viene a establecer, que si se puede limitar el uso de la vivienda, hasta que los hijos sean mayores de edad, momento en que se deberá a lograr dicha atribución en base a otros criterios: interés familiar más necesitado de protección, e imposibilidad legal de mantener a un comunero o copropietario en comunidad o copropiedad,

manteniendo la limitación que implica el art 96,1 del Código Civil para vender la vivienda a un tercero: lo cual en muchas ocasiones es la mejor solución para poner fin a todos los problemas que existen esa familia tras el divorcio o la separación.

Pues bien: como antes indicaba el legislador HA TARDADO MAS DE DIEZ AÑOS EN MODIFICAR EL ARTICULO 96 DEL CODIGO CIVIL INTRODUCIENDO LA LIMITACION TEMPORAL DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

La pregunta que se nos plantea en relación a cuál ha de ser el procedimiento a seguir en las sentencias que tenemos donde no se acota al derecho de uso y que es la siguiente:

¿Hay que revisarlas y pedir modificación de medidas para que, alcanzada la mayoría de edad, se acuerde la extinción o no hace falta?

En mi opinión el procedimiento a seguir es el de la modificación de medidas establecido en el artículo 775 de la LEC invocando, precisamente, la actual redacción del artículo 96 del Código Civil, demanda de la que es competente territorialmente el mismo Juzgado que acordó tal medida.

Y considero que en tal demanda de modificación de medidas debemos pedir no solo la extinción del derecho de uso sino establecer las medidas necesarias para la ejecución de tal pronunciamiento porque si solo pedimos y, en congruencia y por hallarnos en una materia de derecho dispositivo al ser los hijos mayores de edad, el Tribunal lo acuerda y en la sentencia tan solo se dice que se declara extinguido el derecho de uso pero no se declara en el fallo de la misma qué consecuencias conlleva si no se cesa en el uso, porque si en la sentencia solo se dice que se cesa en el uso podría haber problemas a la hora de ejecutar.

Y por ello en nuestras demandas de modificación (o en las nuevas demandas en las que haya menores de edad) debe pedirse expresamente que, a la extinción del derecho de uso, el cónyuge o progenitor titular del mismo deberá desalojar el inmueble y podrá ser lanzado, a instancias del otro, si no lo hiciere en el plazo concedido al efecto y ello para no tener problemas en la ejecución de la sentencia.

Dicho esto, también considero que debemos informar a nuestros clientes que la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, alcanzada la mayoría de edad de todos los hijos comunes del matrimonio no exime a los progenitores de la obligación del deber de alimentos en los términos establecidos en el titulo VI del Código Civil (De los alimentos entre parientes) por lo que en el caso de que los hijos mayores de edad no sean independientes económicamente – que será lo habitual- el cónyuge con el que convivan tendrá a su vez derecho a pedir una modificación de medidas pidiendo un incremento de la pensión alimenticia fijada en la sentencia anterior precisamente para cubrir las necesidades de la nueva vivienda en la que van a residir los hijos tras la salida de los mismos del domicilio familiar.

RAMÓN TAMBORERO
Abogado. Barcelona

La reforma del artículo 96, y el texto aprobado para el mismo, entiendo que en absoluto implica que haya desaparecido la obligación de que para ser modificada una resolución judicial, en la que expresamente no se haya indicado cuándo finaliza el derecho de uso del domicilio familiar, atribuido a unos menores y su progenitor, como consecuencia de una Sentencia de Separación o Divorcio, en tanto que eran menores de edad, se deba interponer un procedimiento por la vía de la Modificación de Efectos de Sentencia que al respecto establece la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Entiendo que, aún en el hipotético caso de que todos los hijos hubieran alcanzado la mayoría de edad, pueden darse otro tipo de circunstancias, que aconsejen no aplicar de una manera tan estricta la letra del contenido del nuevo artículo del Código Civil sin valorar otras circunstancias que afectan ellos mismos y al progenitor con el que convivirán.

En todo caso esa será una circunstancia, la de la mayoría de edad, que el juez evidentemente valorará y tendrá en cuenta a la hora de dictar la correspondiente Sentencia, pero junto a tal efecto, deberá también, probablemente, valorar otras cuestiones que serán trascendentes para la continuidad de la situación de hecho que se venía dando antes de tal mayoría de edad, sobre todo si se decide que finaliza el derecho de uso.

Es muy probable que como consecuencia de que el Juzgador optara por liberar el derecho de uso como consecuencia de la mayoría de edad de los hijos en común, deba tener en consideración la posible reforma de la pensión de los Alimentos que en todo caso debía pagar el progenitor que no disponía de tal derecho.

Efectivamente a la hora de fijarse la pensión por Alimentos para los hijos entonces menores de edad, se debió tener en cuenta la atribución del derecho de uso del domicilio familiar, razón esta por la que, al finalizar tal derecho de uso, es más que probable, que deberá también valorarse con exactitud las nuevas condiciones que uno y otro progenitor tienen como consecuencia de la recuperación del inmueble de su propiedad, o la venta del mismo si era compartida su propiedad.

Ese hecho, por sí solo, ya implicaría una sustancial variación de circunstancias, lo que nos dirige directamente a la demanda de Modificación de Efectos de Sentencia, que da mayores garantías a ambos litigantes para resolver no solo la cuestión relativa al derecho de uso de la vivienda que venían ocupando los hijos menores de edad, sino también la nueva situación económica respecto de sus alimentos.

La pensión por Alimentos incluye también la parte proporcional que implica el derecho de uso de una vivienda, evidente que es necesario valorar cómo quedan los dos progenitores como consecuencia de la recuperación del derecho de uso de la vivienda para uno de ellos o su reparto en cuanto a la posible venta del mismo.

Todo lo cual implicará que los Alimentos deberán ser revisados para adaptarlos a la nueva situación fáctica del grupo familiar que conviven juntos, aún alcanzada la mayoría de edad, con uno de sus progenitores.

FRANCISCO VEGA
Abogado. Barcelona

La casuística que hay en lo que venimos llamando Derecho de familia no es, a mi entender, motivo para que se cambien las normas que rigen los procesos.. Lo resuelto por una sentencia, tengo entendido que resuelto está y sólo puede cambiar por otra sentencia.

Una nueva ley no modifica la situación existente a menos que lo diga expresamente, lo que suele ser en las disposicipnes adicionales o en las finales. Por consiguiente permanece la situación existente.

Ahora bien, si como consecuencia de la nueva ley, cambian las "circunstancias" (no la "ley" sino las "circunstancias") podrá pedirse una modificación de las mismas como siempre que se modifican. Ejemplo: Si se publica una ley que aumenta un 30% el sueldo de los carteros, no por este solo hecho las esposas de los carteros podrán pedir que les aumenten en un 30% la pensión que reciben. Simplemente se ha creado una nueva situación económica en el matrimonio y habrá que examinarla, y examinada esta resulta que el esposo cartero es destinado en otra población en la que ha tenido que alquilar un piso mientras el anterior era de propiedad de su padre y el era precarista y por su parte la esposa ha recibido un aumento salarial del 3,5 % tendremos una nueva situación en que las "circunstancias" han variado (cambio de población, piso de alquiler de esposo, destino del piso de propiedad antes del padre del esposo, y los aumentos habidos también, pero no es automático) Y si del estudio de estas nuevas "circunstancias" no aparece una modificación clara no hay cambio a pedir., y menos darlo por realizado

Lo que debe variar son los hechos que rodean la vida de los esposos litigantes, su contenido y relación. Esto son las "circunstancias", no las "normas". Una "norma" no es una "circunstancia". Una "circunstancia" es, a mi entender, un "hecho", no una" ley".

Este es mi criterio que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

EL SUPREMO AL DÍA

M.ª Dolores Azaustre Garrido

TS

SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 2021
Roj: STS 2397/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2397
Nº de Recurso: 4413/2020
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Las expresiones que se contenían en el escrito de contestación a la demanda no eran innecesarias o gratuitas, aunque su utilización pudiera molestar, inquietar o disgustar a la demandante, sino que se encontraban amparadas por los derechos a la libertad de expresión y de defensa (arts. 20.1 a y 24.2 CE), que no pueden admitir obstáculos, ni ser degradados, en su legítimo ejercicio, cuando sus límites no han sido sobrepasados.

La controversia planteada se centra en el contenido de los escritos de contestación a la demanda, presentados por la representación procesal de los codemandados, en los procedimientos seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000, que versaban sobre la fijación de un régimen de visitas a favor de la demandante con respecto a sus nietos, hijos de los codemandados, en los que se incluyen expresiones tales como que la actora "tiene serios problemas con el alcohol, carácter y personalidad conflictiva, padece de episodios conflictivos cuando está bajo la influencia del alcohol o en estado psíquicamente inestable, personalidad conflictiva, vida inestable, insultos ("hija de puta" y "cabrona"), enfrentamientos con los vecinos, varias parejas sentimentales, consumo de alcohol y drogas, vida libertina", que considera constitutivos de una intromisión ilegítima en su derecho al honor, al amparo

del art. 7.7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo.

El Juzgado de 1.ª Instancia Instancia dictó sentencia en la que apreció la falta de legitimación pasiva de los demandados, al no ser los autores de los escritos que contienen las expresiones controvertidas, y, a mayor abundamiento, considera que tales expresiones, al estar contenidas en escritos presentados en distintos procedimientos judiciales, deben encuadrarse dentro de los límites admisibles del derecho de defensa, por lo que desestimó la demanda.

La sentencia de segunda instancia, admitió la legitimación pasiva de los demandados, con el razonamiento que si bien los escritos litigiosos no han sido redactados por los apelados, sino por los letrados que asumieron sus respectivas defensas en los distintos procedimientos judiciales, por lo que, en principio, serían éstos los titulares de la relación jurídica objeto del proceso como autores materiales de dichos escritos (art. 10 LEC), sin embargo, los letrados recaban información de sus clientes, para poder establecer una estrategia en defensa de sus derechos, y, en base a la misma, elaboran sus escritos judiciales, por lo que no cabe negar legitimación pasiva a los codemandados, que asumen el contenido de dichos escritos y facilitan la información precisa para redactarlos. Al entrar en el fondo de la controversia, se consideró que la contextualización de las expresiones proferidas en un proceso judicial, sin trascendencia extraprocesal, con carácter instrumental con respecto a la finalidad pretendida de fijación de un régimen de visitas, sin exteriorizar otras frases o expresiones, que pudieran considerarse como manifestación de un inexistente derecho al insulto, determinaban que la demanda no pudiera ser acogida.

El recurso de casación interpuesto por D.ª Blanca se fundamenta en la infracción del art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, de la intimidad personal y familiar y de la propia imagen.

En el caso presente, la determinación de la procedencia y forma de ejercicio del régimen de visitas postulado, exigía valorar su carácter beneficioso y no perjudicial para el desarrollo emocional de los menores, lo que requería valorar el comportamiento de la demandante y su idoneidad para comunicarse con sus nietos.

Así lo ha reconocido con reiteración este tribunal, por ejemplo, en su sentencia 581/2019, de 5 de noviembre, en la que señalamos que "el artículo 160. 2 del Código Civil sí permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no es definida y, en consecuencia, debe examinarse en cada caso, sirviendo de guía, como se ha dicho, para tal valoración el interés superior del menor"; en el mismo sentido, la sentencia 638/2019, de 25 de noviembre, entre otras.

En definitiva, sí apreciamos relación funcional o instrumental entre las afirmaciones contenidas en los escritos de contestación a la demanda y el derecho de defensa de los codemandados, con lo que se cumplen las exigencias antes expuestas para la prevalencia reforzada de la libertad de expresión.

...(iv) En cualquier caso, el legítimo ejercicio del derecho de defensa, constitucionalmente protegido, no ampara el derecho al insulto o que resulten legitimadas imputaciones de matiz claramente ofensivo, que sean innecesarias, gratuitas o desproporcionadas, en las que predomine claramente una intención de menoscabar la fama ajena, y no propiamente de ejercitar la defensa de los derechos e intereses propios o representados.

En el sentido expuesto, constituye consolidada jurisprudencia la que viene sosteniendo, sin fisuras, que quedan fuera del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión, las frases y manifestaciones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental [STC 204/1997, de 25 de noviembre, 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5, y 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4 y recientemente 89/2018, de 6 de septiembre, FJ 3 a) y 18/2020, de 10 de febrero, FJ 5].

En las sentencias de esta Sala 62/2013, de 5 de febrero y 146/2021, de 15 de marzo, se señala igualmente que: "[...] el ejercicio del derecho de defensa en las actuaciones judiciales -campo al que se extiende la libertad de expresión- tiene un contenido específicamente resistente y es inmune a restricciones salvo aquellas que derivan de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas, ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa" (STC 205/1994, 157/1996, entre otras).

La STC 39/2009, de 9 de febrero (FJ 3), se expresa en los mismos términos, al exigir el límite del "mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento, y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 6). La libertad de expresión del Abogado no legitima así ni el insulto ni la descalificación

(SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 3; 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 7)".

Tampoco, en este caso, consideramos que, más allá de la alegación de unas afirmaciones referentes a la conducta de la demandada con finalidad instrumental para el ejercicio del derecho de defensa, se emplearan expresiones innecesarias o gratuitas, que sobrepasasen los límites tuitivos de los arts. 20.1 a) y 24.2 CE, que no pueden resultar degradados u obstaculizados, porque contengan imputaciones molestas y dolorosas para la demandante relacionadas con el objeto del proceso.

En el caso enjuiciado por la STC 299/2006, de 23 de octubre (FJ 6), se aplica igualmente tal doctrina, al establecer:

"[...] Coincidimos con el Ministerio Fiscal en que, dado el contenido de la pretensión civil ejercitada, la misma, en cuanto solicitaba la privación a la madre de sus facultades de guarda y custodia, sólo podía apoyarse en la comunicación al juzgador de determinados aspectos de la conducta materna que pusieran de relieve su inhabilidad para el ejercicio de las funciones tuitivas en que la patria potestad consiste. En esa medida resulta evidente que las afirmaciones de hecho que se han considerado delictivas guardan estrecha relación y conexión con la pretensión ejercitada, es decir, no son gratuitas ni innecesarias sino vinculadas al fin de defensa de la pretensión actuada en el proceso civil".

(v) Desde otra perspectiva, resulta evidente que las afirmaciones que se contienen en un proceso civil, en el que se discute entre las partes litigantes un derecho de visitas de la abuela con respecto a sus nietos, no tienen por finalidad la formación de una opinión pública plural, pues se mueven dentro del reducido ámbito de un juicio de familia, en el que no rige el principio de la publicidad de las actuaciones judiciales, y en el que se encuentra en juego el interés y beneficio de los menores. Lo afirmado hasta ahora implica excluir, en casos como el presente, el criterio ponderativo de la relevancia o irrelevancia pública de lo expresado o transmitido, que, por el contrario, constituye un elemento decisivo de apreciación, cuando se alega el ejercicio de las libertades de expresión o información bajo una contextualización evidentemente distinta.

(vi) Las expresiones contenidas en los escritos de contestación a la demanda no se hallaban dirigidas a terceros con vocación de debate público, sino que, por el contrario, estaban exclusivamente destinadas al juez, con la finalidad de oponerse a la pretensión formulada por la demandante, hallándose instrumentalmente conectadas con lo que constituye el objeto del proceso; pues la idoneidad subjetiva, de quien interesa el derecho de visitas, es cuestión nuclear en la decisión de procesos de esta naturaleza, y elemento de imprescindible valoración a los efectos de velar por el interés y beneficio superior de los menores.

Lo expuesto hasta el momento es relevante dado que, al definir el contenido constitucional abstracto del derecho al honor, se ha establecido por el Tribunal Constitucional que este derecho "ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas" (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4), con lo que el carácter reservado de la demanda y del proceso subsiguiente sobre la pretensión en ella ejercitada, suponen un menor riesgo para la reputación de la actora, máxime cuando no consta que, por parte de los codemandados -tampoco así se sostiene por la recurrente- hayan proferido las expresiones litigiosas fuera del contexto propio del proceso judicial.

En este sentido, como señala la STC 299/2006, de 23 de octubre (FJ 5):

"[...] La misma decisión de acudir al proceso y someter a sus cauces y reglas la cuestión litigiosa disminuye el carácter afrentoso de las pretensiones en él ejercitadas y de las premisas fácticas en que se apoyan, pues su verosimilitud no se impone sino que se somete a un debate contradictorio y a un posterior escrutinio judicial. En tal medida la exigencia de diligencia en la obtención de la información que al proceso se lleva se ve modulada por la propia estructura y finalidad del debate procesal pues, de hecho, en muchas ocasiones, sólo con la intervención coactiva del poder judicial podrán llegar a acreditarse las premisas fácticas que sustentan las pretensiones".

(vii) Es verdad que no existe prueba en las actuaciones con respecto a que las afirmaciones realizadas, en el escrito de contestación a la demanda, fueran ciertas; ahora bien, tampoco se abrió fase procesal de prueba para acreditarlas, pues el proceso civil finalizó por acuerdo entre las partes, fijándose un limitado derecho de visitas en un punto de encuentro. Por otra parte, la sentencia recurrida en casación no afirma que fueran mendaces.

En cualquier caso, hemos manifestado que "la valoración de las imputaciones realizadas como

atentatorias contra el honor no puede ligarse al hecho de que finalmente se declarasen no probadas, pues no cabe confundir este extremo con la falsedad de las mismas" (sentencias 442/2012, de 28 de junio; 62/2013, de 5 de febrero, 146/2021, de 15 de marzo).

3.- Conclusiones

En definitiva, nos hallamos ante un procedimiento civil de derecho de familia, en el que las expresiones proferidas se movieron en el exclusivo ámbito forense, las cuales se encontraban íntimamente ligadas con la decisión de la cuestión controvertida, al constituir un elemento de necesaria ponderación judicial para la decisión sobre la fijación de un régimen de visitas de la abuela con sus nietos, en el que es preciso valorar el interés y beneficio de los menores.

En el contexto expuesto, las afirmaciones formuladas en la contestación a la demanda no eran innecesarias o gratuitas, aunque su utilización pudiera molestar, inquietar o disgustar a la demandante, sino que se encontraban amparadas por los derechos a la libertad de expresión y de defensa (arts. 20.1 a y 24.2 CE), que no pueden admitir obstáculos, ni ser degradados, en su legítimo ejercicio, cuando sus límites no han sido sobrepasados, según resulta del conjunto argumental antes expuesto.

TS

SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 2021

Roj: STS 2550/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2550
Nº de Recurso: 4827/2020
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Habiéndose acordado la custodia compartida en modificación de medidas, procede fijar una limitación temporal al uso de la vivienda familiar ganancial que estaba atribuido a la madre e hijos menores de edad, límite que respetando la petición realizada por el padre se fija en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales o de cualquier otro modo se liquide dicho bien, lo que conforma una limitación temporal en el uso que posibilita el tránsito ordenado a la nueva situación. Se descarta la opción de establecer la casa nido.

A los efectos de decidir la cuestión controvertida, objeto del recurso, hemos de partir de la base de que la vivienda familiar es cotitularidad de ambos cónyuges y de carácter ganancial.

En segundo lugar, la madre cuenta con capacidad económica suficiente para disponer de otra vivienda, en la que llevar a efecto el régimen de custodia con sus hijos, al ser funcionaria pública, con unos ingresos correspondientes a la anualidad de 2018, de 26.382,07 euros, siendo superiores los del padre que se elevan a 53.961,15 euros.

El principio del interés superior del hijo menor para garantizar a éste una vivienda, se encuentra cubierto con la custodia compartida y con las posibilidades económicas de ambos progenitores de gozar de una vivienda digna para disfrutar de la compañía de sus hijos.

Por otra parte, deben priorizarse, como dice el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, las medidas que, respondiendo a dicho interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes como los de los progenitores, sin que, en el caso que enjuiciamos, concurra incompatibilidad entre ellos.

En definitiva, "[...] el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable" (sentencias del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5 ; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4 ; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2 ; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8 ; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7, 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6).

O dicho en palabras de la sentencia de esta Sala 319/2016, de 13 de mayo : "[...] en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del me-

nor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir" (sentencias de 26 de noviembre de 2015, rec. 36 de 2015 y de 27 de octubre de 2015, rec. 2664 de 2014). Ahora bien, no es éste el caso del litigio que nos ocupa, en el que los intereses del hijo menor están garantizados y no son incompatibles con los de su padre, sino susceptibles de satisfacción conjunta y coordinada.

La circunstancia de que el padre habite con su nueva pareja en otra vivienda de la que es cotitular en un porcentaje del 20%, no constituye riesgo objetivo y racional de que los hijos de los litigantes puedan verse privados de satisfacer sus necesidades de habitación a costa de sus progenitores, en tanto en cuanto sigan dependiendo de éstos, como una manifestación de la prestación de alimentos, ya que cuentan con capacidad bastante para cubrir tal necesidad.

Por ello, procede estimar el recurso y no atribuir el uso de la vivienda familiar sin limitación temporal en aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta.

Tampoco tiene sentido la petición concerniente al uso mensual alternativo, modelo de casa nido, que implicaría contar con tres viviendas, la propia de cada padre y la común preservada para el uso rotatorio prefijado, solución que resulta antieconómica y que requiere un intenso nivel de colaboración de los progenitores, por ello se descarta en los casos enjuiciados en las sentencias 343/2018, de 7 de junio ; 215/2019, de 5 de abril ; 15/2020, de 16 de enero y 396/2020, de 6 de julio.

En atención a las circunstancias expuestas y jurisprudencia aplicable, consideramos que es procedente mantener la atribución de la vivienda pero con carácter temporal respetando la manera interesada por el propio recurrente hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales o de cualquier otro modo se liquide dicho bien, lo que conforma una limitación temporal en el uso que posibilita el tránsito ordenado a la nueva situación.

TS

SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2021

Roj: STS 2579/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2579
Nº de Recurso: 4485/2018
Ponente: Excma. Sra. D.ª M.ª de los Ángeles Parra Lucán

Se considera acreditado que el dinero que obtuvo el esposo por la venta de una vivienda privativa se invirtió en la compra de la vivienda ganancial y por tanto existe derecho de reembolso aunque no se hiciese reserva. Este dato se infiere sin dificultad tanto de la proximidad temporal entre la venta del inmueble que era propiedad del esposo y la fecha de la compra y los pagos del unifamiliar ganancial, como de la coincidencia entre las cantidades obtenidas en la venta y las empleadas en la adquisición, todo ello unido a los datos económicos aportados por las partes y de los que resulta que los ingresos de trabajo eran muy reducidos en la fecha anterior a la compra, cuando no inexistentes.

Al apelar, el esposo reiteró sus argumentos y la esposa, que según consta en el acta de formación del inventario se había opuesto al crédito invocado por el esposo únicamente con el argumento de que la vivienda era "ganancial al 50%", se opuso a la apelación reiterando ese argumento y añadiendo otros (actos propios del esposo, que mantuvo el carácter ganancial de la vivienda; que la falta de ingresos propios obedecía al acuerdo de ambos de que ella se dedicara a la familia; que el dinero ingresado por el esposo en la cuenta común se empleó en otros gastos de la familia, como resultaba del extracto de la propia cuenta, donde aparecían gastos de supermercado, farmacia, peluquería, etc.). También invocó la falta de prueba de que el dinero privativo se aplicara al pago de la vivienda ganancial. Para ello destacó que, a efectos de acreditar el origen privativo del dinero, la representación del Sr. Edmundo no aportó extractos bancarios de los años 2000 y 2003 de una cuenta que tenía en Banco de Valencia, según dijo porque como consecuencia de la absorción de por Caixa Bank esta no le proporcionaba los extractos y,

si bien solicitó del juzgado que se librara un oficio de requerimiento a la entidad, la solicitud fue denegada por la juez de primera instancia.

Esta sala, actuando como tribunal de instancia, por el contrario, a la vista de toda la documental aportada con la demanda y de lo manifestado por las partes, considera acreditado que los 48.080,96 euros pagados en el momento de la firma del documento de compra privado suscrito por el Sr. Edmundo, así como los 93.000 euros ingresados en la cuenta conjunta, proceden del dinero que obtuvo de la venta del inmueble que era de su exclusiva propiedad y que fue aplicado al pago de la vivienda adquirida como ganancial. Así se infiere sin dificultad tanto de la proximidad temporal entre la venta del inmueble que era propiedad del esposo y la fecha de la compra y los pagos del unifamiliar ganancial, como de la coincidencia entre las cantidades obtenidas en la venta y las empleadas en la adquisición, todo ello unido a los datos económicos aportados por las partes y de los que resulta que los ingresos de trabajo eran muy reducidos en la fecha anterior a la compra, cuando no inexistentes.

Tampoco sería óbice al derecho de reembolso solicitado por el esposo la argumentación de la esposa de que el dinero ingresado en la cuenta común se empleó en otros gastos familiares.

En efecto, 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 (y la esposa en este caso lo que dice es que se habría empleado en gastos familiares, por lo que en tal caso se habría pagado con dinero privativo deudas de cargo de la sociedad, arts. 1362 y 1364 CC).

El mero ingreso en una cuenta de titularidad compartida no convierte en ganancial al dinero privativo. Con carácter general, es doctrina de la sala que los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente a la originaria procedencia de los fondos o numerario de que se nutre la cuenta para determinar la titularidad dominical de los fondos, siendo quien lo invoque quien debe probar el ánimo liberal (sentencias 534/2018, de 28 de septiembre, 83/2013, de 15 de febrero, y 1090/1995, de 19 de diciembre, con cita de otras). Tampoco en las relaciones entre cónyuges, aunque estén sometidos al régimen de gananciales se presume que el dinero privativo se aporta como ganancial (sentencias 657/2019, de 11 de diciembre, y 591/2020, de 11 de noviembre, con cita de otras anteriores).

TS

SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2021 - PLENO

Roj: STS 2783/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2783
Nº de Recurso: 3735/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Declaración de nulidad de la escritura de hipoteca concertada por el hijo en base a un poder otorgado por el padre, poder que posteriormente fue declarado nulo por falta de consentimiento del progenitor. El banco no observó la debida diligencia en la verificación de todos los presupuestos exigidos para eludir las consecuencias de la falta de representación.

1. A la vista de los hechos acreditados en la instancia debemos partir de que, por sentencia firme, se declaró “la nulidad radical y absoluta de pleno derecho, por falta de consentimiento válido y eficaz, de la escritura de poder otorgada por D. Obdulio “, en la que constaba el apoderamiento de D. Obdulio a su hijo D. Joaquín para realizar actos de administración y disposición respecto de la finca Binidalinet.

Esta sentencia se dictó después de que D. Joaquín hipotecara la finca (y, además, prestara fianza personal y solidaria en representación de su padre, a lo que las sentencias de instancia no han dedicado especial atención), en garantía del crédito concedido por BMN S.A. (ahora Bankia) a Venecia Seis 2011 S.L. No se ha discutido que D. Obdulio no mantenía ninguna relación ni ostentaba interés patrimonial al-

guno con la citada sociedad.

2. La declaración judicial de nulidad del poder por falta de consentimiento (art. 1261 CC) comporta que D. Joaquín no pueda ser considerado como un representante con poder, pues los efectos de la declaración de nulidad se extienden retroactivamente al momento en que se otorgó la escritura de apoderamiento. No nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de extinción de un poder válido otorgado por el poderdante y, en consecuencia, no es aplicable el art. 1738 CC, que se refiere a "las causas que hacen cesar el mandato", por lo que la sentencia recurrida, al no aplicarlo, no infringe este precepto.

3. En el momento en que se otorgaron los negocios que ahora se impugnan, la escritura de poder no había sido declarada nula. Además, la hipoteca y la fianza se otorgaron en escritura pública ante otro notario. En atención a ello, dado que el banco demandado invocó su buena fe y la demandada, en su recurso de apelación negó que concurriera la diligencia básica exigible al banco, la sentencia recurrida debió valorar si, en atención a las circunstancias, el banco cumplía los requisitos establecidos por la jurisprudencia para mantener los negocios celebrados por un tercero con quien carece de poder de representación.

Al no hacerlo así, la sentencia recurrida no procedió de manera correcta, pero, sin embargo, por lo que vamos a decir, no va a ser casada por falta de efecto útil, pues al realizar la valoración procedente conforme a la doctrina de la sala, la solución práctica a la que llegamos va a ser la misma que la que alcanzó la Audiencia.

4. La sentencia 707/2012, de 27 de noviembre, en un caso en el que el propio mandante propició y alimentó la confianza del tercero en la existencia del poder, declaró:

"La jurisprudencia hace tiempo que se hizo eco de la doctrina que entendía que debía ser mantenido en su contrato quien lo realizó de buena fe con un representante aparente (SSTS 24 de noviembre de 1989, 27 de septiembre de 1995, 222/1999, de 18 de marzo y, más recientemente, la sentencia 266/2008, de 14 de abril). Para su apreciación, se exige que el tercero haya fundado su creencia de buena fe no en meros indicios sino en la consistencia de una situación objetiva, de tal significación o fuerza reveladora que el haberla tomado como expresión de la realidad no puede imputársele como negligencia descalificadora. En este sentido, en la sentencia 266/2008, de 14 de abril, nos referíamos a que la confianza del tercero en la existencia del poder fuera razonable y no debida a su negligencia".

Posteriormente, la sentencia 695/2013, de 20 de noviembre, con cita de las anteriores, tras recordar que cuando una persona actúa como representante de otra, pero sin poder de representarla, sus actos no vinculan al principal, salvo en el caso de que hubiera ratificación del mismo (art. 1259 CC), añade que "si alguien con sus declaraciones o su conducta induce al tercero de buena fe a creer razonablemente que se le había concedido poder para llevar a cabo el acto representativo, se considera como si dicha persona estuviera apoderada".

La sentencia 503/2014, de 7 de octubre, con cita de la 707/2012, de 27 de noviembre, en un caso de insuficiencia de poder, apreció que el mandatario "actuó bajo mandato aparente", y explicó que "esta figura se da cuando el mandante aparente, con su comportamiento, genera en el tercero con quien se relaciona la convicción de la existencia del mandato, corroborado por la actitud del mandatario que actúa frente al tercero bajo esta apariencia de representación" (en el caso, los mandatarios de la vendedora estaban integrados en uno de los departamentos legitimados para vender, lo que permite entender razonablemente explicable la confianza en la verdad de la apariencia creada).

5. En el caso que juzgamos, a la vista de los antecedentes recogidos en el primer fundamento de derecho, podemos observar que no fue el representado quien creó la apariencia de representación, dada la absoluta falta de consentimiento, según la sentencia firme que declaró la nulidad del poder (lo que llevaría a la aplicación de los arts. 1259 y 1727 CC). Además, tampoco concurren los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para que el banco quede protegido por la confianza que podría generar la apariencia de representación fundada en la intervención notarial y consistente, de una parte, en la existencia de un poder notarial, para cuyo otorgamiento el notario emite un juicio sobre la aptitud para el ejercicio de la capacidad, y, de otra, en el otorgamiento en escritura de los negocios concluidos en representación.

En el presente caso, por el contrario, concurren una serie de circunstancias que permiten concluir que el banco no observó la debida diligencia en la verificación de todos los presupuestos exigidos para eludir las consecuencias de la falta de representación. No solo es que la fianza y la garantía hipotecaria se prestaran a título gratuito, en garantía de una deuda ajena, sino que en la escritura en la que se otorgaron no se hizo referencia al poder, ni por tanto a su suficiencia, pues por error se hizo constar como compareciente en su propio nombre al padre, y no fue hasta después del inicio del procedimiento de incapacitación -que terminó con sentencia por la que,

a requerimiento del Ministerio Fiscal se instaba a la hija a que promoviera las acciones legales respecto de los negocios realizados por su hermano sobre la finca- cuando el notario que había autorizado la escritura la rectificó mediante acta en la que hacía constar que por error se había omitido consignar el poder así como que lo valoraba suficiente para que el apoderado hipotecara la finca. Que el banco no interviniera en el otorgamiento del poder luego declarado nulo ni en la rectificación de la escritura de préstamo hipotecario no significa que, partiendo de la inexistencia de poder, pueda quedar amparado por la doctrina de la apariencia, dado que en el momento del otorgamiento de la escritura ninguna referencia se hizo al poder ni a su suficiencia.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de casación interpuesto por Bankia y confirmar el fallo de la sentencia recurrida, dado que si bien la sentencia no entró a valorar si el banco debía quedar protegido por la apariencia generada por la intervención notarial, la solución a la que llega no es contraria a los preceptos que se citan en el recurso tal y como han sido interpretados por la doctrina de la sala.

TS

SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2021- PLENO

Roj: STS 2881/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2881
Nº de Recurso: 3682/2018
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

La acción de petición de herencia interpuesta por los demandantes es contraria al ejercicio de los derechos con sujeción a las exigencias de la buena fe por cuanto actuaron sin sujetarse a los mandatos de las leyes que proscriben promover una nueva demanda de reclamación de paternidad cuando previamente se dictó otra sentencia desestimando dicha acción.

En el caso que nos ocupa, resulta que la presente acción de petición de herencia interpuesta por los demandantes es contraria al ejercicio de los derechos con sujeción a las exigencias de la buena fe, por las razones siguientes.

En primer término, en tanto en cuanto los demandantes actuaron sin sujetarse a los mandatos de las leyes que proscribían promover una nueva demanda, sin cuestionar al mismo tiempo la eficacia del previo pronunciamiento firme, que desconocía su filiación no matrimonial, que es de nuevo postulada, con ocultación de la primera de las sentencias dictadas, al aprovecharse para ello de la rebeldía de los demandados. De esta manera, lograron obtener una segunda sentencia favorable a sus pretensiones para hacerla valer, en un tercer proceso de reclamación de derechos hereditarios, en el cual de nuevo ocultaron la existencia del primer proceso y, posteriormente, descubierto éste, por el demandado, se opusieron a que se incorporará a los autos la sentencia desestimatoria que le puso fin.

En efecto, los demandantes habían reclamado la filiación no matrimonial con respecto a D. Eleuterio, que falleció en 1974, en el juicio ordinario de menor cuantía, n.º 857/1985, del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Madrid, en el que dirigieron la demanda contra D.ª Paula, como esposa del presunto padre de los actores, y los hermanos Clemente Serafín Juliana, los cuales fueron declarados en rebeldía, sin constancia de su emplazamiento personal. Dicho procedimiento concluyó por sentencia de 16 de junio de 1986, que desestimó la demanda, resolución que alcanzó firmeza.

Los actores, que consintieron dicho pronunciamiento, tras un dilatado periodo de tiempo de casi veinticinco años desde la sentencia desestimatoria y treinta y seis años desde el fallecimiento del causante D. Eleuterio, formulan una nueva demanda en ejercicio de la misma pretensión que, en esta ocasión, da lugar al juicio especial de filiación n.º 310/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Tarancón, en el que fue parte demandada, el único hijo y heredero sobreviviente de D. Eleuterio, D. Serafín, toda vez que, tanto su cónyuge como sus otros hijos matrimoniales, ya habían entonces fallecido.

En este procedimiento, los actores ocultaron intencionadamente la existencia de la sentencia previa de filiación, que desconocía D. Serafín -no olvidemos que el anterior proceso se siguió en rebeldía-, pues, en otro caso, además, de tener constancia de la mis-

ma, sin duda alguna la hubiera alegado para oponerse a la pretensión de los demandantes.

Tampoco, en ese segundo proceso, se ejercitó la acción con fundamento en la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en tanto en cuanto dispone que: "[...] las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos en la legislación nueva".

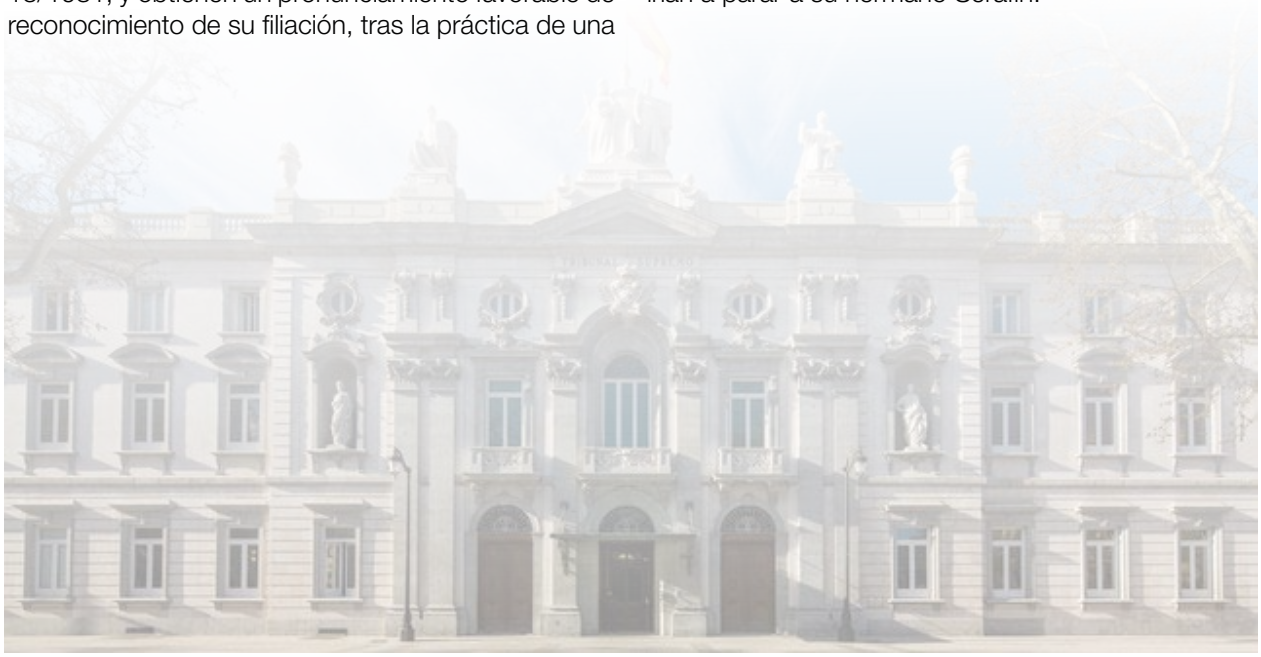
Es decir, que lejos de ejercitar su acción al amparo de dicha normativa, para discutir si la segunda demanda tendría cabida en tal disposición, pretendieron evitar tal debate jurídico, con afectación del derecho de contradicción del demandado D. Serafín. Al haber procedido de tal forma queda descartado el aspecto subjetivo de la buena fe, como expresión de la creencia del correcto ejercicio de un derecho por parte de los actores; así como también la buena fe objetiva, que impone una actuación respetuosa con las reglas de rectitud, honradez y lealtad debidas.

De la manera expuesta, incurrieron en un comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe. Así, aceptaron la primera sentencia de filiación, que no cuestionaron en su momento, con lo que alcanzó firmeza, y dejaron transcurrir un dilatado periodo de tiempo de más veinticinco años de respeto de tal declaración judicial; sin embargo, en contra de las más elemental lealtad, en el ejercicio de los derechos, promovieron un nuevo proceso, en el que, con aprovechamiento de la declaración de rebeldía de los demandados, ocultan intencionadamente la primera sentencia, evitando de esta forma el debate sobre la existencia de cosa juzgada, o el juego, en su caso, de la disposición transitoria sexta de la Ley 13/1981, y obtienen un pronunciamiento favorable de reconocimiento de su filiación, tras la práctica de una prueba biológica, que científicamente la acreditaba, todo ello en función de una ulterior reclamación de unos derechos hereditarios para la cual requerían un título habilitante.

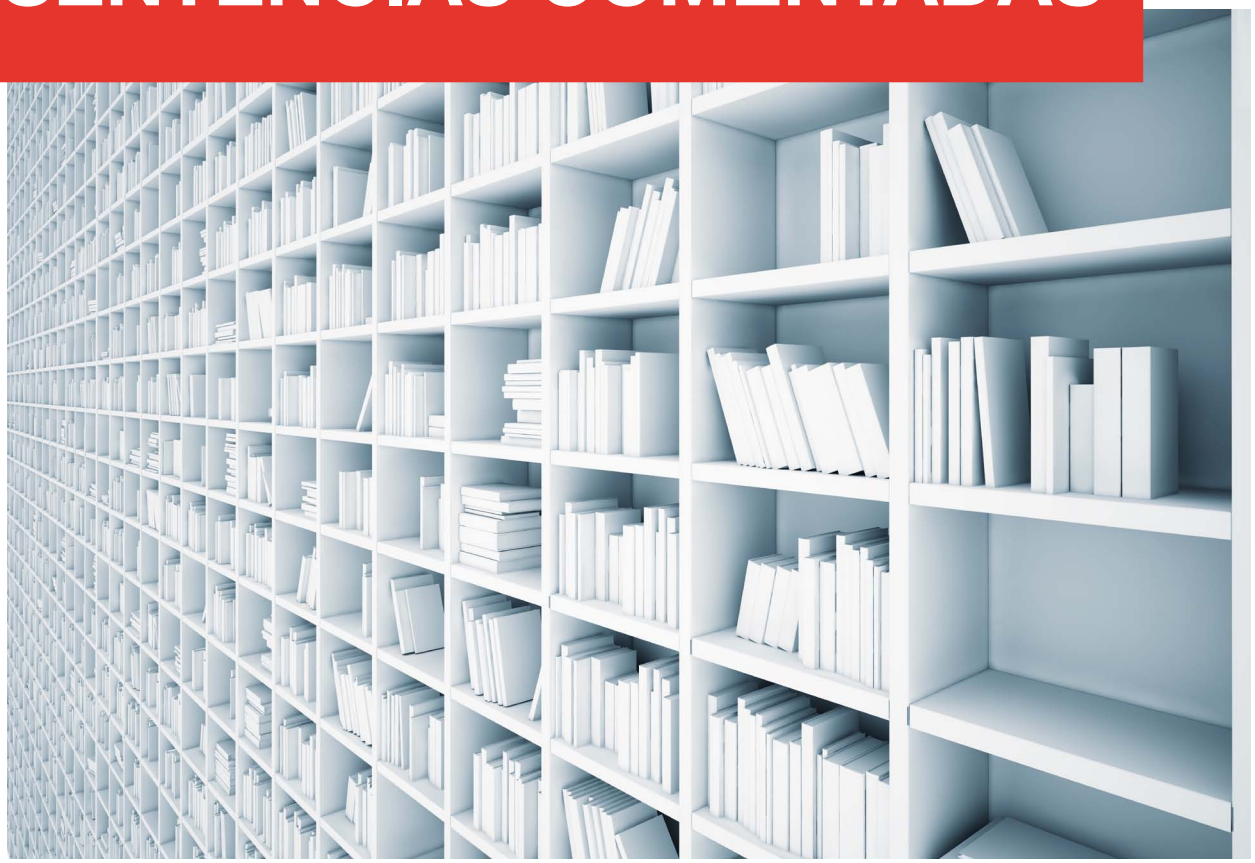
Por otra parte, no era el reconocimiento de su filiación la verdadera pretensión ejercitada, como el supuesto contemplado en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera), en el caso Jäggi v. Suiza, de 22 de junio de 2006, en el cual además de hacerse referencia a que no se planteaba una pretensión de derecho hereditario, se ordenó la práctica de una prueba biológica con exhumación para el conocimiento de la filiación paterna del recurrente, cuyo curador, al nacer, la había ejercitado judicialmente sin éxito; mientras que, en la demanda ahora deducida por los actores, se pretende la declaración de sus derechos sobre la herencia de su padre y de su hermana de un solo vínculo.

También, en este tercer y último proceso de exclusivo derecho hereditario, se oculta de nuevo la sentencia previa de filiación, que conocida por el demandado, con posterioridad a dictarse la sentencia por la Audiencia Provincial, instó su incorporación al proceso, lo que fue admitido por esta Sala mediante auto de 14 de mayo de 2021.

La tardanza en el ejercicio de la segunda acción de filiación motivó además que D.ª Juliana, nacida el NUM006 de 1928, la cual falleció el 21 de julio de 2005, a los 76 años de edad, desconociera, al menos, la posible existencia de hermanos de un solo vínculo, con respecto a los cuales no le unía relación de tipo alguno, ni tan siquiera de conocimiento, con lo que es más que probable que, en tal caso, no muriera abintestato, con la certeza de que sus bienes irían a parar a su hermano Serafín.



SENTENCIAS COMENTADAS



Atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre víctima de violencia psicológica

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2021

Se atribuye el ejercicio de la patria potestad a la madre pues toda la prueba evidencia la situación de violencia psicológica que el padre ha ejercido sobre los menores y sobre aquella y el ejercicio de la patria potestad puede, y resulta probable que así fuera, convertirse en un instrumento para mantener el control sobre la madre y seguir de alguna manera ejerciendo violencia sobre ella.

Basa la parte su recurso en primer lugar en la infracción del artículo 170 del Código Civil, por estimar que la medida adoptada en la sentencia es injusta, prematura y desproporcionada.

En materia de patria potestad, la decisión a adoptar debe procurar, ante todo, el beneficio o interés material y moral del menor, en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores. En cuanto a qué debe entenderse por interés del menor, la STS, de 26 noviembre 2015, señala que este concepto "ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas ", se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo", "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara". Igualmente, el art. 2 de la mencionada LO 8/2015exige 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".

La doctrina del TS, se ha pronunciado en numerosas ocasiones al respecto, interpretando de forma restrictiva las causas y supuestos en los que la privación de la patria potestad resulta procedente, por cuanto, las leyes civiles sancionadoras, con pérdida de derechos, son de interpretación restrictiva. Cualquier limitación a su ejercicio debe estar de acuerdo con el principio de protección del interés del menor. La privación, en cuanto sanción máxima debe reputarse excepcional por su gravedad y solo podrá acordarse en casos extremos y en protección del hijo común.

En definitiva, la privación de la titularidad de la potestad se ha considerado una medida restrictiva que debe acordarse sólo cuando sea necesaria para la protección de los hijos menores, de tal manera que no es suficiente la constatación de un incumplimiento,

sino que es necesario valorar que el mantenimiento de la titularidad de la potestad comporte una situación de riesgo, de peligro o de desprotección del menor o venga exigida por su único interés que debe ser siempre prioritario.

La doctrina del Tribunal Supremo se contiene entre otras en las siguientes sentencias:

Sentencias de 12-7-2004 y 10-11-2005 que señalan que "aun cuando el art. 170 del Código Civil, vincula el incumplimiento de los deberes que integran el contenido de la patria potestad a su privación, esta última no constituye sin embargo una consecuencia necesaria e inevitable del incumplimiento, sino solo posible en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre si el beneficio del menor lo aconseja. La última de las citadas sentencias recuerda que esa posibilidad de privación de la patria potestad que establece el art. 170 ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, y en todo caso interpretada siempre atendiendo al interés del menor, de forma que esta procederá solo en aquellos casos en que el incumplimiento grave de los deberes y cuidados de asistencia que la integran, imputable de forma relevante al titular, lleve aparejado un daño o peligro grave y actual del menor derivado del mismo".

Sentencia de 10-2-2012, (ROJ: STS 625/2012) que señala que "La patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor."

Sentencia de 6-6-2014 (ROJ: STS 2131/2014) que ha declarado en relación con la privación de la potestad parental, que "la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo".

Sentencia de 13-1-2017 (ROJ: STS 13/2017-ECLI: ES: TS: 2017:13) que dice que "la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestades una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma". Esta última sentencia hace especial mención a que el interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestades es conveniente o no para el menor y que dicho interés se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 65, determina que "El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de lo menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución".

Las relaciones de familia, por su especial naturaleza, requieren por ello un tratamiento susceptible en algunos casos de una interpretación conjunta y armónica de las normas que rigen los derechos y obligaciones de quienes la integran. Se trata por tanto, de aplicar las normas jurídicas conforme a su finalidad y principios fundamentales que las integran con especial preminencia del interés superior del menor que, como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad (sentencia TC 141/2000, de 29 de mayo), se debe tener en cuenta en todos los procedimientos que los afectan, valorando para ello todos los datos que resulten de la prueba, conforme a los criterios expresados en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

En el presente caso, la sentencia de instancia justifica y razona de forma adecuada, los motivos por los que atribuye a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre los menores.

El informe pericial emitido por el equipo técnico adscrito al órgano judicial que dictó la sentencia, aprecia "una posible instrumentalización de la menor paterno y manipulación afectiva", e igualmente se hace constar que "El desajuste psicológico que presentan la Sra. Milagros y sus hijos es compatible con la vivencia de una situación de maltrato vivenciada dentro del núcleo familiar, manteniéndose hasta el momento actual", lo que resulta especialmente llamativo, si te-

nemos en cuenta que el matrimonio se separó hace más de ocho años, y que por tanto la violencia se ha ejercido en este tiempo a través de los menores.

Igualmente el informe señala que "se considera probable una dinámica de relación, (en este caso con la que fuera su esposa), con presencia de indicadores de conductas violentas del Sr. Florian, principalmente de tipo psicológico, con violencia ambiental, control relacional, acoso y hostigamiento".

Igualmente, los informes emitidos destacan este aspecto de control, de la violencia que el Sr. Florian ha ejercido hace sus hijos y la madre de estos, y en este sentido el informe emitido por el CAI NUM000, se recoge textualmente que D. Florian "sigue queriendo ejercer control sobre su madre a través de Secundino, ante cualquier área relativa al menor: estudios, información médica, actividades extraescolares, reclamando de los servicios que han intervenido con la familiar información que el precisa conocer para seguir controlando la situación".

En definitiva, toda la prueba practicada, informes del CAPSEM, informe del CAI NUM000, e informe pericial forense, evidencian la situación de violencia que el recurrente ha ejercido sobre los menores y sobre su ex esposa violencia psicológica, y el ejercicio de la patria potestad puede, y resulta probable que así fuera, en un instrumento de mantener el control sobre Dª. Milagros, y seguir de alguna manera ejerciendo violencia sobre ella, cuando estos informes además evidencia la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran en la actualidad ambos menores, así como la conveniencia de que ambos reciban el apoyo y tratamiento adecuado para superar los problemas de todo tipo que la conflictiva situación familiar, y la violencia vivida les ha ocasionado.

La sentencia de instancia, hace por tanto adecuada aplicación del contenido del artículo 65 de la Ley de Medidas para la Protección integral contra la Violencia de Género, y de acuerdo con la finalidad de la propia norma, que es precisamente evitar cualquier situación que pueda dar lugar al mantenimiento de la situación de violencia sobre la mujer.

Dicho precepto no requiere que el progenitor al que se suspende el ejercicio de la patria potestad haya sido condenado por delito alguno, basta con que se encuentre "inculpado" por violencia de género, como ocurre en el presente caso.

Si el padre no cumple las medidas no puede solicitar la custodia compartida

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2021

No puede modificarse la custodia materna por la compartida dado que el padre no cumple habitualmente con las obligaciones de visitas y pago de pensiones de alimentos fijada en la sentencia de divorcio, existiendo procedimientos de ejecución pendientes. Además no comparte el problema de su hijo con los profesionales, ni con el centro de estudios tal y como consta al no acudir a las citas médicas.

En relación a la primera cuestión planteada en el recurso de que tras la reforma del artículo 90 del Código Civil por la Leu 15 / 2015 no es necesario acreditar por el actor la modificación sustancial de las circunstancias, el motivo debe ser desestimado El artículo 90 penúltimo párrafo del Código Civil, establece que las medidas definitivas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. El apartado 3 del citado art. 90 CC tras la reforma de la ley 15/2015, de 2 de julio, añade " cuando así así lo aconséjelas nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges" El artículo 91 último párrafo que " Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias". Se completa la normativa de la modificación de las medidas acordadas en sentencia con el art. 775 de la Ley Procesal Civil, que dispone " los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas". Estos artículos están referidos a las medidas definitivas, no a las que como su propio nombre indica se acuerdan con carácter provisional en los Autos de Medidas Provisionales o Provisionales Previas. Es decir en todo momento se está requiriendo de la existencia de una modificación sustancial entre las circunstancias que llevaron a adoptar las medidas definitivas y las nuevamente solicitadas art. 770.3 LEC.

… En el caso que nos ocupa no puede apreciarse error en la valoración de la prueba por parte de la Juzgadora a quo ni tampoco en su conclusión perfectamente razonada atendiendo a los criterios jurisprudenciales expuestos en el fundamento anterior.

Resulta acreditado, por los informes del centro escolar al que acude el menor y de los informes médicos de neurólogos, de psicólogos y del centro de desarrollo infantil DIRECCION002 aportado por la demandada, que el niño sufre un DIRECCION001 que requiere de un apoyo constante en la educación como demuestran los refuerzos que el menor tiene diariamente por recomendación del centro escolar al que acude, un tratamiento psicológico, así como de un consenso entre los progenitores. Informes que la parte apelante no ha podido desvirtuar.

Conforme a ello, la prueba aportada por el apelante en el acto de la vista, viene a corroborar la conclusión de la Juzgadora a quo, toda vez que consta que no cumple habitualmente con las obligaciones de visitas, y pago de pensiones de alimentos fijada en la sentencia de divorcio, existiendo procedimientos de ejecución pendientes. Que no comparte el problema de su hijo con los profesionales, ni con el centro de estudios según se refleja en los correos mantenidos con el centro escolar bloque nº 1 documental aportada por el apelante en el acto de la vista, demostrándolo al no acudir a las citas médicas según reconoció en su declaración en el acto de la vista.

Todos sus argumentos en el recurso no están basados en el interés del menor como debe ser para la modificación del régimen de custodia, pues según los informes médicos, el niño requiere de una estabilidad en todas las facetas de su vida, y las discrepancias entre los padres, el cambio de domicilio semanal, y la falta de consenso entre los progenitores en su educación, impiden la modificación del régimen de custodia fijado en la sentencia que se pretende modificar, aun mas cuando con el régimen fijado y el sistema de apoyo y tratamiento seguido por el menor en este último año refleja una mejoría en su rendimiento escolar, y comportamiento según el informe de DIRECCION002 y según reconocieron las propias partes en sus declaraciones.

A pesar del cambio de domicilio, se mantiene la custodia materna

AP TARRAGONA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 2021

Se mantiene la custodia materna pues el cambio de domicilio no se ha producido de forma caprichosa o injustificada, ya que este se produce porque la madre ha obtenido plaza definitiva como profesora de Educación secundaria en un Instituto de Castellón de la Plana, muy próximo a la localidad donde ha fijado su residencia, por estar en la misma la mayor parte de su familia. La madre es la figura de referencia, hecho que no se ha destruido porque el padre se haya encargado unos meses de las menores mientras la madre se recuperaba de un grave accidente. Es inviable la custodia compartida habida cuenta que entre los domicilios de los progenitores existe una distancia de 154 km.

En el caso de autos, no pueden acogerse los pedimentos del recurrente, referidos ni a una guarda compartida ni a la atribución al misma de la guarda exclusiva de las dos menores, que actualmente cuentan con la edad de 9 y 6 años, manteniendo así la resolución adoptada en la resolución recurrida, que estima la demanda interpuesta por la progenitora y acuerda la modificación de las medidas establecidas en la sentencia de 26 de 26 de febrero de 2016, al haberse producido una modificación sustancial de las circunstancias, en concreto el cambio de residencia de la madre por motivos laborales, de DIRECCION004 a DIRECCION001.

En primer lugar, debe señalarse que este cambio de domicilio no se ha producido de forma caprichosa o injustificada, ya que queda acreditado en la causa, éste se produce porque la madre ha obtenido plaza definitiva como profesora de Educación secundaria en un Instituto de Castellón de la Plana, muy próximo a la localidad de DIRECCION001, donde ha fijado su residencia, por estar en la mimas la mayor parte de su familia. Este cambio de lugar de trabajo de la progenitora no es una cuestión que se plantara después de la ruptura, sino que ya antes de la misma se había producido, hecho conocido por el Sr. Marino.

Además de ello, en su localidad de residencia la progenitora cuenta con la ayuda de su familia para el cuidado de la menores, pero también con su apoyo a ella misma, por las secuelas que padece derivada de una grave accidente.

En segundo lugar, y aun cuando el progenitor está plenamente capacitado para el cuidado y atención de las menores, las misma han estado siempre atendidas desde su nacimiento por la madre, e incluso después de la ruptura, esta atención y cuidado se mantuvo, pues aun cuando estaban muchos días con el padre, incluso pernoctando con el mismo, era la madre las que recogía a las menores del colegio y las llevaba al domicilio paterno, siendo su figura de referencia, hecho que no se ha destruido porque el

padre se haya encargado unos meses de las menores mientras la madre se recuperaba de un grave accidente.

Así las menores llevan residiendo con la madre en DIRECCION001 desde el año 2019, están perfectamente adaptadas a su vida en esa localidad, la cual ya conocían pues pasaban temporadas en ella al residir allí la familia materna, así como al colegio donde cursan estudios según se corrobora de la documentación obrante en el procedimiento.

En tercer lugar, la distancia física que separa las localidades de ambos progenitores, el de padre el DIRECCION005 y el de la madre actualmente en DIRECCION001, pues los separa una distancia de 154 Kilómetros, lo que hace inviable una custodia compartida, no solo, en cuento implicaría que las menores estarían recorriendo 300 kilómetros cada tres días, aplicando el régimen de compartida que el padre propone en su contestación a la demanda y que no varía en la Apelación, pero aun cuando se pudiera acordar otro por el órgano judicial, por semanas, quincenas o meses, sino principalmente porque ello supondría escolarizar a las menores en dos colegios distintos, hecho que es totalmente injustificado y y gravemente perjudicial para las mismas.

Cambio de custodia por malas relaciones de la hija con la nueva pareja del padre

AP TARRAGONA, SEC. 1.ª, AUTO DE 17 DE MARZO DE 2021

La relación disfuncional de la menor con la actual compañera sentimental del padre, con repercusiones negativas en su estado y bienestar emocional, incidiendo en su rendimiento escolar, sin que el progenitor haya intervenido en tutela de la hija, evidencia que ejerce de forma inadecuada las obligaciones inherentes a la guarda y custodia y debe procederse como se ha acordado atribuyendo la custodia a la madre.

Frente a la resolución que adopta como medida de protección de la menor Santiaga, nacida el NUM000 -2008, la suspensión de la guarda de D. Luis Pedro establecida en la sentencia de guarda y custodia de 2 de diciembre 2014, atribuyéndola a D.ª Palmira, con un régimen de visitas limitado de sábados y domingos alternos de 10 a 15 horas para el padre, interviniendo el Punto de Encuentro en la recogida y entrega y sin presencia de la pareja del paterna, la cantidad de 120.-euros en concepto de alimentos y gastos extraordinarios por mitad, se alza el progenitor reclamando el mantenimiento de la guarda, y subsidiariamente la ampliación del régimen de visitas y la reducción de la pensión de alimentos a 80.-euros mensuales.

Con la sola excepción de la alusión al art. 158 CC que debe ser sustituida por el art. 236-3 CCCat, se comparte la acertada valoración de la prueba practica que realiza la resolución recurrida al adoptar la atribución de la guarda a madre en evitación de perjuicios personales a la hija menor Santiaga.

Su exploración y las manifestaciones que realiza no permiten albergar duda alguna de su sinceridad (STJC 39/2015, de 25 mayo) y son reveladoras de una relación disfuncional con la actual compañera sentimental del padre, con repercusiones negativas en su estado y bienestar emocional, sin que el progenitor haya intervenido en tutela de la hija, incidiendo en su rendimiento escolar (58 faltas de asistencia en el primero y segundo trimestre del curso 2019/2020, además de 24 retrasos, como recoge el informe de La Escola DIRECCION002), lo que evidencia que ejerce de forma inadecuada las obligaciones inherentes a la guarda y custodia y debe procederse como se ha acordado (art. 236-2 CCCat).

La segunda alegación del recurso se refiere a las visitas quincenales que considera insuficientes al entender que debilitara los vínculos paterno-filiales, pero no señala en qué medida deben ampliarse por lo que deben mantenerse en los términos acordados lo que, sin duda, contribuirá a estabilizar a la niña (art. 2.2º.c) LPJM), que lleva soportando esta situación desde tiempo no acreditado y sin que prejuzgue un régimen más amplio de comunicaciones porque la vinculación con ambos progenitores era buena.

Régimen de visitas con progenitor con problemas psquiátricos controlados

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2021

El último ingreso hospitalario de la madre fue en 2018, y desde entonces ha acudido regularmente a las revisiones, ha mantenido el tratamiento farmacológico, la atención psicológica individual y la psicoterapia grupal, siendo dada de alta por sus terapeutas en marzo de 2020. El informe emitido en febrero de 2021 hace constar que mantiene su adherencia al tratamiento psicofarmacológico, mantiene sus revisiones cada dos meses, y se muestra estabilizada, sin presentar síntomas de descompensación. En base a ello se considera viable el régimen de visitas materno con los hijos, supervisadas por la abuela materna, o familiar acordado, o en un punto de Encuentro Familiar, condicionada a que la madre mantenga la estabilidad personal y con un seguimiento sobre su desarrollo normalizado y sobre las incidencias que puedan surgir.

Tratándose de un menor de edad, en primer lugar se ha de acreditar, conforme a la reforma de la LOPJM 1/1996, de 15 de enero, modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de Protección de la Infancia y la Adolescencia, que así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos, (art.90.3CC), conforme a lo dispuesto en el art. 2 de la L. O. 8/2015, de 22 julio, que acuerda " Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan...", norma legal que desarrolla el interés del menor como norma sustantiva, norma procesal y condiciones de concreción; del art. 94 del CC, en consonancia con el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y los criterios de la Observación General n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial; y demás normativa internacional aplicable.

Para ello se han de concretar y valorar los hechos y circunstancias que concurren en cada supuesto concreto, al tiempo de la adopción de la medida, para acordar las que se aprecien de mayor interés para los menores.

Examinadas las actuaciones, la prueba obrante, y visionada la vista, aunque sin solución de continuidad, hay que resaltar los siguientes hechos por su especial interés para resolver el recurso de apelación de esta medida:

1º El matrimonio tiene dos hijos Alfonso y Lourdes menores de edad, de 15 y 9 años.

2º Con fecha 1-2-2016, se dictó Auto de Medidas Provisionales Previos por el Juzgado de Vio-

lencia sobre la Mujer de DIRECCION000, en el que entre otras medidas se fija un régimen de visitas normalizado de los menores con la madre, supervisadas por la abuela materna.

3º Posteriormente, con fecha 1 de febrero de 2019 se dicta la sentencia de divorcio impugnada en la que se acuerda entre otras medidas la custodia de los hijos menores al padre, la patria potestad compartida, y no se establece régimen de visitas de los menores con la madre, tras realizar prueba pericial psicosocial, por los informes psiquiátricos obrantes en autos, por su situación médica, con diversos ingresos psiquiátricos, constando con claridad la existencia de un riesgo para los menores si la madre no seguía su tratamiento, por trastorno DIRECCION001 y trastorno DIRECCION002; solicitándose por el padre, el Ministerio Fiscal, y el Informe obrante la conveniencia de la supresión del régimen de visitas, que con buen criterio en la propia sentencia se hace constar que no ha de ser definitivo.

4º Se acuerda como Diligencia Final en segunda instancia una prueba pericial psicológica actualizada de la madre en relación con los menores, para conocer la situación más actualizada dado el tiempo transcurrido desde la sentencia.

Consta que el último ingreso hospitalario de la madre ha sido en 2018, y desde entonces ha acudido regularmente a las revisiones, ha mantenido el tratamiento farmacológico, la atención psicológica individual, y la psicoterapia grupal, siendo dada de alta por sus terapeutas en marzo de 2020. El informe emitido en febrero de 2021 se hace constar que mantiene su adherencia al tratamiento psicofarmacológico, mantiene sus revisiones cada dos meses, y se muestra estabilizada, sin presentar síntomas de descompensación.

5º Los menores han mantenido relación telefónica o telemática, con la madre, siendo conocedora de los aspectos cotidianos de su vida. Lleva dos años sin verlos físicamente. Muestra su preocupación por los problemas actuales de Alfonso médicos, y laborales, al haber dejado de formarse. Valora positivamente la figura paterna y las ayudas recibidas para atender a sus hijos.

6º La madre vive con su madre, y considera este el entorno más adecuado para sus hijos, aunque muestra deseos de independizarse con su actual relación.

7º Tras su valoración psicológica, se considera viable el régimen de visitas materno con los hijos, supervisadas por la abuela materna, o familiar acordado, o en un punto de Encuentro Familiar, condicionada a que la madre mantenga la estabilidad personal y con un seguimiento, sobre su desarrollo normalizado, o las incidencias que puedan surgir. Además de mantener el contacto diario telemático de modo flexible y sin entorpecer la dinámica diaria de los hijos, sus tareas escolares o descanso nocturno.

En esta situación acreditada, en el que se considera viable la relación de la madre con los hijos menores, se considera que lo más beneficioso para los menores es fijar un régimen de visitas, como se hace detalladamente en la parte dispositiva de esta resolución, teniendo en consideración las peticiones de las partes y del Ministerio Fiscal, en atención a la edad de los mismos, su relación afectiva, las comunicaciones mantenidas con ellos, y al no existir ya una situación de riesgo para los hijos; aunque con necesidad de un seguimiento continuado del desarrollo de este régimen, y del mantenimiento por parte de la madre de sus terapias, y tomar su medicación; con la colaboración y supervisión de la abuela materna, o de otro familiar ya sea por acuerdo de las partes, o por resolución judicial. Sin perjuicio de su ampliación o supresión, que pueda acordarse según se desarrolle el régimen de visitas y comunicaciones, ya sea por acuerdo de las partes o en fase de ejecución de sentencia por resolución judicial.

La atribución del uso hasta el momento en que se venda la vivienda

AP GIRONA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 2021

Habiéndose acordado la custodia compartida, se atribuye el uso de la vivienda familiar al padre e hijos, pero solo hasta el momento en que se proceda a la venta o adjudicación de la casa, en ejercicio de la acción de división de la cosa común.

Diferente resultado merecen los restantes argumentos del recurso, que vienen a cuestionar la atribución del uso de la vivienda hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad, decisión que limita innecesariamente la facultad derivada de la estimación de la acción de división de la vivienda común, puesto que la finca que era familiar no es ocupada regularmente por el padre y los hijos, no existe necesidad de mantener el uso por un periodo tan elevado y no es necesario ese uso para el progenitor y los menores, puesto que este dispone, además de la mitad de la vivienda familiar de dos viviendas más: una denominada la casa de madera, instaurada junto al negocio del progenitor y del abuelo, donde tienen la oficina y la vivienda en la que los hijos también viven, tratándose de una casa de madera totalmente equipada para vivir, que ha entrado a formar parte del sistema de vida de los menores, al convivir unos días en la casa de madera y otros en la "casa de pages", que era en su momento la vivienda habitual.

Así se recoge en el informe del perito Sr. Isaac, aportado por el demandado a los autos, donde se señala que los menores están completamente adatados a la convivencia compartida, tanto en casa del padre, como de la madre.

Pero además de la casa de madera, el Sr. Cosme es titular de un piso en la misma localidad de DIRECCION001, del que percibía una renta, que a la fecha del juicio no estaba alquilado.

Teniendo en cuenta lo que dispone el art 233-20 CCCat y la situación económica de los progenitores, tanto por lo que se refiere a los ingresos respectivos, como al estado patrimonial, no cabe duda de que el cónyuge más necesitado es la Sra. Flora, que no dispone de otro activo patrimonial que la mitad de la vivienda común, gravada con una hipoteca que al parecer amortizaría exclusivamente el Sr. Cosme, disponiendo para vivir de un piso en alquiler en la localidad de DIRECCION003, donde ahora desarrolla su trabajo.

Y tratándose de un caso de guarda compartida, el uso de la vivienda correspondería a la Sra. Flora por ser la más necesitada.

No obstante, para hacer más operativa la situación, dado que ésta reside en DIRECCION003 y no es favorable a su situación laboral el hecho de residir en la vivienda que era familiar, esta no pidió la atribución del uso, pero sí la división de la finca de titularidad común, que la sentencia acoge, pero limitando sus posibilidades de realización del único activo inmobiliario que sin embargo el otro cónyuge no necesita para desarrollar la guarda compartida establecida al disponer de otros inmuebles, y tampoco los hijos, que en las semanas que están bajo la custodia de su padre lo hacen indistintamente en la casa de madera aneja al negocio paterna, o en la vivienda familiar, "la casa de pages". E incluso de estimarlo necesario, el Sr. Cosme puede disponer de un piso en la misma localidad, del que también es propietario.

Las manifestaciones del Sr. Cosme en el acto de la vista son bastante reveladoras del uso de la vivienda familiar, que se encuentra en un paraje rústico.

Así, manifestó:Estamos en la casa de pages y en la casa de fusta, depende; No estoy de acuerdo con la venta de la casa, pero si se tiene que vender, se habla y se hace; Depende de cómo vaya la vida,

iré o no a vivir allí; La casa de campo tiene una hipoteca y también el piso, y ambas las estoy pagando yo; Me he quedado sin alquiler (refiriéndose al piso de su propiedad).

Igualmente reconoció que desde hace un mes convive con su nueva pareja y que como ella es de DIRECCION004, los fines de semana que les permite la pandemia se van a DIRECCION004.

De todo ello ha de concluirse, que el Sr. Cosme es el que dispone de una situación económica y patrimonial sustancialmente mejor; que no necesita la vivienda familiar para convivir con los hijos, al disponer de otros inmuebles en perfectas condiciones para hacerlo; y que por ello la atribución del uso de la vivienda de campo que ocupa en ocasiones con los hijos, no tiene justificación alguna para que se le adjudique por un periodo temporal desproporcionado e innecesario, que reduce los derechos de la cotitular de disposición de su mitad, de manera desmesurada, sin un motivo razonable, ni siquiera invocando el interés de los menores, que en caso de autorizar la división de la finca, no se ven en absoluto perjudicados, mientras que los progenitores pueden obtener un aporte económico razonable para el desarrollo de la guarda compartida de los menores, que redundará en beneficio de estos.

Y sin perjuicio de que alguno de los litigantes, en particular el Sr. Cosme, que aparentemente dispondría de posibles para ello, pudiera hacerse con la totalidad de la finca en caso de estar interesados en ella, conforme permite el art 552-11.5 CCCat.

Por todo lo expuesto, considera este tribunal que procede acoger los pedimentos del recurso de apelación de D.ª Flora, manteniendo la atribución del uso de la vivienda familiar a D. Cosme y los hijos del matrimonio, pero solo hasta el momento en que se proceda a la venta o adjudicación de la casa, en ejercicio de la acción de división de la cosa común conforme a lo previsto en el art 552-11 del CCCat.

Pensión alimenticia

Pensión alimenticia en los casos de declaración de desamparo

AP TARRAGONA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 2021

Suspensión de la obligación del pago de la pensión de alimentos desde la fecha de la declaración de desamparo y mientras dure la misma. No puede acordarse de que la pensión se perciba por la entidad pública, ya que la misma efectuó esta petición en la vista, es decir en un momento procesalmente inadecuado.

Antecedentes. 1.1- El demandante en atención al cambio de circunstancias operado respecto a la guarda de los menores, solicitaba que la pensión de alimentos que fue fijada a favor de los menores (Ezequiel y Felicisimo) por importe de 200 euros mensuales y la obligación de abono del 50% de los gastos extraordinarios, se declarara extinguida o suspendida en tanto los menores no estuvieran bajo la guarda de la madre, guarda que ahora era ostentada por la Administración (DGAIA).

1.2.- La sentencia dictada en primera instancia acordaba mantener la pensión de alimentos acordada en sentencia si bien con la obligación de que el abono se realizara en la cuenta que a tal efecto determinara la DGAIA

1.3.- El apelante entiende que se ha producido indefensión ya que se introdujo en el acto de la vista por la Letrada de la Generalitat de forma sorpresiva que el importe de la pensión se ingresara a la DGAIA, entendiendo que existía una incongruencia

"extra petitum" y por lo tanto invocaba la nulidad, pues entendía que ante dicha circunstancia podía haber instado que la pensión de alimentos fuera abonada por ambos progenitores por mitad.

1.4.- La parte demandada (D.ª Teodora) entendía que debía procederse a la suspensión de la pensión de alimentos y que no era posible dilucidar en este procedimiento la procedencia de que por la misma se abonará la mitad del importe de la pensión de alimentos fijada a favor de los hijos.

Motivos de oposición. Se circunscribe en determinar: A/ si existe una situación de indefensión por el hecho de que se haya determinado como receptora de la pensión de alimentos a la DGAIA y B/ Si procede extinguir o suspender la pensión de alimentos al haberse producido un cambio de circunstancias (atribución de la guarda a la administración).

Decisión de la Sala.

3.1.- Nulidad de actuaciones.- En el caso de autos, D. Claudio tan sólo solicitó que ante la modificación operada (no controvertida), la obligación del abono de la pensión de alimentos y la contribución al abono del 50% de los gastos extraordinarios se extinguiera o se dejara en suspenso. Así las cosas, lo único que procedería es determinar si la pensión fijada en su día en la sentencia de 12/12/2017 debe extinguirse o suspenderse en tanto la progenitora no retome en su caso la guarda de los dos hijos en común.

La Letrada de la Generalitat no ejercitó de forma oportuna la reclamación de alimentos a favor de menores de conformidad con lo previsto en el art. 109.3 de la Ley 14/10 de 27 de mayo de derechos y oportunidades a la infancia y a la adolescencia. Dicho precepto nos dice que "el organismo competente puede pedir, si procede, la privación de la potestad parental, la remoción de la tutela y reclamar alimentos o ejercer las acciones administrativas o judiciales que sean procedentes en beneficio del niño o el adolescente". Es evidente que la petición en el acto de la vista de que la pensión sea entregada al organismo público, no fue debidamente articulada, debiendo en su caso recaer sobre ambos progenitores y no sólo en exclusiva frente al actor, pues a ambos compete la obligación de sufragar las necesidades de los hijos en común. Ello impide que dicho extremo pueda ser considerado un hecho controvertido sobre el que resolver, originando una clara indefensión a la parte contraria, que se ha denunciado a través del presente recurso y conviene amparar, incurriendo así realmente en un pronunciamiento "extra petitum".

Ciertamente, la Disposición Adicional Séptima de la LDOIA indica que el importe de las prestaciones o pensiones de que son beneficiarios los menores o adolescentes que están sometidos a tutela o guarda a cargo de la entidad tutelar, queda afectado a subvenir los gastos derivados de la atención del servicio público que reciben, y a los guardadores les corresponde una prestación de acogimiento regulada en el art. 22 de la Ley 13/2006 de 27 de julio de prestaciones sociales de carácter económico, siendo el ente administrativo que asume la tutela el que habría de recibirla caso de establecerse una pensión de alimentos, debiendo entenderse que ello será así siempre y cuando se solicite en forma, lo cual no ha acontecido en el caso de autos tal y como ha quedado indicado.

3.2.- Extinción o suspensión de la pensión de alimentos.- El cambio de circunstancias es indiscutible pues los menores ahora no se encuentran bajo la guarda de la progenitora. Este cambio sustancial de circunstancias, subsumible en el artículo 233-7 del CCCat, conduce a considerar que la obligación de alimentos establecida en la anterior resolución ha perdido su finalidad, pues el menor no reside con la demandada ni consta que la misma asuma el coste que representan sus necesidades. El art. 109.2 de la LDOIA establece que "la asunción de las funciones tutelares implica, mientras esté vigente, la suspensión de la potestad parental o de la tutela ordinaria y de los derechos derivados, siempre que esta asunción de funciones tutelares no quede sin efecto por resolución administrativa o resolución dictada en el correspondiente procedimiento judicial civil". Por este motivo y dado que la asunción de las funciones tutelares implica la suspensión de la potestad parental de los progenitores, es procedente acordar la suspensión de la obligación de prestar alimentos fijada a favor de los menores establecida en su día en la sentencia a cargo del progenitor, mientras dure la situación de desamparo acordada por la entidad pública y ello, sin perjuicio de que la entidad pública pueda ejercitar una acción de reclamación de alimentos para los menores contra ambos progenitores, en los términos expuestos anteriormente. La suspensión de la pensión de alimentos se produce con efectos desde la fecha de la declaración de desamparo. En esta misma línea la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24/02/2015.

En atención a ello, procede acoger las pretensiones de la parte apelante acordando la suspensión de la obligación del pago de la pensión de alimentos desde la fecha de la declaración de desamparo y mientras dure la misma, englobando tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios.

No es aplicable la doctrina de los actos propios

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 27 DE JULIO DE 2021

No se acordó que los gastos de libros, material escolar y AMPA tuvieran la condición de gastos extraordinarios, por lo que deben ser considerados por ello gastos ordinarios y por tanto incluidos entre los conceptos deben abonarse a cargo de la pensión alimenticia. El hecho de que hasta ahora hubieran sido abonadas por error por la parte ejecutada no les convierte en gastos extraordinarios y deben ser cubiertos con la pensión alimenticia fijada para los hijos.

Para abordar esta cuestión debemos señalar que tal y como dispone el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial l as sentencias deben ejecutarse en sus propios términos. Consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, a partir de la Sentencia 32/1982, de 7 de junio, en aplicación del artículo 24 de la CE remarca que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la potestad de que las resoluciones judiciales firmas sean cumplidas en sus propios términos y ello en favor de todas las partes del proceso, de tal forma que desde la perspectiva del ejecutante no se conviertan las sentencias en meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna, y desde la perspectiva del ejecutado que no se consideren impuestas prestaciones no comprendidas en ellas so pena de incluir en el vicio de nulidad en el despacho de ejecución tipificado en el artículo 559.1.3º de la LEC.

La exigencia de cumplimiento de una decisión judicial determina una labor interpretativa del Juez que fije con claridad que es lo que el título dispone, en este caso la sentencia de divorcio que ahora se ejecuta. Tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC nº 59/2015 de 5 de marzo de 2015) forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva " la denominada garantía de interpretación finalista del fallo, que infiera de él todas sus naturales consecuencias para la cabal ejecución de lo ordenado, interpretándolo de acuerdo con la fundamentación y con el resto de los extremos del pleito".

En el convenio en su día ratificado por las partes se dispuso en su cláusula octava lo siguiente: GASTOS EXTRAORDINARIOS: Con independencia de la cantidad relativa a los alimentos, Don Ceferino abonará el 50% de los gastos extraordinarios relacionados con la salud de los menores que no estén directamente cubiertos por el seguro de la misma (intervenciones quirúrgicas, radiografías, análisis y otros exámenes clínicos, tratamientos prolongados, odontología y ortodoncia rehabilitaciones y recuperaciones, aparatos ortopédicos o gafas), además de cualquier gasto relacionado con actividades deportivas, culturales o clases de apoyo, siendo requisito previo necesario la conformidad de ambos padres en el concepto, salvo que la urgencia del caso no permitiese la obtención de tal acuerdo".

Por tanto no se acordó que los gastos de libros, material escolar y AMPA tuvieran la condición de gastos extraordinarios. Deben ser considerados por ello gastos ordinarios y por tanto incluidos entre los conceptos deben abonarse a cargo de la pensión alimenticia. El hecho de que hasta ahora hubieran sido abonadas por error por la parte ejecutada no les convierte en gastos extraordinarios y debe por tanto ser cubiertos con la pensión alimenticia fijada para los hijos.

Los estudios universitarios son gastos extraordinarios

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, AUTO DE 21 DE JULIO DE 2021

La carrera que quiere cursar la estudiar la hija es el Grado de "Animació, Disseny i Art Digital", grado de la UPC que se cursa en un centro privado con un coste superior a la universidad pública, teniendo por tanto carácter de gasto extraordinario.

La cuestión que se plantea,el recurso de la Sra. Isidora se centra en la determinación del caràcter de ordinario o extraordinario del coste de la Universidad a la que acude la hija, dado que la resolución impugnada le atribuye el carácter de gasto ordinario.

Con carácter general los gastos propios de la formación se consideran gastos ordinarios. Así resulta de forma inequívoca de lo dispuesto en el art. 237.1 del CCCat cuando detalla que son alimentos cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica, así como los gastos de formación del menor y asi lo ha venido entendiendo de forma unánime la jurisprudencia que califica de extraordinarios aquellos gastos que como su propio nombre indica son de carácter necesario y se presentan de forma imprevista, de modo que su abono no viene supeditado ni al previo consentimiento ni a la necesidad de previo requerimiento de pago.

Efectivamente se ha venido manteniendo que pese al coste de los estudios universitarios no se trata de un gasto extraordinario en sentido estricto, en la medida que no es un gasto imprevisible y por cuanto puede igualmente accederse a este nivel académico en la universidad pública. Precisamente cuando se trata de los alimentos a los hijos mayores de edad se incluyen los gastos de formación, y entre esta la universitaria, no teniendo otra consideración que la de gastos ordinarios de formación, excepto que se justificara que la formación debe completarse en centro de elevado coste o se opte por la realización de cursos o masters de superior nivel y gastos, en cuyo caso se requerirá la aprobación de ambos progenitores. También por otra parte se ha venido entendiendo que ha de estarse al caso concreto para calificar el gasto de Universidad privada como ordinario o extraordinario atendiendo al tenor literal del título y al coste asumido de ordinario como gasto de formación. En este sentido el TS ha relacionado la condición de ordinario o extraordinario con la existencia de acuerdo entre los padres y con el nivel económico de la familia. En sentencia de 14-10-2014 (ROJ: STS 4437/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4437) señala que "la condición de gastos extraordinarios depende, por un lado, de que los progenitores estuvieran de común acuerdo durante el matrimonio y, por otro, de que nivel económico que tuvieran continuará después de la ruptura".

Es por ello que se ha venido entendiendo que el coste de los estudios universitarios en la Universidad pública es gasto ordinario y que el coste de una Universidad privada puede ser calificado por la Sala como ordinario cuando, atendido el nivel de vida de los progenitores reflejado en el título ejecutivo, puede considerarse un gasto de formación ordinario, por cuanto podía ser previsible que los estudios iban a realizarse en una Universidad privada (AAP, Civil sección 18 del 06 de junio de 2018, con cita de AAP, Civil sección 18 del 29 de noviembre de 2016. y de STS de 26 de octubre de 2011 (ROJ: STS 7070/2011), que señala que "si durante la convivencia, los progenitores habían acordado que determinados gastos formaban parte de la formación integral de sus hijos, siempre que se mantenga nivel económico que existía antes de la separación/divorcio, deben considerarse los gastos acordados como ordinarios".

En el mismo sentido, cuando el concepto de matrícula universitaria se encuentra entre los parámetros normales de una matrícula universitaria no debe considerarse extraordinario, pero sí lo será el importe de matrícula universitaria en una universidad privada que asciende a 5.520 euros anuales, dadas las circunstancias económicas familiares de los litigantes (SAP, Civil sección 18 del 11 de mayo de 2010. O si los gastos de estudios rebasan los que se podrían considerar normales o habituales, con el complemento de un máster o formación complementaria.

En suma, la formación y lo "necesario" incluye razonablemente, la formación universitaria cuando deriva del nivel de vida de la familia, su trayectoria o las previsiones al uso. No es óbice la periodicidad

(sólo durante la duración de la licenciatura) y puede ser imprevisible que, estando de acuerdo ambos padres con la universidad pública, ?nalmente, por imposibilidad de acceso, sea necesario optar por universidad privada.

Aunque en el Convenio se estipulaba que con la pensión de alimentos se cubrían los gastos de escolaridad, en sentido amplio, y sin hacerse expresa referencia a los gastos extraordinarios, se indica unicamente que "Como excepción Don Casimiro contribuirá con la mitad de aquellos gastos de enfermedad que no sean cubiertos por la Seguridad social ni por el Seguro medico", el hecho de que se obviara como se contribuiría al pago de cualquier otro gastos extraordinarios que se pudiera producir no excluye que la obligación de ambos progenitores sigue siendo la de asumir el coste de los mismos. Asi lo dispone de forma clara el art. 233-2 cuando dice que en el convenio se han de contener los alimentos que se han de prestar a los hijos, tanto respecto a las "necesidades ordinarias como a las extraordinarias" y es obvio que las necesidades extraordinarias, por su propia naturaleza, no pueden ser limitadas con anticipación ni tienen numerus clausus y no se limitan a las necesidades médicas.

La carrera que quiere cursar la estudiar la hija es el Grado de "Animació, Disseny i Art Digital", grado de la UPC que se cursa en el centro adscrito CMIT, Centre de l'Imatge i la Tecnología, con un coste superior a la universidad pública. Tiene por lo tanto carácter de gasto extraordinario, como de los anteriores parámetros ha de deducirse.

Pensión compensatoria

Reducción de la cuantía tras la liquidación de gananciales

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

Sí considera esta Sala que el desequilibrio se ha corregido en parte, toda vez que a la beneficiaria de la pensión compensatoria se le ha adjudicado en la liquidación de gananciales, además de otros bienes, una vivienda en exclusiva propiedad pudiendo rentabilizar en los términos que tenga por conveniente y por ello si bien no procede la extinción de la pensión compensatoria, sin embargo entendemos que debe reducirse su importe.

Las partes litigantes contrajeron matrimonio el 11 de mayo de 1991, fruto de dicho matrimonio nació una hija, se separaron en junio de 2013, no trabajando durante el matrimonio doña Africa, habiéndose dedicado al cuidado de la vida familiar, esposo e hija, hasta el cese de la convivencia, quedándose la hija a vivir con ella.

Es preciso significar, que doña Africa no ha accedido al mercado laboral, no existiendo prueba acreditativa de ello. No ha existido una variación en los ingresos del demandante-apelante.

Procederemos al examen de las causas alegadas por la parte recurrente para solicitar la extinción de la pensión compensatoria:

1º).- Respecto de la vivienda donde reside doña Africa no es un hecho ajeno a las partes, reconociéndose en la anterior sentencia de divorcio que la demandada tenía una vivienda privativa arrendada, haciéndose constar así en la sentencia dictada por la Audiencia resolviendo el recurso de apelación, a la que posteriormente se trasladó junto con su hija a vivir, ya que los ex esposos procedieron a la venta de la vivienda que constituyo el domicilio familiar cuyo uso tenía atribuido la demandada y ello hasta la independencia económica de la hija. Dicha vivienda privativa de doña Africa se encuentra enclavada en un edificio propiedad de su abuelo, siendo

sus herederos la madre de doña Africa, ya fallecida, y un tío materno, y la cual heredaran la demandada y sus hermanos.

2º).- Los ahora litigantes procedieron a otorgar escritura de liquidación de su sociedad de gananciales, repartiéndose entre ambos el patrimonio común partiendo además de una igualitaria, al menos teóricamente, distribución.

En consecuencia, la transformación posterior de los bienes entonces adjudicados no puede tampoco erigirse, en el presente cauce procesal, en causa de extinción de un derecho cuyos condicionantes, conforme a lo expuesto, no han experimentado un cambio susceptible de activar el mecanismo al efecto contemplado en el art. 101 del CC.

Es cierto, tal y como recoge la jurisprudencia, entre otras S.T.S. de 14 de febrero de 2018, que tras la liquidación de la sociedad de gananciales, la indivisión que afectaba a la titularidad de los bienes, ha devenido en atribución exclusiva de propiedad y uso de los bienes adjudicados, con lo que los referidos bienes han pasado a ser productivos para cada uno de los cónyuges, pudiendo disponer de los mismos, ya vendiéndolos o explotándolos, y que ello pueda dar lugar a la desaparición, total o parcial, del desequilibrio económico que motivó la pensión compensatoria.

La regla general sigue siendo que la liquidación de por sí no afecta al desequilibrio pre-particional, pero, dado que entraña la posibilidad de que el cónyuge acreedor de la pensión gestione individualmente los bienes recibidos, para obtener rentas, en su caso proceder a la venta, sí puede, en algunos casos, suponer un hecho novedoso que fundamente la extinción o reducción de la pensión del art. 97 del Código Civil.

Con fecha 13 de octubre de 2016 doña Africa y don Celestino otorgaron ante el Notario de Madrid, don José María Mateos Salgado, bajo el nº de su protocolo 3533, escritura de liquidación de sociedad de gananciales, adjudicando a doña Africa en pleno dominio la vivienda de la playa sita en DIRECCION000, mientras que a don Celestino se le adjudico el ajuar doméstico, bienes y enseres, por importe de 18.092,87 euros y un metálico de 27.650,00 euros, y en fecha 5 de octubre de 2016 procedieron a otorgar escritura de compraventa ante el Notario don Manuel Mellado Rodríguez (folio 68 y siguientes) de la vivienda que constituyo el domicilio familiar por importe de 224.000,00 euros, lo que supuso a cada parte la cuantía de 112.000,00 euros, así como se procedió a la venta del vehículo por importe de 5.500,00 euros, correspondiendo a cada parte la mitad.

A la vista de lo expuesto y considerando que no se ha superado el desequilibrio económico advertido al tiempo de la fijación de la pensión (2014) teniendo en cuenta, los años de duración del matrimonio y la dedicación a la familia de doña Africa, sí considera esta Sala que el desequilibrio se ha corregido en parte, toda vez que a la beneficiaria de la pensión compensatoria se le ha adjudicado además de otros bienes una vivienda en exclusiva pudiendo rentabilizar en los términos que tenga por conveniente y por ello si bien no procede la extinción de la pensión compensatoria, sin embargo entendemos que debe reducirse su importe, procediendo fijarla en la cuantía de 200,00 euros mensuales, sin que dicho pronunciamiento pueda ser tachado de incongruente porque el mismo va implícito en la pretensión más amplia del demandante-apelante.

Inexistencia de desequilibrio

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2021

La esposa siempre había trabajado, tenía cotizados 12 anualidades, y se encontraba trabajando al momento de la ruptura matrimonial, por tanto el divorcio no es la causa del desequilibrio, sino su situación personal y sanitaria.

Se alega en el recurso de apelación, en cuanto a la denegación de la pensión compensatoria que no se cumple el doble juicio comparativo y que la esposa se encuentra en una situación muy inferior en lo económico, laboral, y social en relación con la situación anterior en el matrimonio y con el ex marido, por percibir muchos menos ingresos, por estar enferma, por habérsele atribuido el domicilio familiar al padre, e insiste en que se fije una pensión compensatoria de 300euros mensuales. Por la

contraparte se alega que la esposa siempre ha trabajado por cuenta ajena o como autónoma, tanto durante el matrimonio como después de la ruptura; que ella misma alegó que buscaría empleo cuando la dieran de alta; que vive con sus padres.

La sentencia impugnada acuerda que no procede establecer pensión compensatoria a la esposa, por no concurrir los requisitos establecidos legalmente para su establecimiento, teniendo 12 años cotizados, estar trabajando al momento de la ruptura y solicitarse por encontrarse en desempleo después de la separación del matrimonio y posteriormente de baja laboral.

El articulo 97 CC según la redacción introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia, en cuanto que, a diferencia de esta, no atiende al concepto de necesidad, (STS 17 de julio de 2009).

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. Puestos 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 legitima 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 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 (STS 4-12-2012).

La STS de 16 de julio de 2013, declaró: <<" El art. 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben de tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, del Pleno de 19 de enero. La pensión compensatoria -declara- "pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia, y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes al que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación su situación anterior al matrimonio, para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación, De este modo, las circunstancias contenidas en el art. 97.2 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) Cual es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia. c) Si la pensión debe de ser definitiva o temporal.

Valorando las circunstancias existentes al momento de la ruptura, que la esposa siempre había trabajado, tenía cotizados 12 anualidades, y se encontraba trabajando al momento de la ruptura matrimonial, anteriormente expuestas; y teniendo en cuanta que la valoración de la pensión compensatoria se ha de valorar al momento de la ruptura, (STS 407/2018 de 29 de junio "la situación de desequilibrio debe producirse en el momento de ruptura". se debe de confirmar la sentencia dictada, porque el divorcio no es la causa del desequilibrio, sino su situación personal y sanitaria; y aunque es cierto que posteriormente no consta que se haya incorporado a la vida laboral y ha obtenido una pensión de 460euros mensuales, en definitiva, no se considera que concurren los requisitos exigidos en el art. 97 CC, al momento de la ruptura.

Compensación por el trabajo para la casa

La falta de prueba impide valorar si procede la compensación

AP GIRONA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 2021

No se ha analizado por la esposa la composición del patrimonio de uno y otro cónyuge al contraer matrimonio ni al cese de la convivencia y se aprecia una falta de la más mínima actividad probatoria que permita cuantificar el posible incremento patrimonial que hubiera obtenido el demandado, cuando era ella la que tenía la carga de demostrarlo, conforme al art 217.2 de la LEC. No procede en consecuencia fijar compensación por razón del trabajo.

El siguiente motivo de apelación de esta parte apelante se refiere a la compensación económica por razón del trabajo, que en la demanda se cuantificaba en 438.249,03 euros, sin razonamiento alguno de tal cifra; en el informe final de la vista, en 759.905,60 euros o 704.965,60 euros, sin argumentar tampoco los apoyos de tal importe; y en el recurso de apelación con carácter principal en 759.905,60 euros y subsidiariamente en 704.965,60 euros, en caso de que se vea minorada en un 20% a causa de la supuesta donación del terreno donde están construidos los inmuebles propiedad del Sr. Fulgencio, planteando un sistema de valoración empresarial inexistente en la demanda y en los informes periciales aportados por la actora en la fase procesal procedente, que es la primera instancia.

La sentencia apelada, al pronunciarse sobre la compensación por trabajo, realiza una sinopsis impecable de la regulación de la medida, los preceptos que la contemplan, la jurisprudencia que los interpreta y los requisitos que se requieren para acordarla, señalando como conclusión de su decisión denegatoria de la compensación, que no se presentó por la parte actora un inventario en forma sobre la situación comparativa de ambos cónyuges, que exige la disposición adicional tercera del Libro Segundo del CCCat; no se ha analizado por la actora la composición del patrimonio de uno y otro cónyuge al contraer matrimonio ni al cese de la convivencia; y aprecia una falta de la más mínima actividad probatoria que permita cuantificar el posible incremento patrimonial que hubiera obtenido el demandado, cuando era ella la que tenía la carga de demostrarlo, conforme al art 217.2 de la LEC.

Muestra su discrepancia la parte actora en su recurso de apelación, y “ex novo”, en el propio recurso, viene a desarrollar lo que sería un dictamen de experto, basado en una serie de datos, utilizados de forma subjetiva e interesada, que no merecen la fiabilidad que se les atribuye en el recurso y no están avalados por informe de expertos sometido a contradicción puesto que en los autos no obra informe sobre flujos de caja y no es aceptable obtenerlos de un resultado de explotación aplicando variables injustificadas (factores de corrección), que simplemente desembocan en puras conjeturas o conclusiones hipotéticas.

En la demanda se venía a peticionar una cantidad en concepto de compensación por trabajo, a partir de una relación de bienes del demandado,

no valorados y sin identificar el origen de los inmuebles del patrimonio que se atribuye al demandado; tampoco se han valorado las participaciones de la sociedad F., S.L., que son atribuidas al demandado sin concretar el porcentaje que ostenta; del mismo modo, tampoco se han valorado las participaciones de la sociedad GRUP CRESELL GIRONA, S.L., cuya titularidad, sin concretar porcentaje, (se dice una mayoría de las participaciones sociales en ambas sociedades), se atribuye al demandado. Y lo que es definitivo, no se ha computado el aumento del valor de las empresas familiares durante la vigencia del matrimonio, por la intervención en las mismas del demandado, limitándose en la demanda a relacionar los inmuebles en los que el demandado tiene algo que ver, aportando pericial que efectivamente valora dichos inmuebles, pero reducida a eso, es decir, sin tener en cuenta que determinados inmuebles, solo le pertenecían en nuda propiedad y en su mitad, mientras que la otra mitad era de su hermana y que el usufructo correspondía a su madre la Sra. Silvia.

La intención de partir del valor total de los inmuebles, para extraer de aquí el importe de la pensión, sin tener en cuenta el origen, la titularidad real y las demás circunstancias de los mismos, no es digno de ser acogido.

Conviene señalar que el origen del patrimonio inmobiliario del demandado Sr. Fulgencio es familiar, pues el propietario de los inmuebles que se integraron en el ámbito societario de lo que era F. S.L. era el padre, que en el año 1992 hizo donación a sus hijos, Fulgencio (demandado) y Catalina, de la mitad indivisa de la nuda propiedad de los inmuebles en los que se desarrollaba el negocio de elaboración de pan, tienda y panadería que el padre había promovido, así como las edificaciones de local y vivienda familiar en la localidad de Fornells de la Selva.

Por lo tanto, siendo cierto que cuando contrajeron matrimonio los litigantes, en el año 1975, ninguno disponía de patrimonio propio, no lo es menos que el demandado formaba parte de una familia que regentaba un negocio familiar, en el seno del cual se habían adquirido y levantado los inmuebles propiedad del progenitor, padre del actor.

Y que fue este progenitor el que donó (en nuda propiedad) a sus hijos, los inmuebles en los que se desarrollaba la actividad y vida familiar, atribuyendo a su esposa y madre del demandado, el usufructo de todo o de parte de los mismos.

De modo que imputar el valor de los inmuebles sitos en Fornells de la Selva al Sr. Fulgencio, sin tener en cuenta la naturaleza de su titularidad, (nuda propiedad); ni el porcentaje de la misma (una mitad), ni el usufructo de la madre sobre los inmuebles, para calcular en su justa medida la parte susceptible de ser asignada al demandado a los efectos del cálculo de la compensación debatida, resulta inaceptable. De hecho, en el acto de la vista, cuando se le preguntó al perito de la actora Sr. Emiliano si sabía qué valor debía de asignar a la parte de la titularidad en los inmuebles al Sr. Fulgencio, dijo no haberlo tenido en cuenta ni saberlo, como tampoco había valorado o detraído el valor del usufructo que tampoco correspondía al demandado.

De modo que los inmuebles relacionados con la actividad y sede de la sociedad F., S.L., al producirse del cese de la convivencia, solo pertenecían en una mitad de la nuda propiedad al demandado, que le había sido donada por su padre.

Ello no quiere decir que durante el tiempo que el demandado ha estado trabajando en los inmuebles y desarrollando su actividad en los mismos, no haya obtenido beneficios eventualmente computables a efectos de cálculo de la compensación, pero ello requería una relación detallada y ordenada de dichos bienes y del valor del negocio desarrollado en los mismos para poder obtener una cuantificación objetiva del incremento del patrimonio del demandado, de acuerdo con las reglas que establece el art 232-6 del CCCat.

No se aportó pericial en ese sentido, ni se efectuó una valoración del negocio que desarrollaba la sociedad F. que permita ponderar el incremento real del patrimonio donado por el padre, y por lo tanto, no se puede pretender que mediante la relación y valoración subjetiva de bienes que se hace en el recurso, y de los datos extraídos de los documentos que obran en autos, - que en la primera instancia fueron calificados de insuficientes o impropios para servir de base al cálculo pretendido -, la cual no responde a un criterio de especialista que emitiera su dictamen en la fase procesal oportuna, y tampoco tiene en cuenta la naturaleza de la participación del demandado en la propiedad, la reserva del usufructo a favor de su madre, ni la evolución negocial y societaria, en relación con la que tenía al contraer matrimonio y a partir de la explotación directa del demandado, para que deba aceptar la Sala las propuestas económicas que hace la recurrente, incorporando conceptos económicos complejos, como “valoración dinámica de los flujos de caja, beneficio operativo, EBITDA...”, y aplicando factores multiplicadores y de corrección, así como porcentajes de propiedad en las participaciones sociales, que no se conoce de donde salen, más allá de la declaración del testigo Sr. Fernando, gestor administrativo del Sr. Fulgencio, el cual no llegó a concretar los porcentajes en la participaciones sociales que el recurso aplica.

Pues bien, esas alegaciones del recurso, ade-

más de no proporcionar una base fiable para la valoración y cuantificación del cálculo del incremento patrimonial, no dejan de constituir hechos alegados en el recurso, que no responden a un dictamen de especialista aportado en primera instancia que la parte contraria pudiera contradecir con su propia prueba, sino que se trata de hechos nuevos sobre un diferente sistema valorativo de una documental que era considerada insuficiente en primera instancia, cuando al parecer no lo serían en esta segunda, puesto que habría permitido a este recurrente llegar a calcular el incremento patrimonial, pero alegando hechos nuevos sobre un sistema subjetivo y personal de valoración que se hace "ex novo" y que encierra nuevas alegaciones en contra de lo que permite el art 456.1 de la LEC al regular el ámbito del recurso de apelación.

Por lo que se refiere a los cálculos relativos al patrimonio adquirido constante matrimonio en la Calle Juegos Olímpicos de Barcelona, de la ciudad de Girona, que la demanda identifica como dos locales de más de 300 m2 y de más de 400 m2, sin valorarlos y atribuyendo indiscriminadamente su adquisición al patrimonio familiar, y que en realidad figuran registralmente adquiridos por GRUP CRESELL GIRONA S.L., pertenecen a dicha sociedad patrimonial, en la cual figuran el Sr. Fulgencio, sus hijos Imanol y María Antonieta y su hermana Catalina, como consejeros, ostentando el demandado la Presidencia del Consejo de Administración, pero sin que conste el porcentaje de las participaciones sociales de las que es titular el Sr. Fulgencio, y los demás partícipes.

Tampoco se hacen constar las cargas que gravan los inmuebles, las amortizaciones aplicadas y las aportaciones personales de los diferentes partícipes, de manera que con los datos utilizados por la parte actora, no puede conocerse el patrimonio del demandado al momento del cese de la convivencia conyugal, pues caso de entender que las participaciones sociales de los hijos comunes, tuvieran origen en una donación paterna, estas quedarían excluidas del patrimonio, conforme al art 232-6.b) del CCCat.

Y las participaciones sociales de la hermana, también quedarían excluidas del patrimonio del demandado.

Por lo tanto, el valor patrimonial obtenido sin tener en cuenta las respectivas aportaciones de los socios, las cargas de carácter real y el pasivo no corriente (deudas y obligaciones a largo plazo), los avales personales para obtener la financiación que comprometen el futuro próximo empresarial..., convierten en inaceptables las conclusiones de la apelante, que además de alegarse extemporáneamente en el escrito de apelación, planteando "ex novo" sistemas de cálculo nunca antes mantenidos ni razonados en la primera instancia, no gozan de verosimilitud para llevar a cabo el cálculo del valor patrimonial al que hace referencia el art 232 - 6 CCCat.

La consecuencia de todo lo expuesto ha de ser la misma a la que llega el órgano "a quo", en el sentido de que no se ha aportado el inventario que exige la disposición adicional tercera del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, entendiendo como tal una relación detallada, ordenada y valorada de los bienes, derechos y obligaciones de la persona física o jurídica, que permita conocer el incremento de patrimonio de los cónyuges en los términos que establece el art 232-6 CCCat.

Y tratándose de unidades productivas, que hacen más complicado dicho cálculo, tal y como se ha señalado en los fundamentos anteriores, no dispone este tribunal de elementos probatorios suficientes y de mínima garantía para dar por buenas las cantidades valorativas deducidas "ex novo" en el recurso y reclamadas por un importe de 759.905,60 euros, o subsidiariamente de 704.965,60 euros, pues a juicio de la Sala, coincidente con el de la sentencia apelada, si bien es verdad que ha quedado acreditado el trabajo de la demandante en el negocio familiar, no se ha demostrado con mínimo rigor, el alcance y la cuantía de excedentes acumulables en el patrimonio de uno de los cónyuges, configurado objetivamente, que permita identificar la descompensación de las ganancias entre ambos cónyuges, con un límite relacionado, no con el enriquecimiento injusto, sino con un porcentaje de la diferencia entre las ganancias, en función de la capacidad de generación de riqueza de cada cónyuge, como declara la STSJC de 27 de junio de 2016, con cita de la STSJC 69/2014, de 30 de octubre, evitando la remisión al enriquecimiento injusto, debiéndose, pues, calcular el desequilibrio entre las economías de ambos.

La fluctuación de los fundamentos en orden al cálculo de la compensación patrimonial, que en la demanda se basa en un supuesto patrimonio inmobiliario amasado por el demandado, valorado sin ajustarse a la literalidad de los títulos y realidad dominical, mientras que en el recurso se apoya en otros criterios diferentes, cálculos económicos de las unidades productivas subjetivos e inaceptables, conforme a lo hasta aquí razonado, que dan unos resultados, en uno y otro caso, inaceptables por falta de rigor fáctico y apoyo técnico de experto que los garantice, conduce a la confirmación de la sentencia en cuanto a esta medida concreta y la desestimación del recurso respecto a la misma.

Visitas de abuelos y competencia del Juzgado de Violencia

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE DE MARZO DE 2021

Se solicita la regulación del derecho de visitas de los abuelos con su nieta, y si bien ninguna de las partes de este proceso puede considerarse víctima de los actos de violencia de género ni imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de estos delitos, no puede obviarse que se siguió en el Juzgado de Violencia sobre de la Mujer un procedimiento de medidas de sobre relaciones paterno filiales respecto de la misma menor para la que ahora se solicita un régimen de visitas por los abuelos y teniendo este procedimiento una íntima relación con el anterior en el que podrían adoptarse medidas incompatibles o de imposible cumplimiento considera la Sala que debe declararse la competencia para conocer del presente procedimiento del Juzgado de Violencia.

La cuestión ha sido ya resuelta por esta Sección en los autos de 30 de septiembre de 2008 y 19 de septiembre de 2007. En este último señalábamos lo siguiente

"La ley Orgánica 1/2004 de Protección contra la violencia de Género atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer las competencias en el orden penal que recoge en su artículo 44. 1 que adiciona a la Ley Orgánica del Poder judicial el artículo 87 ter. Asimismo se regula en dicho precepto en el apartado 3 que dichos Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurran simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.

b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.

c) Que alguna de las partes del proceso sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género ni sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género

En el presente caso es cierto que el supuesto sometido a enjuiciamiento no encaja en los estrictos términos de los artículos citado por cuanto se solicita la regulación del derecho de visitas de los abuelos con su nieta, y si bien ninguna de las partes de este proceso puede considerarse víctima de los actos de violencia de género ni imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de estos delitos, no puede obviarse que se siguió en el Juzgado de Violencia Sorbe de la Mujer número de Sevilla procedimiento de medidas de sobre relaciones paterno filiales respecto de la misma menor para la que ahora se solicita un régimen de visitas por los abuelos y siendo este pro-

cedimiento una íntima relación con el anterior en el que podrían adoptarse medidas incompatibles o de imposible cumplimiento considera la Sala que debe declararse la competencia para conocer del presente procedimiento del Juzgado de Violencia sobre la mujer número 1 de Sevilla".

A la vista de esta doctrina, que damos por reproducida, declaramos competente al Juzgado de violencia sobre la mujer.

Además, debe recordarse que el artículo 160 del Código Civil contiene una recomendación especifica de cautela, al señalar que " No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores. "

Esta Sala considera que esta finalidad puede ser alcanzada más fácilmente si un único órgano judicial conoce de todos los procedimientos relacionados con un menor. En el mismo sentido, puede citarse el Auto de la Audiencia de Pontevedra de 25 de mayo de 2012.

Que a tenor de la finalidad que persigue la normativa legal sobre violencia de género, acerca de que el Juez que conozca de la vertiente penal decida también sobre los aspectos civiles relacionados con el ámbito familiar al objeto de que el tratamiento procesal de todas dichas cuestiones tenga lugar ante la misma sede, motiva a hacer extensivo dicho conocimiento por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer hasta el archivo de la causa penal"

Nulidad de actuaciones

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 22 DE MARZO DE 2021

En el presente caso ha de estimarse producida esta efectiva indefensión al haberse citado solo con seis días de antelación a la comparecencia de jurisdicción voluntaria, pues se ha privado al demandado de la posibilidad de haber articulado su oposición de forma adecuada, impidiéndose con ello la proposición y práctica de los medios de prueba necesarios para demostrar los hechos controvertidos en que sustentan sus peticiones.

Se solicita en el escrito de interposición de recurso que se declare la nulidad del Auto de fecha 7 de septiembre de 2020 con retroacción de las actuaciones para la celebración de la oportuna comparecencia, alegando la vulneración de los artículo 17.2 y 3, 18 y 85 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, dado que no se ha convocado a las partes a la preceptiva comparecencia prevista en el artículo 85 de dicho Texto Legal, con la antelación prevista en el artículo 17 prescindiéndose de una norma esencial del procedimiento, lo que le ha generado indefensión, al no poder ser oído y proponer la prueba que en defensa de su pretensión.

El artículo 17.3 de la Ley de Jurisdicción voluntaria dispone que: " Los interesados serán citados a la comparecencia con al menos quince días de antelación a su celebración, avisándoles de que deberán acudir a aquélla con los medios de prueba de que intenten valerse. La citación se practicará en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con entrega de la copia de la resolución, de la solicitud y de los documentos que la acompañen. Si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. Del escrito de oposición se dará traslado a la parte solicitante inmediatamente"

Como se declara en el Auto apelado el día 26 de Agosto de 2020 se admitió a trámite la demanda y se convocó a las partes para la celebración de la comparecencia el día 3 de septiembre de 2020 con citación del demandado D. Valeriano que se produjo el día 29 de Agosto de 2020, es decir, solo cinco días antes del señalado para la comparecencia. El

día 1 de septiembre se interpuso recurso de reposición contra el Decreto de 26 de agosto solicitando la inadmisión del expediente por existir un procedimiento de regulación de las relaciones paterno filiales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6.2 y 3 de la LJV y el día 2 de septiembre se presentó escrito solicitando la suspensión de la vista por coincidir con otro señalamiento más antiguo de la Letrada designada por el Sr. Valeriano.

El procedimiento se ha seguido por las normas de la Jurisdicción Voluntaria, concretamente del artículo 85 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, que prevé la intervención judicial en relación con la patria potestad, no siendo preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador para promover y actuar en estos expedientes. Pero el expediente se somete a las normas generales contempladas en los artículos 13 y siguientes de la misma Ley, y, concretamente, al artículo 17.3, en el que acordada la comparecencia oportuna, los interesados serán citados a la misma con al menos 15 días de antelación a su celebración, avisándoles de que deberán acudir a aquella con los medios de prueba de que intenten valerse. El artículo 85 regula la comparecencia, en la que, sin ser necesaria la intervención de profesionales, como ya se ha indicado, se practicarán las diligencias que se estimen oportunas, incluso con resolución de cuantas cuestiones procesales se formulen. Ciertamente el demandado estaba citado para la comparecencia, pero no en forma legal, prevista en el artículo 17 citado, ya que lo fue sin que mediaran los 15 días de antelación

Como hemos declarado en otras ocasiones para que proceda la declaración de nulidad de las actuaciones judiciales se precisa que se haya prescindido tal y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o se hayan omitido los principios de audiencia, asistencia y defensa, habiéndose ocasionado por ello efectiva indefensión. En este sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 8 de mayo de 2014 recuerda que no toda irregularidad procesal causa por sí misma la nulidad de actuaciones, ya que el dato esencial es que la irregularidad procesal que se aprecie haya supuesto una efectiva indefensión material y, por lo tanto, trascendente de cara a la resolución del pleito. En el presente caso ha de estimarse producida esta efectiva indefensión pues la se ha privado al demandado con la posibilidad de haber articulado su oposición de forma adecuada, impidiéndose con ello la proposición y práctica de los medios de prueba necesaria para demostrar los hechos controvertidos en que sustentan sus peticiones. Se ha generado indefensión, y debe, en consecuencia, declararse la nulidad de lo actuado, desde el Decreto de 26 de agosto de 2020, para que se sigan los trámites legalmente previstos en el artículo 85 de la LJV.

Ejecución de sentencias

Pago de la pensión aunque se modifica el régimen de visitas

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, AUTO DE 31 DE MARZO DE 2021

Aunque el menor conviva con el padre de lunes a viernes, debe ejecutarse la Sentencia que condenaba a este a abonar a la madre una pensión alimenticia de 200 euros mensuales.

Frente al auto de primer grado, que manda seguir adelante con la ejecución por la cantidad de 3729,50 euros, interpone recurso de apelación el ejecutado Sr. Florentino, que solicita que se declare extinguida la obligación de abonar alimentos devengados desde Septiembre de 2017, y subsidiariamente se límite a la cantidad de 3511,72 euros.

La actividad probatoria desarrollada en primera instancia, básicamente integrada por la documentación bancaria aportada y por los interrogatorios de los litigantes, permite reputar acreditados los

siguientes extremos fácticos: a) Pese a la sentencia de divorcio dictada el 26 de Enero de 2015, los divorciados continuaron residiendo en la misma vivienda de DIRECCION000, si bien llevaban vidas separadas; b) Desde Enero de 2015 hasta Agosto de 2017 el Sr. Florentino estuvo transfiriendo a la Sra. Mariola 200 euros mensuales en concepto de "manutención Florentino "; c) En Septiembre de 2017 tras la venta del piso de DIRECCION000 se trasladan a una nueva vivienda en DIRECCION001, en la que residen tanto el padre y el hijo, como, transitoriamente, la propia madre mientras buscaba nuevo domicilio; en Diciembre de 2018 la Sra. Mariola se marchó y el hijo común permaneció conviviendo con su padre de Lunes a Viernes; d) Desde el inicio de la crisis matrimonial, el Sr. Florentino asumió los gastos de suministros, cuota hipotecaria y comunidad de propietarios y transfirió a la Sra Mariola 175 euros mensuales (200 euros a partir de la sentencia de divorcio de enero de 2015) como manutención del hijo común, siendo Agosto de 2017 la última mensualidad antes del traslado a DIRECCION001; la suma resultante ha de incrementarse con abono del IPC en 111,72 euros.

El proceso de ejecución no es cauce adecuado para decidir sobre la vigencia de una pensión de alimentos, ni para la emisión de pronunciamientos declarativos propios del proceso de modificación de medidas, salvo supuestos extraordinarios y excepcionales en los que aparezca reconocida y admitida de manera inequívoca e incuestionada la concurrencia de alguna causa extintiva de la obligación alimenticia. El auto que resuelve la oposición a la ejecución no puede dejar sín efecto lo acordado en una sentencia precedente.

En el supuesto enjuiciado, el Sr. Florentino no entrega a la Sra Mariola la pensión alimenticia, fijada en 200 euros mensuales por la sentencia de divorcio, desde Septiembre de 2017 hasta la fecha de presentación de la demanda de ejecución en Febrero de 2019, por lo que ha de abonar las 18 mensualidades de 200 euros que median entre ambas fechas -si bien ha de descontarse la mensualidad del mes de Enero de 2015 pues la sentencia de divorcio que constituye el título ejecutivo fue dictada el 26 de dicho mes-, pues, no obstante la disolución del matrimonio por el divorcio, los litigantes continúan viviendo bajo el mismo techo junto con el hijo común, y, aunque éste siguiera conviviendo en DIRECCION001 con su padre, escolarizado en el IES DIRECCION002 de DIRECCION001, después de la marcha de la madre, la obligación de prestar alimentos continuaba vigente al no haber sido dejada sin efecto por sentencia recaída en procedimiento de modificación de medidas -que ha sido instado por el demandado en Abril de 2019 según justificante de Lexnet aportado-, máxime teniendo en cuenta el peculiar régimen de vida de los tres miembros de la familia después del divorcio de los progenitores.

Como consecuencia de lo expresado, la ejecución ha de seguir adelante por 3511,72 euros resultantes de descontar 200 euros, correspondientes al mes de Enero de 2015, del importe de las 18 mensualidades comprendidas entre Septiembre de 2017 y Febrero de 2019, incluidos 111,72 para IPC más otros 50 euros presupuestados para intereses.

La negativa del hijo a cumplir las visitas no es causa de oposición

AP GIRONA, SEC. 2.ª, AUTO DE 22 DE MARZO DE 2021

La negativa del hijo a comunicarse con el padre no es una causa para oponerse a la ejecución de Sentencia en la que se reclaman las pensiones alimenticias no abonadas, sino que deberá de ser objeto de un procedimiento de modificación de medidas.

Interpuesta demanda de ejecución de título judicial en reclamación de la pensión de alimentos del hijo mayor de edad, se opuso por la demandada la extinción de la pensión por la negativa del hijo a comunicarse con el padre alimentante, art 237-13.e) CCCat y jurisprudencia del TS respecto a la negativa de los hijos mayores de edad a relacionarse con el progenitor alejado de la vida del hijo por voluntad de este.

El órgano "a quo" entiende acertadamente que lo alegado es una causa de oposición que no debe dirimirse en el ámbito de la ejecución del título judicial, sino que debería ser objeto de un procedimiento de modificación de medidas, y desestima la oposición.

Muestra su disconformidad la parte ejecutada e interpone recurso de apelación insistiendo en que se trata de una cuestión de fondo que puede y debe ser contemplada por los tribunales en todo tipo de procedimientos.

No comparte este tribunal el criterio de quien recurre, porque el cauce procedimental adecuado para la modificación de las medidas definitivas adoptadas con anterioridad en los procesos matrimoniales es mediante el procedimiento previsto en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modificación de medidas, donde deben realizarse los pronunciamientos que modifiquen los realizados con carácter firme en el proceso precedente. Mientras que en el procedimiento de ejecución de título judicial, existen unas causas tasadas de oposición de fondo y procesales, arts 556 y 559 de la LEC, que son en las que se deben fundar los motivos de oposición a la ejecución, que no es la causa alegada por el ejecutado.

Lo que sí se puede efectuar en el proceso de ejecución es rechazar de forma fundamentada las pretensiones que se formulen por el ejecutante con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal, conforme a lo que establecen los artículos 7.2 del C C y 11.2 de la LOPJ.

Sin embargo, no aprecia la Sala abuso de derecho o fraude de ley en el caso que nos ocupa, porque la sentencia objeto de ejecución de fecha 26 de septiembre de 2016, recayó en un procedimiento de modificación de medidas, cuando el hijo destinatario de los alimentos ya era mayor de edad, estudiaba en la universidad y ya no mantenía relación con su progenitor hacía años.

Pese a esas circunstancias, que en principio serían coincidentes con las actuales, (mayoría de edad y falta de relación con el progenitor alimentante), la sentencia concedió una pensión cuyo abono ahora se solicita por vía de ejecución de la misma. Y no es este el cauce para corregir la decisión adoptada en la sentencia que constituye el título ejecutivo, valorando una causa de extinción del título que ya concurriría al recaer la sentencia ejecutada, pues lo manifestado es que hacía doce años que no mantenía relación con el padre.

Es decir, que la relación entre el hijo y el padre a día de hoy, es la misma que mantenía en la fecha de la resolución que ahora se ejecuta y por ello no es procedente calificar de mala fe o abuso de derecho la ejecución de un título obtenido bajo unas circunstancias similares a las ahora concurrentes.

Regímenes económicos matrimoniales

Acción reivindicatoria sobre vehículo

AP TARRAGONA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE DE MARZO DE 2021

Se estima la acción reivindicatoria y se declara que el vehículo que aparece a nombre de la exesposa pertenece en pro indiviso a ambos excónyuges.

Dedujo la parte actora, Don Dionisio, una acción reivindicatoria contra su exmujer, D.ª Joaquina, pretendiendo se declarase su titularidad sobre el vehículo Peugeot 307, matrícula....QYN y se condenase a la demandada a su inmediata devolución y a realizar el cambio de titularidad del vehículo. Reseñó sustancialmente que él había comprado el vehículo el 10 de agosto de 2007, efectuando un primer pago de 3.000 euros y suscribiendo el préstamo para financiar su precio, préstamo que fue cancelado anticipadamente por el actor el 7 de junio de 2010 con la entrega a la financiera de 6.033,92 euros, de los que disponía el demandante por su indemnización por despido. El vehículo se puso a nombre de la demandada con el fin de que lo pudiese conducir sin ningún problema, pues en ese momento el demandante disponía de vehículo de empresa. Recaída sentencia de divorcio en marzo de 2015, se cedió temporalmente el uso del vehículo a la demandada, pues lo necesitaba para su trabajo, exigiéndole finalmente la devolución a la que se negó.

La parte demandada al contestar se opuso a la demanda negando la titularidad del actor y manifestando su titularidad exclusiva, siendo que el vehículo se compró inicialmente a nombre del demandante para poder beneficiarse de las ventajas que se ofrecían por ser empleado de la marca, pasando inmediatamente a la titularidad de la demandada, quien se ha hecho cargo del abono de todos los gastos, tales como impuestos y seguro. Se niega la cesión de uso que se afirma en la demanda y que el actor pagase el precio del vehículo y se sostiene que la omisión de la mención del vehículo en la sentencia de divorcio, que recogió el acuerdo de las partes, pone de manifiesto que el demandante reconocía que era de titularidad de su esposa. De manera subsidiaria se alegó la aplicación del artículo 232-3.1 CCC, de manera que, constando la demandada como titular del vehículo, si se acreditara que su precio fue pagado en parte por el actor, se presumiría su donación y, subsidiariamente, se adujo la usucapión del bien, de acuerdo con el artículo 531-27.1 CCC. Se interesó la íntegra desestimación de la demanda.

La sentencia de instancia, poniendo de manifiesto la discrepancia entre el precio de compra que consta en la factura del vehículo de 9.304 euros y el precio de compra que consta en el contrato de financiación de 14.000 euros, admitiendo el demandante la posibilidad que se solicitara una cantidad adicional del préstamo para otros fines, no considera acreditado el origen del desembolso inicial que recoge el contrato de financiación de 3.000 euros. No considera tampoco acreditado que fuera el demandante quien abonara íntegramente el precio, pues los cuotas del préstamo se cargaban en una cuenta común en que se ingresaban las nóminas de los esposos. La demandada percibía una nómina suficiente para atender al pago de la financiación. Se reputa aplicable la presunción del art. 232-3.2 CCC y se concluye que el vehículo debe reputarse de cotitularidad de los excónyuges, puesto que, al margen del resultado del interrogatorio, se constata que, entre la pérdida del vehículo de empresa a causa del despido del demandante en el

año 2010, hasta la sentencia de divorcio en el año 2015, no consta que la familia dispusiera de otro vehículo más que el Peugeot 307 objeto de controversia. Se descarta también la usucapión alegada por la demandada y las pretensiones del actor de entrega de la posesión y cambio de titularidad. Se estima parcialmente la demanda declarando que el vehículo Peugeot matrícula....QYN pertenece en proindiviso a ambas partes.

Recurre la sentencia la parte demandada D.ª Joaquina por error en la valoración de la prueba y vulneración de las normas sobre la carga de la prueba, pues la presunción establecida en el art. 232-3.2 CCC se ha visto desvirtuada por la prueba practicada. El vehículo fue adquirido por el actor en el concesionario en que trabajaba para poder beneficiarse de los descuentos que le ofrecía su empresa e inmediatamente se puso el vehículo a nombre de la demandada, que ha venido sufragando los recibos del impuesto de circulación o la prima de seguro, siendo la conductora habitual. Incluso llegó a aprovechar la póliza de su anterior vehículo para asegurar los primeros meses el vehículo adquirido. Respecto a la transferencia que el actor dice realizada el 7 de junio de 2010 no se corresponde con el capital pendiente de amortización del préstamo y podía obedecer tal abono a otros conceptos, pues había otro préstamo concertado con BANQUE PSA FINANCE. El demandante no ha acreditado que afrontase los gastos de mantenimiento del vehículo que iban de exclusivo cargo de la demandada. No puede considerarse que el vehículo fuese familiar, sin que se aporte prueba de este extremo. El vehículo era de propiedad de la demandada, la demanda se debió desestimar íntegramente e imponer las costas al demandado.

La parte actora se opone al recurso y reseña que la demandada no ha acreditado que afrontara el pago de las cuotas del préstamo, ni la prima de seguro, ni el impuesto de circulación, pues el pago de las cuotas del préstamo se verificaba en la cuenta en que ambos cónyuges tenían domiciliadas las nóminas, lo mismo que la prima de seguro se pagaba en una cuenta común. Al igual que la sentencia no considera probado que fuera el demandante quien asumiera el pago en exclusiva de las cuotas de amortización del préstamo concertado para la compra del turismo, pues el pago se verificaba en una cuenta común y ello pese a que la capacidad económica del actor era muy superior a la de la demandada, con mayor razón la demandada no acredita que asumiera en exclusiva el pago de las cuotas del préstamo. Tampoco acredita la realización del desembolso inicial de 3.000 euros, ni que cancelara el préstamo. De no destinarse la transferencia al BANQUE PSA de 6.033,92 euros a cancelar el préstamo, la Sra. Joaquina hubiera aportado un extracto en que se acreditara el abono del resto de mensualidades, pues el vencimiento estaba señalado en el contrato en fecha 10 de agosto de 2012. La diferencia entre la cantidad transferida y el capital pendiente corresponde a comisiones y gastos. También se considera acreditado que el vehículo tenía un uso familiar. Se solicita la desestimación del recurso, con condena en costas a la parte recurrente.

En orden a la valoración de la prueba en el recurso de apelación esta Sala está facultada para revisar la valoración de la prueba efectuada y así señala la STS 18 de mayo de 2015 Recurso: 2217/2013: " Esta Sala en sentencias núm. nº 88/2013, de 22 febrero, y 562/2013, de 27 septiembre, entre otras, tiene declarado que "en nuestro sistema, el juicio de segunda instancia es pleno y ha de realizarse con base en los materiales recogidos en la primera, aunque puede completarse el material probatorio admitiendo - con carácter limitado- ciertas pruebas que no pudieron practicarse en la misma (artículos 460 y 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y en él la comprobación que el órgano superior hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del órgano revisor en relación con los del juez inicial. La sentencia del Tribunal Constitucional nº 212/2000, de 18 septiembre, afirma lo siguiente: "Este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar que, en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos, como una 'revisio prioris instantiae', en la que el Tribunal Superior u órgano 'ad quem' tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la ' reformatio in peius', y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación ('tantum devolutum quantum appellatum')...".

Cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador a quo debe partirse, en principio, de la especial autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por tal Juez ante el que se ha celebrado el juicio, en el que

adquieren plena eficacia los principios de inmediación, contradicción, concentración y oralidad. Si la prueba practicada en el procedimiento se valora por el Juez a quo de forma racional y lógica, sin que se oponga a normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba o con normas de distribución de la carga de la prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva y parcial de quien impugna la expresada valoración.

En suma, el principio de inmediación que informa el proceso civil debe implicar ab initio, el respeto a la valoración probatoria realizada por el juez a quo, salvo excepción, que aparezca claramente que en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba, o en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, no siendo admisible por tanto a la parte pretender sustituir la valoración parcial e interesada que pretende imponer frente a la imparcial y objetiva de aquella. La valoración probatoria es facultad de los tribunales sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza, por el principio dispositivo y de rogación, pero en forma alguna tratar de imponerlas a los Juzgadores, ni pretender sustituir su valoración de toda la prueba practicada por la valoración que realiza cada parte recurrente por ser la primera más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses. La valoración de los medios de prueba practicados ha de ser realizada en su conjunto, la impugnación de la sentencia mediante el recurso de apelación por el recurrente, precisa la acreditación del error en el que fundamenta su argumentación, con referencia puntual y precisa a las pruebas de las que se infiera la existencia del mismo. La parte recurrente no puede proponer una nueva valoración conjunta distinta a la del tribunal de instancia, ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional.

Ningún error en la valoración de la prueba ha incurrido la Juzgadora de Instancia en su bien razonada y fundamentada sentencia, que hace una aplicación correcta de la presunción establecida en el art. 232-3.2 CCC.

Dispone el aludido precepto: " Si los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio son bienes muebles de valor ordinario destinados al uso familiar, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas, sin que prevalezca contra esta presunción la mera prueba de la titularidad formal".

Debe recordarse en la interpretación del citado precepto lo dispuesto en el Preámbulo de la Llei 25/2010, de 29 de julio, en que el legislador aclara qué debe entenderse por "bienes muebles de valor ordinario destinados al uso familiar" del siguiente modo: " El capítulo II, relativo a los regímenes económicos matrimoniales, mantiene el régimen de separación de bienes como legal supletorio y conserva, con algunas modificaciones remarcables, sus características definitorias. Se mantiene el principio que los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio pertenecen al cónyuge que conste como titular, tradicionalmente reforzado con la presunción de donación de la contraprestación si consigue probarse que esta proviene del patrimonio del otro. Como novedad, sin embargo, se excluyen de este régimen los bienes muebles destinados al uso familiar, como los vehículos, el mobiliario, los aparatos domésticos o los demás bienes que integran el ajuar de la casa. En este tipo de bienes, la mera acreditación de la titularidad formal, por ejemplo por medio de recibos de compra, es a menudo poco significativa y, por ello, dado el destino familiar de los bienes, se ha considerado preferible partir de la presunción de que pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas, sin perjuicio de la posibilidad de destruir esta presunción por medios de prueba más concluyentes".

En este caso puede concluirse que el vehículo, como bien mueble adquirido a título oneroso constante matrimonio, lo que nadie discute y prueba la documental adjuntada a los autos, era un vehículo destinado al uso familiar y, precisamente la presunción legal, que no fue desvirtuada por la parte actora que pretendía que se declarase el vehículo de su titularidad exclusiva, tampoco ha sido desvirtuada por la parte demandada para predicar su dominio, aunque conste como titular formal en Tráfico.

Pues bien, en este caso que el vehículo se adquiriera en el concesionario donde trabajaba el actor para conseguir una rebaja en el precio, no es en absoluto trascendente para resolver sobre la titularidad, como que pusiera el vehículo a nombre de la demandada en el registro administrativo de Tráfico. Precisamente el CCC prescinde en caso de este tipo de bienes muebles de valor ordinario y uso familiar de la titularidad formal, cuando además en este caso no podía figurar en el permiso de circulación del vehículo la titularidad conjunta de los cónyuges. Destaca la propia sentencia que solo puede constar la titularidad administrativa en Tráfico de una persona y por ello los vehículos ad-

quiridos para el uso familiar en el seno de un matrimonio siempre constataran administrativamente a nombre de uno de los miembros de la pareja. Como señala la SAP de Barcelona, sección 12, del 20 de octubre de 2011 (ROJ: SAP B 11276/2011 - Sentencia: 551/2011 Recurso: 497/2010):

"La circunstancia de que este vehículo figure en tráfico como de la titularidad del recurrente no podría considerarse en modo alguno decisiva, ya que esta titularidad despliega unos efectos meramente administrativos que no prejuzgan la titularidad dominical del bien en cuestión".

Respecto a que ha quedado acreditado que la demandada asumiera en exclusiva el pago de la financiación del precio del vehículo y de sus gastos, como prima de seguro obligatorio o impuesto sobre vehículos, en modo alguno la prueba practicada advera tal alegación. Al igual que la sentencia no declaró probado que el demandante hubiera pagado en exclusiva el precio del coche, manifestando más elevada capacidad económica que la demandada, pues su nómina en DIRECCION001, superaba con creces la percibida por la esposa por su trabajo en DIRECCION002, evidentemente no puede considerarse probado que las cuotas de amortización del préstamo contraído para financiar el vehículo hubiesen sido abonadas en exclusiva por la Sra. Joaquina. Advera el extracto bancario de la cuenta común que mantenían las partes en el BBVA, a los folios 60 a 103 de los autos, que en dicha cuenta se ingresaban las nóminas de los esposos y en ella se cargaban las cuotas de amortización del préstamo, con cargos de 229,31 euros mensuales que advera el extracto, en consonancia con el plan de amortización del préstamo incorporado al contrato de financiación al folio 10 vuelto. Tampoco acredita la demandada haber hecho pago de los 3.000 euros inicialmente desembolsados conforme el contrato. La propia demandada reconoce en la vista que en la cuenta común se cargaban las cuotas de amortización del préstamo para financiar la adquisición del vehículo y otras cuotas de préstamos y créditos que tenían en común los esposos e, incluso, el débito devengado de tarjetas que ella utilizaba privativamente. Mantiene que, no obstante, era ella la que pagaba en exclusiva el préstamo del vehículo, aunque su sueldo no le permitiera asumir la parte del débito que le correspondía en los variados préstamos que tenía concertados el matrimonio. No es admisible esta conclusión, esto es, que la sea la demandada la que determine unilateralmente y a su conveniencia qué débito del matrimonio asumía en exclusiva porque así le favorece.

Se dedica también la parte demandada a discutir en su recurso el efectivo destino de la transferencia que dice realizada el demandante para cancelar anticipadamente el préstamo en el año 2010. Sin embargo, la sentencia no hace referencia a la misma y es que, efectivamente, es directamente ilegible la parte del extracto de la cuenta CAIXA CATALUNYA donde consta esa transferencia (véase al efecto la página 14 de los autos, siendo también ilegible el documento telemático pese a su ampliación). Ningún error en la valoración de la prueba puede atribuirse a la sentencia respecto a la cancelación anticipada del préstamo, pues no se refiere a la misma. Pero es que, además, la propia demandada reconoció en la vista, en el minuto 3 de grabación, que se había cancelado el préstamo anticipadamente en el año 2010, aunque no le constara la cantidad afirmada en la demanda como destinada a la amortización y que ella no verificó esa amortización anticipada. Ergo, corrobora lo manifestado por el actor en la vista: el préstamo para financiar el vehículo se liquidó anticipadamente y tal cancelación se verificó por el actor. Lo que desde luego es palmario y evidente es que la demandada no ha acreditado haber amortizado anticipadamente el préstamo o pagado las cuotas hasta su vencimiento contractualmente previsto el 10 de agosto de 2012.

Por otra parte, que los recibos de pago de la prima de seguro se giren a cargo de quien consta como tomadora de la póliza, no significa que fuera ella quien sufragara el coste del seguro. Y, efectivamente, los únicos recibos de seguro adjuntados con la contestación, el correspondiente al Renault Megane cuya póliza se indica aprovechada para el nuevo vehículo al folio 52 y el aportado como documento 12 de la contestación, constan cargados y pagados en la cuenta común donde se ingresaban las nóminas de los esposos y se atendían los pagos de los mismos (folios 72 y 75 respectivamente).

Igualmente que se girase la carta de pago del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica a cargo de quien constaba como titular administrativo, como procede, no significa que fuese la demandada quien hiciese el desembolso con fondos privativos, lo que está lejos de acreditarse.

Por tanto, como el demandante no probó que fuera él quien sufragara íntegramente el precio del vehículo, mucho menos advera la demandada que se pagara con fondos propios y no con la contribución conjunta de los esposos, tanto el coste de la financiación, como los gastos de seguro o impuesto anual y tampoco de revisiones, (no se aporta ni una sola factura, ni se acredita un solo pago al respecto).

En orden a que no se despliega prueba para acreditar que el vehículo tenía un uso familiar, atribuyendo a la parte demandante la carga de acreditarlo, debe indicarse que la prueba practicada apunta a ese destino familiar. No debe olvidarse que el vehículo lo compró inicialmente el demandante y así lo advera la factura de compra que presenta la propia parte demandada al folio 44 y aunque luego se inscribiera en Tráfico a nombre de la demandada, fue el demandante quien también se constituyó en único prestatario en el contrato para financiar el precio (folios 10 y 11). La SAP, Civil sección 2 del 14 de marzo de 2018 (ROJ: SAP GI 222/2018 - Sentencia: 113/2018 Recurso: 107/2018), reseña, además, que precisamente es la parte demandada, quien afirma que un vehículo adquirido en el seno de la familia no se destina al uso familiar, quien debe acreditarlo. Reseña esta sentencia:

"Tratándose de vehículos, la carga de la prueba de su destino como vehículo de uso personal o directamente relacionado con su actividad profesional corresponde a quien propugna su carácter privativo de los mismos; y la parte recurrente no ha demostrado una utilización destinada directamente al ejercicio de su actividad, tratándose por tanto de un supuesto de existencia de un proindiviso "ex lege", art. 232-3.2, así interpretado por las Sentencias de la AP de Barcelona, Sección 18ª, de 9 de octubre de 2013 y 18 de marzo de 2014, cuando se trata de vehículos".

Evidentemente que se usara el vehículo para el desplazamiento de la demandada a su puesto de trabajo a DIRECCION002, esto es, que existiere un cónyuge que empleara de manera usual o con mayor frecuencia el vehículo, pues lo utilizara para ir a su trabajo, (precisamente en este caso la sentencia declara probado que hasta el cese de su relación laboral con DIRECCION001 el actor disponía de vehículo de empresa), no significa que no tuviere un uso familiar o fuese adquirido para destinarlo a un uso familiar. La propia demandada reconoce que se utilizaba por su marido para llevar al hijo común al fútbol, o el demandado hace referencia a que era el vehículo empleado en las vacaciones de la familia. Tampoco fueron preguntados los esposos por otros posibles usos del vehículo, como por ejemplo desplazamientos para ir a la compra, realizar gestiones en interés de la familia o los múltiples usos que una familia puede dar a un vehículo. Pero es que, además, la parte recurrente no trata de combatir la razonable conclusión de la sentencia de primera instancia. Y es que cesado el demandante en su relación profesional en DIRECCION001 en el año 2010 como no discute la parte recurrente (el ingreso del finiquito en la cuenta de CAIXA CATALUNYA data del 27 de mayo de 2010), no consta acreditado que, hasta la sentencia de divorcio dictada el 27 de marzo de 2015 (folios 41 y 42), existiese otro vehículo en la familia. Es absolutamente inverosímil, además de no resultar acreditado, que durante esos prácticamente cinco años, e incluso antes, el vehículo no tuviese un uso familiar, máxime existiendo menores y se destinase solo y exclusivamente para el uso personal e intransferible de la demandada y con el fin único de su desplazamiento al trabajo, máxime cuando es notorio en esta ciudad que hay un periodo temporal anual de cierre del parque temático DIRECCION002. Desde luego la parte demandada no ha probado el uso exclusivo que predica por el hecho de que en la póliza de seguro conste como conductora habitual.

Recuerda en este sentido la SAP de Barcelona, sección 11, del 17 de julio de 2019 (ROJ: SAP B 10426/2019 - Sentencia: 474/2019 Recurso: 1004/2017):

"En consecuencia, conforme al art. 232-3.2 CCCat y en relación a un vehículo de uso familiar -otra cosa sería uno de colección-, el legislador "presume que pertenece(n) a ambos cónyuges por mitades indivisas, sin que prevalezca contra esta presunción la mera prueba de la titularidad formal" debiendo señalar que el propio sr. Ambrosio reconoció al ser interrogado (art. 316.1 LECivil) que los gastos familiares, y la compra del vehículo en cuestión lo es, se cargaban en la cuenta conjunta y que ésta se nutría de las nóminas que ambos percibían por sus respectivos trabajos lo que refuerza la presunción legal de que el FIAT 600 de continua referencia pertenece a ambos por mitad"

Ningún error en la valoración de la prueba o en errónea distribución de la carga de probar se advierte y el recurso debe ser desestimado y la sentencia confirmada, también en su pronunciamiento de costas, pues medió estimación parcial de la demanda y resultaba aplicable el art. 394.2 de la LEC.

La declaración de desamparo es perjudicial para el menor

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 2021

Se deja sin efecto la resolución de desamparo dado que de continuar con la retirada de sus padres podrían producirse en el menor desajustes psicológicos y problemas de adaptación psicosocial con posibles daños a nivel emocional, social y cognitivo, sin que conste que el centro donde se ingresó al menor fuera lo más beneficioso para el mismo. No obstante, se acuerda la intervención del Equipo de Tratamiento Familiar, que realizará un seguimiento del núcleo familiar y emitirá informes periódicos.

Contra la sentencia dictada por la Juez de instancia, estimatoria de la demanda de oposición formulada por la representación procesal de D. Luis Enrique y D.ª. Noelia contra la resolución dictada por la Entidad Publica de Protección con fecha 24 de noviembre de 2016 y por la que se declaraba la situación de desamparo del menor Alexander dejándola sin efecto; se alza, la Letrada de la Junta de Andalucía en base, esencialmente, a una errónea valoración o apreciación de la prueba practicada, interesando su revocación con estimación de todas y cada una de las pretensiones articuladas a través del recurso interpuesto.

Dado el carácter revisorio propio del recurso de apelación, que permite a este Tribunal volver a examinar y analizar la prueba practicada, documental aportada e informe del Equipo Psicosocial unido a las actuaciones; lo cierto es, que tras realizar dicho examen no se aprecian razones que justifiquen la revisión de las conclusiones alcanzadas por la Juez de instancia, perfectamente coherentes con la situación de hecho y problemática jurídica planteada en la presente litis. En este sentido, ante las pretensiones revocatorias articuladas a través del recurso interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía que entendemos correctamente admitido; conviene precisar, que si bien es cierto, que al dictarse la correspondiente resolución administrativa por parte de la Entidad Pública de Protección se daban los suficientes factores de riesgo en lo que respecta al menor de referencia para su declaración legal de desamparo ante la falta de cuidados del mismo por parte de sus progenitores tras haber sido diagnosticado de síndrome de … que no era aceptado por los mismos y mostraban su oposición al tratamiento sin adoptar las medidas terapéuticas y educativas a pesar de las recomendaciones médicas determinantes de un riesgo para la salud del menor y que propiciaron la intervención de la precitada Entidad Pública de Protección a fin de proporcionarle una cobertura asistencial pública con su ingreso en el centro de DIRECCION001 de Alcalá de Guadaíra con régimen de visitas a favor de sus progenitores y familia extensa; también lo es, que con independencia de la enfermedad o síndrome que padezca el menor y la discrepancia de los progenitores en el diagnostico, lo realmente trascendente radica, que ambos progenitores se encuentran plenamente capacitados para atender las necesidades básicas del menor de referencia y por tanto ofrecer los cuidados y atenciones necesarias en el tratamiento del mismo. En este sentido, como se desprende tanto del informe emitido por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia, como el emitido por el Psicólogo Sr. Leon, no solo ambos progenitores poseen las capacidades y habilidades necesarias para el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad y demás necesidades básicas en el tratamiento del menor de referencia, sino que de continuar con la retirada de sus padres

podrían producirse en aquel desajustes psicológicos y problemas de adaptación psicosocial con posibles daños a nivel emocional, social y cognitivo, sin que conste que el centro donde se ingresó al menor fuera lo mas beneficioso para el mismo, determinante todo ello para dejar sin efecto la resolución administrativa de la Entidad Pública de Protección y el reintegro del precitado menor con sus progenitores en la forma recogida en la resolución recurrida (cabe recordar, asimismo, que antes de ingresar en el Centro de referencia, el menor acudía a clases con regularidad, asistiendo ambos progenitores a las tutorías y encontrándose aquel plenamente integrado a nivel escolar con buena relación con el resto de sus compañeros, así como que ha sido la propia Administración de Protección quien propuso la ampliación de las relaciones entre los progenitores y el menor incluyendo los fines de semana con pernocta). De ahí, que valorada la prueba desde la óptica del interés preferente y superior del menor de referencia, esta Sala estima que lo más beneficioso para el mismo es su integración en el núcleo familiar con sus progenitores con la intervención del Equipo de Tratamiento Familiar que efectuara la supervisión y seguimiento con emisión de los informes periódicos; asumiéndose el análisis valorativo y fundamentación jurídica recogida en la revocación recurrida, que responde a una valoración objetivamente razonada, correcta y aséptica de la prueba practicada y que no resulta ilógica ni contraria a las reglas de la sana crítica, llegando a idéntica conclusión que aquella; por lo que es procedente la desestimación de las pretensiones revocatorias articuladas a través del recuso interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía y la confirmación de la sentencia en toda su integridad.

Fue el propio menor quien solicitó la ayuda a los servicios sociales

AP LLEIDA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 2021

Debe mantenerse la declaración de desamparo ya que el menor fue el que acudió personalmente solicitando ayuda a los servicios sociales; el examen médico es de orientación diagnóstica de maltrato físico infantil; se siguieron diligencias penales por presunto delito de maltrato en el ámbito familiar. No puede acogerse el argumento de que no se han adoptado medidas de protección respecto de los demás hijos menores, pues tal circunstancia en modo alguno invalida la concurrencia de los indicadores de desamparo puestos de manifiesto respecto del menor.

La resolución administrativa que ha dado lugar al presente procedimiento se dictó el 14 de agosto de 2019, acordando mantener la medida cautelar de desamparo preventivo del adolescente Jose Francisco, manteniendo la asunción de las funciones tutelares, finalizando la delegación de la guarda otorgada en su día al director del centro DIRECCION000 (resolución de 9 de agosto de 2019), y delegando la guarda en la dirección del centro de acogida DIRECCION001.

...La sentencia de primera instancia desestima la demanda de oposición al considerar que las pruebas practicadas acreditan que la resolución administrativa se fundó en la concurrencia de justa causa para la adopción de la medida de protección, al existir indicios de malos tratos físicos y psíquicos sufridos por el menor en el ámbito familiar, evidenciados por los distintos elementos probatorios obrantes en el expediente administrativo, perfectamente descritos en la sentencia de instancia, añadiendo que ninguno de los elementos en que se funda la resolución administrativa han sido objeto de impugnación, no pudiendo admitir el argumento de la divergencia de modelos educativos como motivo de oposición a la resolución administrativa.

... El demandante Sr. José Francisco interpone recurso de apelación alegando que no se ha valorado adecuadamente la prueba practicada, reiterando las alegaciones vertidas en su escrito de demanda en el sentido que no concurren los presupuestos exigidos para la declaración de desamparo del menor y asunción de la tutela por la Administración puesto que no ha habido incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección del menor por parte de los progenitores, habiendo actuado esta parte siempre de la mejor manera que ha sabido, procurando educar al hijo en valores de trabajo y austeridad, aunque en ocasiones se han producido situaciones difíciles, de falta de entendimiento entre padre e hijo y de asunción por parte

del hijo de las normas y límites que acertadamente se le imponían.

Añade que el padre ha ejercido los deberes parentales de acuerdo a la educación y formación que él mismo recibió, procurando transmitirlos al hijo de forma adecuada y proporcional, negando cualquier tipo de maltrato, remitiéndose en este sentido a la declaración de la madre, que depuso como testigo, manifestando su desacuerdo con la declaración de desamparo y explicando que el padre en ningún momento había maltratado al hijo.

También aduce que los progenitores tienen otros dos hijos menores de edad respecto de los que la Generalitat no ha adoptado medida de protección, considerando por tanto que no se ha producido situación de desamparo de dichos menores, lo que corrobora la inadecuación de la medida adoptada respecto a Jose Francisco, solicitando por todo ello la revocación de la resolución administrativa, reintegrando al padre en el ejercicio de las funciones derivadas de la patria potestad.

...El único motivo de apelación invocado se circunscribe al error en la valoración de la prueba, pero el recurrente no concreta que medio o medios de prueba han sido incorrectamente analizados o valorados, no indica cuales son los elementos probatorios que amparan sus alegaciones y tampoco cita infracción de precepto alguno que pudiera conducir a una consecuencia jurídica distinta de la adoptada. En realidad, se limita a transcribir en el recurso, punto por punto, las alegaciones vertidas en la demanda, pero a todas ellas se ha dado cumplida y razonada respuesta en la resolución recurrida, al igual que a las alegaciones vertidas al inicio de la vista respecto a la nulidad de la resolución administrativa de fecha posterior a la impugnada, cuestión ésta última que ha quedado al margen de esta segunda instancia puesto que nada dice al respecto el apelante.

La resolución recurrida está debidamente fundamentada y se ajusta plenamente al resultado que ofrecen las pruebas practicadas, sin que las alegaciones del apelante revistan la entidad necesaria para modificarla, debiendo destacar que los hechos que recoge la sentencia y que resultan del expediente administrativos son claros y contundentes -manifestaciones detalladas del menor, que acudió personalmente solicitando ayuda a los servicios sociales del BARRIO000; examen médico con orientación diagnóstica de maltrato físico infantil; informe del Equip de Valoració del Maltractament Infantil (EVAM); denuncia y diligencias penales por presunto delito de maltrato en el ámbito familiar- y no han sido contradichos por el apelante, que se limita a negar los hechos y a mencionar la declaración testifical de la madre a la que, por razones obvias y conforme a lo previsto en el art. 376 de la LEC, no puede otorgarse definitivos efectos probatorios en aras a descartar los hechos y elementos indiciarios que dieron lugar a la resolución administrativa, no pudiendo acoger tampoco el argumento de que no se han adoptado medidas de protección respecto de los demás hijos menores, pues tal circunstancia en modo alguno invalida la concurrencia de los indicadores de desamparo puestos de manifiesto respecto de Jose Francisco

Tal como indica la sentencia de instancia rige en esta materia el principio del superior interés y beneficio del menor, como criterio básico que ha de presidir todas las decisiones que le afecten, tal como dispone el art. 3-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 e incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación, siendo proclamado dicho principio de forma específica en el vigente art. 5 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, cuando establece en su párrafo primero que el interés superior del niño o el adolescente deber ser el principio inspirador y fundamentador de las actuaciones públicas, añadiendo en el párrafo tercero que el interés superior del niño o el adolescente debe ser también el principio inspirador de todas las decisiones y actuaciones que les conciernan adoptadas y llevadas a término por los progenitores, por los titulares de la tutela o la guarda, por las instituciones públicas o privadas encargadas de protegerle y de asistirle o por la autoridad judicial o administrativa.

De lo anterior se deriva que la prioridad ha de situarse siempre en las necesidades emocionales, educativas y de crecimiento y desarrollo integral del menor, que priman en todo caso respecto de los intereses de los progenitores, de forma que el interés superior del menor o del adolescente no puede interpretarse desde el punto de vista de la familia sino que el eje se sitúa en el propio interés, y en lo que resulte más beneficioso para el menor, tal como se ha hecho en el presente caso, constando en el expediente administrativo los datos y las actuaciones que justifican la adopción de la resolución administrativa, que junto a las demás pruebas practicadas han sido debidamente analizados y valorados en la sentencia recurrida, sin que la Sala aprecie motivo alguno para modificar el recto e imparcial criterio valorativo de la juzgadora de instancia.

CASOS PRÁCTICOS

Constante el matrimonio se concertó en documento privado un contrato de compraventa entre el esposo y su padre teniendo por objeto una parcela, en la que posteriormente se construyó, con dinero ganancial, la vivienda familiar. Tras el divorcio se ha iniciado la liquidación de la sociedad de gananciales y el esposo se ha opuesto a que se incluya en el activo el solar donde se edificó la vivienda familiar, alegando que nunca se abonó el precio pactado, por lo que el solar no tiene carácter ganancial ¿Es correcta esta tesis?

Consideramos que no, dado que el contrato de compraventa de la parcela constituye titulo de adquisición, que, en conjunción con la entrega material de la posesión o tradición que opera como modo de transmisión, determina la adquisición de la propiedad por la parte compradora, es decir, por la sociedad de gananciales, con independencia de que el precio haya sido o no pagado, y de las acciones que tenga el vendedor para reclamar el precio de la compraventa.

SEVILLA: XXV JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

Pasado el parón forzoso que sufrimos el año 2020 sin poder celebrar las ya tradicionales Jornadas de Derecho de Familia de Sevilla, los días 7 y 8 de octubre de 2021, hemos tenido las XXV. Parece que fue ayer cuando, a la vuelta de las de Madrid, nos planteamos porque no hacer algo similar en Sevilla, nos pusimos en marcha y ya son 25 años los que he tenido el privilegio de dirigirlas, lo que me ha dado la oportunidad de conocer a tantos buenos ponentes y a tantos y tantos compañeros de toda España que, con tanto cariño han venido a Sevilla a aprender y a disfrutar de esta maravillosa tierra.

En esta ocasión hemos tenido que hacer un formato on line, que se ha podido seguir en directo o verlas con posterioridad. Hemos tenido cuatro ponencias, cuatro comunicaciones y el ya tradicional foro abierto tan enriquecedor.

Para la apertura, contamos con la Ministra de Justicia, Pilar Llop que nos dirigió unas pa-

labras y con la Presidente del CGAE, Victoria Ortega que tanto valora nuestra AEAFA y estuvieron presentes en el acto, el Presidente de la AP de Sevilla y de la Sección de Familia Damián Alvarez, amigo de la AEAFA que se jubila próximamente, con el Decano del ICAS, Oscar Cisneros y con nuestra Presidente Mariló Lozano que hizo una apertura estupenda.

El jueves por la tarde tuvimos el placer de contar con nuestro querido amigo de la AEAFA y fiel colaborador, el Magistrado Javier Pérez Martín que hizo una magnífica ponencia sobre los problemas de ejecución de sentencia en relación a la vivienda familiar. A continuación, disfrutamos de la ponencia de Raquel Blázquez Martín, Magistrada del Gabinete Técnico del TS que abordó el recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal y el de queja.

La mañana del viernes contamos con la Fiscal de la Sala del TS Mª José Segarra que abordó la reciente reforma de la discapacidad a la luz de la convención: unas necesarias reformas legales y un cambio de mirada que fue muy didáctica y clarificadora para, a continuación, disfrutar del Magistrado del TS, Sala 1ª José Luis Seoane que nos dio un repaso a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de derecho de familia.

El viernes por la tarde tuvimos cuatro comunicaciones que estuvieron a cargo de: Irene de la Rosa, Magistrada del Juzgado nº 7 de Familia de Sevilla que abordó el tema del derecho de visitas de los abuelos, contenido y límites; Antonia Roncero, Magistrada del Juzgado nº 30 de Familia de Sevilla, que analizó las uniones de hecho y el enriquecimiento injusto, Anto-

nio Elias, Abogado de familia que trató sobre la extinción de la pensión de alimentos , retroactividad y ejecutividad, y cerró el Psicólogo Clínico Juan Francisco de Dios Pérez, que habló de la ruptura de la pareja con hijos, mitos y leyendas urbanas, dándonos una visión de la realidad con la que nos encontramos en el día a día en nuestros despacho.

Como colofón, tuvimos el ya clásico Foro Abierto, dirigido por la Abogada de Familia Mª Dolores Azaustre, Vicepresidente que fue de la AEAFA, en el que contamos también con la participación de Javier Pérez Martin y de mí misma, además de la Junta de la AEAFA y de los demás intervinientes que quisieron participar, para terminar con la clausura a cargo de nuestra Presidente Mariló Lozano.

Todas las intervenciones han resultado brillantes y hemos tenido la oportunidad de seguir formándonos, aunque nos hemos visto privados de ese reencuentro siempre tan agradable y del calor del directo.

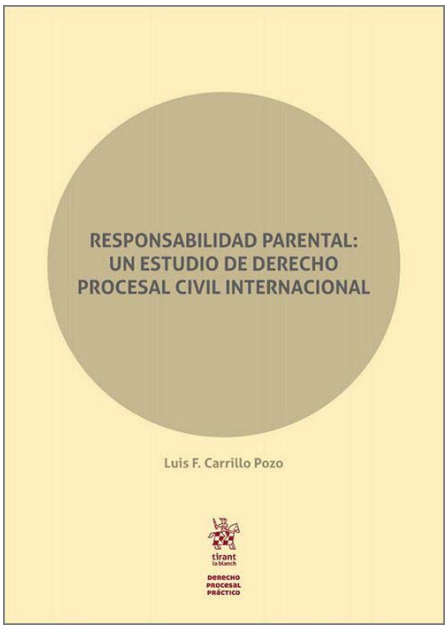
Gracias al Ilustre Colegio de Abogados por recibirnos en su casa, a la AEAFA por su ayuda siempre y a Libertas por una organización siempre estupenda y a todos los colaboradores.

RESPONSABILIDAD PARENTAL: UN ESTUDIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL

Luis F. Carrillo Pozo

Editorial:Tirant lo Blanch

2021 - 373 pág.



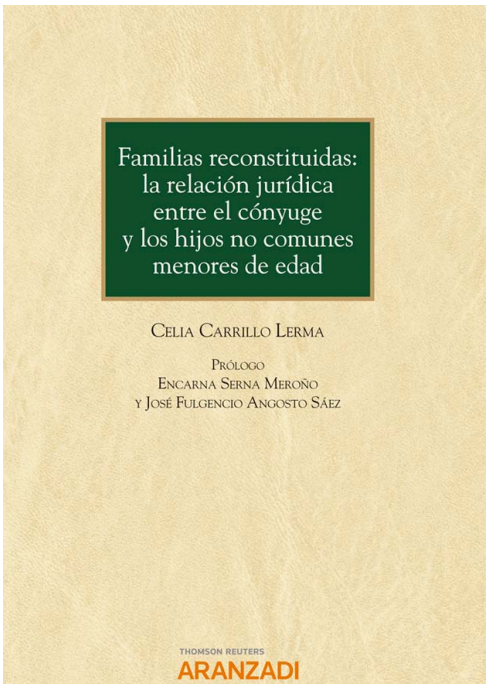
¿Pueden los tribunales españoles, en el curso de un proceso de divorcio, decidir sobre guarda y custodia de los hijos residentes en el extranjero? ¿Ante qué tribunales puedo reclamar el cumplimiento de un régimen de visitas si mi hijo vive en otro país? ¿Y si cuando voy a recogerlo para pasar las vacaciones de verano el otro progenitor se niega a entregarlo? ¿Cómo puedo trasladar el domicilio al extranjero después del divorcio? ¿Y si no nos ponemos de acuerdo sobre el tipo de educación o la conveniencia de una intervención quirúrgica? ¿Cómo hacer efectiva en España una decisión dictada por un tribunal extranjero? Son cuestiones típicas que surgen en algunos procesos de familia, derivadas de la internacionalidad de las relaciones jurídicas. Responderlas no es siempre fácil, ante todo porque confluye en este tema una cascada de fuentes legales de diverso origen, hasta el punto de que incluso la primera tarea (identificar la norma aplicable) se vuelve especialmente compleja. El presente libro afronta el estudio de estos tipos de litigios de una forma clara y accesible, huyendo de especulaciones puramente teóricas, articulando un discurso muy pegado a las normas vigentes (con especial atención al reglamento UE 2019/1111) y con una sólida base jurisprudencial (TEDH, TJUE, tribunales españoles), orientado a la realidad de las profesiones jurídicas.

FAMILIAS RECONSTITUIDAS LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL CÓNYUGE Y LOS HIJOS NO COMUNES MENORES DE EDAD

Celia Carrillo Lerma

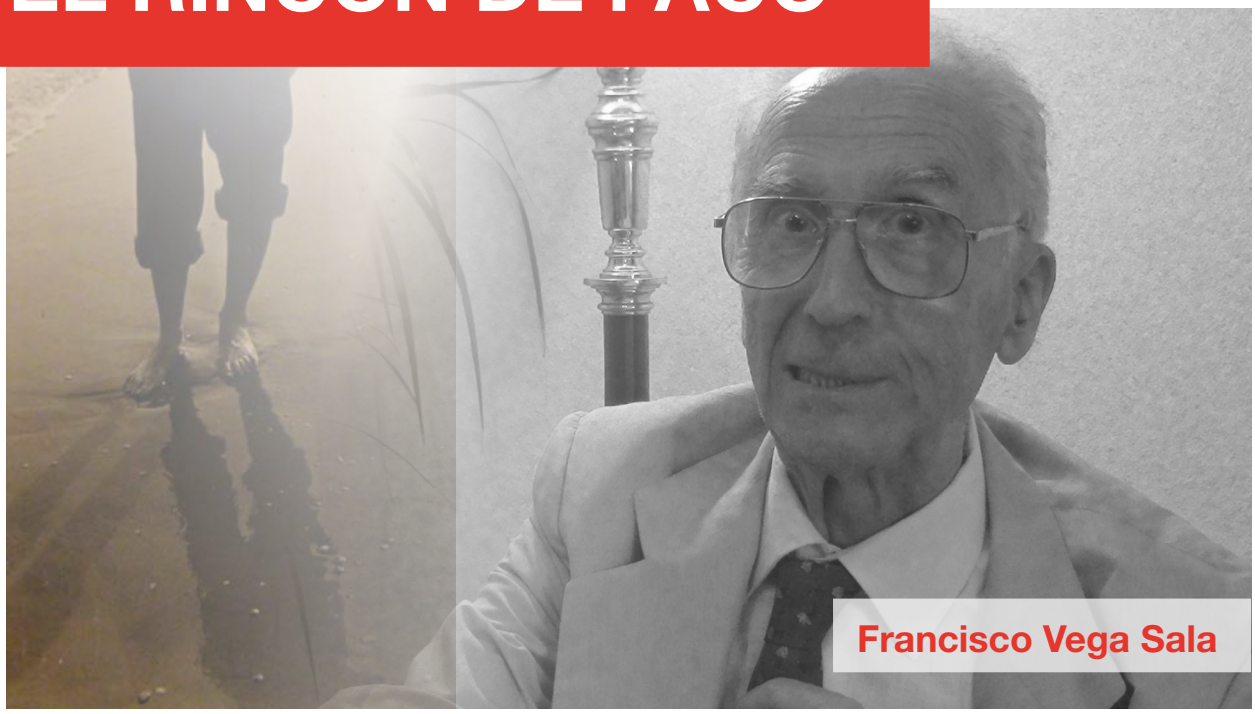
Editorial Aranzadi

2021 - 272 pág.



Las familias reconstituidas, que son aquéllas en las que al menos uno de los miembros de la pareja integra hijos propios, son cada vez más frecuentes en la práctica, debido al creciente número de divorcios. La convivencia entre sus miembros puede dar lugar a varios tipos de relaciones como, p.e., las que se dan entre medio hermanos y hermanastros. La presente obra monográfica analiza y trata de solventar determinados problemas que plantea la relación familiar entre el cónyuge del progenitor y el hijo no común que conviven en el ámbito del Derecho de familia. De un lado, analiza la problemática que encierran las familias reconstituidas sobre la base del matrimonio y sus presupuestos esenciales. De otro, realiza un estudio de las soluciones que aportan el Derecho civil común vigente y los otros Derechos civiles del Estado y un estudio de Derecho comparado, para lo que toma como referencia los Derechos francés, alemán, neerlandés, suizo, italiano, inglés y algunas soluciones del sistema jurídico norteamericano. El trabajo aporta conclusiones sobre la idoneidad de las anteriores soluciones jurídicas y la conveniencia o no de adoptarlas en el Derecho común español. Pero la verdadera singularidad de la obra se halla en la sólida serie de propuestas normativas que plantea la autora. Esta obra completa el catálogo de Thomson-Reuters Aranzadi.

EL RINCÓN DE PACO



Francisco Vega Sala

PALMA DE MALLORCA 1903

Mis más respetuosos saludos a Juan RUIZ ROMERO, Maestro Normal. No le conozco, no sé quién es, pero se merece todo nuestro respeto, al menos, el mio particular.

En un "rastrillo" que los domingos por la mañana se celebraba en un pueblo de Catalunya encontré un librito de 29 páginas, tamaño octavo, que se intitulaba "*Rudimentos de Derecho*", publicado en Palma de Mallorca en 1903, y cuyo autor era el mencionado Juan RUIZ ROMERO, Maestro Normal, según reza en la carpetilla, si bien el "Normal" no se refiere a su estado mental, que está fuera de dudas desde que se lee la primera línea del libro, si no a que, en aquella época la enseñanza primaria era conocida con el nombre de "La normal" siguiendo el modelo de la enseñanza francesa en donde la Enseñanza Primaria era conocida con el nombre de "La normalienne" y sus profesores gozaban de un gran prestigio, respeto y consideración. En aquellos años (1903 y años de los alrededores) los niños no manejaban móviles y ordenadores sino libritos de "*Rudimentos de Derecho*". Es decir, en la

Enseñanza Primaria se enseñaba Derecho materia que ahora no se enseña ni en la Primaria, ni en ls Secundaria (aunque pueda llamársela “Media”), ni en la Superior (o Universitaria) salvo que se estudie la carrera de Derecho. Lo compré por un euro.

No hay ninguna “icona”, todo es letra y tiene 39 de lo que hoy llamaríamos “aplicaciones”. De estas, sólo una tiene un sabor escolástico, la que define lo que es la ley (“Ley es la ordenación de la razón dirigida al bien común por aquél que tiene a su cuidado el bienestar de una sociedad”) y otra es plenamente confesional, la que se refiere al matrimonio que lo define como “la unión perfecta e indisoluble del hombre y la mujer elevada por Jesucristo a la dignidad de sacramento”, si bien añade inmediatamente a continuación que “El matrimonio es canónico y civil” y que “Divorcio es la disolución del matrimonio por causa legal.” El resto es objetivo, científico.

El librito que reseñamos comienza exponiendo que es el derecho para exponer después lo que constituye el centro del Derecho Constitucional: “El Estado tiene su origen en el atributo de sociabilidad del hombre” con lo que, con la mayor sencillez y humildad, sin pedantería alguna expone ya la doctrina aristotélica del “zoon politikon” ¿Se lo explica su móvil al alumno de primaria de hoy ? El Maestro Normal RUIZ ROMERO si que se lo explicó a sus alumnos:”El orden es el fundament de la vida del Estado. Para que se establezca el orden son necesarias dos cosas: una ley y un poder” “La ley que rige al Estado se llama Constitución”, “Los poderes del Estado son tres: uno que simboliza a la nación, otro que legisla y otro que hace aplicación de lo legislado.”

¿Verdad que son ideas muy claras para iniciar a sus alumnos en la vida que les tocará vivir?; “El poder moderador lo ejerce el Jefe del Estado”, “Las principales formas de gobierno son dos: monárquica y republicana, Gobierno monárquico es el de un pueblo dirigido por un Rey. Gobierno republicano es el de un pueblo que se gobierna por si mismo.”

A partir de aquí, expone el “Derecho Privado” que nos recuerda que es “el que rige en las cuestiones de interés privado entre particulares” y que “se divide en civil, mercantil y procesal” y desgrana diversos temas que dan una visión de conjunto al alumno: la “patria potestad, que “es el derecho de autoridad de un padre sobre sus hijos durante su menor edad” ,la herencia y el testamento, la tutela, la propiedad y los contratos. Que acertado está RUIZ ROMERO en poner juntos, al mismo nivel, el derecho civil sustantivo y el derecho procesal; a buen seguro que aquellos de sus alumnos que de mayores ejerzan de abogados serán conscientes de que muchas veces los pleitos civiles se ganan en el procedimiento. Y se cierran estos “Rudimentos de Derecho” con una visión del Derecho Administrativo. Más completo y útil no puede ser ¿verdad?

Y leído el libro no puedo por menos de preguntarme y preguntarles ¿Qué es más necesario, mejorar la Jurisdicción de Familia, como hace años se viene pidiendo, o mejorar la enseñanza primaria que no me consta que se pida? Y a lo mejor resultaba que reformada la enseñanza primaria, no hacía falta tanta jurisdicción de familia. Sería divertido. Pero es que el Derecho es muy divertido.

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: .....

.....