DIRECTOR: ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN
Magistrado

Nº 61

Revista de Derecho de Familia

© 2013 Thomson Reuters (Legal) Limited

Lex Nova, S.A.U.
Edificio Lex Nova
General Solchaga, 3. 47008 Valladolid
T +034 983 457038 · F +034 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es
www.lexnova.es
www.thomsonreuters.com

Impresión
Rodona Industria Gráfica, S.L.
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 Pamplona

Depósito Legal: VA. 803-1998
ISSN 1139-5168
Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General Thomson Reuters Lex Nova
Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por Antonio Javier Pérez Martín, con la colaboración de Lex Family, SL; y por Roberto Alonso y Jaime Barbero, del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Thomson Reuters y y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters.

Lex Nova es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, entre otros; por ello, se encuentra integrada en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos:

ANECA · CARHUS Plus · clasificación CIRC · CNEAI · CSIC · Dialnet · DICE · IN~RECJ · BASE DE DATOS ISOC · latindex · MIAR · rèsh

El texto de las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos originales.

La versión online de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en **portaljuridico.lexnova.es**

LEX NOVA · THOMSON REUTERS

DIRECTOR
ANTONIO JAVIER PÉREZ MARTÍN
Magistrado

LOS PROBLEMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Todos tenemos que reconocer que cuando nos enfrentamos a un proceso de familia en el que uno o ambos cónyuges tienen la nacionalidad extranjera nos surgen mil dudas. Sabemos que existen unos reglamentos comunitarios, unos tratados internacionales y unas normas sustantivas y procesales en la LOPJ, Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, pero cuando llega el momento de aplicarlas las dudas aumentan. ¿Por qué tenemos tanta dificultad e inseguridad al utilizar la legislación internacional?

El primer lugar, la dificultad está en conocer la normativa aplicable, ya que una misma materia puede regularse por distintos ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales. Esta labor nos llevará a tener que establecer el orden de preferencia en su aplicación.

Determinado lo anterior, la segunda cuestión a la que nos enfrentamos está en relación con la vigencia en el tiempo y en el espacio de la norma. A veces conocer cuando entra en vigor una normativa internacional es complicado salvo que uno sea un experto en derecho internacional. Un ejemplo de ello es el artículo 25 del Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias: «El Protocolo entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después del depósito del segundo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión previsto en el artículo 23». Y es que estamos tan acostumbrados a que nuestras leyes entren en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que seguir el iter de entrada en vigor de una norma internacional se convierte en todo un reto jurídico que nos lleva a tener que consultar con algún compañero, quien para no inducirnos a error nos remite al departamento de Cooperación jurídica internacional del Ministerio de Justicia. Luego cuando hablamos con un experto nos aclara nuestras dudas con una sencillez espantosa.

Conocer cuando la normativa internacional se aplica en algún país es otra de las tareas a solventar. Para ello lo más práctico es acudir a las páginas web de organismos internacionales que con mayor o menor dificultad pone a nuestra disposición el listado de países y la fecha en la que la normativa entra en vigor en cada uno de ellos. En esta tarea descubrimos ciertas curiosidades, como por ejemplo que el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 que regula la competencia y ley aplicable a la responsabilidad parental es aplicable en España desde enero de 2011 y en Marruecos desde el 2002.

Una vez que tenemos en nuestras manos una versión en castellano de la normativa internacional, su lectura no nos resulta familiar, pues el legislador internacional utiliza una técnica jurídica muy distinta a la del legislador nacional, lo que motiva que a veces resulte difícil la mera interpretación literal de la norma.

Revista Derecho Familia 61.indb 3 04/02/14 11:56

En numerosas ocasiones intentamos aplicar la norma con mentalidad de jurista nacional cuando la filosofía es totalmente distinta. Si se nos presenta el caso de dos ciudadanos marroquíes que residen en nuestro país, y uno de ellos quiere presentar una demanda de divorcio, la intuición de jurista nacional nos lleva al artículo 107 del CC («La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda»), pero como tenemos noticia de que existe una normativa comunitaria, el llamado «Reglamento Roma III (Reglamento de la Unión Europea 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre, que entró en vigor el 21 de junio de 2012) que establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, nos ponemos a investigar. En el primer artículo de este Reglamento se indica que «El presente Reglamento se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial». Luego nos preguntamos ¿Existe un conflicto de leyes cuando ambos cónyuges son marroquíes? El jurista nacional dirá que no pues existirá conflicto de leyes cuando cada cónyuge tenga una nacionalidad distinta, pero el jurista internacional nos dice que sí y además nos indica que el artículo 107 del CC casi ha quedado derogado después de entrar en vigor el Reglamento. Y la verdad es que lleva razón pues en el artículo 8 c) del Reglamento vemos como la ley de la nacionalidad común de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda figura en el cuarto lugar de la lista de determinación de la ley aplicable. Además, si consultamos la jurisprudencia nos encontraremos con alguna que otra resolución judicial que aplicando el citado Reglamento aclara que se aplicará la legislación española para decretar el divorcio de dos marroquíes que residen en nuestro país (SAP Valladolid, Sec. 1ª de 12 de marzo de 2013).

En la última etapa de nuestra investigación sobre la normativa internacional descubriremos que no existe una norma que regule todas las cuestiones que se suscitan en un procedimiento de familia, y que por tanto, tendremos que determinar qué ley se aplica a la separación y al divorcio; a la nulidad matrimonial; a la corresponsabilidad parental; a los alimentos; a las medidas económicas entre cónyuges; a la determinación del régimen económico matrimonial.

Después de recorrer este camino nos convertimos en expertos en derecho internacional privado, y llegamos a la conclusión de que conocer la ley aplicable no era tan complicado, y si algún compañero nos consulta un tema de derecho internacional, con una pasmosa sencillez le diremos, está muy claro, se aplica el Reglamento 1259/2010.

Revista Derecho Familia 61.indb 4 04/02/14 11:56

ÍNDICE GENERAL

Página

LOS PROBLEMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 3

ARTÍCULOS DOCTRINALES

PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA PENSIÓN ALIMENTICIA 25
María Teresa Martín Najera 25

EL DERECHO DE FAMILIA DE INSPIRACIÓN ISLÁMICA A LA LUZ DEL DERECHO ESPAÑOL 59
Cristina Guilarte Martín-Calero 59

UNIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA 77
José Manuel Velasco Retamosa 77

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 89

Filiación 89

Se vulnera el derecho a la propia imagen del menor cuando, tras haberse determinado inicialmente solo la filiación materna, como consecuencia de la estimación de la demanda de reclamación de paternidad se le impone el primer apellido paterno, dado que vino utilizando el materno durante más de cuatro años. Además, concurre la circunstancia de que el padre fue condenado por un delito de maltrato en el ámbito familiar.

Tribunal Constitucional, Sala 2ª Sentencia 167/2013, de 7 de octubre 89

TRIBUNAL SUPREMO 96

Guarda y custodia 96

Aunque los hijos expresaron su deseo de convivir con el padre, no se accede al cambio de custodia ya que según el dictamen psicosocial podría estarse ante una

Revista Derecho Familia 61.indb 5 04/02/14 11:56

Página

posible manipulación de los hijos. Además, no todos los deseos de los hijos se satisfacen necesariamente mediante el cambio de custodia.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 25 de octubre de 2012 96

La atribución de la custodia no autoriza a que el progenitor custodio decida unilateralmente el lugar de residencia de los hijos, ya que se trata de una cuestión que afecta a la patria potestad y por tanto debe resolverse de común acuerdo o en su defecto acudir al juzgado.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 26 de octubre de 2012 99

En el proceso de divorcio se pretende hacer valer las habilidades del padre para asumir la custodia, pero esto no se discute, lo que sucede es que la custodia materna ha venido funcionando perfectamente desde la separación de hecho y los menores se encuentran adaptados a este sistema, por lo que no existe motivo alguno para modificarlo.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2012 103

Aunque consta la obstaculización de las visitas por parte de la madre, no se acuerda el cambio de custodia a favor del padre ya que no se justifica el beneficio que para el menor representa el cambio. El menor tiene en la actualidad diez años, seis de los cuales permaneció con su madre en Estados Unidos, país en el que está integrado en todos los aspectos (alimentación, hábitos sociales y circulo de amigos), con fuerte vinculo afectivo hacia su madre.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 31 de enero del 2013 105

Vivienda familiar 109

Habiendo adquirido la madre una vivienda, aunque se le otorga la custodia de la hija, se acuerda atribuir el uso de la vivienda familiar al padre ya que con ello este mejora su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 5 de noviembre de 2012 109

Siendo similares entre ambos las condiciones de edad, estado de salud y posibilidades de atender dignamente su sustento, se encuentra ajustada a derecho la decisión de la Audiencia Provincial que atribuyó el uso por anualidades a ambos ex cónyuges. La circunstancia de que convivan con la madre dos hijos mayores de edad y un nieto, y que esta vivienda sea la única residencia de todos ellos no afecta a la decisión adoptada.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 14 de noviembre de 2012 111

Las obras de reforma no alcanzan un valor importante respecto del valor del inmueble, por lo que pudiendo ser dividido en dos propiedades (una en planta baja y otra en planta alta compartiendo el trastero y terrazas) se considera que esta es una solución optima desde el punto de vista económico, jurídico e inmobiliario. Se mantiene la atribución de uso acordada en el proceso matrimonial.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 22 de enero de 2013 113

Revista Derecho Familia 61.indb 6 04/02/14 11:56

Página

Desde que se produjo el cese de la convivencia, la madre y los menores se instalaron en una vivienda propiedad de los abuelos maternos, pero ello no es un obstáculo para que se le atribuya el uso de la vivienda familiar propiedad del esposo, dado que no puede imponerse a los abuelos maternos una carga que corresponde a los progenitores.

Tribunal Supremo, Sala 1,ª, Sentencia de 15 de marzo de 2013 117

Pensión alimenticia 120

La esposa puede tener derecho a alimentos desde la fecha de interposición de la demanda hasta que se dicta la sentencia en la que se fijó pensión compensatoria, por lo que no habiéndose pronunciado la Sentencia sobre este particular se devuelven las actuaciones a la Sala para que se pronuncie sobre ello.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 30 de octubre de 2012 120

Se deja en suspenso la obligación alimenticia de la madre en base a su falta de ingresos y a la existencia de un convenio regulador homologado judicialmente en el que se pactaba que cada uno de los cónyuges se hacía cargo de los alimentos del hijo mientras este se encuentre en su compañía, como así vino haciéndose, y esta medida no se había modificado.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2012 123

Pensión compensatoria 125

La edad de la esposa, los veintidós años de matrimonio, la dedicación pasada a la familia, la escasa cualificación profesional y el empleo a tiempo parcial con escasa remuneración, justifican la concesión de la pensión compensatoria, aunque los hijos ya sean mayores y la esposa no tenga problemas de salud.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2012 125

El desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, de manera que carece de interés a tal efecto el desequilibrio cuyo origen no se encuentra en esa mayor dedicación a la familia y a los hijos.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 4 de diciembre de 2012 128

Al fijarse la pensión compensatoria en el convenio regulador sin limitación temporal ya se había producido el reparto de los bienes gananciales y era previsible que con el tiempo la dedicación de la esposa a la hija fuese menor, por lo que no habiéndose alterado las circunstancias no procede ni su modificación ni su extinción, pues no es un hecho determinante el mero transcurso del tiempo.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2012 131

Al no dedicarse ninguno de los cónyuges exclusivamente al cuidado de los hijos ni al hogar familiar y habiendo desarrollado cada uno de ellos una actividad empresarial autónoma, no se fija pensión compensatoria aunque los ingresos del marido sean sustancialmente mayores. También se tiene en cuenta que separados desde el año 2004 la petición de pensión se hizo en el año 2008.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2012 133

Revista Derecho Familia 61.indb 7 04/02/14 11:56

Página

Es posible la transformación de la pensión compensatoria vitalicia en temporal cuando se modifique la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico y se alcance la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio. Sin embargo en el caso de autos, el acceso de la ex esposa a un trabajo por el que percibe 400 euros no se considera suficiente para limitar temporalmente la pensión, aunque sí para reducir su cuantía. Si se pidió la extinción o la limitación temporal, no es incongruente la sentencia que reduce su cuantía.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2012 136

Regímenes económicos matrimoniales 139

Los cónyuges casados en separación de bienes son propietarios de dos inmuebles. Habiéndose vendido uno de ellos en el curso del procedimiento de división de cosa común, se adjudica al ex esposo el producto de su venta y a la ex esposa la vivienda familiar sobre la que se declaró un derecho de uso. Como uno de los inmuebles tenía mayor valor que el otro, habrá que hacer las oportunas compensaciones.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 5 de febrero de 2013 139

Es abusivo que la esposa solicite en la liquidación de gananciales que se le adjudique uno de los inmuebles, y que el otro, sobre el que se acordó atribuirle su uso en su condición de progenitora custodia, se adjudique al esposo, pues ello no respeta la regla de la equidad e igualdad, y en la práctica supone privar al esposo del derecho de disponer de los inmuebles de los que es titular.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 14 de febrero de 2013 142

Bajo el régimen de separación de bienes, aun cuando la esposa figurase como titular de una cuenta indistinta, no tiene derecho alguno sobre sus fondos al quedar acreditado que correspondían exclusivamente al esposo por donación de su madre, sin que conste que la donación fuese conjunta. Por otro lado, no procede aplicar la prescripción adquisitiva dado que el esposo nunca dejó de ser dueño del dinero.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 15 de febrero del 2013 144

No existió simulación en la escritura de capitulaciones matrimoniales ni en la liquidación de la sociedad de gananciales al no acreditarse que existiese una fiducia cum amico.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 7 de marzo de 2013 147

Parejas de hecho 150

Se resuelve por falta de pago el contrato de compraventa mediante el cual la conviviente de hecho vendió la mitad del inmueble al conviviente, pues practicado el requerimiento, éste no hizo efectivo el pago. Como consecuencia de ello se desestima la acción de división de cosa común que interpuso el conviviente.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2012. 150

Sucesiones 153

Existiendo un consentimiento tácito de la esposa, no procede declarar la nulidad de las donaciones efectuadas por el esposo en favor de los hijos y consistentes en acciones de la sociedad familiar.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 5 de marzo de 2013 153

Revista Derecho Familia 61.indb 8 04/02/14 11:56

Página

Cuestiones penales 156

Se condena al esposo por un delito de apropiación indebida por haber extraído de las cuentas bancarias gananciales 59.000 euros en el periodo en el que se encontraban separados de hecho.

Tribunal Supremo, Sala 2ª, Sentencia de 14 de febrero de 2013 156

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA 159

Guarda y custodia 159

En la exploración, los dos menores con juicio y madurez suficientes, manifestaron su deseo de seguir como hasta ahora, por lo que dada la conflictividad existente entre los progenitores, se mantiene la custodia materna.

TSJ de Aragón, Sentencia de 4 de enero de 2013 159

Para otorgar la custodia compartida, lo decisivo no es la aptitud de los progenitores, en abstracto, para el cumplimiento de sus deberes sino el interés del menor, en el presente caso existe una situación de conflictividad causada fundamentalmente por el comportamiento del padre, siendo de tal intensidad que puede tener una influencia negativa en el interés del menor. Por tanto, procede mantener la custodia materna.

TSJ de Aragón, Sentencia de 18 de enero de 2013 160

La conflictividad existente entre los progenitores, unido al arraigo social y familiar, y a que la madre representa la principal figura de su mundo afectivo que les ha proporcionado estabilidad y seguridad, motivan que se opte por la custodia materna para las hijas de siete y cuatro años de edad.

TSJ de Aragón, Sentencia de 27 de febrero de 2013 162

Vivienda familiar 164

Se atribuye el uso de la vivienda familiar hasta que la menor cumpla catorce años, suprimiendo la condición impuesta por la Audiencia en el sentido de que llegado ese momento cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas para evaluar, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino a dar a la vivienda.

TSJ de Aragón, Sentencia de 4 de enero de 2013 164

Se atribuye al padre el uso de la segunda vivienda propiedad de la madre a fin de que aquél pueda llevar a efecto el régimen de visitas con sus hijos, pues carece de medios y de otra vivienda, si bien dicho uso se limita hasta la liquidación del régimen económico holandés.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 28 de enero de 2013 166

Debe confirmarse la atribución temporal del uso de la vivienda familiar aunque existan hijos menores, ya que se trata de un inmueble propiedad exclusiva del padre, tiene una importante carga hipotecaria y la madre dispone de una vivienda en propiedad aunque actualmente se encuentre alquilada. Por otro lado, se resalta que

Revista Derecho Familia 61.indb 9 04/02/14 11:56

Página

se ha mantenido la pensión alimenticia a pesar de la disminución del ingresos del padre en función de esa atribución temporal del uso.

TSJ de Aragón, Sentencia de 7 de febrero de 2013 167

Pensión compensatoria 170

No es correcta la interpretación de que la norma aragonesa resulta diferente de la contenida en el artículo 97 del CC, en el sentido de que aquélla exija, para señalar la asignación compensatoria, un empeoramiento respecto a la situación anterior a la convivencia pues se trata de compensar la desigualdad por razón de la ruptura de la convivencia en relación, fundamentalmente, con la situación en la misma, de igual manera que en el Código civil al referirse al empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

TSJ de Aragón, Sentencia de 4 de enero de 2013 170

Regímenes económicos matrimoniales 172

Para fijar la indemnización del artículo 1438 del CC no es admisible valorar el posible salario que la esposa habría percibido, pues no existen datos para pensar que si no trabajó fue por dedicarse a la casa, pues en la obtención de un trabajo influyen múltiples variables. Tampoco puede valorarse en función de los incrementos patrimoniales del otro cónyuge como si se tratase de un régimen de comunidad. Ante esta falta de prueba se opta por fijar la cantidad que ofreció con carácter subsidiario el esposo.

TSJ de Aragón, Sentencia de 26 de febrero de 2013 172

AUDIENCIAS PROVINCIALES 173

Separacion, divorcio y nulidad matrimonial 173

Aunque el demandado haya mostrado su conformidad con la acción de nulidad matrimonial interpuesta por su esposa alegando vicio en el consentimiento (reserva mental) pues se casaron por presiones de los familiares, se desestima la demanda al no resultar probado el alegado vicio de consentimiento pues solo se propuso el interrogatorio de parte.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 10 de enero de 2013 173

Debe confirmarse la sentencia que declara la nulidad del matrimonio pues sólo han convivido bajo el mismo techo durante seis meses durante los cuales además no mantuvieron ningún tipo de relación íntima. Nos hallamos ante un supuesto de reserva mental siendo la finalidad del matrimonio la obtención de la residencia en nuestro país.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 4 de febrero de 2013 177

Patria potestad 178

El cambio de colegio, por ser una de las medidas que afectan a la formación y educación de notable transcendencia, queda excluida de las decisiones que unilateralmente puede adoptar el progenitor custodio. Sin embargo no puede prosperar la

Revista Derecho Familia 61.indb 10 04/02/14 11:56

Página

pretensión de un nuevo cambio de colegio interesada por el padre ya que ello no se revela beneficioso para los menores.

AP Madrid, Sec. 24ª, Auto de 10 de enero de 2013 178

Las discrepancias de los padres en el ejercicio de la patria potestad deben resolverse en el expediente de jurisdicción voluntaria y no por vía de ejecución de sentencia.

AP Barcelona, Sec. 12ª, Auto de 23 de enero de 2013. 179

La situación de penado del padre no impide absolutamente el ejercicio de la patria potestad a los efectos de que se le consulten o solicite consentimiento para los actos relevantes, ya que el ejercicio cotidiano para los restantes actos le viene conferido a la madre como consustancial a la atribución de la guarda exclusiva de los hijos.

AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 3ª, Sentencia de 25 de enero de 2013 . . . 180

No procede privar de la patria potestad al padre pues ha venido efectuando el pago de la pensión, hasta el mes de febrero de 2010, y aunque pueda ser cierto que no ha hecho efectivo el pago de algunos meses o haya realizado pagos parciales, lo cierto es que no cabe hablar de un desentendimiento total y absoluto en cuanto a su obligación de contribuir el mantenimiento y cuidado de su hijo. En cuanto al régimen de visitas, tampoco se considera que este incumplimiento revista la suficiente gravedad.

AP Murcia, Sec. 4ª, Sentencia de 7 de marzo de 2013 180

Guarda y custodia 182

La madre ha trasladado en el curso del procedimiento su residencia de la Isla del Hierro a la Isla de Tenerife, resultando indudable que el cambio de entorno es un acto de suma importancia para la vida del propio menor, pero encontrándose en la actualidad el menor perfectamente escolarizado y adaptado al nuevo entorno, acordar la custodia paterna implicaría que tuviese que volver de nuevo a la Isla del Hierro lo que a la larga podría provocarle una situación estresante.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1ª, Sentencia de 3 de enero de 2013 182

Desde el entorno paterno no se está favoreciendo una actitud positiva de los hijos a las visitas con la madre, algo, que desde luego, no favorece la custodia paterna que se otorgó provisionalmente, por lo que finalmente se acuerda concederla a la madre.

AP Valencia, Sec. 10ª, Sentencia de 9 de enero de 2013 184

Se acordó la custodia compartida en medidas provisionales, pero se ha comprobado que la experiencia no ha sido eficaz, no precisándose prolongar en el tiempo tal situación a fin de comprobar si pudiera mejorar en algún momento, pues está en juego el interés de cuatro niñas menores de edad.

AP Toledo, Sec. 1ª, Sentencia de 16 de enero de 2013 185

A pesar de acreditarse la idoneidad de ambas madres para ejercer la custodia se atribuye a la madre biológica en razón de su mayor estabilidad emocional al haberse apreciado en la otra madre un grave resentimiento hacia la que fue su mujer,

Revista Derecho Familia 61.indb 11 04/02/14 11:56

Página

así como una actuación sobreprotectora hacia la hija común que puede estar perjudicando a la menor.

AP Murcia, Sec. 4ª, Sentencia de 17 de enero de 2013 186

Se fija una custodia compartida en la que la menor pernoctaría con su padre el 35% de los días frente al resto que lo hará con su madre. De lunes a viernes el padre recogerá la niña a las 8'30 en el domicilio materno y la llevara al colegio y por las tardes de lunes a viernes la recogerá a la salida del colegio y la dejara en casa a las 20 horas, además todos los jueves la niña pernoctará con su padre.

AP La Rioja, Sec. 1ª, Sentencia de 18 de enero de 2013 187

Que el padre, por encontrarse en situación de desempleo, cuente con más tiempo libre para estar con el hijo no es motivo para atribuirle la custodia dado que el menor, de 11 años, desde su nacimiento ha permanecido con la madre y ha sido atendido principalmente por esta.

AP Murcia, Sec. 4ª, Sentencia de 31 de enero de 2013 188

Se basa la preferencia de los hijos por la figura paterna, principalmente, en su exceso de consentimiento y sobreprotección, así como en un estilo educativo más permisivo, pero el proyecto de custodia del padre se califica por las peritos de poco realista, habida cuenta de su jornada laboral a desarrollar en horario menos compatible con el ejercicio de la guarda, por lo que en modo alguno queda acreditado el beneficio que a los hijos puede reportar un cambio en la guarda.

AP Madrid, Sec. 22ª, Sentencia de 8 de febrero de 2013. 188

En el tiempo en que fue dictada la sentencia de divorcio la menor contaba únicamente con tres años de edad, y obviamente su voluntad no pudo ser tenida en cuenta. Ahora tiene trece años y ha manifestado sin duda su expresa voluntad de vivir con su padre por lo que procede el cambio de custodia.

AP Murcia, Sec. 1ª, Sentencia de 25 de marzo de 2013 190

Dado que no tiene arraigo en nuestro país, la circunstancia de que la madre decida volver a Alemania, donde se encuentra su familia, no tiene necesariamente que conllevar que la custodia se atribuya al padre cuando no queda acreditado que éste la pueda ejercer de forma adecuada y en beneficio de los menores.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 27 de marzo de 2013 191

Régimen de visitas 192

Habiéndose trasladado la madre a las Islas Baleares, no puede acogerse la petición del padre en cuanto a que el menor pase con él todo el periodo navideño, ya que ello supone privar a la madre del contacto con el menor en ese periodo que tiene especial importancia debido a la emotividad de esas fiestas.

AP Asturias, Sec. 7ª, Sentencia de 11 de enero de 2013 192

Las agresiones ocasionales al menor y la circunstancia de que éste presenciase las agresiones del padre a la madre no se consideran motivos para suspender las visitas, aunque sí para que su desarrollo se supervise en el Punto de Encuentro.

AP Guadalajara, Sec. 1ª, Sentencia de 15 de enero de 2013 193

Revista Derecho Familia 61.indb 12 04/02/14 11:56

Página

No procede ampliar las visitas intersemanales con pernocta de uno a dos días, ya que por motivos de la jornada laboral del padre, éste tiene que llevar a los hijos por la mañana al domicilio materno para que desayunen en él, lo que evidentemente no se adapta al interés de las menores.

AP Tarragona, Sec. 1ª, Sentencia de 18 de enero de 2013 193

No puede ponerse impedimento alguno a que la entrega y recogida de las menores se realice en el domicilio de la madre por los abuelos paternos en el caso de que el padre no pudiera realizarlas como consecuencia de su traslado por razones laborales a Madrid.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 21 de enero de 2013 195

El régimen de visitas entre la menor y su abuela paterna no encubre un derecho de visitas a favor del padre que está privado de este derecho, dado que se han adoptado las cautelas necesarias.

AP Jaén, Sec. 3ª, Sentencia de 28 de enero de 2013 195

No puede compartirse que la voluntad de un niño de 11 años pueda imponerse sobre las pautas habituales de actuación del juzgado y tribunales por lo que no constando prueba objetiva que desaconseje la pernocta en la visita intersemanal procede mantenerla.

AP Baleares, Sec. 4ª, Sentencia de 29 de enero de 2013 196

No puede fijarse un régimen de estancia intersemanal de dos días con pernoctas cuando el centro escolar se encuentra a una distancia considerable del domicilio paterno lo que obligaría a los menores a madrugar varios días a la semana para llegar puntuales al colegio.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 5 de febrero de 2013 197

No puede imponerse una convivencia no deseada por lo incómodo que puede resultar dormir en el pequeño apartamento a las tres menores y al padre, ni va a contribuir esta cohabitación tan precaria al equilibrio emocional de la relación paterno-filial.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 14 de febrero de 2013 198

Como el menor sufre del trastorno del espectro autista no es conveniente establecer un régimen de visitas «normal» padre e hijo, ya que el menor no puede ser atendido por cualquier persona.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 20 de marzo de 2013 199

Vivienda familiar 200

Por mucho que ambas plantas de la vivienda tengan entradas independientes, dada la elevada conflictividad existente entre los litigantes, la atribución en la forma pretendida por el esposo podría abocar a encuentros innecesarios, desagradables o poco convenientes, ya que existen zonas comunes, lo cual constituiría una fuente constante de conflictos entre ellos.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 2 de enero de 2013 200

Revista Derecho Familia 61.indb 13 04/02/14 11:56

Página

Tanto la tasa de recogida de basuras como la establecida por el vado tienen la naturaleza de impuesto sobre bienes inmuebles que deben pagar los propietarios con independencia de quien use el inmueble.

AP Girona, Sec. 1ª, Auto de 17 de enero de 2013 201

El hecho de que la vivienda familiar carezca de certificado final de obras y cédula de habitabilidad no puede ser óbice para su atribución.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1ª, Sentencia de 17 de enero de 2013 201

Aunque la esposa permitió el uso de la entreplanta por parte del esposo por tener instalado allí su despacho profesional, al haber instalado en ella el esposo su lugar de residencia, se deja sin efecto el uso de esa entreplanta que se atribuye junto con la vivienda a la madre y a la hija.

AP Murcia, Sec. 5ª, Sentencia de 22 de enero de 2013 203

No procede condenar al esposo al pago de los gastos de suministro del inmueble que ha sido atribuido a la esposa, aunque éste se hubiese venido haciendo cargo de los mismos desde la separación de hecho.

AP Murcia, Sec. 5ª, Sentencia de 23 de enero de 2013 204

Aunque se acuerda la custodia compartida por semanas se atribuye el uso de la vivienda por anualidades a cada progenitor hasta tanto se liquide la sociedad de gananciales. Por la utilización en exclusiva durante cada anualidad el cónyuge usuario abonará al otro una cantidad.

AP Valencia, Sec. 10ª, Sentencia de 23 de enero de 2013 204

Las características de la vivienda familiar posibilitan su transformación en dos inmuebles independientes con lo que se garantiza de manera igualitaria el derecho de habitación del hijo común cualquiera que sea el progenitor con el que se encuentre conforme al régimen de contacto establecido.

AP Valladolid, Sec. 1ª, Sentencia de 18 de febrero de 2013 205

Aunque se atribuye el uso de la vivienda al padre, se establece una cantidad a su cargo para contribuir al alquiler de un inmueble en los periodos en que el hijo conviva con la madre al haberse acordado la custodia compartida.

AP Barcelona, Sec. 12ª, Sentencia de 25 de febrero de 2013 206

El uso de la vivienda se concedió a la madre y al hijo, hoy ya mayor de edad, no para que pudiesen beneficiarse del uso terceras personas ajenas al matrimonio, como es el nuevo cónyuge de la madre, por lo que procede acordar la extinción.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 20 de marzo de 2013 207

Pensión alimenticia 208

El hecho de que con anterioridad abonase una cantidad superior no determina de manera necesaria que la sentencia deba recoger exactamente como importe de la pensión lo mismo que venía abonándose. No se puede ser esclavo de los propios actos con carácter indefinido.

AP Badajoz, Sec. 2ª, Sentencia de 21 de marzo de 2013 208

Revista Derecho Familia 61.indb 14 04/02/14 11:56

Página

La extinción de los alimentos fijados para uno de los hijos no supone un cambio de circunstancias ni da lugar a que acrezca la pensión de los otros.

AP Asturias, Sec. 7ª, Sentencia de 22 de marzo de 2013 209

La adquisición de una vivienda por el padre no puede tener eficacia para justificar una disminución de alimentos, máxime cuando en el anterior procedimiento el padre consintió la escolarización de sus hijas en un prestigioso y reconocido centro educativo privado.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 26 de marzo de 2013 210

Debe mantenerse la pensión alimenticia a favor del hijo de veinte años de edad aunque se haya trasladado al domicilio de la abuela materna que se encuentra a mínima distancia del de la madre, ya que ésta última continúa básicamente con su cuidado y educación.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 27 de marzo de 2013 210

La sobreveniencia de nuevos hijos, en ocasiones, sí puede tener trascendencia modificatoria sobre la cuantía de la pensión alimenticia de un descendiente previo, y ello sucede cuando el alimentante carece de ingresos suficientes para subvenir, en situación de igualdad, a las necesidades de todos sus hijos, siendo así que todos ellos gozan de los mismos derechos frente a su progenitor.

AP Baleares, Sec. 4ª, Sentencia de 27 de marzo de 2013 211

Pensión compensatoria 212

Aunque en el convenio regulador se pactó que «Ambos comparecientes acuerdan no realizar manifestación alguna en concepto de pensión compensatoria, con independencia de la posibilidad de revisión que se estipula con posterioridad en el presente acuerdo», se fija una pensión compensatoria a favor de la esposa, no siendo obstáculo que esta decisión se adopte en un procedimiento de modificación de medidas.

AP Ciudad Real, Sec. 2ª, Sentencia de 28 de febrero de 2013 212

La esposa se ha colocado voluntariamente en una situación de desequilibrio económico al desprenderse voluntariamente de un elemento patrimonial (estanco) muy productivo que, de haber conservado, le proporcionaría unos ingresos mensuales similares a los de su ex esposo.

AP Córdoba, Sec. 2ª, Sentencia de 7 de marzo de 2013 215

No es cierto que hayan transcurrido tres años desde la separación de hecho hasta la demanda de divorcio, sino tan sólo año y medio, que no es suficiente para considerar que se haya difuminado el nexo causal entre la situación de desequilibrio de ambos y la ruptura conyugal.

AP Córdoba, Sec. 2ª, Sentencia de 14 de marzo de 2013 216

La drástica disminución de alumnos de la autoescuela ha supuesto un importante descenso en los ingresos del ex esposo por lo que es procedente la reducción de la pensión compensatoria.

AP Badajoz, Sec. 2ª, Sentencia de 18 de marzo de 2013 217

Revista Derecho Familia 61.indb 15 04/02/14 11:56

Página

No es extraño que dos personas mantengan una relación afectiva estable, análoga al matrimonio y sin embargo luego puedan tener domicilios separados, disponibilidad económica autónoma y gocen de cierto grado de libertad e independencia. Por tanto, concurre causa de extinción de la pensión compensatoria.

AP Asturias, Sec. 4ª, Sentencia de 25 de marzo de 2013 218

Convenio regulador 219

Debe fijarse una pensión alimenticia para el hijo, pues el acuerdo al que llegaron ambos progenitores que adquirieron dos viviendas con las que se pretendía satisfacer las necesidades de los menores, incluso alquilándolas, es contrario a la ley (artículo 1255 CC) vulnerando lo dispuesto en los artículos 151 y 1.814 CC en cuanto que afecta al derecho de alimentos del hijo menor de edad.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1ª, Sentencia de 28 de enero de 2013 219

No se aprueba el pacto del convenio regulador de modificación de medidas que exonera a la madre de toda obligación alimenticia respecto a la hija cuya custodia se atribuye al padre.

AP Barcelona, Sec. 12ª, Sentencia de 7 de febrero de 2013 220

No puede aprobarse la cláusula incluida en el convenio regulador que atribuye la custodia de una menor que no es hija común a una tercera persona.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 22 de febrero de 2013 222

Cuestiones procesales 222

Ninguna causa de nulidad concurre por el hecho de no haber llegado el Letrado al acto de la vista tras haber sido correctamente citado, por lo que debe pechar con sus consecuencias.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 19 de febrero de 2013 222

La aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la retroacción de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales desde la fecha de la separación de hecho es una cuestión que debe resolverse en el proceso de liquidación de la sociedad y no en el proceso de divorcio.

AP Madrid, Sec. 22ª, Sentencia de 19 de febrero de 2013 223

Aunque con carácter general, la sentencia de modificación no tiene efectos retroactivos, deben excepcionarse aquellos casos en que la parte demandada utiliza mecanismos dilatorios. En este caso, la demandada mostró su conformidad con todos los pedimentos de la demanda a excepción del momento en que habrá de hacerse efectiva la extinción de la pensión alimenticia a favor del hijo manteniendo que deberá ser desde la fecha de la sentencia que en un futuro se dicte en ese procedimiento, con lo cual esa especie de allanamiento parcial tiene como exclusiva finalidad dilatar la efectiva extinción de la pensión alimenticia cuya procedencia viene reconociendo desde que contesta a la demanda incurriendo en abuso de derecho.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 4 de marzo de 2013 224

Revista Derecho Familia 61.indb 16 04/02/14 11:56

El vicio de nulidad se deriva de una Sentencia carente de motivación, por ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su finalidad propia y constitucional de otorgar una tutela judicial efectiva y razonada en cuanto se refiere a los efectos o medidas del divorcio se limita a acordarlas sin exponer motivación alguna sobre las cuestiones debatidas.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 7 de marzo de 2013 225

Estaba al alcance de la esposa proporcionar un número de teléfono para propiciar el emplazamiento del esposo y no es atendible en derecho que siendo el primero negativo, al ser requerida para facilitar otro domicilio nuevo no diese dato alguno para su averiguación cuando tenía conocimiento que residía en casa de sus padres. La rebeldía del demandado fue artificiosamente declarada por la conducta deliberada o, cuando menos, omisiva de la parte actora, procediendo la nulidad de actuaciones.

AP Baleares, Sec. 4ª, Sentencia de 27 de marzo de 2013 228

Ejecución de sentencias 230

Aunque se reconoce el derecho de la madre a percibir la subvención pública recibida por el padre por tener un hijo a su cargo, se desestima la demanda de ejecución ya que este pronunciamiento no se contiene en el fallo de la sentencia.

AP Barcelona, Sec. 12ª, Auto de 30 de enero de 2013 230

No puede darse carácter retroactivo a la pensión desde la fecha de interposición de la demanda toda vez que el padre remitió 1.100 euros mensuales a la madre desde que cesaron en la convivencia.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 12 de febrero de 2013 230

Nos encontramos con una causa de extinción del derecho cual es la convivencia parcial de los hijos acreedores de la pensión con el deudor de la misma, siendo por tanto injusta la reclamación que pudiera hacer la madre amparada por un derecho aparente pero extinguido en la realidad.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 12 de febrero de 2013 231

No es obligatorio para la parte actora instar medidas provisionales y, no por ello, debe de perder su derecho al cobro de los alimentos desde la fecha de interposición de la demanda tal y como determina el artículo 148 del Código Civil.

AP Baleares, Sec. 4ª, Sentencia de 26 de marzo de 2013 232

Regímenes económicos 233

El esposo reconoció haber retirado 47.000 euros de un plazo fijo, cantidad que destinó a comprar aluminio, pero es que el negocio de aluminio era ganancial puesto que la maquinaria existente en el taller tenía dicho carácter, por lo que no procede reconocer partida alguna en el activo por la disposición bancaria.

AP Murcia, Sec. 4ª, Sentencia de 14 de marzo de 2013 233

Construida una vivienda con dinero ganancial sobre una finca privativa, establece el artículo 361 CC que es el propietario del suelo el que tiene derecho a optar entre hacer suya la construcción, indemnizando lo establecido en los artículos 453 y 454 CC, o a exigir que se le abone el precio del terreno. Como todavía no se ha ejercita-

Revista Derecho Familia 61.indb 17 04/02/14 11:56

Página

do dicha opción, no es posible en este momento pronunciarse sobre esta cuestión, que deberá ventilarse en el procedimiento declarativo correspondiente.

AP Murcia, Sec. 4ª, Sentencia de 14 de marzo de 2013 233

Lo que ha de tenerse en cuenta para determinar la ganancialidad o no de una indemnización es la fecha en la que se genera no el momento del pago, por lo que la subvención pública a la cafetería-bar tiene carácter ganancial.

AP Badajoz, Sec. 3ª, Sentencia de 14 de marzo de 2013 234

Deben incluirse en el pasivo todos los gastos abonados por cada uno de los cónyuges que graven la propiedad de los inmuebles desde que se disolvió la sociedad de gananciales con independencia de que el uso de uno de ellos lo tuviera adjudicado uno de los cónyuges.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 22 de marzo de 2013 235

Considerando plenamente acreditada la realidad de la transferencia por importe de 180.300 euros realizada en el año 2003 por el abuelo del esposo, siendo la madre la que administraba sus bienes dada la avanzada edad de aquél, ninguna prueba practicada puede permitir afirmar que la traslación patrimonial se hizo a título de donación y no de préstamo, siendo procedente por tanto la inclusión de una partida de pasivo.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 26 de marzo de 2013 235

Procedimientos de menores 236

Debe confirmarse el desamparo preventivo del nasciturus y su retención hospitalaria al constar que los otros tres hijos también habían sido declarados en desamparo no siendo la madre consciente de sus dificultades, de la desorganización de su vida, constatándose además una ausencia de colaboración con los servicios sociales.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 5 de febrero de 2013 236

El plazo para oponerse a la declaración de desamparo no es aplicable al procedimiento para constituir la adopción.

AP Asturias, Sec. 6ª, Sentencia de 18 de marzo de 2013 239

El presente procedimiento no tiene como objeto imputar responsabilidad en el ejercicio de la patria potestad sino dilucidar si fueron atendidos los deberes inherentes a la relación paterno-filial y aunque la madre fuese menor de edad ella era la progenitora y su minoría de edad no justifica la relevancia del incumplimiento al ser prioritaria la cobertura del interés de sus hijos.

AP Asturias, Sec. 4ª, Sentencia de 20 de marzo de 2013 240

Filiación 241

Se desestima la demanda de reclamación de paternidad dado que no es posible la «ficta confessio» porque el supuesto progenitor no había sido citado personalmente. Las fotografías aportadas no corresponden a una niña recién nacida, sino a una niña que está próxima a cumplir un año de edad, por lo que la calificación de

Revista Derecho Familia 61.indb 18 04/02/14 11:56

Página

esporádica de la relación entre la madre y frente a quien se dirige la demanda queda totalmente desvirtuada.

AP Murcia, Sec. 4ª, Sentencia de 13 de marzo de 2013 241

Debe estimarse la acción de reclamación de paternidad al ser significativo que tanto en la inscripción de nacimiento como en la partida de bautismo aparezca como nombre identificativo del padre el mismo de quien se reclama la paternidad, y que existan fotos que muestran situaciones fuera del entorno laboral. La relación laboral entre el presunto padre y la madre biológica de la actora proporcionaba un continuo y directo contacto personal con ella.

AP Baleares, Sec. 5ª, Sentencia de 25 de marzo de 2013 242

Aunque ninguna de las partes haya solicitado la fijación de un régimen de visitas, estimándose la acción de reclamación de paternidad, el juzgado puede establecerlo de oficio en interés del menor.

AP Asturias, Sec. 7ª, Sentencia de 27 de marzo de 2013 244

Uniones de hecho 245

No puede acumularse al juicio verbal de fijación de medidas paternofiliales, la reclamación que efectúa la conviviente por el pago de las cuotas hipotecarias de la vivienda propiedad exclusiva del otro conviviente.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 19 de febrero de 2013 245

Solicitándose las medidas de mutuo acuerdo por una pareja de hecho, hay que precisar que el artículo 777 de la Lec no establece distinción para determinar el procedimiento aplicable entre hijos menores de edad y mayores que no gozan de independencia económica, por lo que estos últimos también quedan comprendidos en la norma. Lo concerniente a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges habrá de resolverse en el cauce del juicio declarativo correspondiente.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 27 de marzo de 2013 247

JUZGADOS 248

Cambio del sistema de custodia compartida por custodia materna ante la falta de atención del padre en atender las necesidades de la hija

Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Gerona, Sentencia de 11 de marzo de 2013 . 248

Regímenes económicos matrimoniales 249

No habiéndose liquidado la sociedad de gananciales, se desestima la demanda de ejecución en la que un cónyuge reclama al otro el pago de la mitad de la hipoteca, pues esta reclamación deberá efectuarse en el momento de la liquidación de la sociedad.

Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Sevilla, Auto de 30 de septiembre de 2013 249

Revista Derecho Familia 61.indb 19 04/02/14 11:56

Página

RESOLUCIONES DE LA DGRN

Regímenes económicos matrimoniales 253

La adjudicación de un inmueble que no es vivienda familiar (se trata de una plaza de garaje) al cónyuge no titular (el titular la adquirió en estado de soltero), realizada en un convenio regulador de divorcio aprobado judicialmente no puede inscribirse en el Registro presentando como título el testimonio judicial del convenio, siendo necesario el otorgamiento de una escritura pública.

DGRN, Resolución de 9 de marzo de 2013 253

La disolución de la comunidad de bienes adquiridos antes del matrimonio, que afecta a determinados inmuebles y que contiene un negocio adicional de asunción de deuda hipotecaria, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad se precisa la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda.

DGRN, Resolución de 26 de junio de 2013 254

Procedimientos de menores 256

Al comparecer el cónyuge viudo por sí y en representación de su hija menor en el ejercicio de la patria potestad, dando el carácter de ganancial a una participación de una finca privativa del cónyuge fallecido, existe incompatibilidad de intereses entre aquél y su hija representada, por lo que es necesario el nombramiento de un defensor judicial, conforme al artículo 163 del Código Civil.

DGRN, Resolución de 14 de junio de 2013 256

Ejecucion de sentencias extranjeras 259

Se deniega la inscripción de una sentencia de divorcio dictada por el juez del Reino Unido en el que liquidan los bienes, al no ser de aplicación Reglamento CE 2201/2003 pues de su ámbito están excluidos los efectos patrimoniales del matrimonio y sus vicisitudes, siendo necesario por tanto, la legalización o apostilla que impone el artículo 36 del RH y el exequátur o reconocimiento judicial que exige el artículo 4 de la LH y 38 de su Reglamento, obtenido conforme a los artículos 951 y siguientes de la Lec de 1881.

DGRN, Resolución de 20 de junio de 2013 259

SECCIÓN PRÁCTICA

PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES 269

CASOS PRÁCTICOS 271

Revista Derecho Familia 61.indb 20 04/02/14 11:56

Página

TRIBUNA ABIERTA

PATRIA POTESTAD Y LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR DE EDAD 279
Aurelia María Romero Coloma 279

PUBLICACIONES, NOTICIASY DATOS DE INTERÉS

ALGUNAS NOVEDADES EN DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA 295
Jorge A. Marfil 295

AVANCES JURISPRUDENCIALES

PATRIA POTESTAD 303
GUARDA Y CUSTODIA 303
RÉGIMEN DE VISITAS 304
VIVIENDA FAMILIAR 305
PENSIÓN ALIMENTICIA 306
PENSIÓN COMPENSATORIA 307
CUESTIONES PROCESALES 308
REGÍMENES ECONÓMICOS 309
PROCEDIMIENTOS DE MENORES 310
FILIACIÓN 310
UNIONES DE HECHO 310
CUESTIONES PENALES 311

Revista Derecho Familia 61.indb 21 04/02/14 11:56

Revista de

Derecho de Familia

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Revista Derecho Familia 61.indb 23 04/02/14 11:56

Revista Derecho Familia 61.indb 24 04/02/14 11:56

PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA PENSIÓN ALIMENTICIA

María Teresa Martín Najera
Magistrada

RESUMEN

Problemática en torno a la pensión alimenticia

El presente estudio tiene por objeto la pensión por alimentos que comprende la pensión entre parientes y los alimentos a los hijos, dedicándose mayor extensión a estos últimos, todo ello desde el punto de vista sustantivo. Se incluyen sus características fundamentales, la forma de reclamarlos y personas legitimadas tanto en el caso de hijos menores de edad como de hijos mayores. Se analiza la cuantía de la pensión alimenticia, los factores a valorar para su fijación, incluyendo las tablas orientativas, la prueba dentro del proceso, la fecha de inicio de su devengo, actualización, duración, modificación, suspensión y cesación o extinción de la obligación, todo ellos con referencia también a los gastos extraordinarios. El trabajo se realiza analizando la doctrina, legislación y jurisprudencia aplicable actualizada con una contenido eminentemente práctico en el que se incluyen referencias procesales, fundamentalmente de procedimientos matrimoniales y de relaciones paterno-filiales.

Palabras clave: alimentos. Custodia compartida. Tablas orientativas. Gastos extraordinarios. Extinción obligación alimenticia.

ABSTRACT

The problem around alimony

The aim of this study is to analyze the concept of alimony which includes the pension between relatives and the children support, giving a special focus to the last ones, and always from a substantive point of view. It includes its main features, the way and the persons entitled to claim them as much in the case of children and of adults. It is analyzed the quantity of the alimony, the factors to be assessed in order to set it, including guiding charts, the test inside the process, the start date of payment, updating, duration, revision, suspension and discontinuance or discharging of the obligation, and everything related also to any extraordinary expense. The work is carried out by analyzing the doctrine, the legislation and jurisprudence with an essentially practical content including procedural references, fundamentally of marriage procedures and of parent-child relationships.

Key words: Alimony. Joint custody. Guiding charts. Extraordinary expenses. Discharge, allowance obligation.

Sumario

I. CONCEPTO DE ALIMENTOS.

1. Características.

II. OBLIGADOS A DAR ALIMENTOS Y SU RECLAMACIÓN.

1. Legitimación.

2. Supuestos especiales. Referencia especial a la guarda y custodia compartida.

3. Alimentos entre cónyuges.

Revista Derecho Familia 61.indb 25 04/02/14 11:56

III. LA CUANTÍA DE LOS ALIMENTOS.

1. Tablas orientativas.
2. Factores a valorar.
3. Prueba.
4. Fecha de inicio.
5. Actualizacion.
6. Gastos extraordinarios.
7. Modificación.
8. Duración.

IV. LA CESACIÓN DE LA OBLIGACIÓN.
V. ASPECTOS PROCESALES.

1. Medidas de aseguramiento.
2. Mediacion familiar.

VI. JURISPRUDENCIA BÁSICA.

I. CONCEPTO DE ALIMENTOS

El Código Civil regula la obligación de alimentos entre parientes en el Título VI del Libro I y los alimentos debidos a los hijos por parte de sus padres en el Título IV del mismo libro lo cual ya sirve para hacernos idea del diferente tratamiento que reciben ambas instituciones sin perjuicio de que también tienen características comunes.

Sobre estas materias versa el presente trabajo si bien se tratará con más amplitud la obligación de alimentos paterno-filial ya que estadísticamente tiene una mayor incidencia en la vida de los ciudadanos y, por tanto, en nuestro trabajo diario.

El Código Civil no aporta un concepto de alimentos sino que se limita a describir su contenido. El artículo 142 dice que «Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le fuera imputable».

Por su parte el artículo 154 establece que «Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes deberes y facultades:

1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos educarlos y procurarles una formación integral.

2º Representarles y administrar sus bienes».

El artículo 90 del CC que regula el contenido del Convenio Regulador en el caso de separación y divorcio considera obligatorio la fijación de una pensión por alimentos

Revista Derecho Familia 61.indb 26 04/02/14 11:56

así como las bases para su actualización. Para finalizar el artículo 103 que establece el contenido del auto de medidas provisionales incluye también dentro del concepto de cargas del matrimonio los alimentos a los hijos.

Se observa que mientras el primer precepto citado hace referencia a la necesidad, el segundo menciona el beneficio de los hijos y no establece restricción alguna. Por otra parte nos encontramos que en las sociedades modernas el Estado asume funciones de protección social como es nuestro caso ya que la Constitución Española recoge en su artículo 1º que «España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» desarrollando en sus artículos 40, 41 y 50 los sistemas básicos de protección social, asistencia sanitaria y pensiones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado lo que ha llevado a la doctrina a considerar que los alimentos entre parientes tienen carácter subsidiario.

La Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª dictada el 23 de febrero de 2000 ha definido la deuda alimenticia como «la que afecta a una persona llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada asimismo alimentista, lo indispensable para cubrir sus necesidades perentorias, o dicho con palabras legales, las necesidades mínimas para la subsistencia».

La familia es una organización básica dentro de la sociedad tanto en el plano económico como en el político. Es la que se encarga del cuidado y educación de la prole, función esencial para el mantenimiento de la especie y las normas imperantes en una sociedad. El artículo 39 de la CE asegura la protección social, económica y jurídica de la familia. Los poderes públicos garantizan también la protección integral de los hijos, iguales ante la Ley con independencia de su filiación y de las madres. Se establece la obligación de asistencia de todo tipo a los hijos por parte de los padres y la protección de los niños prevista en los acuerdos Internacionales.

A este respecto la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas ratificado por España en 1990 y la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo a través de la Resolución A 3-0172/92 junto con La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 establecen un marco jurídico de derechos de los menores de edad, entre los que se encuentra el derecho de alimentos, que deben ser respetados por los Poderes Públicos y garantizados por los Jueces y Tribunales, primando el interés de los menores sobre cualquier interés legítimo. En desarrollo de esta legislación se dictó en España la Ley Orgánica de Protección del Menor 1/1996 que modificó diversas Leyes y desarrolló un marco jurídico de protección para el menor.

El principio de igualdad reconocido en los artículos 14 y 32 de la CE es aplicable desde luego a las relaciones de los miembros de la pareja, debiéndose evitar que la desigualdad económica o social provoque acuerdos no adecuados. La dignidad humana contemplada en el artículo 10 de la Constitución como valor superior del ordenamiento jurídico y la intimidad familiar reconocida en el artículo 18 de la CE están íntimamente relacionados con la obligación de los padres de procurar alimentos a sus hijos.

Revista Derecho Familia 61.indb 27 04/02/14 11:56

El acceso a los Tribunales constituye un derecho fundamental de todos los ciudadanos para obtener la efectividad de sus derechos y se encuentra contemplado en el artículo 24 de la CE.

Esta normativa integra el llamado orden público familiar o derecho necesario que la Ley de Enjuiciamiento Civil declara indisponible en los artículos 21, 751 y 752 entre otros. De esta forma el Estado, a través de la aprobación judicial, garantiza que los acuerdos a que puedan llegar los progenitores y que afecten a hijos menores de edad respeten sus intereses entre los que se encuentra la pensión por alimentos.

Es incuestionable la importancia que para las familias monoparentales creadas después de la ruptura de la convivencia tiene el recibir mensualmente la cantidad establecida en concepto de pensión por alimentos a cargo del progenitor no custodio ya que los gastos de todo tipo que la manutención de un hijo supone necesitan de la aportación de ambos progenitores.

La obligación alimenticia de los padres para con los hijos es, por tanto, de naturaleza distinta y más amplia que el derecho de alimentos entre parientes. Para distinguir ambas obligaciones resulta paradigmática la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 14 de marzo de 2005, que establece que el deber de alimentos para con los hijos menores viene establecido expresamente en la Constitución (artículo 39) y está recogido en el artículo 154.1 sobre la patria potestad cuando contempla el deber de los padres de mantener a sus hijos, cuidarles y darles una educación (artículo 92 CC que recoge que la separación y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos) y se establecerá (artículo 93 CC) de forma adecuada a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento; sin embargo los alimentos a los parientes descansas en la situación de necesidad perentoria o «para subsistir» (artículo 148) y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o incluso el comportamiento del alimentista (artículo 152).

En cambio, continua diciendo la sentencia, los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación no precisan demanda para que se origine el derecho (artículo 148 CC) ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos.

Es interesante asimismo el contenido de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 22ª de 6 de octubre de 2006 respecto a la pensión por alimentos que afirma: «Para el análisis de la cuestión suscitada en relación con la pensión alimenticia fijada en la sentencia recurrida hay que tener presente que la prestación alimenticia a favor de los hijos tiene naturaleza de orden público, pues constituye al operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales uno de los deberes fundamentales de la patria potestad y que la contribución del progenitor apartado de los hijos a los alimentos ha de fijarse tomando como referencia no solo sus ingresos sino también las efectivas necesidades de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (artículos 1319 y 1362 del Código Civil) y los recursos y disponibilidades del guardador (artículos 93, 145-1 y 1438 del Código Civil) aunque en la contribución de éste haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (artículo 103 y 1438 del Código Civil), habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentante deter-

Revista Derecho Familia 61.indb 28 04/02/14 11:56

minadas por su personal situación (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1981 y 1 de febrero de 1982)».

El artículo 93 del CC contempla que el Juez fijará la contribución en concepto de alimentos a favor de los hijos mayores de edad dentro de los procesos de nulidad, separación y divorcio.

Toda esta normativa nos lleva a la conclusión de que el derecho de alimentos a favor de los descendientes se aplicará únicamente en los supuestos en que no sean de aplicación las normas de Derecho de Familia.

1. Características

La doctrina se muestra unánime con los caracteres que conforman el contenido de la pensión por alimentos. Estos se recogen en el artículo 151 CC que establece que «no es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho de alimentos. Tampoco puede compensase con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos. Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a titulo oneroso o gratuito el derecho a demandarlas». De este precepto se desprende que las notas características del derecho de alimentos como señala Seoane Prado[1] son las siguientes:

1. Indisponibilidad: esta característica recalca el carácter personalísimo del derecho objeto de estudio. Esta nota solo se aplica a los alimentos de futuro y no a los vencidos. Este derecho supone que ni el deudor ni el acreedor pueden disponer libremente de la pensión ni tampoco terceras personas. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sec. 4ª de 22 de noviembre de 2007 que declara nulo el convenio privado entre los progenitores eximiendo de la obligación de alimentos. Por tanto la libertad de pactos entre los progenitores tiene una de sus excepciones en la indisponibilidad de las pensiones por alimentos. La jurisprudencia entiende que la pensión por alimentos no es embargable en base a lo dispuesto en el artículo 605.1 de la LEC que declara inembargables los bienes que hayan sido declarados inalienables y los alimentos lo son. Así mismo el artículo 607 LEC después de declarar que el salario mínimo interprofesional es inembargable, recoge la posibilidad de su embrago en el caso de que la ejecución de sentencia recaiga sobre el pago de alimentos. Esta es una de las materias de orden público por cuanto nuestro ordenamiento jurídico establece la protección de la familia y de los menores como principio que obliga no solo a los particulares sino también a todos los poderes públicos.

2. Irrenunciabilidad: Supone que, como ha recogido abundante Jurisprudencia, los padres no pueden pactar la renuncia a la pensión por alimentos en el supuesto de ruptura de pareja y que de hacerlo la misma carece de virtualidad, ya que todo acuerdo en este sentido sería nulo por ser contrario a una norma impe-

(1) SEOANE PRADO, J.: Prestaciones económicas: Derecho de alimentos y pensión compensatoria. En tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales. Sepìn Editorial Jurídica. Madrid 2005.

Revista Derecho Familia 61.indb 29 04/02/14 11:56

rativa conforme establece el artículo 6.3 CC. Se corresponde con el contenido del artículo 1814 del CC que contempla la prohibición de transigir sobre el estado civil de las personas, sobre cuestiones matrimoniales y sobre los alimentos futuros. En consecuencia el cumplimiento de la obligación alimenticia no puede ser sometido a condición de ningún tipo, lo que supone que no es excusa para el abono de la pensión el incumplimiento del régimen de visitas por parte del otro progenitor o el hijo menor de edad. Tampoco puede condicionarse al abono de deudas entre los progenitores o al cumplimiento de cualquier otra obligación que hayan convenido entre ellos. En el caso de hijos menores de edad, esta irrenunciabilidad está nuevamente recogida en el Código Civil en el artículo 166 párrafo 1º del CC que contempla la prohibición de renunciar a los derechos de los hijos por parte de los padres salvo por causa de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez con audiencia del Ministerio Fiscal.

3. Intransmisibilidad: la pensión de alimentos no podrá ser transmitida a un tercero por actos inter vivos ni mortis causa. EL Tribunal Supremo Sala 1ª en sentencia de 28 de junio de 2005 ha resuelto que la obligación de pagar alimentos no se transmite a los herederos, sino sólo una deuda vencida con anterioridad al fallecimiento y no satisfecha, concretada en el tiempo y la cantidad en su condición de heredero del obligado.

4. No compensabilidad: se plantea con frecuencia en las ejecuciones de pensión por alimentos en materia de Derecho de Familia que el progenitor no custodio se oponga a la misma alegando compensación de los créditos que ostenta contra el ejecutante. La Jurisprudencia no considera compensables estos créditos.

5. Imprescriptibilidad: Es una consecuencia de su carácter irrenunciable. Supone que el derecho a percibir alimentos puede reclamarse en cualquier momento mientras subsista el derecho, es decir mientras el hijo no haya alcanzado independencia económica. Si bien la acción para la solicitud de alimentos no prescribe, sobre los alimentos atrasados se aplica la prescripción de 5 años establecida en el artículo 1966.1 CC que expresamente contempla la prescripción de la acción para reclamar pensiones alimenticias.

II. OBLIGADOS A DAR ALIMENTOS Y SU RECLAMACIÓN

En materia de alimentos entre parientes regulada en los artículos 142 a 153 del CC la obligación de abonar alimentos al necesitado recae en el cónyuge (que estudiaremos mas adelante), en sus ascendientes, respetándose la preferencia de grado y, en defecto de éstos, en sus descendientes con idéntica prelación, y finalmente aunque con menor extensión, en los hermanos. Es una obligación relativa ya que está condicionada a la necesidad y es recíproca.

En el caso de los alimentos que los padres están obligados a satisfacer a sus hijos, corresponde a ambos progenitores con independencia de sí están o no casado, o si han convivido ya que es un hecho que depende de la filiación como ya se ha comentado. En el caso de que se rompa la convivencia, corresponde su abono al progenitor no custodio y se entregará al custodio para su administración con carácter general sin perjuicio

Revista Derecho Familia 61.indb 30 04/02/14 11:56

de los supuestos excepcionales que estudiaremos. Si los hijos son menores de edad no se plantean problemas de legitimación, surgiendo estos si los hijos han alcanzado la mayoría de edad.

1. Legitimación

La Ley 11/1990 reformó el artículo 93.2 del CC en respuesta al problema planteado frecuentemente en las crisis matrimoniales de como acordar alimentos a favor de los hijos mayores de edad que carecen de independencia económica ya que es un dato sociológico que la mayoría de edad no es sinónimo, de ordinario, de acceso al mercado laboral sino que durante un periodo que puede extenderse hasta edades avanzadas, los hijos siguen necesitando que sus padres les mantengan por continuar su formación.

Esta reforma permite que el Juez que conoce del litigio promovido por sus padres a raíz de la ruptura de la convivencia, pueda resolver sobre los alimentos de los hijos mayores, sin obligarles a acudir a otro procedimiento. Si bien se plantearon importantes problemas de legitimación ya que en los procesos de nulidad, separación y divorcio, los únicos legitimados son los cónyuges y éstos carecen de representación de los hijos mayores de edad.

Los problemas fueron resueltos por la Sentencia del Tribunal Supremo sala 1ª de 24 de abril de 2000 que resuelve un recurso extraordinario en interés de Ley planteado por el Ministerio Fiscal. En dicha resolución, el alto Tribunal considera que el artículo 93.2 no modifica la legitimación para el ejercicio de las acciones de separación, nulidad o divorcio que corresponden exclusivamente a los cónyuges que son los que pueden ejercitar las acciones accesorias a la principal, entre las que se encuentra la pensión por alimentos para los hijos mayores de edad. Y sostiene que el progenitor que tiene en su compañía a los hijos mayores de edad pero dependientes económicamente es quien dirige la vida familiar en todos sus aspectos y aporta el dinero necesario para mantener a sus hijos y que de esa situación emerge un indudable «interés legitimo» para que se establezca y cuantifique la obligación del otro progenitor de contribuir a los alimentos de los hijos mayores de edad lo cual considera jurídicamente digno de protección e incluido dentro de la tutela judicial efectiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.1 CE.

Por tanto, el Tribunal Supremo considera que el cónyuge con el cual conviven los hijos mayores de edad que dependen económicamente se encuentra legitimado para demandar del otro progenitor la contribución a los alimentos de los hijos sin intervención alguna de los propios hijos ni directamente ni por sustitución. Esta solución evita por tanto que los hijos tengan que litigar contra uno de sus padres, situación a todas luces incomoda e inapropiada para los hijos y beneficia también al progenitor que se encarga de su cuidado y manutención.

La Jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en esta y otras sentencias incluye no solo en los procesos de nulidad, separación o divorcio, sino también a los de modificación de medidas definitivas cuyo objeto sea la modificación o extinción de las pensiones alimenticias y también a la ejecución de lo acordado en las sentencias que resuelven sobre la contribución de alimentos a los hijos mayores de edad.

Revista Derecho Familia 61.indb 31 04/02/14 11:56

El 30 de diciembre del año 2000 se dictó nueva sentencia por el Tribunal Supremo que ha ratificado el criterio anterior, sentando por tanto Jurisprudencia, y además ha extendido, utilizando el principio de analogía, el expresado criterio a las parejas de hecho. Sin embrago, es necesario resaltar que en el caso de hijo mayores de edad rige el principio dispositivo y el de rogación por lo que el juez no puede resolver sobre la materia si no hay una petición de parte a pesar de la defectuosa redacción del artículo 93.2 CC.

Finalmente es necesario dejar constancia de que en el caso de parejas de hecho, la reclamación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad deberá hacerse por el cauce del artículo 250 LEC por el progenitor custodio ya que el procedimiento especial de los artículos 748 y siguientes de la LEC sólo se aplica a las parejas de hecho en las materias relativas a la guarda y custodia o alimentos de los hijos menores, por lo que las cuestiones relativas a los hijos mayores quedan excluidas de este proceso.

A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz Sec. 1ª de 4 de julio de 2000 establece que los alimentos a que se refiere el artículo 93.2 CC no son los contemplados en los artículos 142 y siguientes del mismo código sino que es un verdadero derecho del progenitor con el que conviven los hijos de matrimonio, aun siendo estos mayores de edad, dándose los requisitos previstos en el ya reiterado artículo 93. El progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad asume, tras la ruptura matrimonial, las funciones de organización y dirección de la familia, incluida la alimentación (en sentido amplio) de estos hijos, creando en dicho progenitor una situación de patente necesidad que justifica pueda reclamara del otro progenitor que contribuya a los mismos; lo que implica que el titular del derecho recogido en el citado artículo 93 es el progenitor con el que quedan conviviendo los hijos mayores de edad y, por tanto, quien está legitimado para reclamarlos.

2. Supuestos especiales. Referencia especial a la guarda y custodia compartida

Dentro de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio es posible encomendar, siempre en interés del menor, la custodia del hijo a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea como contempla el artículo 103 CC. En estos casos serán ambos progenitores los que tengan que abonar alimentos a esta tercera persona o institución, así lo recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria Sec. 2ª de 16 de marzo de 2004.

La tutela automática asumida por el organismo competente de la Comunidad Autónoma no exime a los padres del pago de los alimentos, tal y como establece el artículo 110 CC. En este sentido se han pronunciado las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona Sec. 18ª de 3 de enero del 2008 y de la Audiencia Provincial de La Coruña Sec. 4ª de 11 de noviembre de 2005. Si bien esta pensión alimenticia no podrá establecerse dentro del proceso de nulidad, separación o divorcio por tratarse de un tercero ajeno al proceso como es la entidad pública, que en cumplimiento de sus obligaciones, asume la tutela. según recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sec. 12ª de 31 de julio de 2001. Vemos que en este supuesto no es la resolución judicial la que atribuye la guarda sino una resolución administrativa.

Revista Derecho Familia 61.indb 32 04/02/14 11:56

En el caso de guarda y custodia compartida, entendida como reparto igualitario del tiempo de permanencia de los menores con ambos progenitores, se plantea el problema de como fijar la pensión por alimentos. La reforma operada en el Código Civil por la Ley 15/2005 que introduce por primera vez en nuestra legislación este concepto nada ha dicho sobre esta materia. El artículo 93 CC establece la obligación del Juez de determinar en todo caso la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos.

Una de las posibles soluciones es que, puesto que los menores viven con ambos progenitores de forma alterna, cada uno de ellos corra con los gastos de manutención y vivienda durante el periodo que permanezcan en su compañía, si bien, en caso de que los ingresos de los progenitores no sean semejantes este abono directo de la pensión por alimentos iría en contra del principio de proporcionalidad.

Mi experiencia en esta materia es que en los convenios reguladores en que los progenitores acuerdan la guarda y custodia compartida, con carácter general, no se establece pensión por alimentos y en el caso de que las economías sean muy dispares, el progenitor con ingresos superiores se obliga a pasar una pensión al otro durante los periodos en que los menores permanecen en su compañía, si bien este supuesto se da en pocos convenios. También acuerdan la apertura de una cuenta común en la que se cargan gastos generales de los menores como pueden ser el colegio, el comedor, el seguro médico, los libros, el uniforme escolar, los campamentos de verano o las actividades extraescolares cuyo abono se realiza al cincuenta por ciento.

En las resoluciones judiciales que en que se acuerda la guarda y custodia se establece con carácter general el abono de pensiones de uno a otro, si bien no siempre en la misma cantidad[(2)].

En el encuentro institucional entre Magistrados de Familia, Fiscales, Secretarios Judiciales y Abogados de Familia celebrado en Madrid en noviembre de 2005 se abordó la incidencia de la guarda y custodia compartida en la fijación de la pensión por alimentos de los hijos y se concluyo que en los procedimientos contenciosos debe fijarse siempre la pensión de alimentos a abonar por cada uno de los progenitores. Desde mi punto de vista, esta es la fórmula más respetuosa con el contenido del artículo 93 CC citado y con la Jurisprudencia recaída en el supuesto de que cada progenitor ostentara la guarda y custodia de uno de sus hijos que debe ser aplicada por analogía en este caso.

La guarda y custodia compartida se está abriendo paso en la práctica diaria de los tribunales de forma paulatina y es una petición reiterada de los padres separados que son los que, con carácter general, se sienten limitados en la relación con sus hijos mediante un régimen de comunicación. Esta demanda es consecuencia de la evolución social y de una mayor implicación de los padres en el cuidado y atención de sus hijos. En diversas leyes de las comunidades autónomas se prevé la guarda y custodia compartida como primera opción (Aragón, Cataluña…), si bien plantea problemas en

(2) Sin embargo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares dictada el 29 de junio de 2005 fija pensión de alimentos solamente a cargo del padre cuyos ingresos triplican los de la madre y la dictada por la Audiencia Provincial de Valencia Sec. 10ª de 22 de julio de 2005 no estableció pensión para ninguno de los dos progenitores.

Revista Derecho Familia 61.indb 33 04/02/14 11:56

los casos de niños muy pequeños que incluso se encuentran en periodo de lactancia. Sin duda es una opción que se puede plantear y habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para valorar lo que sea más beneficioso para el hijo. La Ley 15/2005 ha producido el efecto de ampliar el mal denominado régimen de visitas a favor del progenitor no custodio de forma que, en la actualidad, no es infrecuente que contenga, además de fines de semana alternos y mitad de vacaciones, visitas intersemanales de uno o dos días en los que puede existir también pernocta.

El Tribunal Supremo en la reciente sentencia dictada el 29 de abril de 2013 ha creado doctrina respecto a sus requisitos interpretando el artículo 92 del CC. La Sala recuerda que tras la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, la adopción del régimen de guarda y custodia compartida ya no depende del informe favorable del Fiscal sino, únicamente, de la valoración que merezca al Juez la adecuación de dicha medida al superior interés del menor, siendo punto de partida que la guarda y custodia compartida no es la excepción sino que debe ser la regla general siempre que no resulte perjudicial para el menor, pues «el mantenimiento de la potestad conjunta resulta sin duda la mejor solución para el menor en cuanto le permite seguir relacionándose establemente con ambos padres». Reitera los requisitos de anteriores sentencias: la anterior práctica de los progenitores en su relación con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores con suficiente juicio, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de los deberes en relación con sus hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, el resultado de los informes legalmente exigidos y cualquier otra circunstancia que permita constatar que ese tipo de custodia es lo más beneficioso para el hijo menor.

El Gobierno ha aprobado en julio de este año un anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la coparentalidad responsable en casos de nulidad, separación y divorcio que modifica diversos artículos, entre otros el 92 del CC y recoge en su articulado la doctrina sentada por la sentencia anteriormente comentada.

Finalmente es necesario resaltar que la Ley 15/2005 contiene una Disposición Adicional única que establece la obligación del Estado de garantizar el pago de los alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos menores a través de una legislación específica que concretara un sistema de cobertura mediante un fondo de garantía de pensiones. Su creación tuvo lugar en virtud de la Disposición Adicional Quincuagésima Tercera de la Ley 42/2006 de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, dotándolo inicialmente con 10 millones de euros. Posteriormente la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres consigno en su Disposición Transitoria Décimo Primera una habilitación expresa al Gobierno para regular en el año 2007 el citado fondo. En este sentido, se ha dictado el Real Decreto 1618/2007 de 7 de diciembre y la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, en su Disposición Adicional quinta.

3. Alimentos entre cónyuges

Como ya se comentó, la obligación de dar alimentos al cónyuge, mientras subsista el vínculo matrimonial, encuentra su fundamento en el deber de socorro mutuo contemplado en el artículo 68 del CC. Y en este sentido el artículo 143 del CC señala a los cónyuges como los primeros obligados con carácter recíproco. Mientras subsista la

Revista Derecho Familia 61.indb 34 04/02/14 11:56

convivencia, obviamente no se plantea ninguna duda. Existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia al considerar extinguida la obligación alimenticia en el caso de que se haya dictado una sentencia que declara la nulidad del matrimonio o el divorcio ya que no existe vínculo matrimonial ni, por tanto, obligación de ninguna clase entre ellos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 noviembre 2011, declara que el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los ex cónyuges; y que el pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y, a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior.

«El convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que se otorga con ocasión de la crisis matrimonial y que puede presentar un contenido atípico. La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que puso de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: "en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 Cc». Del mismo modo, pueden existir pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en unas capitulaciones matrimoniales (STS 1053/2007, de 17 octubre), ya sea en documentos complementarios (STS 217/2011, de 31 marzo).

De aquí se deduce que los cónyuges pueden pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador, que tendrá las características del artículo 153 CC, es decir, se tratará de alimentos voluntarios, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se regirán por lo dispuesto en el artículo 1791 CC, o gratuitos, como ocurre en este caso. El pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría porque los contratantes no tienen ya un derecho legal a reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges.

«Nada obsta a que el convenio regulador de separación regule de forma voluntaria los efectos económicos del divorcio, siempre y cuando las circunstancias lo permitan».

Los problemas surgen en el caso de separaciones de hecho o de derecho, es decir acordadas por resolución judicial. La Jurisprudencia sostiene que en el caso de separaciones de hecho, libremente consentidas, cesa el deber de socorro mutuo y por tanto la obligación alimenticia. En el caso de que exista una sentencia de separación, el Código Civil ha establecido una pensión especial en su artículo 97 que denomina pensión compensatoria. Establece este precepto que «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia». Como dice Planes Moreno[3] la jurisprudencia mayoritaria considera que

(3) PLANES MORENO, M. D. Derecho de alimentos.

Revista Derecho Familia 61.indb 35 04/02/14 11:56

es la que debe fijarse por tratarse de una regla especial que sustituye a la general y por el mismo motivo se pronuncia en contra de la posibilidad de fijar ambas pensiones. Utiliza también otros argumentos como que la pensión compensatoria tiene también carácter alimenticio, resalta la incompatibilidad ya que uno de los parámetros contenidos en el artículo 97 para cuantificar dicha pensión, en concreto en su número 8 es precisamente el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro por lo que la cantidad compensatoria incluye la pensión por alimentos y afirma que la pensión por desequilibrio tiene por objeto restablecer una cierta igualdad entre los cónyuges por lo que no se dan los requisitos para fijar una pensión por alimentos. La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Elche, Sec. 7ª de 25 de julio de 2001 diferencia ambas pensiones y considera que la compensatoria tiene un contenido más amplio que la alimenticia.

En mi opinión, todos los argumentos son lógicos y se encuadran dentro de la regulación legal por lo que hay que concluir que, en el supuesto de ruptura del matrimonio, ya sea de hecho o de derecho, no subsiste la obligación de abonar alimentos. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2012 se pronuncia en el sentido de que la sentencia sobre divorcio debe pronunciarse acerca de los alimentos solicitados con carácter provisional, con independencia de los solicitados con carácter definitivo, toda vez que, en el caso de denegarse aquellos, deben abonarse por el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda, en aplicación de las reglas generales sobre alimentos:

«Sin embargo, como señala el TS La pensión por alimentos a cargo de uno de los cónyuges, es la única que opera desde la admisión de las medidas provisionales hasta la sentencia ya que la pensión compensatoria sólo tiene efectos desde la sentencia que la establece. "El primer motivo del recurso denuncia este pronunciamiento del auto, que había sido incluido con motivo del recurso de apelación. Se cita el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque la sentencia no ha resuelto todas las pretensiones deducidas en el pleito. La denuncia se refiere a que no entró a valorar si tenía o no derecho la esposa a percibir alimentos de su esposo con carácter de medida provisional, posiblemente porque confundió los alimentos entre cónyuges tras el divorcio, que no se reclamaban, y la prestación alimenticia propia de las medidas que regulan la vida familiar hasta la separación o el divorcio, y así es, en efecto.

«El derecho a percibir alimentos y a que se repartan las cargas del matrimonio son medidas que pueden acordarse con carácter previo a la separación o el divorcio. Son medidas diferentes de las que se adoptan con carácter definitivo puesto que, en lo económico, no se incluye entre las mismas la pensión compensatoria a favor de uno y otro cónyuge en los supuestos previstos en el artículo 97 del Código Civil, ni tampoco resultan necesarias si hasta el momento de la ruptura se están cumpliendo por ambos cónyuges los derechos y las obligaciones propias del matrimonio. El derecho a percibir la pensión compensatoria nace de la sentencia que es constitutiva del derecho a percibirla y a la misma no pueden aplicarse los efectos previstos en el artículo 148 del CC, referida a los alimentos, según el cual estos "no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda". Así se expresa la doctrina constante de esta Sala» (SSTS 14 de junio, 21 de julio y 26 octubre 2011).

Revista Derecho Familia 61.indb 36 04/02/14 11:56

III. LA CUANTÍA DE LOS ALIMENTOS

Ya hemos dicho que la consideración de los alimentos entre parientes no es la misma que la que otorga el ordenamiento jurídico a las pensiones que los padres deben abonar a sus hijos ya que su concepto y finalidad es distinta. Mientras los alimentos entre parientes responden al concepto de necesidad contemplado en el artículo 143 del CC y al principio de solidaridad familiar, puede denegarse por falta de medios del obligado al pago como contemplan los artículos 145 y 152 del CC o incluso por la conducta o falta de diligencia en la consecución de medios de vida del alimentista según refiere el artículo 152 5º ya citado y se abonan desde el momento de la presentación de la demanda, los alimentos debidos por los padres a los hijos tienen su fundamento en el hecho de la filiación (artículo 110 CC) y se encuentran dentro del contenido de la patria potestad recogido en el artículo 154 del mismo texto legal. Su obligatoriedad se deriva de numerosos Convenios internacionales y se encuentra recogido en el artículo 39 de la Constitución Española. La cuantía debe establecerse en proporción al caudal del que los da y a las necesidades de quien los recibe según contempla el artículo 146 del CC. En esta materia existen diferencias entre los alimentos entre parientes y los debidos a los hijos por los padres como ya se señaló.

Por tanto, los padres no solamente deben cubrir las necesidades de los hijos en orden a su alimentación, vestido, vivienda, formación académica emocional, humana, asistencia médica u ocio sino que también deben hacer partícipes a los hijos del nivel de vida que su situación económica permita a la unidad familiar aplicando siempre el principio del favor filli.

Una de las primeras cuestiones que se plantean en esta apartado es si el importe de la pensión ha de ser una cantidad fija mensual o bien una cantidad proporcional a los ingresos del obligado al pago. En este sentido, hace tiempo era frecuente que las resoluciones judiciales fijaran un tanto por ciento de los ingresos mensuales por considerar que era más proporcional a los medios del alimentante según contempla el artículo 146 del Código Civil. Sin embargo, este sistema tiene un importante inconveniente ya que obliga al otro progenitor a realizar un control sobre la situación económica mensual del alimentante lo que resulta complicado, crea tensiones innecesarias en el seno de la situación familiar que finalmente perjudican a los menores y provocan innumerables ejecuciones con el consiguiente gasto económico de las partes. Así mismo esta situación afecta al principio de seguridad jurídica y economía procesal por los que deben regirse los tribunales en su actuación. De forma que, con carácter general, en el momento actual, se establece una cantidad mensual fija.

Por otro lado, se argumenta también a favor de una cantidad concreta, que no solo ha de estarse al parámetro de la proporcionalidad del caudal económico del obligado sino que, hay otro factor a tener en cuenta que son las necesidades de quien ha de recibirlos. En este sentido se pronuncian la Audiencia Provincial de Cádiz Sec. 1ª de 1 de diciembre de 2003 y la de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 3 de octubre de 2001 y la Audiencia Provincial de Sevilla Sec. 2ª de 17 de marzo de 2006.

Sin embargo existe también Jurisprudencia que contempla la procedencia de fijar un porcentaje sobre los ingresos del obligado al pago como la dictada por la Audiencia Provincial de Asturias Sec. 4ª de 11 de febrero de 2008, que aplica este supuesto

Revista Derecho Familia 61.indb 37 04/02/14 11:56

cuando el obligado al pago no ha accedido al mercado laboral por lo que se desconocen los ingresos que pueda tener en el futuro.

La pensión por alimentos se fija normalmente con carácter mensual. Si bien el artículo 148 CC prevé que el pago se verifique por meses anticipados, en la generalidad de las resoluciones judiciales se contempla el abono del mes corriente dentro de los cinco primero días del mismo ya que resulta más ajustado a las economías de ambos progenitores. El abono se realiza generalmente durante los doce meses del año, sin que pueda descontarse el mes de vacaciones que el hijo pueda pasar con el obligado al pago o los tiempos de estancia durante el curso escolar. En este sentido, se pronuncian entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife Sec. 1ª de 23 de junio de 2008, y la Audiencia Provincial de Madrid Sec. 24ª de 10 de enero de 2008. Esto es así porque la valoración se realiza de una forma global, sabemos que hay periodos del año en que los gastos de los menores pueden ser mayores como por ejemplo ocurre con el cambio de estación en el que es necesario comprar ropa nueva o los inicios del curso escolar que suponen un desembolso en cuanto a libros, uniformes, matricula, etc. Sin embargo, estas variables se valoran como ya se adelantó de forma global haciendo un cálculo de los gastos anuales del menor, al igual que se hace con los ingresos del alimentante y dividiéndolo por los doce meses del año. Sin embargo es posible que en los convenios reguladores se contemplen supuestos en los que se excluya el mes de vacaciones que el menor disfruta con el progenitor custodio y que sean aprobados judicialmente.

Por el motivo anterior no suele recogerse en las resoluciones judiciales una pensión mayor en los meses en que el progenitor custodio recibe pagas extras si bien se recoge en algunos convenios reguladores y son aprobados judicialmente.

Usualmente no se admite el pago de gastos concretos sino que debe ser una cantidad global que administra el progenitor custodio. Por ejemplo el progenitor obligado se encarga de pagar los gastos de comedor o colegio si no va unido a la fijación de una cantidad mensual adicional. Digamos que se admite un sistema mixto. La fundamentación es que la pensión se otorga al progenitor custodio para su administración y que en los meses no lectivos la aportación del obligado al pago sería nula. Por otra parte, ya se ha comentado que el contenido de la obligación alimenticia comprende otros muchos conceptos además del educativo.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene establecido que la determinación del importe económico de la pensión es competencia de los Tribunales de Instancia que actuaran conforme a su prudente arbitrio y que solamente podrán ser modificado en el caso de que se trate de una resolución ilógica o aparezca evidente desproporción entre la suma establecida respecto a los medios económicos del alimentante o las necesidades del alimentista, tratándose de una declaración que puede ser modificada conforme a las previsiones del artículo 147 del CC. El motivo de la cita de la jurisprudencia anterior es para introducir el tema de las tablas orientativas para la fijación de las pensiones.

1. Tablas orientativas

Una de las características que deben tener las resoluciones judiciales con carácter general es la previsibilidad de su contenido, lo que se encuentra integrado dentro de

Revista Derecho Familia 61.indb 38 04/02/14 11:56

la seguridad jurídica y produciría un aumento de los acuerdos en esta materia lo que redundaría en una disminución de la litigiosidad y una mejora de las relaciones familiares que beneficiaría a los menores. En este sentido el Magistrado José Luis Utrera destinado el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Familia de Málaga, gran defensor del sistema de tablas, ha publicado un artículo(4) en el que manifiesta que la falta de acuerdo respecto el quantum de la pensión a favor de los hijos supone la cuestión litigiosa más frecuente en los procesos contenciosos aportando uno datos basados en su experiencia práctica que le llevan a afirmar que actualmente el 80% de los procesos tramitados por vía contenciosa tienen como motivo el desacuerdo entre las partes sobre la cuantía de la pensión alimenticia a favor de sus hijos. Por otro lado, afirma que las resoluciones jurídicas son dispares en esta materia lo que supone una quiebra de hecho del principio de seguridad jurídica.

Una de las características del Derecho de Familia es la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados entre ellos el de la prestación de alimentos a favor de los hijos como recoge la antigua Jurisprudencia del Tribunal Supremo citada que atribuye al prudente arbitrio del Juez la fijación del importe de la pensión, basada en la discrecionalidad que el Código Civil atribuye al Juez en la fijación de su importe. Las consecuencias de esta situación son la imprevisibilidad de la respuesta judicial, la posibilidad de respuestas judiciales distintas en supuestos similares, lo que afecta al principio de igualdad constitucional, y el incremento de la litigiosidad contenciosa.

El sistema de tablas para la fijación de pensiones en los supuestos de ruptura familiar se está utilizando desde hace años en países desarrollados como son la mayoría de Estados de Estados Unidos, Canadá, Noruega y Alemania (tablas de Dusseldorf), entre otros países.

En España fueron el magistrado Eusebio Aparicio Auñón, y, el entonces secretario de Juzgado de Familia y hoy magistrado, Javier Pérez Martín quienes publicaron los primero trabajos sobre el tema, siendo la tabla elaborada por éste último, basada en las pensiones fijadas en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, la que se viene utilizando en los Juzgados. Dichas tablas comprenden tres variables que son los ingresos del progenitor obligado, cuando sólo él perciba ingresos, los ingresos del progenitor custodio de existir y el número de hijos beneficiarios de la prestación. Con estos mismos parámetros existen también las denominadas tablas de California Es de resaltar que las tablas tienen siempre un carácter orientativo y que han de modificarse cuando concurren circunstancias especiales como necesidades extraordinarias en los menores entre otras.

A este respecto es de señalar que en otros ámbitos del Derecho como es el resarcimiento de daños personales en los supuestos de accidentes de tráfico cubiertos por el seguro obligatorio, el sistema de baremo objetivo para concretar el importe ha sido declarado acorde a derecho por el Tribunal Constitucional en la Sentencia dictada el 29 de junio del 2000. Si bien este baremo ha sido muy criticado por la Doctrina por atentar en contra del principio de reparación integral del daño, lo cierto es que siempre

(4) Baremación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia. Cuaderno jurídico marzo-abril 2009. Sepin editorial jurídica.

Revista Derecho Familia 61.indb 39 04/02/14 11:56

queda abierta la vía judicial contenciosa y ha supuesto un importante descenso de la litigiosidad en esta materia.

Los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales sobre el sistema de tablas son escasos. La Audiencia provincial de Madrid Sec. 22ª en la sentencia dictada el día 15 de marzo de 2005 se muestra favorable a la utilización de los baremos como referencia para determinar la cuantía. En el mismo sentido la dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba Sec. 3ª el 14 de marzo de 2003 en un caso de escasa información sobre los ingresos del obligado al pago. Las Sec. 3ª, 4ª y 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga han pronunciado varias sentencias en las que se recogen pronunciamientos que niegan el carácter vinculante de las tablas pero si recogen el carácter orientativo para el Juzgador y reconocen como válido que el Juez de instancia haga uso de tablas para evitar resoluciones dispares, previa ponderación de las pruebas que acreditan los ingresos del obligado al pago.

En este sentido, hay que señalar que el Consejo General del Poder Judicial, en colaboración con el Instituto Nacional de Estadística, ha elaborado un presupuesto de gastos familiares que incluye índices correctores en función de la Comunidad Autónoma de la unidad familiar y del tamaño de la población en la que habite, y sobre esa base establece unas tablas de carácter objetivo para fijar el importe de la pensión teniendo en cuenta datos oficiales y valorando los ingresos de ambos progenitores. Este sistema es desde luego orientativo puesto que no contempla situaciones excepcionales como pueden ser gastos extraordinarios de los hijos por problemas médicos. Quedan fuera del baremo tanto los gastos de la vivienda como los escolares de los hijos que deberán ser valorados de forma independiente. Tampoco están incluidos los gastos extraordinarios cuyo abono se realizará en la proporción que se determine.

En mi opinión, el sistema de baremo es beneficioso para los menores de edad, para los padres que se enfrentan a un proceso judicial y también para los jueces ya que facilita la decisión. Sin perjuicio de las especialidades de cada unidad familiar que deberán ser valoradas en cada caso concreto. Creo que el sistema de baremo redundará en una disminución de los procesos contenciosos que se mantendrán únicamente en los casos en los que las tablas orientativas no se ajusten a la realidad de las necesidades de los hijos.

El pleno del Consejo General del Poder Judicial en su sesión del 11 de julio del presente año 2013 fue informado de la memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en procesos de familia, elaborada por el grupo de trabajo de jueces de familia en base a los datos aportados por el INE. Se ha elaborado un instrumento de cálculo que se encuentra a disposición de los jueces y tribunales a través del Punto Neutro Judicial y de todos los operadores jurídicos y la ciudadanía en la página web del Poder Judicial. El sustrato estadístico de las tablas se actualizará cuando se produzcan cambios en la estructura de gastos de las familias y, como mínimo, cada cinco años. Las pensiones se pueden calcular también en los casos de custodia compartida. Las tablas no contemplan ingresos del obligado al pago de la pensión por debajo de 700 euros al considerar que, en los tramos inferiores, ha de fijarse la denominada pensión mínima o de subsistencia por lo que queda a criterio del Juez fijar el importe concreto dependiendo del importe de los ingresos.

Revista Derecho Familia 61.indb 40 04/02/14 11:56

En definitiva, el sistema de tablas ha sido avalado por el CGPJ que incluso ha puesto a disposición de los jueces y ciudadanos una aplicación de cálculo para facilitar su uso.

Creo que el conjunto de las tablas es adecuado y proporcional y se encuentra basado en cálculos estadísticos por lo que considero que su uso se irá imponiendo con el tiempo. En cualquier caso es un avance de gran importancia que supondrá una homogeneización de las pensiones. Aunque debe valorarse cada caso y el tema de la prueba de los ingresos y gastos sigue siendo fundamental. El baremo está siendo criticado en su aplicación en los casos de guarda y custodia compartida ya que se obtienen pensiones de muy escasa cuantía.

2. Factores a valorar

Por tanto para fijar su importe deben considerarse el caudal de ambos progenitores y las necesidades de los menores.

En relación al caudal del progenitor obligado se deben incluir los ingresos de todo tipo, es decir los producidos por su trabajo, inversiones tanto financieras como inmobiliarias, patrimonio, etcétera. Dentro del apartado de salario ha de computarse no solamente los ingresos ordinarios sino también otros como las dietas, comisiones, participación en los beneficios, bonus por cumplimiento de objetivos, salario en especie (coche de empresa, teléfono vivienda etc). El importe que se computa es la cantidad recibida con carácter neto descontando los impuestos y gastos que su devengo haya podido producir.

Del importe de los ingresos habrán de deducirse las cargas que pesan sobre cada uno de los progenitores como pueden ser hipotecas o prestamos personales para la adquisición de bienes. En este último apartado es necesario valorar cuidadosamente el origen del préstamo, el objeto para el que se ha solicitado, así como la fecha de su realización ya que, no es infrecuente, que cuando la pareja entra en crisis, los progenitores pidan prestamos de dudosa necesidad al objeto de disminuir el importe sobre el que se va a calcular la pensión por alimentos.

Uno de los factores más importantes en el momento de la ruptura de la pareja es la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar que, con carácter general, se atribuye a los hijos y al progenitor custodio, salvo que las partes acuerden otra cosa. El artículo 142 del Código Civil contempla la habitación dentro del concepto de alimentos de forma que esta atribución debe ponderarse dentro del quantum de la pensión. Sin embargo, pueden darse muchos supuestos. Por ejemplo no tendrá incidencia en la fijación de su importe si la vivienda es alquilada salvo que se trate de una renta antigua o de una vivienda facilitada por los Ayuntamientos para las rentas mínimas. En el caso de que la vivienda fuera propiedad de los padres, se puede distinguir los supuestos en los que se encuentra totalmente pagada de aquellos en los que se encuentra pendiente del pago de una hipoteca u otro tipo de préstamo. En estos supuestos los abonos pendientes deben ser a cargo de ambos progenitores y valorarse estas cargas para determinar el montante de la pensión. En el caso de que uno o los dos progenitores hayan vuelto a vivir a casa de los padres, debe investigarse si existe intención de buscar una vivienda independiente en un corto plazo.

Revista Derecho Familia 61.indb 41 04/02/14 11:56

Otra situación que se valora es el tiempo que el progenitor no custodio dedica a sus hijos. Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005 que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de nulidad, separación y divorcio y que ha regulado legalmente la custodia compartida, se ha constatado el aumento del periodo de estancias del progenitor no custodio con sus hijos. Este hecho ha llevado a los Tribunales a considerar esta situación ya que supone una mayor contribución, no solo emocional sino también económica, al cuidado y educación del menor. Sobre el tema de la pensión por alimentos y la guarda y custodia compartida volveremos más adelante.

La contribución al pago de alimentos es obligación de ambos cónyuges por lo que es necesario valorar también los ingresos del progenitor custodio, sin perjuicio de considerar contribución a los alimentos la atención que el custodio dedica a los hijos comunes como contempla el artículo 103 del CC.

Igualmente deben valorarse las características especiales de los hijos ya que no es lo mismo un niño sano que otro con problemas de intolerancia alimenticia, de piel, anorexia o bulimia o con especiales necesidades educativas por problemas de hiperactividad, déficit de atención, dislexias, superdotados o problemas médicos que aumentan considerablemente los gastos alimenticios, educativos o farmacéuticos.

Los gastos de los menores que se ponderan de modo general son los educativos, el comedor escolar y la necesidad de la colaboración de una tercera persona en el caso de que el horario del progenitor custodio no coincida con el horario escolar del menor. Estos son gastos de fácil acreditación documental y que guardan relación con el nivel de vida de la familia ya que los padres están obligados a cubrir todos los gastos necesarios para que el menor pueda desarrollarse de una forma digna de acuerdo con el nivel de vida que venia disfrutando la familia con anterioridad a la ruptura de la misma; de forma que si antes de la crisis familiar, el menor acudía a un colegio privado, debe continuar en dicho centro con objeto de favorecer la estabilidad del mismo y mantener el entorno de profesores y compañeros.

3. Prueba

El problema fundamental a la hora de fijar la pensión por alimentos se centra en probar el importe de los ingresos del obligado al pago. A este respecto el artículo 770 de la LEC obliga a aportar junto con la demanda los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los progenitores y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nominas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales. Hay que señalar que la jurisprudencia viene manteniendo que las declaraciones de la renta sin otro aval probatorio no son más que declaraciones de parte que deben valorarse junto con el resto de la prueba practicada.

En el caso de que el obligado al pago tenga una nomina, la acreditación de los ingresos es en principio sencilla, sin perjuicio de que pueda percibir complementos u otras cantidades que no se encuentren incluidas en la misma. Las cosas se complican cuando se trata de trabajadores autónomos o propietarios de empresas cuando no aporten los ingresos de forma voluntaria. En estos casos, es necesario acreditar el nivel de vida de la unidad familiar, los gastos mensuales, el patrimonio adquirido por la familia,

Revista Derecho Familia 61.indb 42 04/02/14 11:56

los viajes que realiza, ocio, etc., para que el Juez los valore mediante el mecanismo de presunciones o indicios y por las reglas de la carga de la prueba.

Otro supuesto que puede darse es que existan indicios de que el progenitor no custodio trabaje en la denominada economía sumergida y que por lo tanto su situación laboral e ingresos no se plasman en certificados legales lo que, unido a la falta de concreción del obligado al pago, dificulta enormemente la fijación de la pensión. En este sentido, como señalan la Sentencia dictada por la Sec. 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz de 25 de junio de 2007 y la de la Audiencia Provincial de Barcelona Sec. 12ª de 15 de marzo de 2007, la Jurisprudencia ha creado lo que se denomina mínimo vital para un menor de edad ya que en este caso el único factor conocido a ponderar son las necesidades del menor fijándose cantidades próximas a los 100 euros de pensión mensuales. En el caso de que se desconozca la existencia de ingresos, la Jurisprudencia acude también a este mínimo vital sobre la base de que es obligación del progenitor buscar los medios de vida necesarios para mantener a la prole.

La forma de pago que se acuerda en las sentencias es mediante el ingreso bancario en la cuenta que designe el progenitor custodio. Este sistema tiene la ventaja de que facilita la prueba tanto del abono como del impago en el supuesto de reclamaciones posteriores. La administración del importe la tiene el progenitor custodio y no se le exige que dé cuenta de los gastos en que se invierte. No se admite el pago directamente al hijo aunque esté estudiando fuera y sea mayor de edad, como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia. Sec. 5ª de 5 de abril de 2005.

4. Fecha de inicio

El artículo 148 del CC establece que la pensión de alimentos tiene su inicio obligacional en el momento de la interposición de la demanda, incluso aunque no se haya solicitado así, como recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava Sec. 1ª de 20 de septiembre de 2005 Audiencia Provincial de Madrid Sec. 22ª de 18 de febrero de 2003 (en la que se recoge la deducción de los pagos realizados voluntariamente por el obligado al pago), Sentencia Audiencia Provincial de Madrid Sec. 24ª de 12 de enero de 2005 (que basa su decisión de otorgar eficacia *ex tunc* a las consecuencias económicas derivadas de la separación en el principio de protección de los hijos) y sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 26 de octubre de 2011. En esta última resolución se razona lo siguiente:»el submotivo segundo del motivo A, el recurrente denuncia la vulneración del principio de justicia rogada y de congruencia, al acordarse en apelación la retroacción de efectos del importe de la pensión alimenticia al momento en que se dictó la sentencia de 1ª Instancia, cuando ninguna de las partes lo pretendía. De este modo, se denuncia la infracción de los artículos 216 y 218.2 LEC.

El submotivo se desestima. De acuerdo con el artículo 148 CC, las sentencias que reconozcan la obligación de prestar alimentos producen sus efectos desde la demanda. El párrafo primero de esta disposición, después de señalar que se deben desde el momento en que se produce la necesidad del alimentista, añade que «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda», tal como han recogido las SSTS 402/2011, de 14 junio; 917/2008, de 3 octubre y 328/1995, de 5 octubre. En la

Revista Derecho Familia 61.indb 43 04/02/14 11:56

demanda rectora del presente litigio, no se determinó la fecha a partir de la cual debían prestarse los alimentos y por ello, se establecieron desde la sentencia de 1ª instancia, de acuerdo con la regla general.

Se ha dicho ya en el FJ 4º de esta sentencia, que el artículo 148 CC, aplicable en este supuesto, establece que los alimentos se deben desde que la persona acreedora los necesite, y que se abonan desde la interposición de la demanda. Debe reiterarse aquí la doctrina formulada en la STS 402/2011, de 21 junio, que dice: «Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el Artículo 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda».

En relación a las sucesivas resoluciones que pueden cambiar las cantidades debidas como alimentos y si debe o no devolverse lo pagado cuando una sentencia posterior rebaja o aumenta la cantidad debida, hay que acudir de nuevo a las especialidades que presentan los procedimientos de familia. En relación a las medidas provisionales, a las que también se refiere el recurrente, el artículo 106 CC establece que «los efectos y medidas previstos en este Capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo». Además, el artículo 774.5 LEC establece que «los recursos que conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán las medidas que se hubieren acordado en ésta». Por ello, las sucesivas resoluciones serán eficaces desde el momento en que se dictan, en que sustituirán las anteriores. Por las anteriores razones, no se establecen efectos a la presentación de la demanda, ya que los menores estaban recibiendo los alimentos en virtud de las medidas provisionales acordadas».

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2011 que sienta la siguiente doctrina:»Los alimentos debidos a los hijos menores de edad en casos de separación de sus progenitores participan de la naturaleza de los que deben prestarse como consecuencia de la patria potestad y de los alimentos entre parientes en general, aunque tienen características propias, como consecuencia de las circunstancias en que se declara la obligación de prestarlos.

Es cierto también que la regla general en los temas de disolución del matrimonio por divorcio es que la sentencia produce efectos desde la firmeza, porque se trata de constituir una situación nueva y por ello, el artículo 89 CC establece que la sentencia en que se declare el divorcio «producirá efectos a partir de su firmeza», lo que se confirma en el artículo 95 CC, en relación al momento en que tiene lugar la liquidación del régimen económico matrimonial.

Sin embargo, en materia de alimentos, el artículo 148 CC contiene una norma distinta, que si bien evita los efectos retroactivos de la obligación de prestar alimentos al momento en que se produce la necesidad, establece que los alimentos «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda». Esta regla se refiere únicamente a la petición de los alimentos, puesto que como afirma la STS 328/1995, de 8 abril, una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de que derivan los alimentos y otra que estos se soliciten en tiempo y forma con fijación de la pensión, los plazos de abono de los mismos y la forma de hacerlos efectivos.

Revista Derecho Familia 61.indb 44 04/02/14 11:56

La cuestión que se plantea en este recurso es si existe una diferencia total y absoluta entre los alimentos debidos en casos de procedimientos por causa de la crisis familiar y los debidos de acuerdo con los artículos 142 y ss. CC. La citada STS 328/1995 de 5 octubre dijo ya que «no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad», doctrina repetida en la STS 917/2008, de 3 octubre, que declara aplicable el artículo 148.1 CC, cuyo contenido ha sido ya reproducido.

Por ello debe declararse la siguiente doctrina: Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el Artículo 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda».

En relación con la devolución de la pensión abonada en exceso, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2008 citada por la anterior resolución declara que es improcedente en aras del principio de seguridad jurídica, «ya que la resolución dictada despliega sus efectos desde que se dicta, no dándose la situación de injusticia que denuncia, en la medida que cuando se planteo la demanda de modificación de medidas pudo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 775.3 LEC, haber solicitado la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en el pleito anterior de divorcio, mecanismo procesal que no utilizó».

5. Actualización

En las resoluciones judiciales y en los convenios reguladores se incluye una cláusula de actualización anual conforme al IPC que fije el Instituto Nacional de Estadística con la finalidad de que no pierda valor con el paso del tiempo sino que se adapte a las variaciones del coste de la vida, en base a lo dispuesto en el artículo 90 del CC. El fundamento es que la pensión por alimentos tiene el carácter de una deuda de valor de carácter periódico y prolongado en el tiempo. De no incluirse esta cláusula, la actualización no se llevará a efecto salvo acuerdo de las partes.

Las resoluciones mayoritarias acuerdan que se actualice a fecha de 1 de enero de cada año ya que es el momento en que se aplican las subidas de sueldo a las personas que trabajan con nómina. En este sentido se pronuncian las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona Sec. 18ª de 27 de abril de 2006 y Audiencia Provincial de Madrid Sec. 22ª de 5 de noviembre de 2004. En el caso de que la sentencia se dicte a finales del año es práctica usual establecer la actualización con efectos del 1 de enero del segundo año posterior. Un problema que se plantea en la práctica es el IPC que debe usarse, si el de diciembre a diciembre o el de enero. La jurisprudencia prefiere el IPC de diciembre por ser el que se conoce en el momento de la actualización. La cantidad sobre la que se realiza la actualización es lógicamente la cantidad que se abonaba el año anterior actualizada, de forma que la actualización se va acumulando. Sin embargo, también existen resoluciones que acuerdan la actualización con carácter anual a contar desde la fecha en que se dicta la sentencia.

Revista Derecho Familia 61.indb 45 04/02/14 11:56

También puede acordarse la actualización en consideración a los ingresos del obligado al pago si bien este sistema tiene los mismos inconvenientes señalados en el caso de que la pensión se fije en un porcentaje de los ingresos del obligado ya que obliga a comprobar el incremento salarial lo cual muchas veces es difícil por lo que este sistema se acuerda de forma minoritaria. Se prefiere el sistema del IPC por la facilidad del acceso al dato, porque contiene datos oficiales y finalmente porque otorga un elemento de seguridad en su determinación a efectos de ejecución según recoge la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante Sec. 4ª de 15 de septiembre de 2005. En cualquier caso de producirse un notable aumento de los ingresos del progenitor no custodio se puede acudir al procedimiento de modificación de medidas para acomodar la pensión a las nuevas circunstancias como veremos posteriormente.

6. Gastos extraordinarios

En el caso de los alimentos prestados por los padres a los hijos, como consecuencia de las obligaciones derivadas de la patria potestad, éstos deben comprender también toda clase de ayudas y cuidados en el orden afectivo, formativo, asistencial y ocio que redunden en una mejor calidad de vida y estas ayudas deben atender tanto las necesidades fijas, o periódicas como las que tengan carácter excepcional, por presentarse de manera imprevista o poco frecuente, pudiendo estar relacionados con la educación o la sanidad. La naturaleza de estas necesidades impide, a priori, su cuantificación por lo que no puede ser incluido en la pensión alimenticia fijada, lo que no exime a los padres de hacerles frente.

La doctrina define el gasto extraordinario, como recoge la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid Sec 22ª el 5 de julio de 2002 como «aquel que tiene lugar como consecuencia de circunstancias especiales en la vida del menor, en el aspecto físico, material, personal o de asistencia médica o clínica, o por razón de la necesidad puntual y excepcional derivada de su propia formación escolar y académica y sin perjuicio de valorar aquellos supuestos en los que el gasto venga cubierto por cualquier institución de manera que en cada momento, y para cada caso concreto, se resolverá la cuestión, en el supuesto de que las partes no lleguen a un acuerdo, mediando entonces la intervención judicial».

Como dice la misma Sección en sentencia dictada el 25 de marzo de 2008 «El alcance de dicha obligación no tiene en cada caso la misma dimensión, ni cualitativa ni cuantitativa, pues se encuentra necesariamente condicionado, no sólo por los recursos del alimentante, sino también por el marco social, cultural, etcétera, en que se desenvuelve la vida cotidiana de cada familia que, en determinados supuestos, viene a crear una serie de necesidades que han de calificarse de normales u ordinarias, pero que, valoradas en otro ámbito distinto, podrían, por el contrario, alcanzar el rango de excepcionales».

Debido a estas características, en las resoluciones judiciales y en los convenios reguladores se suele incluir un apartado que establece la proporción del abono de estos gastos y cuales tienen el carácter de extraordinario y cuales no, tarea difícil ya que es necesario valorar el nivel de vida de cada familia y acomodarlo al caso concreto. Sin

Revista Derecho Familia 61.indb 46 04/02/14 11:56

embargo en cuanto a los gastos extraordinarios de carácter necesario, serán abonados por las partes por mitad aunque no se establezca en la sentencia o convenio regulador. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sec. 12ª de 19 de marzo de 2004 «La sala viene exigiendo, para que pueda exigirse el pago de gastos de esta clase, que sean necesarios o que, si no lo son, sean consentidos por ambos progenitores. En este sentido el convenio regulador se refiere sólo a este último aspecto. Pero no cabe duda de que, aunque el convenio no lo diga expresamente, aquellos gastos extraordinarios que sean precisos también podrán exigirse por mitad a ambos progenitores, aunque no sean consentidos, porque lo contrario comportaría, o bien dejar sin satisfacer un gasto preciso o bien ponerlo sólo a cargo del padre o de la madre, nada de lo cual resulta admisible».

Con carácter general se acuerda que el abono de estos gastos por mitad entre ambos progenitores pero también puede acordarse de que los abone sólo uno de ellos, si tiene ingresos notoriamente superiores, y finalmente que se abonen entre ambos en proporción distinta de acuerdo a su diversa situación económica. Las resoluciones judiciales deben contener pronunciamientos sobre su contenido y la forma de abono aunque no hayan sido solicitados en los escritos rectores del procedimiento al no estar estos procedimientos sometidos al principio de rogación.

Para que un gasto extraordinario de carácter no necesario sea asumido por ambos progenitores se requiere que medie consentimiento de ambos o en caso de falta de acuerdo, autorización judicial sobre la base de lo dispuesto en el artículo 156 del CC al considerarse una controversia en el ejercicio de la patria potestad.

La denominada jurisprudencia de las audiencias es variada y prolija dada la riqueza lingüística que encierra el concepto y las peculiaridades de cada caso, considerando que parte de las resoluciones se dictan para interpretar los convenios reguladores en los que se admite la regulación de esta materia de una forma amplia. Por ellos voy a sintetizar los supuestos más frecuentes y la decisión judicial que considero mayoritaria en ausencia de convenio. Las audiencias consideran con carácter general que los gastos de guardería no son extraordinarios, así como los del colegio, los gastos de libros, matrícula, comedor, apa, seguro escolar, uniforme, material escolar y matrícula de la universidad. Las necesidades escolares de un hijo superdotado se incluyen dentro de la pensión por alimentos debido a su continuidad. En relación con las actividades extraescolares las resoluciones judiciales no son coincidentes aunque existe una línea mayoritaria que les atribuye carácter extraordinario y serán abonadas por ambos cónyuges siempre que exista conformidad. Se presume esta conformidad cuando las actividades se realizaban con anterioridad a la ruptura de la convivencia. Tienen también la nota de excepcionalidad los campamentos de verano, los viajes de estudio, las clases particulares, las actividades deportivas, excursiones, cursos en el extranjero, preparación de oposiciones, cursos de postgrado y residencias universitarias o cualquier gasto de vivienda realizado por el hijo que debe trasladarse de localidad para realizar sus estudios.

En el caso de los gastos médicos y farmacéuticos que no estén incluidos en la Seguridad Social o seguro médico las audiencias resuelven en el sentido de que el pago de la sociedad médica por ser un gasto periódico y previsible se incluye dentro de la pensión ordinaria. Los gastos no cubiertos por el seguro médico de ortodoncia, homeopatía, farmacia, oftalmología, logopeda, psicólogo.

Revista Derecho Familia 61.indb 47 04/02/14 11:56

Los gastos derivados de celebraciones como bautizo y comunión se consideran extraordinarios y necesitan del acuerdo de ambos progenitores. Los gastos de cumpleaños de los menores se consideran ordinarios. Los gastos para la adquisición de mobiliario para el hijo son ordinarios, así como los derivados de cuidadores externos y conexión a Internet.

Desde el punto de vista procesal, esta materia ha sido regulada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, introduciendo un número 4 al artículo 776 de la LEC con el siguiente contenido: «Cuando deban ser objeto de ejecución forzosa gastos extraordinarios, no expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, deberá solicitarse previamente al despacho de ejecución la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario. Del escrito solicitando la declaración de gasto extraordinario se dará vista a la contraria y, en caso de oposición dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 440 y siguientes y que resolverá mediante auto».

Esta regulación ha introducido un procedimiento concreto para establecer el carácter extraordinario del gasto que, con anterioridad, no existía, lo que obligaba a acudir a las partes directamente al procedimiento de ejecución que no se adapta a las características de la reclamación.

En la actualidad es aconsejable concretar en las sentencias las actividades extraescolares que realizan los menores en el momento de la separación u otros gastos extraordinarios para facilitar su abono voluntario.

7. Modificación

Si bien las sentencias dictadas en materia de derecho de familia tienen efecto de cosa juzgada, la legislación permite su revisión en el caso de que se produzca una modificación de las circunstancias de forma que lo acordado en la anterior resolución no responda a las circunstancias del momento actual(5). En la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2001 se recoge que: «en la determinación de ese importe económico a cargo de los Tribunales, rige le prudente arbitrio de estos y su revisión casacional solo puede tener lugar cuando se demuestre concurrir infracción legal (…) tratándose de situaciones que no alcanzan estado definitivo, ya que puede ser objeto de variación conforme a las previsiones del artículo 147 CC».

Esta modificación es compatible con las actualizaciones acordadas por responder a dos parámetros distintos. El primero a la modificación sustancial de los ingresos del obligado al pago o necesidades del alimentista y la segunda es una medida de protección frente a las alteraciones monetarias.

Tanto el artículo 147 del CC como el 775 de la LEC contemplan la modificación de la pensión por alimentos. Se podrá realizar tanto mediante un procedimiento de mutuo

(5) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sec. 22ª de 2 de junio 2009, ponente Hijas Fernández.

Revista Derecho Familia 61.indb 48 04/02/14 11:56

acuerdo, aportando el Convenio Regulador, como en un procedimiento contencioso. En este último caso las Audiencias Provinciales consideran que deben cumplirse una serie de requisitos:

1. Que los hechos en que se basa la demanda se hayan producido con posterioridad a la fecha en que se dictó la sentencia cuyo contenido se pretende modificar (No puede utilizarse para pretender una nueva valoración de hechos preexistentes ya que afectaría al principio de seguridad jurídica y de cosa juzgada).

2. Que la variación de circunstancias, que pueden afectar tanto al caudal de uno u otro progenitor como a las necesidades del hijo, sean serias y sustanciales, con entidad suficiente para modificar lo acordado. Se estima cuando se extingue la pensión por alimentos respecto a alguno de los hijos y se aumenta la de los restantes. Se estima en caso de perdida de ingresos del progenitor custodio. No se estima, en cambio, por la mejora económica del progenitor custodio al considerar que supone un beneficio para los menores. Se estima en el caso de concesión de becas a favor de los hijos. Procede cuando los ingresos del obligado al pago disminuyen sensiblemente por causas que no le sean imputables. Se aumenta la pensión por incumplimiento del régimen de visitas al aumentar la dedicación y los gastos de la madre. Se aumenta por enfermedad no puntual y sobrevenida del hijo al suponer aumento de sus necesidades. Se aumenta por cambio de centro escolar consentido por el otro progenitor o necesario.

3. Que el cambio de circunstancias tenga carácter permanente o al menos no sea de carácter transitorio (en los casos de despido en que normalmente se recibe una indemnización, no se estima la modificación hasta que la situación de paro no se prolonga en el tiempo).

4. Que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del obligado al pago. No se consideran tales en el caso de perdida del trabajo voluntaria, o endeudamiento voluntario por la compra de bienes. No se admite por el nacimiento de nuevos hijos, o el tener una nueva pareja.

5. Que esta variación de circunstancias sean imprevistas, es decir más allá de las variaciones que pudieran considerarse habituales.

6. Que el cambio de circunstancias se acredite suficientemente por el que solicita la modificación. Conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, la carga de la prueba recaerá sobre el progenitor que solicita la modificación, lo que incluye la acreditación tanto de las circunstancias existentes al momento de dictarse la primera sentencia como las concurrentes en el momento actual.

8. Duración

La pensión por alimentos continuará aun que el hijo adquiera la mayoría de edad si no ha finalizado su formación[6]. La jurisprudencia es unánime en este sentido en base a lo dispuesto en los artículos 142 y 93 del CC que expresamente prevén tanto la

(6) Consulta 1/1992 de 13 de febrero, de la Fiscalía General del Estado.

Revista Derecho Familia 61.indb 49 04/02/14 11:56

reclamación de alimentos para un hijo mayor de edad como la subsistencia de la obligación aunque alcancen la mayoría de edad si no tienen independencia económica. En este sentido, los Tribunales aplican no solo el Código Civil sino la realidad social de estos momentos. Es sabido que muchos hijos continúan realizando sus estudios universitarios una vez alcanzada la mayoría de edad y que son minoría los que a esta edad se encuentran preparados para acceder al mercado laboral.

Con relación a la situación de independencia económica, también es necesario tener en cuenta la situación actual de precariedad en el mercado laboral en la que abundan los trabajos temporales; por ello, no se considera necesario la existencia de un contrato indefinido sino que se encuentren trabajando durante un tiempo prudencial valorándose que se encuentren dados de alta en el régimen de la Seguridad Social durante un cierto tiempo y por tanto con acceso a las prestaciones sociales generales. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sec. 5ª de 29 de abril del 2002 contempla que: «Probada la posibilidad real y efectiva de ejercer un oficio o profesión concurría pues la causa de cesación de la obligación de alimentos respecto de ambos, sin que a tal efecto sea óbice que los contratos de trabajo de aquellos sean de carácter temporal pues además de que la misma haya de considerarse como característica común en la actualidad para los primeros años de vida laboral, en todo caso, de terminarse los contratos y agotarse la prestación por desempleo sin conseguir una nueva contratación de manera que lleguen a carecer de nuevo de lo indispensable para su subsistencia, siempre les quedaría la acción para reclamar alimentos de sus progenitores, esta vez en nombre propio (artículos 142 y siguientes del CC). Si bien el importe del salario que percibe debe ser suficiente para poder realizar una vida independiente. Por ello los contratos a tiempo parcial no suelen tener esta consideración.

No se extingue la pensión alimenticia aunque el hijo haya tenido algún trabajo temporal y de escasa remuneración que compatibiliza con su formación académica como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos Sec. 2ª de 30 de enero del 2008.

La finalización de los estudios no supone por si sola la extinción de la pensión alimenticia ya que es necesario alcanzar la independencia económica. En este sentido, la Audiencia Provincial de Salamanca Sec. 1ª establece que: «El hecho de haber obtenido un titulo de formación profesional, que le pueda habilitar, ciertamente, para el ejercicio de profesiones propias del titulo obtenido, que crea la simple posibilidad de acceder al mercado de trabajo, a un puesto estable, tal posibilidad no puede considerarse como certeza de la adquisición de un trabajo más o menos permanente y duradero».

Los Tribunales en ocasiones han fijado un plazo para la extinción de la pensión alimenticia teniendo en cuenta la edad y formación del hijo durante el tiempo que han considerado apropiado para posibilitar su incorporación al mercado laboral.

Los alimentos a favor de los hijos mayores de edad no pueden ser acordados de oficio por el juez a diferencia de lo que ocurre con los menores ya que, en este caso, rige el principio de rogación a pesar de la dicción del artículo 93 párrafo segundo del CC que establece: «Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijara los alimentos que sean debidos conforme los artículos 142 y siguientes de este Código».

Revista Derecho Familia 61.indb 50 04/02/14 11:56

La pensión por alimentos a favor del hijo menor de edad puede suspenderse (no extinguirse) en el caso de que el menor con consentimiento de los padres, haya obtenido una beca importante que incluye no sólo una dotación económica sino también que los gastos de vivienda y manutención se encuentren prácticamente cubiertos. La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 dice:» cuando el menor, como es el caso, tiene ingresos propios, estimados, según las circunstancias del caso, de entidad suficiente para subvenir completamente sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, nada obsta a que la prestación alimenticia pueda, no cesar, pero sí suspenderse en su percepción, que fue lo que se decidió en ambas instancias durante el tiempo en que se mantuvieran dichas circunstancias».

IV. LA CESACIÓN DE LA OBLIGACIÓN

Los supuestos de cesación de la obligación de dar alimentos se encuentran regulados en el artículo 152 del CC que dice: «Cesará también la obligación de dar alimentos:

1º Por muerte del alimentista.

2º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

3º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

4º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.

5º Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esa causa».

Estas causas se aplican a los alimentos entre parientes, pero en el caso de la obligación de los padres para con los hijos no se aplica el núm. 2 ya que, como ya se ha comentado, esta obligación es más estricta de carácter permanente, indiscutible e inexcusable, encontrándose los padres obligados a prestar alimentos a los hijos y buscar los medios de subsistencia apropiados para poder atenderlos. En este sentido la dictada por la Audiencia Provincial de Málaga Sec. 6ª de 20 de diciembre de 2002 que declara que la existencia de problemas de liquidez en la empresa de su propiedad no exime al progenitor del pago de alimentos Sin embargo en el caso de que el progenitor no tenga trabajo durante un tiempo prolongado y se haya acreditado convenientemente, considero que en el contexto de crisis actual se podrá disminuir su importe hasta el denominado mínimo vital según se mencionó en otro apartado y también suspender la obligación mientras permanezcan las circunstancias de ausencia de ingresos según ha resuelto la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2012 en la que se deja en suspenso la obligación alimenticia de la madre en base a su falta de ingresos y a la existencia de un convenio regulador homologado judicialmente en el que se pactaba que cada uno de los cónyuges se hacía cargo de los alimentos del hijo mientras

Revista Derecho Familia 61.indb 51 04/02/14 11:56

este se encuentre en su compañía, como así vino haciéndose, y esta medida no se había modificado. Esta sentencia supone un cambio de criterio con la finalidad de adaptar las normas al momento social en que nos encontramos ya que, con anterioridad, no se consideraba factible, con carácter general, no fijar pensión.

En el caso de fallecimiento del alimentista la Audiencia Provincial de Cantabria Sec. 2ª en Sentencia dictada el 30 de junio de 2008 considera que la pensión se extingue el mismo día de la muerte del alimentista sin que sea necesaria declaración judicial al respecto y que los pagos realizados con posterioridad fueron realizados por error por lo que procede su devolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1895 del CC.

La obligación alimenticia cesa por tanto como recoge el apartado tercero cuando el hijo accede al mercado laboral con una cierta estabilidad pero no cuando hace trabajos a tiempo parcial, de fines de semana o de forma esporádica que le sirven para cubrir parte de sus gastos o aficiones.

Vemos por tanto que la obligación del pago de alimentos no se extingue por la mayoría de edad del hijo como ya se mencionó en un apartado anterior. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo dictada el 28 de noviembre de 2003 que dice: «Los derechos de los hijos a la prestación de alimentos no cesan automáticamente por haber alcanzado la mayoría de edad, sino que subsisten si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos conforme ha decretado esta Sala de Casación Civil en Sentencias de 24 de abril y 30 de diciembre de 2000 y resulta decretado por el artículo 39.3 de la Constitución Española».

Se plantea el problema de si es necesaria una resolución judicial que establezca la cesación por haber alcanzado el hijo independencia económica y cuando se produce esa finalización, si desde la fecha de la sentencia o desde la efectiva incorporación al mercado laboral. En cuanto al primer apartado, es claro que si existe acuerdo entre las partes no es necesario resolución judicial. En relación con el segundo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 22ª de 25 de septiembre de 2007 lo resuelve acordando la cesación desde el momento en que el hijo no necesite alimentos en base a las siguientes consideraciones: «Una vez que existe una sentencia que establece una pensión por alimentos, el derecho no puede pervivir indefinidamente y cualquiera que fueren las circunstancias concurrentes, como así lo evidencia el artículo 152 del CC que regula las diversas causas de cese de la obligación. Entre ellas, y en lo que al caso concierne, se recoge la posibilidad del alimentista de ejercer un oficio, profesión o industria, o la adquisición de un destino o mejor fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión para su subsistencia, (…). En consecuencia, la sola circunstancia de su reconocimiento en una sentencia no puede conllevar la incondicional exigencia ejecutiva del derecho, pues ello sólo será viable en tanto se mantengan los factores bajo los que se estableció su inicial sanción, pero no en aquellos supuestos en que el acreedor disponga ya de los medios adecuados para satisfacer, de modo autónomo, sus propias necesidades, sin que, al respecto, resulte precisa una nueva resolución judicial declarando la extinción de la obligación de alimentos, ya que la misma, desde su inicial nacimiento, viene subordinada a la presencia de la referida necesidad. Entenderlo de otro modo implicaría el amparo judicial de situaciones de enriquecimiento injusto».

Revista Derecho Familia 61.indb 52 04/02/14 11:56

Sin embargo sobre este punto existen sentencias contradictorias en las diversas audiencias ya que algunas aplican este carácter retroactivo desde que el hijo alcanza la independencia económica, condenando incluso a la devolución de lo recibido en exceso como la dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña el 28 de mayo de 2008 y otras consideran que no puede retrotraerse los efectos al momento de su incorporación al mercado laboral pues ha sido necesario un juicio para comprobar y valorar las circunstancias como las dictadas por las audiencias provinciales de Castellón el 26 de septiembre de 2007 y Salamanca que fijan la extinción de la obligación en el momento de interponerse la demanda.

Si es posible la suspensión de la pensión de alimentos en el caso de que el hijo tenga un trabajo temporal con remuneración suficiente.

Por otra parte el artículo 150 del mismo texto legal prevé otra causa de cesación que es la muerte del obligado al pago, aunque los preste en cumplimiento de una sentencia judicial. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona Sec. 12ª en sentencia dictada el 8 de abril de 1999. En este supuesto el cese de la obligación se produce en el momento del fallecimiento.

En las sentencias dictadas en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio y en las que regulan las relaciones paterno filiales, la dicción literal del párrafo segundo del artículo 93 contiene otro supuesto de extinción de la pensión señalada en dicha resolución que es el hecho de que el hijo no conviva con el progenitor custodio. En este sentido se pronuncian las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Las Palmas Sec. 3ª de 17 de octubre de 2007 que considera que la convivencia marital de la hija con una tercera persona con la que ha tenido un hijo supone una independencia de hecho que extingue la pensión por alimentos y la dictada por la Audiencia Provincial de Asturias Sec. 7ª de 30 de octubre de 2006 sobre la base de que la convivencia de la hija con su novio implica una desvinculación de la unidad familiar y la exclusión de la pensión. En el caso de que el hijo ingrese en prisión hay resoluciones de Audiencias que mantienen la pensión y otras no. Considero que se deben ponderar factores como si se encuentra preventivo o cumpliendo condena, el tiempo de la misma y la edad del hijo.

Otro supuesto de extinción de la pensión es cuando en la sentencia en que se estableció o en resolución posterior de modificación de medidas se fija un límite temporal de percepción, en cuyo caso finalizará cuando termine el plazo por el que se estableció.

La recuperación por el progenitor obligado al pago de la guarda y custodia de sus hijos es otro motivo de cese de la obligación de abonar pensión por cuanto se hacen cargo directamente de sus gastos al convivir juntos. Este supuesto puede darse en el caso de cambio de la guarda y custodia de un progenitor a otro o por fallecimiento del padre o madre custodio.

V. ASPECTOS PROCESALES

En este apartado se observa una nueva diferencia entre el derecho de alimentos entre parientes contemplado en los artículos 142 y siguientes del CC y la obligación alimenticia de los padres para con los hijos contenida en la patria potestad. El primero

Revista Derecho Familia 61.indb 53 04/02/14 11:56

de ellos debe reclamarse a través del juicio verbal a tenor de lo dispuesto en el artículo 250.1.8º LEC, mientras que el segundo tiene un procedimiento especial en el libro cuarto de la LEC artículos 748 y siguientes. El primero de ellos es un procedimiento general y en el segundo se contemplan una serie de especialidades dentro de las disposiciones generales del Capítulo primero.

El ámbito de aplicación del proceso especial se ciñe a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores. En los procesos de familia, siempre que existan hijos menores se busca la verdad material por lo que no tienen vigencia los principios generales del proceso civil de disposición, rogación y congruencia. Siempre que existan hijos menores será necesaria la intervención del Ministerio Fiscal (artículo 749), el objeto del proceso es indisponible (artículo 751). Se proscribe el allanamiento y la transacción de forma que los acuerdos deben realizarse a través de los Convenios Reguladores y precisan la aprobación judicial. El juez tiene amplias facultades para proponer y practicar la prueba y se pueden introducir hechos nuevos a lo largo del procedimiento. El procedimiento es un juicio especial que se compone básicamente de demanda redactada de forma amplia, emplazamiento al demandado para que conteste, después se celebrará el juicio de carácter oral y finalizará por sentencia y, por último, los tribunales podrán decidir que las actuaciones se realicen a puerta cerrada.

Finalmente estos procedimientos tienen una especialidad en materia de ejecución forzosa recogido en el artículo 776 de la LEC que es la posibilidad de imponer multas coercitivas al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas. Esta facultad se usa de forma moderada por los Tribunales.

1. Medidas de aseguramiento

El legislador es conocedor de la importancia de la pensión por alimentos y dentro del Código Civil existen varias disposiciones que tienden a asegurar su abono. A este respecto el artículo 158 CC dispone que el juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas cautelares convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por los padres.

El artículo 103 del mismo texto legal dentro del capítulo X de su libro primero que lleva por título «de las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio» señala que el Juez adoptará las medidas siguientes: (…) «fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas, si procede, las litis expensas, establecer las bases para la actualización de propiedades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro».

El artículo 90 CC establece que «El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener al menos, los siguientes extremos: …C) La

Revista Derecho Familia 61.indb 54 04/02/14 11:56

contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso». Y finaliza diciendo «El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio».

El artículo 91 CC señala que «En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez (…) determinará (…) las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas (…) y las cautelas o garantías respectivas (…)».

Sin embargo, no se ha establecido un procedimiento concreto para llevar a cabo este aseguramiento. A este respecto, la Audiencia Provincial de Madrid Sec. 22ª en resolución dictada el 24 de septiembre de 1998 dice: «El derecho procesal matrimonial y en general el derecho procesal derivado del derecho de familia no es muy propenso a las medidas cautelares propias (de tipo patrimonial, que se adoptan "in audita parte", con prestación de fianza), sino que introduce diversas referencias en textos sustantivos básicamente artículos 91, 93, 97, 103 y 158 CC sin reflejo procesal posterior, que tienen el carácter de medidas cautelares impropias o indirectas, de aseguramiento del proceso judicial ya adoptado pero que también debe tenerse en cuenta que lo cautelar alcanza a los procedimientos de futuro. Dada la nula previsión legal sobre la posibilidad de aplicar medidas cautelares propias en el proceso matrimonial, debe irse construyendo, paso a paso, tal posibilidad (…) así puede defenderse la posibilidad de la anotación preventiva de la demanda (…), la prohibición de enajenar con base en el artículo 42.4 LH con finalidad protectora de la vivienda familiar y el precinto de bien y la retención de saldos bancarios (…)».

En el mismo sentido la dictada el 14 de octubre de 1999 por el mismo órgano, y el auto más reciente de 23 de mayo de 2006.

La anotación preventiva de demanda es una medida cautelar. Los procesos matrimoniales se rigen por normas específicas, contenidas en el artículo 102 del CC. Contempla dicho precepto que, una vez admitida la demanda de separación, nulidad o divorcio o la solicitud de medidas provisionales, se produce por ministerio de la Ley una serie de efectos y, entre ellos, la revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado al otro. Tal medida tiene como finalidad la protección de los intereses patrimoniales del cónyuge solicitante, ante eventuales actos de disposición de su consorte, amparados por poderes otorgados con anterioridad.

No es por tanto una medida encaminada específicamente al aseguramiento del abono de la pensión alimenticia. Es una medida cautelar impuesta legalmente lo que excluye la necesidad de acreditar los requisitos contenidos en el artículo 728. No se admite oposición o impugnación ni se exige fianza. La medida podrá ser acordada a instancia de parte en el mismo procedimiento de medidas provisionales. Sin embargo ha de hacerse notar que será útil únicamente en determinados supuestos por lo que no debe solicitarse en todos los casos ya que supone una serie de gastos y gestiones para la parte que deben estar justificados.

El carácter automático de esta medida queda reforzado por el trámite de las medidas provisionales previas, regulado en el artículo 771 de la LEC que recoge la posibilidad de adoptar, inaudita parte, los efectos a que refiere el artículo 102 CC y contra

Revista Derecho Familia 61.indb 55 04/02/14 11:56

cuya resolución no cabe recurso alguno. En este sentido, se pronuncia el auto de la Audiencia Provincial de Madrid Sec. 22ª, de fecha 23 de mayo de 2006.

Otra medida cautelar que puede solicitarse en los escritos de demanda y contestación es la inscripción en el Registro de la Propiedad del uso del domicilio familiar. El objeto de la misma es evitar que se disponga de este inmueble. Puesto que la vivienda se encuentra dentro del derecho de alimentos es claro que esta inscripción tiende a asegurar, al menos parcialmente, la pensión por alimentos de los hijos, debiendo valorar la utilidad en el caso concreto en evitación de gastos. También ha de constatarse que se plantean problemas por los registradores en caso de no constar el bien inscrito a nombre de los progenitores.

Es discutible que el proceso contemplado en el título VI del libro III de la LEC bajo el título «de las medidas cautelares» se aplique a las cuestiones alimenticias de los procesos de familia al tener medidas cautelares específicas. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia. La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 2 de marzo de 2006 dice que «De entrada se ha de cuestionar la posibilidad de ser adoptadas medidas coetáneas, en aplicación de los artículos 721 y siguientes de la LEC, cuando existe una previsión específica en el mismo texto legal acerca de las medidas provisionales procedentes derivadas de la admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio del artículo 773.

Las medidas de aseguramiento pueden ser adoptadas, por tanto, en trámite de medidas provisionales aunque muchas veces será necesario esperar a un momento posterior con la finalidad de comprobar si el progenitor no custodio realiza el siempre preferible pago voluntario de las cantidades establecidas. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 3 de junio de 2003 que concluye no ser necesario el establecimiento de medidas cautelares para garantizar el pago que el demandante debe hacer de la pensión alimenticia a favor de la hija debido a que no hay comportamiento de éste que la imponga. En este sentido considera que debe acreditarse la existencia de riesgo de impago.

Las medidas a que se refieren los artículos 90, 91 y 103 y 158 del CC se concretan en asegurar el cumplimiento de una pensión de alimentos ya establecida por resolución judicial. No tiene carácter instrumental de un proceso posterior sino que se trata del cumplimiento coactivo de una resolución judicial ejecutiva que establece una pensión que debe entregarse mensualmente y que se acuerda en el caso de incumplimiento. Por ello el procedimiento que es más adecuado es el de ejecución, al carecer de una normativa procesal específica que regule el proceso. En dicho proceso se podrá acordar el embargo mensual del salario del obligado al pago a fin de garantizar el cumplimiento de las sucesivas mensualidades de pensión para asegurar el cumplimiento de la obligación cuando ya se ha incumplido.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial Cantabria Sec. 4ª de 17 de octubre de 2003. En la resolución citada se estimó el recurso interpuesto por el marido contra la medida de retención judicial de sus haberes para el pago de las pensiones de alimentos y compensatoria sobre la base de que tal medida no había sido solicitada ni tampoco motivada su utilidad en la propia sentencia y corresponde, en todo caso, al futuro y eventual trámite de ejecución.

Revista Derecho Familia 61.indb 56 04/02/14 11:56

Por este motivo en la sentencia del procedimiento principal con carácter general no deben contenerse medidas de aseguramiento aunque se podría solicitar en la demanda que uno de los pronunciamientos de la sentencia fuera el de que como garantía del abono de las prestaciones dinerarias establecidas en los apartados anteriores, en caso de incumplimiento del obligado al pago, se adoptaran las medidas de aseguramiento pertinentes. Sin embargo al ser una obligación legal no es necesario que se incluya en la sentencia para poder acordarlo en el ulterior proceso de ejecución.

2. La mediación familiar

Es necesario hacer una referencia, aunque sea breve, a la mediación como método de resolver las controversias que puedan suscitarse en materia de pensión alimenticia y, aunque el concepto de mediación excede los aspectos procesales, en el ámbito de este trabajo he considerado que es el lugar idóneo ya que desde la Ley 15/2005 se encuentra incluida en la LEC en los artículos 770.7ª y 777.2.

La Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de reciente publicación, incorpora al Derecho interno la Directiva CE 52/2008 y se encuentra en la actualidad pendiente de publicación el Reglamento de desarrollo. Esta Ley recoge los principios de la mediación, las obligaciones de las partes y del mediador, el estatuto del mediador y el procedimiento de mediación, modificando diversos artículos de la LEC para proteger la confidencialidad del proceso, posibilitar su práctica en el curso de un proceso judicial ya iniciado, lo que se denomina mediación intrajudicial, y otorga al acuerdo de mediación el mismo tratamiento que a las resoluciones judiciales en materia de ejecución en el caso de que se trate de cuestiones que se encuentran dentro del ámbito del derecho disponible.

La Ley define la mediación como aquel medio de resolución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención del mediador.

En las cuestiones relacionadas con el cuidado y educación de los hijos, incluida la pensión por alimentos, se considera un método más apropiado que el proceso contencioso ya que favorece la comunicación entre las partes, facilita la ejecución de los acuerdos y potencia que ambos progenitores se involucren en el cuidado de los hijos al ser conscientes de sus necesidades. Se trata en definitiva de que los progenitores, que conocen perfectamente las necesidades y gastos de sus hijos, se sienten juntos en una mesa y, con la ayuda del mediador, expongan sus puntos de vista y se pongan a hacer cuentas sobre los gastos de los menores de una manera realista. De esa forma ninguno de los dos se sentirá defraudado por la resolución que, de manera obligatoria, dicte un Juez sobre esa materia.

La mediación es especialmente recomendable en el caso de personas cuyas relaciones deben prolongarse a lo largo del tiempo y resulta sumamente beneficiosa para los hijos ya que, con carácter general, mejora las relaciones de los progenitores que pueden expresar sus puntos de vista en un ambiente de respeto mutuo, incluso aunque no alcancen acuerdos.

Revista Derecho Familia 61.indb 57 04/02/14 11:56

JURISPRUDENCIA BÁSICA

Además de la ya señalada se pueden resaltar las siguientes:

– Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 2005. Diferencia entre alimentos entre parientes y alimentos a los hijos.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 29 de junio de 2005 dictada en un supuesto de guarda y custodia compartida. Fija una pensión de alimentos a cargo únicamente del padre cuyos ingresos triplican los de la madre.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife acuerda la guarda y custodia compartida y establece pensiones por alimentos a cargo de ambos progenitores en diferente cuantía.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona S2c. 12ª de 5 de noviembre de 2001. La donación a los hijos en sustitución de alimentos es una transacción prohibida por el artículo 1814 CC.

– Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 26 de diciembre de 2002. El derecho de visitas no puede supeditarse al efectivo cumplimiento de la pensión alimenticia por no ser compensable.

– Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 25 de enero de 2003. Acuerda la no inclusión en el inventario de lo abonado en concepto de pensiones por no ser una deuda ganancial sino obligaciones de naturaleza personal.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 22ª de 25 de abril de 2008. Concepto de gastos extraordinarios y diferencia con la pensión ordinaria.

Revista Derecho Familia 61.indb 58 04/02/14 11:56

EL DERECHO DE FAMILIA DE INSPIRACIÓN ISLÁMICA A LA LUZ DEL DERECHO ESPAÑOL[1]

Cristina Guilarte Martín-Calero

Profesora Titular de Derecho civil
Coordinadora del GIR
La protección jurídica de la Familia
Universidad de Valladolid

RESUMEN

El Derecho de Familia de inspiración islámica a la luz del Derecho Español

El presente trabajo tiene por objeto analizar las instituciones familiares de inspiración islámica y su reconocimiento a la luz del derecho español, distinguiendo, de una parte, la celebración del matrimonio poligámico y sus posibles efectos y, de otra, la extinción del vínculo, con especial referencia al repudio y al divorcio revocable; para terminar haciendo una breve referencia a la hadana.

Palabras clave: instituciones familiares islámicas, poligamia, repudiación, hadana, orden público internacional.

ABSTRACT

Islamic-inspired Family Law in light of the Spanish Law

The present work analyzes Islamic-inspired family institutions and its acknowledgment in light of the Spanish Law, distinguishing, on one hand, the celebration of polygamous marriages and its possible effects and, on the other, the termination of the bond, with special reference to repudiation and revocable divorce; It finishes with a brief reference to hadana.

Key words: Islamic family institutions, polygamy, repudiation, hadana, international public order.

Sumario

I. UNA CONSIDERACIÓN PREVIA. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: UN OBSTÁCULO AL PLENO RECONOCIMIENTO DE LAS SITUACIONES FAMILIARES CREADAS EN EL EXTRANJERO.

II. POLIGAMIA Y PRINCIPIO DE IGUALDAD: EL EFECTO ATENUADO DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.

(1) El presente trabajo, que se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Propuestas de Reforma del Derecho de Familia español» (Der 2009-09159) y «Tutela jurisdiccional de la víctima de la violencia de género: análisis y propuestas» (Der 2009-10749), se corresponde con mi intervención en el *Colloque Les Droits des Femmes Migrantes dans l'Union Européenne*, organizado con motivo de la *Quinzaine pour l'égalité entre les femmes et les hommes 2012* y celebrado en Lyon, Francia, 18 de octubre de 2012.

Revista Derecho Familia 61.indb 59 04/02/14 11:56

III. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL: REPUDIO Y DIVORCIO REVOCABLE.

IV. OTRAS PARTICULARIDADES DISCRIMINATORIAS DEL DERECHO ISLÁMICO: LA HADANA.

V. CONCLUSIÓN FINAL.

I. UNA CONSIDERACIÓN PREVIA. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: UN OBSTÁCULO AL PLENO RECONOCIMIENTO DE LAS SITUACIONES FAMILIARES CREADAS EN EL EXTRANJERO

En España, al igual que en el resto de los países europeos con un alto índice de población inmigrante, existe una importante reivindicación de la multiculturalidad como manifestación del respeto a la diversidad cultural, religiosa y de costumbres o tradiciones[(2)]; respeto y aceptación que sólo ceden ante la vulneración de los valores y principios esenciales del Ordenamiento Jurídico[(3)]. Bajo este prisma, y con base, sobre todo en el principio de libertad religiosa, aparecen distintas sensibilidades que deben ser respetadas e incluidas en una sociedad plural que no impone ideologías ni creencias pero que se alza en defensa de los valores y principios consagrados en nuestra Constitución que son, precisamente, los que garantizan esa enriquecedora y diversa convivencia multicultural que se manifiesta, entre otras, en una realidad familiar regida por otros principios y valores fundados en la religión. Esta afirmación adquiere plena vigencia al contrastar la regulación de las relaciones familiares en los países de procedencia árabe-musulmana, en los que, a pesar de las importantes y modernas reformas acometidas en los últimos años, se percibe todavía una notable influencia de los principios de la *sharia*, que se refleja, básicamente y en lo que aquí interesa, en una concepción patriar-

(2) *Vid.* entre otros, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «*Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI»,* Anales de Derecho de la Universidad de Murcia, núm. 21, 2003, pp. 109 y ss.; GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., (coord.), Inmigración, Familia y Derecho, Marcial Pons, 2011; LEMA TOMÉ, M.: *«Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia»*, Migraciones Internacionales, vol. 2º, julio-diciembre 2003; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., «Matrimonio poligámico, orden público y extranjería», Actualidad laboral, núm. 33, 2003, p. 581 (LA LEY 1394/2003).

(3) En algunos casos, las nuevas realidades que surgen como consecuencia de la integración social de los inmigrantes han provocado la reacción tajante del legislador contra determinadas prácticas que son contrarias al ordenamiento jurídico español y que no pueden justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales; así, por LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se tipifica el delito de mutilación genital de mujeres y niñas, perseguible extraterritorialmente tras la modificación del art. 23.4 LOPJ por LO 3/2005 que en su Exposición de motivos afirma *el hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los Derechos Humanos* (Vid.Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2013 que condena a la madre por la mutilación genital de su hija, antes de venir a España, como consecuencia de los motivos religiosos y culturales imperantes en las zonas rurales de Senegal; o también la reciente Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2012 que tajantemente afirma *…el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones. La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina*.

Revista Derecho Familia 61.indb 60 04/02/14 11:56

cal de la familia con predominio de la figura del hombre como padre y marido en todas las facetas y, por lo tanto, discriminando a la mujer en el matrimonio, en el divorcio y en el régimen sucesorio. Ahora bien, es importante subrayar que no todos los Ordenamientos jurídicos acogen de forma idéntica aquéllos principios y presentan importantes diferencias que los acercan, en parte, a las soluciones occidentales; así, Túnez proscribe la poligamia o Marruecos moderniza su procedimiento para la disolución del vínculo matrimonial, en el que introduce importantes garantías y mejoras como la presencia del juez en la repudiación (tatlaq) o el procedimiento por disenso (chiqaq)(4).

Existen, sin embargo, aspectos que suponen la vulneración del principio de no discriminación y que dificultan el pleno reconocimiento de los efectos de un sistema jurídico que discrimina por razón de sexo y por razón de filiación(5); en este sentido, puede recordarse aquí, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 2003 (Refah Partisi y otros c/Turquía), donde por primera vez y sobre la base de este principio de no discriminación se censura la manifestación de aquellos principios religiosos en la esfera del Derecho privado: *Personne ne conteste devant la Cour qu'en Turquie chacun peut suivre dans sa sphère privée les exigences de sa religion. En revanche, la Turquie, comme toute autre Partie contractante, peut légitimement empêcher que les règles de droit privé d'inspiration religieuse portant atteinte à l'ordre public et aux valeurs de la démocratie au sens de la Convention (par exemple les règles permettant la discrimination fondée sur le sexe des intéressés, telles que la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession) trouvent application sous sa juridiction*(6).

El Derecho de familia constituye, sin duda, el último reducto para la conservación de aquéllas desigualdades, pues, como se podrá comprobar, los Estados del Norte de África, a nivel constitucional, reconocen el principio de igualdad entre hombres y mujeres, pero su legislación nacional, en materia de estatuto personal, mantiene disposiciones discriminatorias y prácticas patriarcales que niegan a las mujeres derechos elementales en relación con el matrimonio, el divorcio o las relaciones paterno filiales(7).

Con carácter general, la aplicación de la ley nacional a las cuestiones del Derecho de Familia, para las que rige, como es sabido, el principio de la personalidad, impone al

---

(4) *Vid.* MEZIOU, K., *«Étude comparative du Droit de la Famille dans les pays du Maghreb»*, Révue CIDDEF, mars 2009, núm. 20, pp. 20 y ss.

(5) No existe un tratamiento idéntico en los distintos Ordenamientos jurídicos de inspiración islámica, pero en una primera aproximación podrían citarse como aspectos discriminatorios: la prohibición del matrimonio de una musulmana con un no musulmán, la exigencia de un tutor matrimonial, la exigencia de la dote, la superioridad del hombre como padre y marido (es el responsable de la familia, es quien fija la residencia conyugal, su autorización es necesaria para que la mujer pueda trabajar, viajar o recibir visitas de personas ajenas a la familia, a él corresponde la patria potestad sobre los hijos y la mujer tan sólo conserva la hadana), el repudio unilateral, la filiación legítima… (*vid.* ampliamente, LOUBNA EL OUAZZANI CHAHDI, «*El matrimonio polígamo en el Derecho marroquí y sus problemas de recepción en el Ordenamiento español*», Los Conflictos actuales en el Derecho de Familia, dir.Guilarte Gutiérrez, Thomson Reuters, 2013, p. 250.

(6) *Cfr.* LEVINET, M., Les Grands Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'homme, Thémis PUF, 2011, pp. 622 y ss.

(7) *Vid.* una exposición muy completa en Femmes, Droit de la Famille et système judiciaire en Algérie, au Maroc et en Tunisie, dir. B. Cheriet, Unesco, 2010.

Revista Derecho Familia 61.indb 61 04/02/14 11:56

juez el control del llamado orden público, encarnado por aquellos principios y valores jurídicos, políticos o morales que, por ser fundamentales, merecen la consideración de irrenunciables[8], entre los que destaca, poderosamente, el principio de igualdad entre hombres y mujeres y su manifestación en el ámbito del Derecho de familia; principio universal plasmado en distintos textos internacionales y nacionales y desarrollado en una importante ley orgánica. Así pueden citarse:

- Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*.
- Artículo 5 del Protocolo núm. 7 al Convenio europeo para la protección de los Derechos humanos y las libertades fundamentales (Igualdad entre esposos): *Los cónyuges gozan de igualdad de derechos y deberes de carácter civil, entre ellos y en sus relaciones con sus hijos, por lo que se refiere al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. El presente artículo no impide que los Estados adopten las medidas necesarias en interés de los hijos.*
- Artículo 16 de la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 8 de diciembre de 1979[9]:

  1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

  a. El mismo derecho para contraer matrimonio;

  b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;

  c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;

  d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

  e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

  f. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que

(8) *Cfr.* MARTÍNEZ SANTOS, A., Derecho Procesal Europeo, vol.1º, Competencia judicial internacional, Reconocimiento y Ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea, dir. De la Oliva Santos, Thomson Reuters, 2011, p. 388.

(9) No debe olvidarse que numerosos Estados (más del 50%) han formulado reservas al art. 16 por considerarlo contrario a su cultura, religión o tradiciones.

Revista Derecho Familia 61.indb 62 04/02/14 11:56

estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

g. Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

– Artículo 10 del Reglamento (UE) núm. 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, que declara aplicable la lex fori cuando *la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial.*

– Artículo 32 CE: *el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*.

– Artículo 66 Cc: *los cónyuges son iguales en derechos y deberes.*

Particular importancia debe atribuirse a lo dispuesto en los tres primeros artículos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuando establece su objeto (*Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria*); fija su ámbito de aplicación (*1.Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo. 2. Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia*); y delimita negativamente el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres (*El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo,* ***y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil***).

En nuestro Derecho, en los últimos años, se ha producido la culminación de la reforma del Derecho de Familia iniciada allá por los años setenta; se suprimió, entonces, la patria potestad unilateral del padre y el deber de obediencia de la mujer a su marido, un primer paso de gigante seguido de muchos otros que han borrado

Revista Derecho Familia 61.indb 63 04/02/14 11:56

de nuestros textos legales cualquier atisbo de desigualdad formal con la introducción de principios tales como el principio de igualdad matrimonial, de coparentalidad, de cogestión ganancial, de no discriminación por razón de filiación… Así, la consagración del principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978 exigió la profunda reforma de todo el Derecho de familia procedente de la regulación originaria del Código civil (1889), a fin de erradicar la superioridad del hombre como marido y como padre y la discriminación de los hijos por razón de su origen adoptivo o por el estatus no matrimonial de sus padres. Desde entonces, 1981, hasta hoy, otras reformas han avanzado en el camino de la igualdad, como en 1990, que se suprimió el criterio legal de atribución de la custodia a la madre cuando los hijos eran menores de 7 años, o la importante ley de 2005 que admite el matrimonio homosexual, el divorcio exprés y la custodia compartida, invocando principios como el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía de la voluntad y, nuevamente, el principio de igualdad. Así, puede concluirse que el valor constitucional de la igualdad, junto con el principio de protección del interés del menor y el libre desarrollo de la personalidad, constituye la piedra angular del sistema, informa todo nuestro Derecho de familia e impide, o al menos dificulta, el pleno reconocimiento jurídico de aquéllas situaciones familiares que, si bien amparadas por el estatuto personal de los cónyuges, son ajenas a nuestra tradición jurídica y contravienen el orden público español.

Hoy, al igual que en el resto de los países de nuestro entorno, la igualdad en el marco familiar se concibe como una identidad de derechos y deberes, sin distinción por razón de sexo ni de filiación y ello nos conduce, como precisa FULCHIRON, a apartar no sólo las leyes extranjeras que no reconocen los mismos derechos a los cónyuges o a los progenitores, sino cualquier ley que establezca reglas diferentes para el hombre y para la mujer(10). Es sin duda, este principio de igualdad y no discriminación, inspirador de las primeras reformas del Derecho de familia, el que constituye el primer obstáculo para el reconocimiento de las situaciones familiares creadas al amparo de otras culturas y de otras religiones, integradas, aceptadas y respetadas en otros ámbitos, pero difícilmente trasladables al Ordenamiento Jurídico Familiar español y, por consiguiente, no susceptibles de producir los efectos que le son propios. Además, el principio del libre desarrollo de la personalidad y el principio de la autonomía de la voluntad, inspiradores de la última Reforma del Código civil en materia de separación y divorcio, dificultan, aún más, el reconocimiento de otra realidad familiar, regida por otros principios, culturales y religiosos; principios que influyen decisivamente en la configuración de su Derecho de familia, particularmente en la institución matrimonial, con la aceptación de la poligamia, en la disolución del vínculo, con la aceptación de la repudiación, y en las consecuencias de la ruptura, distintas en función del sexo de los cónyuges. Es bien sabido que la ley coránica en la que se apoyan los legisladores islámicos discrimina por razón de sexo y por razón de filiación y ello es así, aunque se insista en que para el Islam el sexo no constituye un criterio de superioridad y que la única diferencia proviene de la distinta función que aquél atribuye al hombre y la mujer, distinta función en el

(10) *Vid.* ampliamente *«Polygamie et répudiation en France, entre ouverture et prohibition»* en Polygamie et Répudiation dans les rélations internationales, Tunis, 2006, p. 81.

Revista Derecho Familia 61.indb 64 04/02/14 11:56

seno de la sociedad que no se considera ni superior ni inferior sino complementaria la una de la otra(11).

Por otra parte, es forzoso reconocer que, si bien desde la igualdad, en España, al igual que en otros países de la Unión Europea, se regulan, hoy, algunas cuestiones de forma similar a la adoptada en los últimas reformas por los derechos de los países del Norte de África; piénsese en la pensión de viudedad que comparten las viudas sucesivas de un mismo marido, misma solución que se propone, como se verá, a las viudas del esposo polígamo, o la nueva regulación del divorcio que permite a uno de los cónyuges imponer al otro la ruptura del vínculo sin más causa que su voluntad y una vez que han transcurrido tres meses desde su celebración, que recuerda a la ruptura del vínculo regulada en la nueva Mudawana marroquí(12).

Sin perder la perspectiva de la igualdad como derecho fundamental, y teniendo en cuenta los importantes lazos existentes entre los países del Norte de África, de tradición islámica, y España, particularmente con Marruecos con quien existen acuerdos bilaterales en importantes materias, resulta de interés exponer la posición de nuestro Ordenamiento Jurídico ante la realidad familiar islámica, distinguiendo, de una parte, la celebración del matrimonio poligámico y sus posibles efectos y, de otra, la extinción del vínculo, con especial referencia al repudio y al divorcio revocable. Y todo ello desde un enfoque práctico, no se trata de juzgar un sistema jurídico extranjero de manera abstracta o general sino de comprobar que su aplicación al caso concreto no vulnera los valores y principios fundamentales del Ordenamiento Jurídico español.

Conviene subrayar, por último, que el legislador español sólo ha abordado de forma puntual esta problemática, en materia de reagrupación familiar en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (poligamia) y en la ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional (kafala) y que han sido mayoritariamente los Tribunales y la Dirección General de los Registros y el Notariado quienes han sentado las bases para establecer una solución razonable al reconocimiento de aquella realidad familiar diversa(13).

II. POLIGAMIA Y PRINCIPIO DE IGUALDAD: EL EFECTO ATENUADO DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Por lo que se refiere a la poligamia, de principio, debe señalarse que el sistema matrimonial español es monógamo, como el resto de los países de tradición cristiana. Así el artículo 46.2 del Código civil niega capacidad para contraer matrimonio a quie-

---

(11) Así lo justifica ABDEL WAHAB, M. S., *«L'ordre public en Droit International Privé Egyptien de la Famille»*, en Ordre public et Droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord, dir. Bernard-Maugiron/Dupret, Bruylant, 2012, pp. 84 y 88.

(12) Misma similitud encuentra BERNARD-MAUGIRON/DUPRET para el Derecho belga en su Introducción al Ordre public et Droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord, cit., p. 21.

(13) *Cfr.* VAQUERO LÓPEZ, Mª C., «El harem desde Occidente, la protección de la mujer en el sistema español de Derecho Internacional Privado», en Conflictos actuales en el mundo árabe e islámico, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San-Sebastián, vol.IX, Universidad del País Vasco, 2008, p. 29.

Revista Derecho Familia 61.indb 65 04/02/14 11:56

nes estén ya ligados por vínculo matrimonial y el artículo 73.2 considera nulo el matrimonio celebrado por persona ya casada. El acto de contraer nuevo matrimonio sin disolver el anterior constituye, incluso, delito de bigamia, tipificado en el artículo 217 del Código Penal; existe, por tanto, una doble tutela o protección de la monogamia, de carácter civil, en forma de prohibición cuya infracción es la nulidad, y una tutela penal que castiga la bigamia con una pena de prisión de seis meses a un año(14). Por tanto, se impide a los españoles celebrar un matrimonio poligámico en España(15) y en el extranjero(16). Ahora bien, si interviene un elemento de extranjería, es sabido que la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley nacional de cada contrayente. Así lo dispone el artículo 9.1 Cc que se refiere, con carácter general, a la capacidad de las personas físicas, remitiendo a su ley personal. Existe, pues, un reenvío a la ley extranjera, de suerte que, a priori, el extranjero originario de un país que admite la poligamia tendría plena capacidad para contraer un segundo matrimonio, aun estando vigente el primero; es por todos conocido, la regla islámica que permite al hombre musulmán contraer matrimonio hasta con cuatro mujeres(17). Ahora bien, esta remisión a la ley extranjera puede quedar neutralizada como consecuencia de la aplicación del Orden público internacional, de acuerdo con el artículo 12.3 Cc que descarta la aplicación de la ley extranjera cuando resulta contraria a los principios y valores fundamentales de la sociedad en la que pretende hacerse valer (lex fori) y que se aplica con distinta intensidad según que el matrimonio poligámico se pretenda celebrar en España o se haya celebrado ya, válidamente, en país extranjero. En ambos casos, la

---

(14) Cabe cuestionarse con MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., «*Comentario del art. 217*», en Comentarios al Código Penal, dir. Gómez Tomillo, Lexnova, Valladolid, 2011, p. 849 y ss., si atendida la nueva configuración matrimonial diseñada en la ley de 2005, debe mantenerse la tutela penal de la bigamia que encuentra su fundamento en que con el matrimonio nace un Estado civil, se generan derechos y obligaciones entre los cónyuges, expectativas sucesorias, consecuencias en el ámbito fiscal… En este sentido, y atendido el fundamento del Derecho penal como *ultima ratio*, parece más que suficiente la sanción civil de nulidad.

(15) La RDGRN [11ª] 17 noviembre 2008, en relación con un matrimonio islámico celebrado en España, *deniega la inscripción porque existe impedimento de ligamen. No habiéndose acreditado de forma fehaciente la disolución del vínculo anterior, subsiste el matrimonio celebrado por el interesado en el extranjero. …… «el reconocimiento de efectos civiles requiere la verificación previa de que los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil, que considera nulo todo matrimonio entre personas ligadas por vínculo matrimonial, cualquiera que sea la forma de celebración*».

(16) Expresamente la Resolución de 7 de octubre de 2008 establece que *el matrimonio celebrado por españoles en el extranjero según la lex loci es inscribible siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española, la cual determina que no pueden contraer matrimonio los que estén ligados por vínculo matrimonial [cfr. art. 46.2º Cc) y, de contraerse, sería nulo por imperativo de lo dispuesto en el art. 73.2º Cc, por lo que no puede inscribirse en el Registro Civil. Esta legalidad, que constituye principio básico del Registro Civil, no concurre en el caso del matrimonio contraído entre los interesados por el rito coránico en Marruecos el 16 de junio de 1993 ya que el contrayente se encontraba ligado por un anterior matrimonio celebrado también en Marruecos, cuya disolución no se produjo hasta el 13 de julio de 1993, fecha en que adquirió firmeza la sentencia de divorcio. Es decir que cuando se contrajo el matrimonio que se pretende ahora inscribir no estaba disuelto el anterior, existiendo por tanto impedimento de ligamen que no hacía posible su celebración y que, consecuentemente, provocaba la nulidad del matrimonio celebrado el 16 de junio de 1993, por lo que este no puede ser inscrito (…)*.

(17) La poligamia está admitida en numerosos países, sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse Afganistán, Angola, Arabia Saudita, Burkina-Faso, Camboya, Camerún, Egipto, Gabón, Líbano, Mali, Mauritania, Nigeria, Senegal, Chad, Togo; se admite con restricciones en Argelia o Marruecos y está prohibida en Túnez o en Costa de Marfil.

Revista Derecho Familia 61.indb 66 04/02/14 11:56

institución provoca en el Orden público familiar español un rechazo unánime fundado en la concepción española del matrimonio y en el respeto constitucional a la dignidad de la mujer.

En el primer supuesto, se excluye la aplicación de la ley extranjera ex artículo 12.3 Cc, al considerar que la poligamia es contraria a los principios y valores fundamentales de nuestro ordenamiento, particularmente el principio de igualdad entre el hombre y la mujer y la dignidad constitucional de la mujer; así, se ha apuntado que *la aplicación de tales leyes dañaría la cohesión de la organización social y jurídica de la sociedad española, basada en la monogamia matrimonial como expresión de la igualdad jurídica entre varón y mujer y de la dignidad de la persona*(18). Esta es la postura sostenida sin fisuras por la Dirección General de los Registros y el Notariado, que considera el matrimonio poligámico, *contrario a la dignidad constitucional de la mujer y a la concepción española del matrimonio* y por el Tribunal Supremo (3ª) que ha tenido la oportunidad de manifestarse, en distintas ocasiones, en relación con esta fórmula matrimonial, consolidando una línea jurisprudencial que sostiene que *la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (artículo 12.3 Cc). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre hombres y mujeres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (artículo 217 CP)*(19).

En el segundo caso, matrimonio poligámico celebrado en país extranjero, no debe olvidarse que se trata de una situación legal en el país de celebración y, por ello, al igual que sucede aquí en Francia, se propugna la aplicación de un orden público internacional atenuado, que permite el reconocimiento selectivo de algunos efectos jurídicos del matrimonio poligámico. En este sentido, BUCHER proponía no reconocer el matrimonio poligámico como institución equivalente al matrimonio monogámico, pero reconocer su aptitud para producir determinados efectos del matrimonio (20), tesis asumida por la doctrina y la DGRN que distinguen entre efectos jurídicos nucleares y periféricos: *tales matrimonios pueden producir «ciertos efectos legales» en España, los llamados «efectos legales periféricos» que el matrimonio poligámico surte en otros órdenes jurídicos distintos del propio del estado civil, por razones de seguridad jurídica internacional. Así, como ha destacado la mejor doctrina científica, un matrimonio poligámico puede ser considerado en España como institución jurídica válida a ciertos efectos, por ejemplo, a efectos sucesorios, de solicitud de alimentos por parte*

---

(18) *Cfr*: CALVO CARAVACA, L. A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CASTELLANOS RUIZ, E., *Derecho de Familia Internacional,* Colex, 2008, p. 107.

(19) *Cfr*: Sentencias de 14 de julio de 2004, 19 junio 19 de junio de 2008, 26 de febrero de 2010, 13 de junio de 2011, 4 de julio de 2011, 10 de octubre de 2011, 19 de diciembre de 2011; 14 de marzo de 2013.

(20) *Cfr*: Droit International Privé Suiss.e, Helbing-Lichtenhahn, 1992, p. 199.

Revista Derecho Familia 61.indb 67 04/02/14 11:56

de la segunda esposa, o a los efectos de la determinación de la pensión de viudedad de la segunda esposa[21].

Así, los efectos llamados nucleares deben excluirse radicalmente, entra en juego el orden público internacional que impide la creación en España de una situación contraria a los principios y valores esenciales del foro y se descarta la aplicación de la ley extranjera: no se admite la inscripción del matrimonio poligámico en el Registro civil [22] y sólo la primera esposa adquiere la nacionalidad de forma privilegiada por un año de residencia (artículo 22.2 Cc). Además, el matrimonio poligámico impide la adquisición de la nacionalidad española por el varón polígamo; firme línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo que considera que quien ostenta el régimen familiar poligámico *no satisface el requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española necesario para adquirir la nacionalidad* y es perfectamente ajustado a Derecho que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado «un suficiente grado de integración en la sociedad española»[23]. Grado de integración que exige la aceptación y seguimiento de los principios sociales básicos, especialmente aquéllos recogidos en disposiciones legales que disciplinan los presupuestos esenciales de la convivencia entre ciudadanos; el Tribunal Supremo, en reciente sentencia de 14 de marzo de 2013, ha sostenido que *la integración social no deriva exclusivamente del grado de conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como con las leyes y forma de vida de nuestra sociedad*. En definitiva, en España, como aquí en Francia, la poligamia se considera iure et de iure *comme la marque d'un défaut d'assimilation*[24]; y hasta tal punto es así que ni siquiera en los supuestos de matrimonios «potencialmente» poligámicos relaja su exigencia el Alto Tribunal. En este punto, considero apropiada una relajación del principio del orden público internacional, una aplicación atenuada de su rigor que nos permita evitar la consecuencia sancionadora para la mujer del polígamo, pues no debe olvidarse que es al hombre al que se le reconoce la facultad de optar por la monogamia matrimonial de forma irrevocable (en Senegal o en Mauritania); luego hacer recaer sobre la mujer el rechazo que despierta la fórmula matrimonial elegida por el marido equivale a mantenerla en el marco jurídico que permite la poligamia e impide su ingreso de pleno Derecho en un Ordenamiento Jurídico que vela por su dignidad personal y que constituye un obstáculo para la cele-

(21) *Cfr.* Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro civil español de las Adopciones internacionales; excluye los efectos nucleares del matrimonio poligámico la Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. En la doctrina, por todos, CALVO CARAVACA, L. A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado,* vol. 1º, Comares, Granada, 2011, p. 445.

(22) *Vid.* RDGRN, 5 de noviembre de 1996; RDGRN, 3 de diciembre de 1996; RDGRN, 20 de febrero de 1997; RDGRN, 31 de marzo de 1998; RDGRN, 2 de noviembre de 1999; RDGRN, 30 de septiembre de 2008; RDGRN, 7 de octubre de 2008; RDGRN, 17 de noviembre de 2008; RDGRN, 11 de diciembre de 2008.

(23) *Cfr.* Sentencias de 14 de julio de 2004, 19 de junio de 2008, 26 de febrero de 2010, 13 de junio de 2011, 4 de julio de 2011, 10 de octubre de 2011, 19 de diciembre de 2011; 14 de marzo de 2013.

(24) *Cfr.* Fulchiron, «*Polygamie et répudiation* ... cit., p. 74.

Revista Derecho Familia 61.indb 68 04/02/14 11:56

bración de un subsiguiente matrimonio poligámico. Por ello, la opción poligamia elegida por el marido, no debe valorarse como un defecto de integración de la mujer del polígamo potencial, pues ella es ajena al ejercicio de la opción y a su concreción en un matrimonio posterior del marido; esta opción sólo debería ser oponible al marido potencialmente polígamo y no a la mujer; no es ésta, sin embargo, la línea seguida por el Tribunal Supremo que ha dado idéntica solución (negativa) a las demandas del varón que descarta la fórmula monogámica y por tanto acoge la poligamia (STS 4 de julio de 2011) y a la mujer que la padece (STS de 13 de junio de 2011)[25]. En este sentido, me gustaría recordar aquí la concepción del límite del Orden público internacional español de QUIÑONES ESCÁMEZ, como un instrumento al servicio de los destinatarios de las normas, de la protección de los derechos individuales, más que al respeto en abstracto de los ordenamientos jurídicos[26].

Por lo que se refiere a los efectos denominados periféricos, se dice deben admitirse porque no producen un daño sustancial a la sociedad ni perjudican a ningún particular y serían aquéllos que *el matrimonio poligámico surte en otros órdenes distintos del propio estado civil, por razones de seguridad jurídica internacional*[27].

Existe práctica unanimidad doctrinal en la deseable aplicación del orden público atenuado a la estructura familiar poligámica; todos los estudios recaídos sobre la materia reclaman el reconocimiento de los efectos respecto de las mujeres del polígamo y de sus hijos, con base en distintos fundamentos, bien en la protección constitucional de la familia[28], bien en la protección de la mujer y su dignidad[29]; lo que, en la práctica, conduce a una equiparación de los efectos del matrimonio poligámico con los efectos que, en el Derecho español, se originan por razón de matrimonio (alimentos, derechos sucesorios, pensión de viudedad), los que persisten tras la separación conyugal (alimentos, hasta 2005 derechos sucesorios, pensión de viudedad o por desequilibrio económico) o tras la disolución del vínculo por divorcio (pensión compensatoria y pensión de viudedad). Luego se trata de entender aplicable aquí la doctrina del matrimonio putativo y, por tanto, el mantenimiento de los efectos civiles ya producidos respecto del cónyuge de buena fe (ex artículo 79 Cc), se sostiene, pues, la virtualidad del vínculo para producir todos los efectos que le son propios, lo que no deja de sorprender, si se tiene en cuenta el rechazo frontal que provoca la poligamia en todos los

---

(25) Para QUIÑONES ESCÁMEZ, «*Impedimentos matrimoniales, Leyes de Policía e Internacionalidad. Alcance de las prohibiciones propias (bigamia) y las ajenas (adopción del menor venido en kafala),* en Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones, dir.Álvarez González, Santiago de Compostela, 2009, p. 255, debería concederse todo caso de matrimonio potencialmente poligámico, sin distinción por razón del género de quien solicita la nacionalidad.

(26) *Cfr*. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., RODRÍGUEZ BENOT, A., BERJAOUI, K., TAGMANT, M., Matrimonio y Divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de Derecho privado, marroquí, vol. 1º, 2010, p. 167.

(27) *Cfr*. Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 de la DGRN sobre reconocimiento e inscripción en el registro civil español de las adopciones internacionales.

(28) Así, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.-SÁNCHEZ LORENZO, S., Derecho Internacional Privado, Thomson Reuters, 2011, p. 389; LABACA ZABALA, Mª L., «*El matrimonio poligámico islámico y su repercusión en el derecho español*», RJCYL, núm. 18, 2009, p. 295.

(29) *Cfr*. VAQUERO LÓPEZ, *«El harem…* cit., p. 39.

Revista Derecho Familia 61.indb 69 04/02/14 11:56

foros. A mi juicio, es muy distinto, como se verá, reconocer una pensión de viudedad a las esposas del polígamo (solución legalmente prevista en los convenios bilaterales con Marruecos y que, por analogía, puede extenderse a todos los supuestos de poligamia) que reconocer a un matrimonio poligámico la aptitud para generar todos los efectos favorables que origina el vínculo matrimonial, menos su inscripción en el Registro civil y esta tesis sólo debe sostenerse desde la protección de la mujer del polígamo y sus derechos. La protección de la familia del polígamo puede obtenerse de la aplicación directa de nuestros valores y principios constitucionales, el artículo 39 acoge la familia con independencia de su naturaleza matrimonial o extramatrimonial así como la igualdad de los hijos del polígamo con independencia de su filiación matrimonial o extramatrimonial (artículo 14 CE y 108 Cc y que en todo caso se consideraría matrimonial ex artículo 79 Cc[30]). Cuestión distinta es construir una protección para la segunda mujer y sucesivas al amparo del Ordenamiento jurídico español que permita obtener ante los Tribunales españoles el reconocimiento de derechos que sólo concede la existencia del vínculo matrimonial[31]; una fórmula que parece apropiada, respetuosa con los intereses en conflicto (protección de la mujer y respeto del Orden público matrimonial español) podría consistir en atender al momento extintivo de la situación poligámica y reconocer entonces sí los efectos que el Ordenamiento jurídico conecta a esta nueva situación; si es por causa de muerte, la condición de cónyuge supérstite se reconoce a todas las esposas del polígamo y, por ende, se reconoce también su derecho a percibir la pensión de viudedad, seguros de vida…; si es por divorcio y se considera aplicable la *lex fori*, tendría derecho, exclusivamente, a obtener una indemnización ex artículo 98 Cc, si se dan las circunstancias previstas en el artículo 97 Cc, pues, es sabido que en el derecho español se extingue la obligación legal de alimentos por divorcio y todo lo más podrían concederse alimentos como medida provisional hasta la sentencia que recaiga la sentencia de nulidad (STS 30 octubre de 2012)[32].

Como efectos periféricos, y siempre desde el momento extintivo de la situación poligámica, se incluirían los derechos sucesorios, de suerte que si la ley que regula la sucesión únicamente reconoce la existencia de un cónyuge legítimo, concurrirán las distintas esposas del varón polígamo y se prorrateará entre ellas la cuota conyugal. Misma solución se recoge en el Derecho español para el reparto de la pensión de viudedad entre las esposas del polígamo marroquí. Sobre esta cuestión conviene hacer algunas precisiones porque los Tribunales y la doctrina han tenido la oportunidad de

(30) *Cfr.* RDGRN, de 23 de mayo de 1994 y 10 de julio de 1996.

(31) No es partidaria de reconocer ningún efecto jurídico a la poligamia, PERICÁS SALAZAR, L., *«Matrimonio poligámico y pensión de viudedad»*, Aranzadi Social, núm. 9, 2007; no considera ajustada al matrimonio poligámico la teoría del matrimonio putativo, ZURITA MARTÍN, I., «*La poligamia en el Derecho marroquí y sus efectos en el Ordenamiento jurídico español»*, Actualidad Civil, núm. 1, 2012, (LA LEY 19952/2011), p. 15, pues ésta no permite el reconocimiento de efectos sucesorios a favor de la esposa.

(32) CHECA MARTÍNEZ, M., *«Reconocimiento de la poligamia y del repudio islámicos en perspectiva comparada: a propósito de la Mudawwana marroquí*» en Inmigración, Familia y Derecho, cit., p. 280, considera necesarias normas especiales de reconocimiento del matrimonio efectivamente poligámico celebrado en el extranjero que determinen los casos en que su reconocimiento no es contrario al orden público del foro y que precisen el concepto de cónyuge y las consecuencias de la poligamia en relación con cada uno de los posibles efectos pretendidos.

Revista Derecho Familia 61.indb 70 04/02/14 11:56

manifestarse en distintas ocasiones al respecto y no existe unanimidad. Las tesis que se han defendido son las siguientes:

a) La pensión de viudedad sólo corresponde, y por entero, a la primera esposa del varón polígamo; el segundo matrimonio es nulo para el Derecho Internacional Privado español y, por tanto, no produce ningún efecto jurídico(33). Esta tesis acaso sea excesiva e injusta, no hay que olvidar que se trata de un matrimonio perfectamente válido en el extranjero, y nos conduce a un resultado perverso: el deseo de garantizar la dignidad de la mujer llevaría a negarle protección(34); proteger *in abstracto* es desproteger *in concreto*.

b) La pensión de viudedad debe distribuirse entre las esposas del causante, aunque se discute si la distribución debe hacerse en proporción al tiempo de convivencia con el marido, tal y como recoge el artículo 174.2 LGSS que regula la concurrencia de cónyuge histórico y cónyuge viudo como consecuencia de un procedimiento de divorcio o nulidad matrimonial, o por partes iguales(35); como señala LAGARDE, en alusión al reparto que fija la Convención franco argelina, la distribución en función del tiempo de convivencia es, sin duda, más equitativa, pero *pour des raisons de simplicité et pour tenir compte du chevauchement des mariages,* se determina el reparto por mitad(36). El legislador español se inclina por el reparto a partes iguales en los Convenios bilaterales firmados con Marruecos y Túnez en materia de seguridad social donde reconoce el derecho de las esposas del causante polígamo a acceder a la pensión de viudedad(37). Esta regulación debería aplicarse por analogía a los demás supuestos(38).

No se reconocería el derecho de alimentos por las razones expuestas, pero sí la indemnización ex artículo 98 Cc, determinante también del reconocimiento de la pensión de viudedad establecida en el artículo 174 LGSS(39).

---

(33) Así lo mantienen distintas resoluciones judiciales (STSJ CAT núm. 5255/2003, Social, 30 de julio de 2003; STSJ Comunidad Valenciana, Social, 6 de junio de 2005) y PERICÁS SALAZAR, L., *«Matrimonio poligámico y pensión de viudedad»*, Aranzadi Social, núm. 9, 2007.

(34) *Cfr.* DESDENTADO AROCA, E., *«Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución»,* Revista de seguridad social y laboral, núm. 228, 2009, p. 24.

(35) *Cfr.* STSJ GALICIA 2 de abril de 2002; STSJ ANDALUCÍA 30 enero de 2003; VAL TENA, L., *«Poligamia y Pensión de viudedad: a propósito de la extensión del concepto de beneficiario. Comentario a la Sentencia TSJ Galicia de 2 de abril de 2002»*, Actualidad Laboral, 2003, núm. 3 (LA LEY 4163/2002).

(36) *Cfr.* «*Refus d'une pension de réversion opposé à la seconde épouse d'un étranger polygame. Cours de Cass.ation 1décembre 2011»*, Revue Critique de Droit International Privé, 2012, p. 339.

(37) El art. 23 del Convenio hispano marroquí sobre seguridad social establece que *la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación*; y el art. 24 del Convenio hispano-tunecino sobre seguridad social, bajo la rúbrica, *pensión de viudedad compartida,* dispone: *en caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales*.

(38) En este sentido, DESDENTADO AROCA, «*Pensión de viudedad…*, cit, p. 24.

(39) *Vid.* ampliamente, UREÑA MARTÍNEZ, M., Crisis matrimoniales y Pensión de viudedad (Especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria), Cuadernos de Aranzadi civil, Aranzadi, Thomson Reuters, 2011, p. 67 y ss.

Revista Derecho Familia 61.indb 71 04/02/14 11:56

Por último, debe señalarse que, en sede de reagrupación familiar, el artículo 17.1.a) de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España dispone que *en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta posibilidad matrimonial.* Norma que pretende no tanto sancionar o excluir el régimen poligámico como limitar el número de personas a reagrupar. La redacción de este artículo 17 ha sido muy criticada y para algunos es inconstitucional pues permite al marido elegir cuál de las esposas quiere reagrupar, y así *se perpetúan privilegios masculinos y se vulnera el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación, pues es la mera voluntad del varón polígamo (reagrupante) el criterio para decidir qué esposa puede ser reagrupada* (40). Solución poco acorde con el rechazo frontal que despierta la poligamia en todos los foros y con nuestra regulación matrimonial; entiendo que debería haberse recogido como fórmula más respetuosa con los valores y principios que integran nuestro Ordenamiento la preferencia de la primera esposa como único cónyuge legítimo, a semejanza de Francia, Alemania o Reino Unido.

III. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL: REPUDIO Y DIVORCIO REVOCABLE

El repudio es una forma de disolución del matrimonio propia de numerosos ordenamientos jurídicos de países islámicos que produce efectos discriminatorios contra la mujer; es el derecho del marido a disolver el vínculo conyugal por su exclusiva voluntad, en cualquier momento, sin dar relevancia a la figura de la esposa. El padre retiene la patria potestad sobre los hijos (tutela), y la madre ostenta, exclusivamente, la hadanna o tenencia de los hijos hasta que alcanzan la pubertad; si la madre no profesa la religión musulmana, una vez repudiada no ostentará, ni siquiera la hadanna. La mujer puede recibir una cierta compensación económica tras el repudio, pero ello no es obligatorio y normalmente, no se produce, quedando la mujer en una situación económica muy débil(41). Esta afirmación general debe matizarse al ser confrontada con las distintas regulaciones adoptadas en los últimos años en los Códigos de familia de países del Norte de África, pues en algunos se suprime la repudiación (Túnez, Senegal) y, en otros, se introducen límites y cautelas en aras de una mayor protección de la mujer (Marruecos o Argelia), sin olvidar que en otros es el único medio de disolución del vínculo (Sudán o Yemen)(42).

---

(40) *Vid.* CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLES y CASTELLANOS RUIZ, Derecho de familia Internacional, cit., p. 104.

(41) El derecho islámico prevé la concesión de una pensión alimenticia, limitada al tiempo de la idda (periodo de reflexión que sigue a la repudiación) y una eventual indemnización llamada don de consolación; vid. ampliamente, QUIÑONES ESCÁMEZ, Matrimonio y Divorcio… cit., p. 141.

(42) La nueva Mudawanna marroquí de 2004 mantiene la repudiación pero se introducen algunas restricciones o garantías, de tipo procedimental, como la exigencia de la autorización judicial y la presencia de dos Adouls que constatan la repudiación; de tipo económico, pues el juez debe garantizar los derechos económicos de la esposa y especialmente su derecho de uso de la vivienda conyugal, la pensión alimenticia y el don de consolación. Junto a este tradicional modo de extinción del vínculo, se introduce novedosamente el divorcio de mutuo acuerdo y el divorcio por discordia; *vid.* ampliamente, CERVILLA GARZÓN, Mª D.-ZURITA MAR-

Revista Derecho Familia 61.indb 72 04/02/14 11:56

El carácter unilateral, no debe olvidarse que sólo corresponde al marido como un privilegio reconocido en la sharia, y sólo reconocido excepcionalmente a la mujer si ha pagado por ello o en circunstancias extremas (si el marido está gravemente enfermo, si vuelve a contraer matrimonio, si incumple gravemente sus deberes matrimoniales) y discriminatorio de esta institución determina la adopción de determinadas cautelas tanto si se pretende repudiar en España conforme a la ley nacional como si se pretende hacer valer en España el repudio dictado en país extranjero conforme a su ley nacional, pues, en principio, parece contrario al orden público familiar español, encarnado en el principio de igualdad y en el principio de dignidad personal de la esposa repudiada; ahora bien, aquí, al igual que señalamos para los casos de los matrimonios potencialmente poligámicos, el orden público debe estar al servicio de los derechos de las personas implicadas en el caso concreto y no de una defensa abstracta de los principios y valores imperantes en el foro y por ello deben verificarse *in concreto* las circunstancias y el resultado.

En España, según el artículo 107.2 Cc, la ley aplicable a la separación y al divorcio es la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentar la demanda; a falta de nacionalidad común, se aplicará la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia común si uno de los cónyuges aún reside en dicho Estado. En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España si:

– no resultara aplicable ninguna de las leyes mencionadas con anterioridad (nacionalidad común, residencia habitual común, última residencia habitual común).

– si estas leyes no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.

– si en la demanda presentada ante Tribunal español se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

Este artículo 107.2 Cc se considera aplicable al repudio porque el repudio desarrolla en el Derecho extranjero, la función de disolver inter vivos el matrimonio, función similar a la que en Derecho español corresponde al divorcio. A pesar de la existencia de distintas formas de repudio admitidas en el derecho islámico, puede sostenerse, ab initio, que una repudiación unilateral del marido fundada en su exclusiva voluntad no puede ser ventilada ante los Tribunales españoles, se trata de una prerrogativa marital contraria al principio de igualdad y a la dignidad de la mujer, vulnera las garantías procesales de la esposa y es revocable (talaq); por tanto, se excluiría su aplicación ex artículo 107.2 Cc. A la misma conclusión conduce la aplicación del Reglamento Roma III, en vigor desde el 21 de junio de 2012, pues su artículo 10 declara aplicable la lex fori, si la ley aplicable según los artículos 5 a 8 del Reglamento no concede a los cón-

---

TÍN, I., El derecho de familia marroquí: la mudawana 2004 desde el Derecho español, Difusión jurídica, 2010, pp. 57 y ss. Por su parte, en el derecho argelino, modificado en algunos aspectos en febrero de 2005, se mantiene la repudiación unilateral y judicial del marido sin alegación de motivos, con pago de una compensación económica –art. 52– y se reconoce asimismo a la mujer la posibilidad de recuperar su libertad previo pago al marido de una cantidad de dinero (khol) –art. 54– así como solicitar el divorcio por causa prevista en el art.53.

Revista Derecho Familia 61.indb 73 04/02/14 11:56

yuges, por razón de género, una igualdad en el acceso al divorcio: no se reconoce a la mujer la posibilidad de repudiar en los mismos términos que el marido, pues a ella sólo se le permite si el marido lo autoriza (tamliq) o si paga por ello (khol). Como señala QUIÑONES ESCÁMEZ, el repudio marital es siempre, en España, una **institución importada del extranjero**: *no es posible pronunciar un repudio eficaz en el territorio, sea cual sea la autoridad, ni obtenerlo de nuestros Tribunales aunque sea bajo control judicial, aunque sea aplicable el derecho extranjero según la norma de conflicto por ser contrario al Orden público español*(43).

Aceptado que el repudio es una institución discriminatoria y que no puede obtenerse en nuestro país, queda por analizar la eficacia que puede otorgarse en el ordenamiento jurídico español al obtenido en el país de origen conforme a su ley nacional. El repudio supone una vulneración de los derechos de defensa de la esposa, porque es siempre unilateral. Por ello, con carácter general, toda resolución extranjera de repudio vulnera el orden público internacional español (artículo 954.2º y 3º Lec 1881) y, en consecuencia, no obtendrá el reconocimiento /exequátur y no surtirá efecto alguno en España. Afirmación plenamente aceptada para la repudiación unilateral del marido (talaq) pero que puede cuestionarse respecto de la repudiación de la mujer autorizada por el marido en el contrato matrimonial (tamliq) o de la repudiación del marido a instancias de la mujer que le entrega una compensación (khol)(44). En todo caso, deberá analizarse que concurren los requisitos previstos en el artículo 954.2ª LEC y muy especialmente las garantías procesales y el derecho de defensa de la esposa.

No existe, pues, un rechazo al reconocimiento in abstracto de una institución discriminatoria, sino más bien un control de la no discriminación en el caso concreto; en este sentido, la postura de nuestros jueces y tribunales es constante y favorable al reconocimiento de la repudiación definitiva solicitado por la esposa (ATS de 21 de abril de 1998; ATS 31 de julio de 2000) y decididamente contraria en los casos de vulneración de sus derechos procesales (Auto AP Huelva, de 27 de marzo de 2012(45)) y si se trata de repudiación revocable como se verá a continuación. El repudio suele ser en la mayoría de los casos revocable; durante un plazo de reflexión (idda) el varón puede revocar su decisión de repudiar a la esposa. Pues bien, este repudio revocable vulnera el principio de la estabilidad del Estado civil y por ello una Resolución extranjera de repudio revocable vulnera el orden público internacional español, pero para que éste intervenga es preciso que siga siendo revocable en el momento de instar el reconocimiento. Si ya ha transcurrido el tiempo durante el cual el varón podía revocar el repudio, que es muy breve(46), y no lo ha hecho, el repudio se transforma en definitivo y no debe intervenir el orden público internacional español por esta razón (ATS 18 de mayo de 2004).

---

(43) *Cfr*: Matrimonio y Divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y Compilación de Legislación de Derecho privado marroquí, vol. I, cit., p. 170.

(44) En este sentido la STS de 25 de enero de 2006 reconoce la aptitud del divorcio khol para extinguir el vínculo previo y en consecuencia, permite la reagrupación de la segunda esposa.

(45) Rechaza la homologación judicial en España de una resolución judicial de divorcio matrimonial dictada por el Tribunal islámico de Kanifing (Gambia) porque no se acredita que estuviese correctamente representada la esposa demandada que, por otra parte, afirma no haber tenido conocimiento del citado proceso.

(46) Tres meses en la nueva Mudawana marroquí.

Revista Derecho Familia 61.indb 74 04/02/14 11:56

IV. OTRAS PARTICULARIDADES DISCRIMINATORIAS DEL DERECHO ISLÁMICO: LA HADANA

Con carácter general en los Derechos de inspiración islámica, y en coherencia con las distintas funciones parentales atribuidas por razón de género, al padre y a la madre, se regula, de una parte, la figura de la hadana que corresponde, por regla general, a la madre y que equivaldría a una guarda y custodia en sentido amplio (la crianza de los hijos) y, de otra, la wilaya o tutela (similar a nuestra patria potestad) que se otorga al padre; en caso de fallecimiento de éste la tutela corresponde a la madre(47). En caso de divorcio, algunos textos mantienen la distribución tradicional, como es el caso de la Mudawana marroquí y, en otros, más modernos, como Argelia, al progenitor que obtiene la custodia se le atribuye asimismo la tutela.

Este reparto discriminatorio de funciones parentales en razón del género, superado ya en los textos legales occidentales(48), es contrario a nuestros valores y principios constitucionales; se debe recurrir a la Convención de la Haya de 19 de octubre de 1996 de responsabilidad parental y de medidas de protección de los menores, en vigor en España desde el 1 de enero de 2011, en conexión con el Reglamento Bruselas II bis de 27 de noviembre de 2003, que garantiza a todos los menores que residan de modo habitual en España la aplicación del Derecho español en materia de responsabilidad parental, y así impedir, aquí en España, una situación discriminatoria que convierte a la madre en mera guardadora de sus hijos sin capacidad para tomar decisiones relevantes en la esfera jurídica; situación inadmisible a la luz de nuestro texto constitucional y de nuestro Código civil que no concibe la guarda de los hijos desconectada de la titularidad y ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, no deben desconocerse las dificultades que pueden originarse en estos casos de crisis conyugal con elemento internacional, en donde las decisiones adoptadas por el juez español pueden quedar neutralizadas por el retorno al país de origen, si éste no forma parte del Convenio de la Haya; por ello, en estos casos, es recomendable la inclusión de una medida precautoria, cual es la obtención de la autorización de la madre o del juez para abandonar el país en compañía de los menores ex artículo 103 y 158 Cc. En este sentido, puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de julio de 2002 que niega el carácter discriminatorio de la inclusión

---

(47) El art. 171 de la Mudawana marroquí establece que la custodia se confiará en primer lugar a la madre, después al padre y, por último a la abuela materna del niño; en Argelia, el art. 67 establece que la guarda se confía en primer lugar a la madre, después al padre, a la abuela materna, a la abuela paterna, después a la tía paterna…

(48) A pesar de este reconocimiento legal, quienes se han dedicado al estudio sobre las Mujeres, el feminismo académico, quienes, además, son, somos, madres con ambiciones personales, familiares y profesionales, compartimos la convicción de que la influencia de la distribución tradicional de funciones hombre/mujer todavía pesa en muchas esferas de la sociedad, sobre todo y por lo que aquí interesa, en la esfera de lo Privado, en el interior de las familias, en donde la igualdad formal predicada en la Carta Magna y recogida en el Código civil, en su art. 66, quiebra para acoger la desigualdad tradicional que reconocía, por razón de género, como sucede en los textos de inspiración islámica, una especial preparación de las mujeres para desempeñar la funciones de organización doméstica y de guarda y cuidado de los hijos; *vid.* ampliamente estas conclusiones en *La Regulación de la Custodia Compartida: una oportunidad para la consolidación de la carrera profesional de las mujeres*, Mujeres, Contratos y empresa, Tirant lo Blanch, 2013.

Revista Derecho Familia 61.indb 75 04/02/14 11:56

de tal medida por razón del origen islámico del padre y sostiene que *Argelia, país de derecho islámico, no forma parte del Convenio de la Haya, difícilmente podría intentarse en ese país el cumplimiento de un régimen de visitas sino de la custodia misma. Se ha guiado (el juez) por la necesidad de tutelar el interés del menor y el derecho de la madre en segundo lugar, cuyos derechos fundamentales a la libertad y a la igualdad corren un riesgo objetivable, siendo tal medida la única que puede impedir que se haga un uso fraudulento de la doble nacionalidad.*

V. CONCLUSIÓN FINAL

Brevemente, y a modo de conclusión final, puede señalarse que se aprecia un importante avance en las concepciones sociales de los países del Norte de África que tiene un claro reflejo en los textos legales, con la supresión de la poligamia o su restricción al cumplimiento de determinadas cautelas, la judicialización del repudio o el reconocimiento de las funciones parentales a la madre en caso de divorcio. El camino más corto para acabar con estas instituciones discriminatorias será reconocer también en el ámbito del derecho de familia, en la esfera más privada, el valor fundamental de la igualdad entre hombres y mujeres. Entre tanto, el ordenamiento jurídico español deberá impedir que, en su seno, se reproduzcan situaciones que vulneren los valores fundamentales de la igualdad y del respeto a la dignidad de las mujeres, su derecho a no ser discriminadas por razón de género y, muy especialmente, tal y como ordena el artículo 3 de la Ley para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, garantizar la no discriminación en el ámbito de la maternidad, de la asunción de obligaciones familiares y del estado civil.

Revista Derecho Familia 61.indb 76 04/02/14 11:56

UNIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA

José Manuel Velasco Retamosa

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado
Responsable del Área de Derecho Internacional Privado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Unificación y armonización del Derecho de Familia en Europa

El derecho a la vida privada y familiar se configura como un pilar básico en los ordenamientos internos de los Estados Miembros de la Unión Europea. En este sentido, si bien no hay un modelo de familia europeo, existe una evolución convergente de esta rama del derecho. A ello contribuyen notablemente las instituciones de carácter comunitario e internacional, como el Consejo de Europa, que con sus actuaciones, y utilizando diferentes métodos de reglamentación, buscan los denominadores comunes para armonizar y unificar este sector. En este contexto, las cuestiones que atañen al Derecho internacional privado van encontrando su solución en normas comunes que impregnadas de la filosofía de la Unión, basada en los principios de la igualdad y libre circulación de personas, producen inevitablemente el desarrollo de un Derecho Internacional privado europeo de familia.

Palabras clave: Familia, Unión Europea, Consejo de Europa, Armonización, Unificación.

ABSTRACT

Unification and harmonization of Family law in Europe

Abstract: Right for private and family life is considered a fundamental tenet in the internal legislation of the Members States of the European Union. In this sense, although there is not a European model of family as such, there is a convergent evolution in this branch of law. Significantly contributing factors are those institutions of community and international nature, such as, the Council of Europe, which with its actions, and by means of different regulating methods, look for common denominators in order to harmonize and to unify this sector. In this context, those questions regarding International private law find a solution in common rules which are influenced by the Union philosophy, based on the principles of equality and free movement of people and inevitably, they bring about the development of an International private family European Law.

Key words: Family, European Union, Council of Europe, Harmonization, Unification.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA UNIÓN EUROPEA: EL EJEMPLO DE UN MARCO JURÍDICO SUPRANACIONAL.

1. La familia como objeto normativo de Instituciones supranacionales.

2. La repercusión de las normas comunitarias e internacionales en los regímenes jurídicos de producción interna.

Revista Derecho Familia 61.indb 77 04/02/14 11:56

III. LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA.

1. Introducción.

2. Hacia un Derecho Internacional privado comunitario de familia.

3. El modelo de intervención del Derecho comunitario.

IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las normas de Derecho Internacional, tanto público como privado, y comunitario resultan de gran relevancia cuando se trata de la protección y el reconocimiento del derecho a la familia. Dos cuestiones deben destacarse como punto de partida: en primer lugar destacar que cada vez más, en un mundo globalizado[1] los Estados elaboran normas supranacionales de colaboración, en muchos aspectos, vinculadas a dicho reconocimiento y protección; en segundo lugar, resulta de gran trascendencia el hecho de que las personas se mueven estableciendo en sus relaciones sociales y familiares un elemento internacional que determina y justifica la protección de la institución no mediante normas de carácter interno sino supranacional. El punto de conexión más apropiado y habitual para determinar las normas que regulan los derechos y deberes de dichas familias suele ser el de su residencia (domicilio), como lugar donde se desarrollan y pueden ser objeto de dichos derechos y obligaciones. Muchas son las situaciones en que las normas de Derecho internacional público, privado y comunitario resultan aplicables a cuestiones concretas que afectan a las instituciones jurídicas relacionadas con la familia: matrimonio, divorcio, pensión alimenticia, cónyuges, adopción, filiación, protección de menores, etc.

En este sentido, muchos son los textos legales de Derecho internacional público y privado que elaborados en instituciones como la Unión Europea –en adelante UE– o el Consejo de Europa dan cobertura jurídica, de una u otra forma, a la familia en general y a sus miembros en particular. Pertenecientes al ámbito del Derecho internacional público destacamos, por su importancia e influencia en este ámbito, el Convenio Europeo de Derechos Humanos que, en su artículo 8, recoge expresamente el Derecho al respeto a la vida privada y familiar, limitando injerencias de la autoridad pública en el ejercicio de tales derechos a supuestos reglados y específicos. El artículo 16 de la Carta Social europea, define a la familia como célula fundamental de la sociedad para la que hay que lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo fomentando su protección económica, jurídica y social.

Igualmente, otras normas elaboradas en el seno de la ONU y referidas a cuestiones concretas (infancia, discapacitados…) o generales (*Acuerdos sobre los derechos del hombre*) hacen expresa referencia a la familia y a la necesidad de legislar para prote-

(1) *Vid.*, S. SÁNCHEZ LORENZO, «Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia», *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 17, Madrid, 2005, pp. 87-130.

Revista Derecho Familia 61.indb 78 04/02/14 11:56

gerla. En este sentido, si bien es cierto que todos estos textos de carácter internacional resultan de gran importancia y son una guía para los Estados miembros de la UE –en adelante EEMM–, se podría decir que, salvo que se trate de textos con rango de Tratado o Convenio internacional, juegan el papel de recomendaciones y buenos propósitos a tener en cuenta a la hora de elaborar las respectivas legislaciones nacionales. Todos ellos, deben ser una referencia a la hora de elaborar cualquier norma relacionada con el derecho de familia ya que determinan, de forma general, el marco en que deben encuadrarse los procesos legislativos que pretendan un reconocimiento en este ámbito.

Desde la perspectiva del Derecho internacional privado que es de la que vamos a ocuparnos, dado que tradicionalmente las normas de derecho de familia se ubican, mayoritariamente, en el ámbito del Derecho privado, resulta relevante resaltar que su importancia viene determinada, en el momento actual, por la denominada globalización y la necesidad de que la familia esté protegida en lo que podríamos denominar como un espacio normativo global. La intensificación de las relaciones internacionales, la nueva permeabilidad de las fronteras, la inmigración y los flujos asociados influyen, sin duda alguna, sobre el contenido de los derechos nacionales familia, cuya evolución estamos viviendo y cuyo mejor ejemplo es la circulación de los diferentes modelos jurídicos(2). La familia no es inmune a los efectos de este vasto movimiento de personas. En este sentido, si tomamos como referencia espacial Europa, y más concretamente la UE, veremos como en los últimos años se han elaborado numerosas normas de Derecho internacional privado que, de una u otra forma, van dirigidas a regular diferentes cuestiones que afectan a la figura jurídica de la familia y a sus integrantes. Junto a las instituciones comunitarias y al referirnos a esta rama del Derecho, igualmente, existen otras muchas organizaciones y normas que trabajan y afectan a la protección de la familia y sus derechos. Resulta necesario destacar los trabajos del Consejo de Europa, del que forman parte los veintisiete EEMM de forma individual y la UE como Organización, que ha elaborado gran cantidad de Recomendaciones, Resoluciones y Convenios, como el de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores(3). Junto a éste último, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado es otro organismo del que también son miembros los veintisiete y que ha contribuido notablemente en el desarrollo de un derecho de familia supranacional con gran cantidad de textos convencionales(4). Finalmente, otros orga-

---

(2) *Vid.,* H. MUIR WATT, «Les modèles familiaux à l'èpreuve de la mondialisation (Aspects de Droit International Privé)», en *Mundialización y familia*, A.L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (eds.), Madrid, 2001, pp. 11-22.

(3) *Vid.,* la gran cantidad de textos jurídicos que ha producido el Consejo de Europa en materia de familia, algunos muy significativos, en el *Doc CJ-FA (2008) 2, Family Law and the protection of children*, elaborado por el Secretariat of the Directorate General of Human Rights and Legal Affairs del Consejo de Europa.

(4) Por ejemplo, todos los Convenios de la Haya de Derecho internacional privado: Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores; Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción; Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores; Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias; Convenio de 1 de junio de 1970 sobre el Reconocimiento de Divorcios y de Separaciones Legales; Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre la Administración Internacional de las Sucesiones; Convenio de 14 de marzo de 1978 relativo a la Celebración y al Reconocimiento del Matri-

Revista Derecho Familia 61.indb 79 04/02/14 11:56

nismos, como la Comisión Internacional del Estado civil[5], han elaborado Convenios como el de 1962, referido a la determinación de la filiación, o el de 1964, tendente a facilitar la celebración de matrimonios en el extranjero.

II. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA UNIÓN EUROPEA: EL EJEMPLO DE UN MARCO JURIDICO SUPRANACIONAL

1. La familia como objeto normativo de Instituciones supranacionales

Lo ya expuesto evidencia que el tema de la familia, en su nueva dimensión, es objeto de interés para instituciones y Organizaciones internacionales. Concretamente, como se ha avanzado, tanto la UE como en el Consejo de Europa son organizaciones que con su actividad normativa y jurisprudencial demuestran el interés y la preocupación por esta cuestión. Los esfuerzos que cada uno ha hecho, tendentes a la protección de los derechos del niño, la igualdad de género o la protección de la familia en general nos permiten confirmar tal extremo. Concretamente las normas sobre sucesiones, los regímenes matrimoniales, la adopción o la reagrupación familiar son temas presentes en las agendas de ambas organizaciones.

Si estas dos organizaciones europeas centran su trabajo en cuestiones relacionadas con la familia no tiene otra explicación que el interés de ambas por la protección de los Derechos Fundamentales y por la promoción de la cooperación jurídica y judicial en esta materia. El Consejo de Europa y la UE con sus esfuerzos contribuyen a la creación de un verdadero espacio jurídico común para la familia. En este sentido, y en atención a los intereses de los ciudadanos europeos, ambas instituciones han tomado el camino de aunar esfuerzos y coordinar sus acciones en aras de la eficacia, optando por la complementariedad de los trabajos que ambas realizan en el cumplimiento de sus objetivos, coexistiendo y trabajando en favor de la familia, con metas comunes que permiten la interconexión de dos órdenes jurídicos en Europa que comparten el interés por mejorar la vida de los ciudadanos en todo momento. En este sentido, y siendo estos últimos los inspiradores y destinatarios de los textos normativos que se generan en ambas organizaciones no se comprendería la colisión de estos dos marcos jurídicos en los que el ciudadano europeo está obligado a vivir. Además, al tratarse de una parte del derecho que afecta a intereses muy personales, la coordinación de ambos

---

monio; Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias; Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias; Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento; Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte; Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional; Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños; Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia y el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias.

(5) Los EEMM de la UE parte de esta Comisión son: Alemania, Bélgica, España, Francia, Grecia, Hungría Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal y Reino Unido.

Revista Derecho Familia 61.indb 80 04/02/14 11:56

sistemas debe ser lo más perfecta posible, ya que de otra manera no se entendería su coexistencia.

2. La repercusión de las normas comunitarias e internacionales en los regímenes jurídicos de producción interna

Es evidente que las normas procedentes de la UE y del Consejo de Europa, así como su jurisprudencia influyen y determinan claramente la evolución de los derechos nacionales de familia, bien sea por la acción del legislador que a la hora de elaborar las normas internas refleja lo supranacional en su propio ordenamiento, bien por la de su consideración y utilización por parte de los órganos jurisdiccionales de cada estado a la hora de resolver determinadas cuestiones que se plantean ante estos y en las que las normas de ambas instituciones forman parte de la solución.

Si bien es cierto que, hasta hace pocos años, quien ha ejercido una mayor influencia ha sido el Consejo de Europa, no cabe duda de que en los últimos años, el impulso desde la Unión de un Espacio Común de Libertad Seguridad y Justicia ha propiciado la elaboración e inclusión en los regímenes internos de textos y normas de gran relevancia para este ámbito(6). Aquí debe ser destacada, igualmente, la jurisprudencia comunitaria que afecta a cuestiones relativas al reconocimiento de los derechos de la familia en el territorio comunitario. La creación de un espacio judicial europeo basado en el principio de la libre circulación de resoluciones judiciales también ha jugado un papel importantísimo en el derecho de familia. En este sentido, normas como los Reglamentos 44/2001, 2201/2003 y su predecesor, 4/2009 y 1259/2010 regulan una amplia parcela de lo que podríamos denominar Derecho internacional privado comunitario de familia y han supuesto la unificación, en la UE, de parte de las normas de esta rama del Derecho concernientes a la familia. De otro lado, la influencia del principio de igualdad entre hombres y mujeres en la legislación laboral ha afectado también indirectamente al derecho de familia, así textos como la *Directiva* de 11 de diciembre de 1986 sobre la igualdad de trato en el ejercicio de una actividad incluyendo la actividad agrícola independiente y la protección de la maternidad, en lo que se refiere a los cónyuges que ejercen una actividad empresarial ha impulsado a los EEMM a garantizar la igualdad entre los cónyuges. Este tipo de normas, a diferencia de los reglamentos, impulsan una armonización y formulan una intervención indirecta, basada en la necesidad de consolidar los principios reconocidos en el ordenamiento comunitario en los procesos de producción jurídica nacionales.

En este contexto deben destacarse también las intervenciones proactivas que, diferentes a las acciones de unificación y armonización(7), no se basan en la aplicación de los mencionados principios comunitarios. Así, por ejemplo, la posición de la UE frente

---

(6) *Vid.,* J. J. ÁLVAREZ RUBIO, «El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista Electrónica de estudios Internacionales*, núm. 15, 2008, *www.reei.org,* ultima entrada 27/11/2012 y A. L. CALVO CARAVACA, «El Derecho Internacional privado de la Comunidad Europea», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia. Núm. 21, 2003, p. 52.

(7) *Vid.,* M. V. CUARTERO RUBIO, «Técnicas de unificación del Derecho internacional privado en la CEE», *España y la codificación internacional del DIpr.* (*III Jornadas de DIpr., San Lorenzo del Escorial, 13/14 de diciembre 1991*), Madrid, pp. 247-256.

Revista Derecho Familia 61.indb 81 04/02/14 11:56

a diferentes temas relacionados con cuestiones bioéticas que no son sólo cuestiones relacionadas con los Derechos Humanos, sino también con el derecho de familia como la ingeniería genética, el uso de los derivados del plasma humano, la reproducción asistida, la patentabilidad de los organismos vivos, la eutanasia u otros, son planteamientos comunitarios que afectan de manera directa a los ordenamientos jurídicos internos de los EEMM. Si bien todas estas consideraciones, que se discuten en los grupos de expertos y comités aún no han dado lugar a directivas o reglamentos y, por tanto, se insertan en el ámbito del más puro *soft law*, si conducen a planteamientos que, de una u otra forma, impactan en las legislaciones nacionales de familia.

Este ambiente de impulso ha influido claramente en el legislador nacional y en los ordenamientos jurídicos internos que han sido objeto de diferentes remodelaciones en los últimos tiempos. Es evidente que el legislador nacional utiliza de forma sistemática el método comparativo a la hora de elaborar normas y para los legisladores nacionales el marco jurídico de la UE y el Consejo de Europa ha sido un referente en los últimos tiempos y, en ocasiones, no solo eso sino una guía a seguir en la redacción de sus textos normativos[8]. Por esta razón, en la actualidad la evolución de los derechos de familia internos no es sino el contagio necesario de lo que sucede a nivel supranacional, donde la realidad se compone de un espectro más amplio y avanzado. Además, el derecho de familia es una rama jurídica profundamente arraigada en la tradición, la cultura y la historia de los EEMM y estrechamente vinculada a los cambios demográficos y sociológicos compartidos por todos ellos en los últimos tiempos por lo que el método comparativo tiene un lugar privilegiado en el proceso de producción de normas internas.

Es evidente que los actuales derechos de familia nacionales de los EEMM, todos ellos miembros del Consejo de Europa como la propia UE, son el resultado de las complejas relaciones entre las diversas fuentes que nutren dicho derecho surgido en este contexto supranacional europeo. Incluso podríamos decir, que si bien en el momento actual, como se ha destacado, estos ordenamientos supranacionales suponen una influencia directa en los nuevos regímenes jurídicos internos de familia, resulta evidente que, en su origen, éstos tienen sus raíces políticas e ideológicas en los derechos estatales. En este sentido, el derecho de familia en cada EEMM no es solo fruto de una relación vertical de arriba hacia abajo, sino también horizontal en la que el punto de partida fueron los propios sistemas internos.

III. LA COMUNITARIZACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA

1. Introducción

La influencia que la legislación comunitaria puede ejercer en un área excluida, *a priori*, del ámbito competencial de la UE no es nada nuevo. Antes de que en otros

(8) *Vid.,* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados», en *La unificación jurídica en Europa*, J. M. García Collantes (ed.), Madrid, 1999, pp. 17-44.

Revista Derecho Familia 61.indb 82 04/02/14 11:56

sectores existiesen normas comunitarias concretas éstos estaban influenciados por la legislación que surgía desde las instituciones comunitarias referida a otras cuestiones. Así, el derecho del consumidor o el medio ambiente son sectores que indirectamente se vieron condicionados en sus planteamientos nacionales por normas referidas a la libre circulación de bienes y servicios. Pues bien, el derecho de familia no escapa a estas intervenciones indirectas, que pueden estar basadas, por ejemplo, en principios como el de igualdad entre hombres y mujeres o el de libre circulación, a través de los cuales el Derecho de la UE ha influido en el ámbito del derecho de familia. No debemos olvidar que este último principio afectó a cuestiones de tanta trascendencia como la de la reagrupación familiar.

2. Hacia un Derecho Internacional privado comunitario de familia

Muchas cuestiones objeto del Derecho internacional privado que afectan al derecho de familia siguen siendo ejemplo de la manifestación del principio de soberanía de los Estados(9). La razón más importante la encontramos, quizás, la existencia de particularidades, en esta rama del Derecho, en cada uno de los sistemas jurídicos internos(10). En este sentido, el proceso de unificación de las normas sobre conflicto de leyes está resultando mucho más lento y complicado que el de las cuestiones referidas a la competencia judicial internacional, apreciándose con claridad en este proceso el método de «pequeños pasos» que, impulsado por Jean Monet, se han dado para intentar consolidar un sistema común de Derecho Internacional privado(11).

La coordinación de dicho sistema comunitario, aunque gradual, es una realidad que encuentra un punto de partida claro en el Tratado de Ámsterdam(12) y que afecta cada vez más al derecho de familia. Podemos decir que si bien el Derecho comunitario

---

(9) *Vid.,* S. SÁNCHEZ LORENZO, «Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: "*soft Law versus Hard Law"* o "Comisión contra Parlamento"», *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, Madrid, 2008, p. 382.

(10) *Vid.,* E. M. HOHNERLEIN, «Konturen eines einheitlichen europäischen Familienund Kindschaftsrecht-die Rolle der Europäischen Menschenrechts-Konvention», *The European Legal Forum*, núm. 4, 2000/01, pp. 252-260; W. PINTENS, «Rechtsvergleichung und Rechstangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union», *ZEuP*, 1998, pp. 670-676; D. MARTINY, «Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?», *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/Londres/Boston*,* 1998, pp. 151-171.

(11) *Vid.,* en este sentido, y en relación con las diferentes polémicas doctrinales que esta cuestión ha motivado, G. BADIALI, «Le droit international privé des Communautés européennes», *RdesC*., 1985, vol. 191, pp. 9-182; A. L. CALVO CARAVACA, «El Derecho Internacional privado de la Comunidad Europea», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia. Núm. 21, 2003, pp. 49-69; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Cuestiones de DIPr. en las Comunidades Europeas», *I Symposium sobre España y las Comunidades Europeas*, Univ. Valladolid, 1983, pp. 111-131; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «DIPr. y Dcho comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, 1990, v. 17, pp. 785-826; A.V.M. STRUYCKEN, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *RdesC*., 1992, vol. 232, pp. 257-383.

(12) *Vid.,* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Pasado, presente y futuro del Derecho internacional privado comunitario», *Revista Xiuridica da Universidade de Santiago de Compostela,* 1996, vol. 5, p. 14; A. BORRÁS, «La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro», *Cursos de Derecho internacional de Vitoria/Gasteiz (2001),* 2002, p. 289 y P. A. de MIGUEL ASENSIO, «The Future of Uniform Private law in the European Union: New Trends and Challenges», *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 11, 2005, pp. 7-8.

Revista Derecho Familia 61.indb 83 04/02/14 11:56

ha hecho evolucionar en este ámbito las fuentes tradicionales del Derecho internacional privado[13], éste no ha cambiado los principios que rigen en esta rama del derecho de forma tradicional. Así, sin dudar del impulso que se ha dado a algunas cuestiones para el ámbito del derecho de familia la UE ha seguido utilizando los principios clásicos de Derecho Internacional privado provenientes tanto de los ordenamientos internos como del Consejo de Europa o la Conferencia de la Haya. Como ya se avanzó, el escollo más importante, dada la diversidad de preceptos nacionales, se encuentra en el sector de las normas de conflicto, cuya comunitarización para determinadas cuestiones supone la admisión de los criterios de determinados estados frente a las concepciones defendidas por otros en el ámbito del derecho de familia.

Debemos, sin embargo, apreciar que a la luz de los textos que ya han sido aprobados en el seno de la UE y que afectan a esta rama del derecho (Reglamento 2201/2003[14], Reglamento 4/2009[15], Reglamento 1259/2010[16], Directiva en materia de reagrupación familiar[17], etc…) los problemas expuestos pueden relativizarse y confirmamos la voluntad, a pesar de los inconvenientes, de los EEMM de unificar y armonizar el Derecho Internacional privado de familia[18] aunque en ocasiones, para alguno de los EEMM, suponga un cambio en los criterios utilizados en sus normas de competencia judicial internacional y de conflicto internas. Así, por ejemplo, en los ordenamientos de *Common law,* donde existe el criterio de favorecer al deudor de alimentos, este no ha sido un impedimento para que, por ejemplo, el Reino Unido e Irlanda adopten y firmen el Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos.

El contenido de estas normas está impregnado de la filosofía de la UE, que basada en los principios de igualdad y libre circulación de personas, en materia familiar ha guiado a las autoridades comunitarias en el desarrollo del Derecho Internacional privado comunitario de familia. En este sentido, si bien estos esfuerzos nacionales no han eliminado las fronteras en este ámbito, por respeto a la diversidad de derechos sustantivos, lo que si se ha conseguido es hacerlas más permeables ya que, junto a la unificación producida por normas adoptadas y aplicadas por todos los EEMM, también se ha producido una «intervención» que ha procurado la armonización de los regímenes internos respecto a determinadas cuestiones referidas a esta rama del Derecho.

---

(13) *Cf.,* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional privado*, Madrid, 2012, p. 36.

(14) *Reglamento (CE) núm. 2201/2003* del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, *DOUE L-3381* de 23 de diciembre de 2003.

(15) *Reglamento (CE) núm. 4/2009* del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, *DOUE L-7/1* de 10 de enero de 2009.

(16) *Reglamento (CE) núm. 1259/2010* del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *DOUE L-343/10,* de 29 de diciembre de 2010.

(17) *Directiva 2003/86/CE* del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, *DOUE L-251/12,* de 3 de octubre de 2003.

(18) F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional privado*, Pamplona, 2012, p. 55, en referencia a la denominada «europeización» del Derecho Internacional privado.

Revista Derecho Familia 61.indb 84 04/02/14 11:56

3. El modelo de intervención del derecho comunitario: el efecto armonización

El impacto del Derecho comunitario produce, inexorablemente, cambios en las regulaciones nacionales de familia. En este sentido, el proceso de «intervención» en la parcela de los ordenamientos internos de familia genera, al menos, dos cuestiones referidas al modelo y el modo en que dicha actuación se ha llevado a cabo por la UE.

En primer lugar, la intervención del Derecho comunitario en un ámbito jurídico de tradición nacional y rasgos locales es algo de gran trascendencia, sobre todo cuando la razón de dicha intervención es más política que jurídica[19]. En este sentido, la forma en que se lleve a cabo esta acción de armonización comunitaria puede generar la no muy positiva idea de que se persigue una unificación que podría tener como resultado el establecimiento de normas muy alejadas de determinados principios que rigen esta rama del derecho en los distintos ordenamientos de los EEMM. En este sentido se ha demostrado que el Derecho de la UE basa su modelo de intervención en la aplicación de conceptos comunitarios como ya hemos expuesto.

La segunda cuestión que se nos plantea es la intervención del orden comunitario en una comunidad cada vez más internacional. Debemos percatarnos que dicha intervención del Derecho de la UE se produce en un contexto en el que los EEMM reciben igualmente influencias de ámbito internacional, ya que las relaciones intracomunitarias en muchas cuestiones no excluyen, ni hacen perder, la importancia a las de carácter internacional, claro ejemplo de esta situación es, como ya hemos visto, la influencia del Consejo de Europa. En este sentido, las normas procedentes de ésta y otras instituciones internacionales, como la Conferencia de la Haya, deben tener su parcela de influencia o, al menos, su ámbito de coordinación con la intervención comunitaria. Por otra parte, el orden internacional también está trabajando desde hace un siglo en la coordinación de las legislaciones nacionales, y en particular del derecho de familia, por lo que sería poco deseable que la comunitarización destruyese la proliferación de las acciones internacionales que se desarrollan en este ámbito.

IV. CONCLUSIONES

Es un gran avance que en la actualidad el derecho de familia esté ligado a los Derechos humanos, si en un determinado momento histórico, éstos últimos se interesaban por el individuo aisladamente y no como parte de un grupo, ahora esta concepción ha cambiado. La consideración de la familia como un Derecho Fundamental en los ordenamientos, tanto nacionales como supranacionales, ha contribuido al desarrollo de esta rama del Derecho, neutralizando las diferencias entre los distintos ordenamientos internos, y a ello han contribuido considerablemente instituciones y organizaciones de carácter supranacional como la UE o el Consejo de Europa.

El derecho a la vida privada y familiar se configura como un pilar básico del derecho de familia en Europa y, si bien, aparentemente, no hay modelo de familia europeo,

(19) *Vid.,* S. SÁNCHEZ LORENZO, «La unificación del Derecho privado en Europa», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 11, 2011, p. 2.

Revista Derecho Familia 61.indb 85 04/02/14 11:56

existe una evolución convergente de los derechos de las familias. Este tronco común no es, en todo caso, una unificación de las normas nacionales, sino que se basa en la aplicación de denominadores comunes que armonizan este sector del Derecho, tales como la distribución equilibrada de funciones entre el hombre y la mujer en el matrimonio, la promoción de la autonomía en organización de las relaciones familiares, la protección de los intereses de los niños y sus derechos y reconocimiento legal de los modelos familiares diferentes.

La unificación excesiva no puede ser un fin en sí mismo. Establecer la meta de unificar rápidamente el derecho de familia sería un grave error en un contexto tan diverso desde la perspectiva jurídica[20]. Por lo tanto, y teniendo en cuenta las dificultades mencionadas, debe darse un lugar en esta comunitarización al Derecho internacional y, por supuesto, a los ordenamientos nacionales. En esta línea argumental, un posible Derecho comunitario de familia podría recibir la influencia de las leyes nacionales que, teniendo en cuenta el orden internacional, garantizarían una coordinación eficaz basada en el respeto de unos principios comunitarios acordes con los órdenes nacionales y el orden internacional.

Podemos concluir afirmando que unificación y armonización deben convivir en Europa cuando se trata del derecho de familia ya que ambos métodos han demostrado su eficacia cuando el uso, de uno u otro, por el legislador comunitario o internacional ha estado basado en el respeto y equilibrio de los valores e intereses en concurso y que la europeización no tiene, por tanto, como objetivo una unificación de las tradiciones y valores nacionales de los Estados que componen Europa, sino la coordinación/armonización de los mismos[21], sin dejar de reconocer, aquí, la valía de la unificación en algunas cuestiones que afectan al derecho de familia, sobre todo en el ámbito del Derecho internacional privado. El lema de la UE «Unidad en la diversidad» se hace visible también en este ámbito.

(20) *Ibid*., p. 9.

(21) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Pasado, presente y futuro del Derecho internacional privado comunitario», *Revista Xiuridica da Universidade de Santiago de Compostela,* 1996, vol. 5, p. 20.

Revista Derecho Familia 61.indb 86 04/02/14 11:56

Revista de

Derecho de Familia

JURISPRUDENCIA

Revista Derecho Familia 61.indb 87 04/02/14 11:56

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FILIACIÓN

Se vulnera el derecho a la propia imagen del menor cuando, tras haberse determinado inicialmente solo la filiación materna, como consecuencia de la estimación de la demanda de reclamación de paternidad se le impone el primer apellido paterno, dado que vino utilizando el materno durante más de cuatro años. Además, concurre la circunstancia de que el padre fue condenado por un delito de maltrato en el ámbito familiar.

Tribunal Constitucional, Sala 2ª Sentencia 167/2013, de 7 de octubre

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas**

ANÁLISIS DEL CASO

El Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona dictó Auto admitiendo la demanda de juicio ordinario en reclamación de filiación no matrimonial formulado por don Juan (autos núm. 73-2008, sección quinta). Al haberse seguido un proceso penal previo por supuesto delito de violencia de género ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona, el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona dictó Auto, en fecha de 10 de abril de 2008, de inhibición a favor de aquel Juzgado que, a su vez resolvió por Auto de 4 de junio de ese mismo año admitir a trámite la demanda de determinación legal de la filiación, dando por válidas las actuaciones seguidas hasta ese momento.

Por Sentencia de fecha de 26 de febrero de 2009 el Juzgado estimó parcialmente la demanda y declaró que «[I.L.Q.], nacido el día 17.09.04 es hijo no matrimonial de don Juan, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración. En consecuencia, una vez firme esta resolución, se oficiará al Registro Civil correspondiente a fin de que proceda a la inscripción de los datos correspondientes a la paternidad del demandante, lo que supondrá el cambio de orden de los apellidos». En relación con esta última cuestión la Sentencia motiva en el fundamento jurídico segundo que «sobre esta inscripción las partes discrepan en el orden de los apellidos que debe llevar el menor, solicitando la parte demandada que se mantenga como primer apellido del mismo el de la madre, ya que el menor tiene cuatro años y ya se identifica como [I.L.] … En el presente caso no existe acuerdo entre las partes y ello implica, por aplicación de nuestra legalidad, que el primer apellido del menor debe ser el primero del padre y el segundo, el primero

Revista Derecho Familia 61.indb 89 04/02/14 11:56

de la madre. En cuanto a la alegación de perjuicio para el menor, no puede estimarse conforme a la ley. Si partimos de que la filiación determina el orden de los apellidos; que este orden solo se puede modificar por acuerdo de los progenitores, de modo que si no existe tal acuerdo rige lo ordenado en la Ley, y que, en fin, es sólo el hijo, cuando alcanza la mayoría de edad el que puede solicitar que se altere el orden de los apellidos (artículo 109 del Código Civil), debe mantenerse lo dicho, habiéndose pronunciado ya en ese sentido la jurisprudencia menor».

Dª Mireia interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona alegando, entre otros motivos, que se han infringido las garantías procesales del artículo 24. 1 CE al no haberse aplicado los artículos 59.3 de la Ley del Registro civil y el artículo 209 de su Reglamento que permiten al Juez de Primera Instancia, encargado del Registro, autorizar, previo expediente, la conservación por el hijo natural o sus descendientes de los apellidos que vinieran usando siempre que se inste el procedimiento dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del reconocimiento o, en su caso, a la mayoría de edad. Denuncia igualmente la desigualdad (artículo 14 CE) que le produce la norma que establece la preferencia del apellido del padre sobre el de la madre en la determinación del orden de los apellidos de la descendencia y por último apela a la necesidad de preservar el primer apellido que el menor venía usando para su mayor bienestar y protección, pues es aquel con el que se identifica y es conocido en todos los aspectos sociales y oficiales.

La Sec. 12ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 21 de diciembre de 2009 por la que, desestimando el recurso de apelación, confirmó la resolución recurrida. Razona la Audiencia, en primer término, que en relación con la cuestión suscitada sobre el orden de los apellidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113-2 del Código de familia, el artículo 109 del Código civil y la constante doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se permite a los progenitores de común acuerdo determinar el orden de los apellidos respectivos que transmiten a sus hijos y que sólo en defecto del ejercicio de dicha opción rige el orden establecido por el artículo 194 del Reglamento del Registro Civil, que podrá alterar el hijo una vez alcanzada la mayoría de edad. Así –a juicio del órgano judicial– «de la proyección de la anterior doctrina al objeto del presente recurso se deduce que el menor [I.], mientras su paternidad no estaba determinada, ostentó los apellidos L. Q., que son los dos apellidos de la madre. Sin embargo, al determinarse la paternidad del actor por medio de la oportuna acción de reclamación, la sentencia de instancia debía fijar los apellidos del menor que debían ser el paterno y el materno, con el orden que las partes de mutuo acuerdo expresaran, pero, ante la falta de acuerdo, el artículo 109 del Código Civil establece que regirá lo dispuesto en la Ley». En relación con la alegación de la inaplicación de la norma contenida en el artículo 59.3 de la Ley del Registro civil que hubiera permitido al Juez, encargado del registro, declarar el mantenimiento de los apellidos del menor, el Tribunal ad quem señala que «lo cierto es que este precepto debe interpretarse conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Civil y el artículo 53 de la Ley del Registro Civil, que determina que el primer apellido será el del padre y el segundo el de la madre, salvo que se ejercite la opción del artículo 109 del Código Civil. En consecuencia, como en el presente caso, las partes no alcanzaron un acuerdo para la fijación del orden de los apellidos de Iván, éstos deberán figurar

Revista Derecho Familia 61.indb 90 04/02/14 11:56

según el orden legalmente establecido, es decir, primero el apellido J., que es del padre, y segundo apellido L., que es el de la madre, sin que tal decisión suponga la infracción del principio de igualdad, máxime cuando el hijo, al alcanzar la mayoría de edad, podrá solicitar la inversión de los apellidos».

Dª Mireia interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional quien reconoció vulnerado el derecho a la propia imagen del hijo, y anulando las sentencias dictadas tanto por el Juzgado como por la Sec. 12ª de la AP de Barcelona.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Base jurídica de la demanda de amparo

La madre denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en relación con el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (artículos 14 CE) y el derecho a la propia imagen del menor (artículo 18.1 CE), dado que las resoluciones judiciales impugnadas, tras haber determinado y declarado la filiación paterna de su hijo –nacido el 17 de septiembre de 2004– ordenan la inscripción de los apellidos en el Registro Civil constando como primer apellido el del padre. Este orden de apellidos no ha tenido en consideración –a juicio de la demandante– ni la voluntad contraria de la madre, las circunstancias que han rodeado la vida de la menor desde su concepción, que el padre del menor fue condenado por un delito de maltrato en la persona de la madre, ni que se trata de un derecho personalísimo que va unido a la imagen o a la voz del menor y que el niño ya se identifica con él (artículo 18.1 CE).

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE) se ha derivado, por un lado, de la aplicación por los órganos judiciales de los artículos 113-2 del Código de familia y 109 del Código civil en relación con el artículo 53 de la Ley del Registro civil y 194 del reglamento del Registro Civil, que ordenan que se haga en aquel orden a falta de acuerdo entre los progenitores, lo que a su vez conculca el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 CE).

En segundo término y con cita de la STC 17/1981, aduce la violación de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) por entender que, habiendo reconocido la Audiencia Provincial la existencia de «dudas jurídicas» hubiera sido adecuado y correcto el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad como prevé el artículo 163 CE y así se habría resuelto o superado la situación de seguridad jurídica que se suscita. Lejos de ello, el órgano judicial aun reflejando las dudas jurídicas concurrentes ha dictado una resolución que no permite conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión por lo que ha incurrido en una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o incursa en error patente de las normas que se consideran aplicables al caso.

Por último, solicita con base en el derecho a la propia imagen del menor (artículo 18.1 CE) un pronunciamiento de este Tribunal acerca del «derecho de la madre maltratada a solicitar o conseguir que sus hijos no lleven delante el apellido de la persona del padre que la ha maltratado y que por ende ha maltratado a la familia en sí», así como que «aclare si los menores tienen derecho a que no se les prive de la personalidad que se infiere de la utilización de un determinado nombre y apellido por el que vienen siendo conocidos y si el cambio o alteración de los mismos impuestos legalmente puede suponer una colisión entre el derecho a la filiación paterna y el derecho a la personalidad e imagen del niño». Por todo ello, suplica que se le reconozca el derecho a determinar el orden de los apellidos del menor, de forma que se mantenga como primero el de la madre.

2. Apoyo del Ministerio Fiscal a la estimación del recurso de amparo

El Fiscal formuló sus alegaciones en escrito registrado el 21 de octubre de 2011, en el que interesó el otorgamiento del amparo por entender

Revista Derecho Familia 61.indb 91 04/02/14 11:56

vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo (artículo 24 CE) en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 CE) y el derecho a la propia imagen (artículo 18.1. CE), que tendría su origen en la falta de una motivación reforzada de las resoluciones judiciales impugnadas y en la irracional selección de la norma realizada por los órganos judiciales.

Tras exponer los antecedentes del caso y referirse al contenido de la demanda y a la fundamentación de las resoluciones judiciales impugnadas, el Fiscal estima la necesidad de examinar de manera conjunta todas las vulneraciones denunciadas por aparecer en la demanda «completamente entrelazadas y por aconsejarlos de igual manera la argumentación subyacente en las mismas».

Tras hacer un recorrido sobre la regulación legal del orden de los apellidos en caso de determinación de la filiación paterna y materna y sus sucesivas reformas y de la doctrina constitucional sobre el derecho a la propia imagen (STC 117/1994, FJ 3), el Ministerio público afirma que «no parece que el reconocimiento constitucional del derecho al nombre conlleve un mandato directo al legislador ordinario acerca de la forma de regular su fijación y su eventual modificación o inversión, a salvo la prohibición de discriminación por razón de género que deriva del artículo 14 CE, cuestión, sin embargo que no ha sido objeto de censura por parte del Juez a quo. Partiendo del hecho de que la filiación determina los apellidos de una persona, la cuestión relativa a la inversión en el orden de los mismos queda en manos de la libertad configurativa del legislador, siempre y cuando se respete a la persona interesada un cierto espacio de libertad».

Para la Fiscalía, las normas de cuya constitucionalidad se duda (artículo 109 del Código civil, en relación con el artículo 53.1 de la Ley del Registro civil y 194.1 del Reglamento del Registro Civil) no sólo aseguran desde el mismo momento del nacimiento que toda persona sea identificada con un nombre y apellidos, sino que además como criterio preferente permite a los progenitores decidir de común acuerdo el orden de los mismos alterando el que fija la legislación registral. Una vez establecido e inscrito, sólo el hijo –titular de tal derecho personalísimo– podrá en virtud de su sola declaración de voluntad invertir el orden, no pudiendo hacerlo en el entretanto sus representantes legales. No comprende, en este sentido el Ministerio Fiscal, cómo pueda afectar la prohibición de alteración de los apellidos durante la minoría de edad al derecho fundamental a la propia imagen del menor (artículo 18.1 CE), puesto que la regulación legal garantiza la adquisición por la persona de un nombre con el cual se sienta plenamente identificado, concediéndole la facultad de inversión de los apellidos desde el mismo momento en que alcance la mayoría de edad. «Con ello –advierte– se respetan y conjugan los diferentes intereses que confluyen en este ámbito. Por un lado, el interés de los progenitores en determinar la preferencia en el orden de los apellidos, evitando de este modo un tratamiento discriminatorio. Por otro lado, el interés de la propia persona en determinar dicho orden como manifestación de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) y de su derecho a la imagen (artículo 18.1 CE), resguardando de esta forma un amplio espacio de libertad en la fijación del orden de los apellidos. Y, por último, el interés del Estado, al tratarse de una materia de orden público, en dotar de estabilidad al estado civil mediante la fijación inicial del orden de los apellidos y el establecimiento de los supuestos concretos de cambio y/o inversión».

Según el Ministerio público, aunque no pueda apreciarse ningún viso de inconstitucionalidad en las normas sobre la imposición de los apellidos y, por consiguiente no puedan entenderse vulnerados el principio de igualdad (artículo 14 CE), ni el derecho a la propia imagen (artículo 18.1 CE), las Sentencias recurridas, sin embargo, han conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante (artículo 24 CE) en su vertiente de derecho a una motivación reforzada y, además, haber sido claramente irracional en la selección de la norma (STC 314/2005, de 12 de diciembre). Así, subraya que las resoluciones judiciales impugnadas se han limitado «apodícticamente a remitirse a la ley expresando que ya podrá el hijo proceder al cambio de apellidos cuando alcance la mayoría de edad», no pronunciándose sobre ninguna de las argumentaciones de fondo que la madre presentaba sobre el uso de los apellidos maternos

Revista Derecho Familia 61.indb 92 04/02/14 11:56

como rasgo inherente a la personalidad del menor y sobre la influencia de una condena al padre por violencia de género contra ella. Añade que con la negativa a aplicar en este caso concreto el artículo 59.3 de la Ley del Registro civil, invocado por la recurrente para conservar los apellidos maternos que el menor venía usando antes de la determinación de la filiación paterna, se ha ignorado la perspectiva constitucional de la norma, cuyo sustrato está claramente orientado con un concepto de identidad que se conecta con el uso del nombre en el contexto del artículo 18 CE.

Finalmente, señala el Ministerio Fiscal que el alcance de la estimación del amparo debe suponer el reconocimiento de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 CE) y el derecho a la propia imagen (artículo 18.1 CE), la declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas, debiéndose dictar otra de conformidad con el derecho fundamental conculcado.

3. Razonamientos del Tribunal Constitucional

Las lesiones que se denuncian tendrían directamente su origen en la aplicación por los órganos judiciales de la normas antes citadas que al fijar, en defecto de acuerdo entre los progenitores, la preferencia del apellido paterno frente al materno, supondría una vulneración del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) así como del derecho a la propia imagen del menor (artículo 18.1 CE).

Ello determina la especial trascendencia constitucional de este recurso puesto que, por una parte, la vulneración se imputa a la ley o a otra disposición de carácter general, lo que hace que la denuncia planteada tenga perfecto encaje en el supuesto contemplado en la letra c) de la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, en la que identificamos, sin ánimo exhaustivo, determinados casos de especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Pero, además, hay que subrayar que en el objeto del amparo está comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor del artículo 18.1 CE y que se da una generalizada interpretación de los tribunales ordinarios en el sentido de aplicar el orden de los apellidos para el caso de disenso en supuestos de determinación judicial de la paternidad respecto de menores que venían utilizando el primer apellido materno desde su nacimiento, lo cual hace necesario que el Tribunal se pronuncie sobre esta interpretación de acuerdo con la letra d) de la citada STC 155/2009, FJ 2.

Centrando la cuestión sometida a nuestro juicio, hemos de recordar que nos encontramos ante un supuesto en el que en el momento del nacimiento del niño I. L. Q. su filiación sólo estaba determinada en la línea materna y, por esta causa, fue inscrito en el Registro Civil con los dos apellidos de su madre. Sin embargo, una vez declarada judicialmente la filiación paterna y ante la ausencia de acuerdo de los progenitores, las dos resoluciones judiciales de instancia señalan que como consecuencia de la aplicación de la normativa civil antes citada, de una consolidada doctrina jurisprudencial y de abundantes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, debe otorgarse preferencia a la línea de filiación paterna sobre la materna, lo que a juicio de la recurrente, en primer lugar, conculca el principio a la igualdad en la ley y la prohibición de discriminación por razón de sexo ex artículo 14 CE.

Se alega que dicha preferencia, en definitiva, otorga un tratamiento prioritario del varón y discriminatorio de la mujer en cuanto a la imposición de su apellido que carece actualmente de justificación constitucional y de fundamento razonable y suficiente y a ello añade la existencia de una posible colisión entre el derecho a la personalidad del menor que aún no tiene capacidad de obrar y el derecho de la madre a impedir que prevalezcan el apellido del padre. También la demanda alude a la colisión entre el interés del menor que funciona en la vida social y oficial con unos apellidos y el interés paterno en que se impongan sus apellidos (artículo 18.1 CE).

En el análisis de estos contenidos y desde una estricta perspectiva constitucional, teniendo en cuenta el prevalente interés del menor, procede subrayar, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, que tanto el Código de familia, el Código civil como la Ley del Registro Civil y su Reglamento dedican numerosas normas a

Revista Derecho Familia 61.indb 93 04/02/14 11:56

proteger este aspecto de la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE) contra injerencias ajenas, prohibiendo aquellos actos que objetivamente le puedan perjudicar y asegurando que si la filiación está determinada por ambas líneas, el nacido que debe inscribirse ostente los apellidos de sus progenitores como atributo de su personalidad.

La inclusión del derecho al nombre dentro del conjunto de derechos de la persona y, más concretamente, en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE, ya se expresó en nuestra STC 117/1994, de 25 de abril, y en el mismo sentido ha venido siendo reconocido tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Más concretamente, en relación con los apellidos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010 (C-208/09, Sayn-Wittgenstein, ap. 52) expresa que el apellido de una persona es un elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada, cuya protección está consagrada por el artículo 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como por el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Aunque el artículo 8 de dicho Convenio no lo mencione expresamente, el apellido de una persona afecta a su vida privada y familiar al constituir un medio de identificación personal y un vínculo con una familia. En el mismo sentido se había pronunciado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en las Sentencias Burghartz c. Suiza de 22 de febrero de 1994, ap. 24, y Stjerna c. Finlandia de 25 de noviembre de 1994, ap. 37.

En relación a los menores de edad, los textos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado español también reconocen el derecho al nombre como un derecho de la personalidad. Así cabe citar, entre otros, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos que establece que «el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener nombre» (artículo 24.2). Del mismo tenor es la Convención de Naciones Unidas de derechos de la infancia al disponer que «el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos» (artículo 7) y que «los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad» (artículo 8).

Por otra parte, al regular el régimen jurídico del derecho al nombre de la persona el legislador no ha obviado la protección de otros valores constitucionalmente relevantes como son, además de la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), la protección de la familia en general (artículo 39.1 CE) y de los hijos en particular (artículo 39.2 CE), así como la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) en lo que concierne al estado civil de las personas. También la regulación legal establecida en los artículos 109 del Código civil y 194 del Reglamento del Registro Civil garantizan la determinación de la filiación a través de los apellidos, la posibilidad de los progenitores de decidir un orden diverso al establecido como norma supletoria, así como la posibilidad de la inversión de los mismos por su titular cuando posea la plena capacidad de obrar para así decidirlo libremente y, por último, el interés del Estado, al tratarse de una materia de orden público, en dotar de estabilidad el estado civil mediante la fijación inicial de los apellidos y los supuestos concretos de cambio o alteración de los mismos.

Pues bien, ninguna duda cabe que los artículos 109 del Código civil y 194 del Reglamento del Registro Civil cumplen con la exigencia de preservar la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE) en un aspecto tan personalísimo como lo es su derecho al nombre en cuanto asegura desde el momento mismo de su nacimiento que sea identificada por su filiación cuando está determinada y si en aquél momento no lo está desde el mismo instante en que quede declarada, trazando los criterios que deben regir la inscripción registral de los apellidos mientras el hijo no es plenamente capaz de obrar y deben ejercer esta facultad sus progenitores como titulares de la patria potestad. El primero de ellos es el mutuo acuerdo sobre el orden en el que deberán quedar inscri-

Revista Derecho Familia 61.indb 94 04/02/14 11:56

tas ambas filiaciones, la paterna y la materna. El segundo es la inscripción de la filiación paterna y después la materna, como ha venido siendo usual en el ordenamiento jurídico civil. En todo caso, y dado que el titular de este derecho personalísimo es el hijo, puede invertir su orden una vez alcanzada la mayoría de edad en virtud de la sola declaración de voluntad y sin necesidad de esgrimir causa alguna.

En el caso examinado, debemos tomar en consideración que está comprometido el derecho fundamental del menor I., puesto que había nacido en el año 2004 y el proceso no se inició hasta el año 2008, por lo cual durante todo este tiempo y el de sustanciación del proceso el menor era conocido como I. L. Q.

Debe precisarse que la madre, ahora demandante, tanto en sede de jurisdicción ordinaria como en este amparo, ha invocado el interés del menor en seguir manteniendo su primer apellido materno, de manera que está actuando en nombre e interés de su hijo menor y en este ámbito entra en juego el derecho fundamental del hijo menor I., puesto que había venido utilizando el apellido materno desde el nacimiento, siendo notoria la relevancia identificativa del primero de los apellidos, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

a) En primer lugar, debe subrayarse que las normas registrales del orden de apellidos están dirigidas al momento anterior a la inscripción registral de nacimiento, concediendo a los padres una opción que ha de ejercitarse «antes de la inscripción» y, de no realizarse, se aplica el orden supletorio establecido reglamentariamente (*cfr.* artículos 53 y 55 de la Ley del Registro Civil y 194 del Reglamento del Registro Civil).

b) En el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por Sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

c) El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar.

Desde esta perspectiva constitucional, debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, por lo que se concluye reconociendo la vulneración del contenido constitucional del artículo 18.1 CE, invocado por la parte recurrente como infringido.

Finalmente, este Tribunal no puede pasar por alto que el padre había sido condenado por Sentencia de fecha 30 de octubre de 2007 como autor de un delito de violencia en el ámbito familiar, interponiendo éste la demanda de paternidad en fecha 24 de enero de 2008. Por tanto, la alegación de la demandante era atendible y debió ser valorada a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, puesto que así lo ha previsto el legislador tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2004 del artículo 58 de la Ley del Registro civil en la disposición adicional vigésima, donde se contempla la posibilidad de cambio de apellidos en caso de violencia de género por Orden del Ministerio de Justicia, lo que pone de manifiesto la relevancia de esta circunstancia a la hora de decidir sobre esta cuestión.

Los razonamientos precedentes conducen a la conclusión que ha sido vulnerado el derecho a la propia imagen del menor del artículo 18.1 CE, debiendo otorgarse el amparo con los efectos prevenidos en el artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, anulando las Sentencias impugnadas.

Revista Derecho Familia 61.indb 95 04/02/14 11:56

TRIBUNAL SUPREMO

GUARDA Y CUSTODIA

Aunque los hijos expresaron su deseo de convivir con el padre, no se accede al cambio de custodia ya que según el dictamen psicosocial podría estarse ante una posible manipulación de los hijos. Además, no todos los deseos de los hijos se satisfacen necesariamente mediante el cambio de custodia.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 25 de octubre de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

En sentencia de divorcio de fecha 10 de diciembre de 2008, modificada parcialmente por la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de octubre de 2009, se asignó a la esposa, entre otras medidas, la guarda y custodia de sus dos hijos menores de edad.

D. Eleuterio interpuso demanda de juicio de modificación de medidas provisionales, contra Dª Angelina y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia adoptando entre otras el cambio de custodia a favor del padre. En apoyo de dicha pretensión se expone que, tras los sucesos acaecidos en el verano de 2009, según el relato efectuado por los menores en los documentos redactados por los mismos, y que se acompañan a la demanda, éstos se niegan a volver con su madre, achacándole desatenciones en todos los aspectos, alegando miedo y sufrimiento, en tanto que, con el otro progenitor, están mejor atendidos, queriendo vivir con él, e inclusive exponen que no quieren ver más a su madre.

Dª Angelina contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que, desestimando en su integridad la demanda, decrete mantener las medidas definitivas fijadas en la sentencia de divorcio en los términos señalados por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial, en sentencia de fecha 23 de octubre de 2009, por la que resuelve el recurso de apelación, rollo 556/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado al que nos dirigimos, en autos de divorcio contencioso número 595/2008, todo ello con imposición de las costas del presente procedimiento a la parte actora.

Revista Derecho Familia 61.indb 96 04/02/14 11:56

El Juzgado de Primera Instancia núm. 85 de Madrid dictó Sentencia el 1 de febrero de 2010 desestimando la demanda, derivando a la unidad familiar al CAI a los fines de recibir tratamiento, y acordando requerir personalmente al padre con los apercibimientos legales para que a la notificación de la presente sentencia proceda de modo inmediato a la restitución de los menores a su madre, señalándose para la practica del requerimiento el día cinco de febrero a las 9,30 horas, quedando citado mediante la notificación de la presente a su representación legal.

En grado de apelación, la Sec. 22ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 28 de febrero de 2011 desestimando el recurso.

D. Eleuterio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Razonamientos jurídicos de la Sentencia de la AP de Madrid para desestimar el recurso de apelación que interpuso el padre

Tanto en la exploración practicada en la instancia como en la llevada a cabo en esta alzada, los hijos han manifestado una inequívoca voluntad y deseo de residir en compañía del Sr. Eleuterio, manteniendo así la situación fáctica que, incumpliendo anteriores resoluciones judiciales, es tolerada, cuando no propiciada, por el hoy apelante, a lo que se añade la falta de relación casi absoluta de aquellos con la otra progenitora durante todo el tiempo que se mantiene tal status convivencial.

A tenor de la citada normativa, constituye un elemento relevante para la resolución judicial sobre el régimen de custodia la propia voluntad de los hijos, especialmente cuando en los mismos, por su edad, ha de presumirse madurez suficiente para la toma responsable de sus propias decisiones. Pero no puede olvidarse que la opción del menor no es el único factor que los tribunales deben tener en cuenta a tal fin, debiendo valorarse igualmente los demás medios probatorios, en orden a determinar cuál sea la opción que mejor proteja los intereses de la prole».

Estos medios de prueba resultan del informe emitido por el Equipo Psico-social adscrito al Juzgado, en el que, sin descartar, en la ratificación de su dictamen, la posible manipulación de los hijos por su padre, «se duda de la espontaneidad y fundamento de las verbalizaciones de los menores, pues si bien los mismos insisten en querer vivir con su padre, no ofrecen, al respecto, argumentos de peso importantes, y si otros que no deberían afectarles, tales como que su padre no quiere residir en la vivienda familiar, o que su madre quiere la custodia por la pensión que su padre le pasa, resultándoles difícil dar marcha atrás en su discurso. Se expone igualmente que Pablo y, en especial, Jaime presentan sentimientos de ansiedad importantes, destacando sus personalidades sumisas y conformistas, por lo que tienden a la dependencia de las figuras cercanas o importantes para ellos, sometiéndose a sus deseos y realizando todo lo necesario para mantener su amor y atención. Añaden las Peritos que los sentimientos y dificultades en la relación de los menores con su madre aparecen de forma repentina y muy recientemente en el tiempo, no siendo para nada manifestados hace apenas un año. Y consideran que en nada beneficia para el establecimiento de un marco educativo coherente y, por tanto, sólido y seguro, un cambio en la guarda y custodia, además en un contexto de judicialización que no garantiza una convivencia ajena a los conflictos, y con ello se desarrollaría en los menores un manejo utilitario de sus afectos y voluntad, así como de ausencia de límites. Aunque los peritos estiman que la Sra. Angelina presenta falta de habilidades y asertividad en la comunicación con menores en una edad adolescente, destacan también, respecto del Sr. Eleuterio, su manifiesta incapacidad en la imposición de límites a los menores, careciendo de habilida-

Revista Derecho Familia 61.indb 97 04/02/14 11:56

des suficientes para valorar o reconocer el sufrimiento afectivo de los hijos, pues añaden, en la ratificación ante la Juzgadora a quo, que según aquél, Jaime está estupendamente, a salvo de su marcha escolar. Y se concluye recomendando que los hijos permanezcan bajo la custodia de la madre, sin perjuicio de derivar a todo el grupo familiar al CAI para su tratamiento, a fin de mejorar las relaciones entre ellos y las habilidades parentales».

2. Razonamientos jurídicos del Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación

Contra dicha sentencia se alza recurso de casación con un único motivo por infracción del artículo 2.9 y 11.2 de la Ley Orgánica de protección del menor, 92,154,158,159 y 160 del Código Civil, artículo 9.3 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño y artículo 39.3 de la Constitución Española, fundando el interés casacional en la cuestión de si la voluntad de los menores ha de vincular al tribunal o no.

El recurso se desestima.

Esta Sala ha venido repitiendo que «la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (…) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre», tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo, con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio. La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este»».(…) La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, como ha hecho ya, las circunstancias más adecuadas para dicha protección» (SSTS 11 de enero y 27 de abril de 2012).

Ocurre así en este caso en el que la Audiencia Provincial ha examinado las pruebas aportadas y ha tenido en cuenta el interés de los menores en un contexto difícil en razón a los conflictos generados sin solución de continuidad por sus progenitores. La consideración de que uno y otro quieren irse con su padre poco tiempo después de que se decidiera asignar a su madre la guarda y custodia, no es ni mucho menos conforme a este interés, antes al contrario, provoca, o puede provocar, un evidente enfrentamiento con las partes en conflicto.

El interés del menor exige un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar en la que no todos los deseos del hijo se satisfacen necesariamente mediante el cambio de custodia, a modo de ida y vuelta en razón a su estado de ánimo o de situaciones puntales de divergencia que modifican a conveniencia del menor la guarda y custodia, propiciado en algún caso situaciones indudablemente perversas para el grupo familiar cuando se involucran otras medidas como la de alimentos o el uso de la vivienda, y ello el derecho no lo ampara sin más. Los conflictos a esas edades entre padres e hijos son en cierta manera lógicos pero ello no puede servir sin más de argumento para modificar la medida de guarda y custodia adoptada en su momento, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes, incluido el informe psicosocial, que ha evaluado la situación familiar.

Es cierto que la opinión de los niños debe ser tenida en cuenta, y que el artículo 92 del Código Civil, en relación con el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no indica ningún criterio para determinar y delimitar el interés del menor en el régimen de custodia, salvo el que resulta de la unión entre los hermanos, como tampoco el carácter o no de prueba del derecho a ser oído, ni el grado de confidencialidad que debe presidir la exploración de los menores. Esta Sala ha utilizado algunos criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más

Revista Derecho Familia 61.indb 98 04/02/14 11:56

compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (SSTS 10 y 11 de marzo de 2010; 7 de julio 2011). Todos ellos se han tenido en cuenta para resolver sobre lo que aquí interesa y es evidente que la valoración conjunta de este informe y la exploración realizada en ambas instancias antes de pronunciarse generó la duda de si lo expresado por los menores responde a una voluntad real de cambiar de progenitor custodio, abandonando a su madre, y no a la manipulación por parte de su padre derivada del propio conflicto matrimonial en el que no solo están en juego derechos de las partes sino los intereses de los niños directamente afectados por la resolución que se dicte.

Lo que se exige, dentro de unos límites razonables, es no solo una mayor implicación de todos, especialmente del padre no custodio, inexistente en el caso, sino la prueba por parte de quien interesa el cambio de la medida de que se han alterado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción, haciendo prueba cumplida tanto de la incapacidad de quien ostenta la custodia para hacer frente a dichos menesteres, como de la capacidad de quien pretende asumirla, y es evidente que ningún sentido ni explicación tiene el hecho de que unos meses antes de solicitar el cambio se acepte «por final conformidad de las partes» que los hijos queden con su madre y que muy poco tiempo después se pretenda una solución distinta contra el resultado de la prueba expresiva de su «manifiesta incapacidad en la imposición de límites a los menores, careciendo de habilidades suficientes para valorar o reconocer el sufrimiento afectivo de los hijos». Nada hay, por tanto, de arbitrario ni ilógico en la decisión de la Audiencia Provincial, ni en la apreciación de los hechos ni en su valoración, susceptible de alterarla en la forma interesada en el motivo.

La atribución de la custodia no autoriza a que el progenitor custodio decida unilateralmente el lugar de residencia de los hijos, ya que se trata de una cuestión que afecta a la patria potestad y por tanto debe resolverse de común acuerdo o en su defecto acudir al juzgado.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 26 de octubre de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Cirilo interpuso demanda sobre medidas paterno filiales respecto de una hija común contra doña Magdalena y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia acordando el ejercicio compartido de la patria potestad, la guarda y custodia, régimen de visitas y pensión alimenticia. Alegaba en la demanda que ambos nunca llegaron a convivir y que la ruptura definitiva se produjo a los pocos meses de nacer la menor. Expuso, asimismo, diversas vicisitudes de la vida de la pareja desde el nacimiento de la menor, entre otras, el traslado de la madre por motivos profesionales a la ciudad de Nueva York junto con la menor (con el consentimiento paterno) y otro traslado a la misma ciudad durante el cual la menor permaneció con el padre en Valladolid. Hasta la interposición de la demanda el consenso entre los progenitores sobre la situación de la niña fue total, pero ocurre que el padre, llegado un momento determinado, considera que existe una inestabilidad laboral de la madre, que influye negativamente en la formación

Revista Derecho Familia 61.indb 99 04/02/14 11:56

de la menor Claudia, y revoca el consentimiento dado con anterioridad para que esta se desplace a Nueva York con su madre, insta incluso del Juzgado de Familia una medida de prohibición de salida del territorio, pero al contactar con su ex pareja, ésta le comunica que ya se encuentra en Nueva York con la hija común (el demandante aporta auto del Juzgado de Primera Instancia 10 de Valladolid en que se requiere a la demandada para que se abstenga de viajar fuera del territorio nacional con la menor y ordena la prohibición de la menor de salir del territorio sin autorización judicial). Pretende el actor, entre otras medidas, la atribución de la guarda y custodia de la menor para el caso de que la madre resida fuera de Valladolid y la guarda y custodia compartida para el caso de que la madre residiese definitivamente en Valladolid. Solicita un régimen de visitas para la madre, así como pensión de alimentos para la menor.

La demandada doña Magdalena contestó a la demanda y solicitó que se le atribuyera la guarda y custodia de la menor, que se le permita vivir en Nueva York y, en su defecto, se le confíe la guarda y custodia, fijando su residencia en Valladolid. Añade a su contestación afirmaciones relativas a la vida «disoluta» del padre, que no sabe cuidar a su hija «pues no lo ha hecho nunca», que «quiso que abortara», que no es «una persona equilibrada» y refiere incluso como la niña padece «irritaciones genitales» cuando regresa de estar con el padre y su familia (se hace referencia en las actuaciones a una denuncia de la madre por supuestos abusos sexuales por parte del padre hacia la menor, denuncia que fue archivada, constando un informe psicosocial en el que no se aprecia ninguna de estas circunstancias referidas a Claudia).

El juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid dictó Sentencia el 20 de abril de 2010 confirmó en su integridad el auto de medidas provisionales (que es la resolución que en definitiva contiene todas las medidas paterno-filiales). Se fija en dicho auto, confirmado por la sentencia, que si la madre residiese en Valladolid se le atribuye la guarda y custodia, con un régimen de visitas ordinario para el padre y pensión de alimentos a su cargo. Sin embargo, si la madre residiese en Nueva York, se le atribuye la guarda y custodia al padre, estableciendo un régimen de visitas a favor de la madre de un fin de semana completo al mes, así como la mitad de las vacaciones de invierno y de verano, con obligación de abonar pensión de alimentos.

En grado de apelación, la Sec. 1ª de la AP de Valladolid dictó Sentencia el 28 de febrero de 2011 estimando le recurso y adoptando las siguientes medidas: a) la guarda y custodia de la menor Claudia se atribuye a su madre, doña Magdalena, siendo esta como guardadora de la menor quien estará facultada expresamente para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija. b) El régimen de visitas de D. Cirilo con su hija para el caso de que esta finalmente se traslade a Nueva York será el que amibos progenitores pactaron y se fijó en la resolución recurrida y que en los fundamentos de derecho de esta resolución se especifica. Asimismo y mientras Claudia permanezca en Valladolid, podrá disfrutar de la compañía de su padre en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta la mañana del lunes en que será reintegrada al centro escolar por su padre, así como todos los miércoles desde la salida del colegio en que será recogida por su padre y reintegrada al centro el jueves por mañana al inicio de las clases, e igualmente y en todo caso la mitad de vacaciones escolares, incluyendo ahora las de Semana Santa, eligiendo el periodo el padre los años pares y la madre los impares Igualmente se mantendrá la decisión adoptada en la instancia

Revista Derecho Familia 61.indb 100 04/02/14 11:56

para regular el contacto de Claudia con sus progenitores en los días de cumpleaños de cualquiera de ellos, de la a propia Claudia y días del Padre y de la Madre. c) La pensión alimenticia que deber abonar el Sr. Cirilo ascenderá a la cantidad de 750 euros mensuales anualmente actualizada con arreglo al IPC, y además satisfará el progenitor no custodio el 50% de los gastos extraordinarios de carácter médico-sanitario, no cubiertos por seguro, y educacionales que genere la menor, debiendo adoptarse en todo caso las prevenciones a que se refiere respecto al ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores el auto de medidas provisionales ratificado en la resolución recurrida. Además debe atribuirse al Sr. Cirilo, en su caso, la obligación de atender en exclusiva y hasta la finalización del presente curso, la totalidad de gastos de matrícula generados por su hija Claudia en el Colegio Internacional de Valladolid.

D. Cirilo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que acordó reponer las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia siguiendo la doctrina sentada en esta sentencia sobre el traslado de la hija del matrimonio a Nueva York, ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte y acuerde en su vista el régimen de guarda y custodia y fije un régimen de visitas justo, equitativo y estable para garantizar los derechos del menor y los de sus padre.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Uno de los motivos del recurso es la decisión de la Audiencia de que sea la madre la que fije el domicilio de la menor, considerando el padre que es ésta una cuestión de patria potestad, a decidir entre ambos. Cita al efecto dos sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en las que se considera que es una cuestión de patria potestad, que debe ser consensuada por los padres, frente a dos sentencias de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga en las que se determina que los cambios de domicilio del menor pueden ser acordados por el progenitor custodio, en reflejo de la libertad de residencia, domicilio y deambulación consagradas en la Constitución.

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

Revista Derecho Familia 61.indb 101 04/02/14 11:56

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.

Lo que se ha producido en este caso no es, por tanto, conforme con lo que se expone, ni se compadece con la doctrina sentada por algunas Audiencias Provinciales citadas en el motivo. La sentencia dice lo siguiente: «La guarda y custodia de la menor Claudia se atribuye a su madre, Dª Magdalena, siendo esta como guardadora de la menor quien estará facultada expresamente para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija».

Sin duda, hubo desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hija, y se acudió también a la autoridad judicial. Sin embargo, la solución adoptada deja a la voluntad de la madre custodia la decisión de fijar el lugar de residencia de la hija común, en perjuicio de los derechos deberes de la patria potestad que ostenta el otro progenitor, y deja, además, sin valorar si resulta o no conveniente al interés de la niña el desplazamiento que se interesa, adoptando incluso un régimen de visitas absolutamente indeterminado y en función de un posible desplazamiento de la menor al extranjero vinculado a la guarda y custodia de la madre, que tampoco ha sido definido ni en cuando al tiempo de permanencia, ni en razón a las circunstancias concurrente («en el caso de que esta finalmente se traslade a Nueva York»).

Al resolver de esa forma, la sentencia deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y se soslayan los derechos y deberes de los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados, como dice en su informe el Ministerio Fiscal, que se comparte.

La estimación del segundo motivo conduce a la completa estimación del recurso de casación y determina la anulación de la sentencia recurrida y la devolución de los autos a la Audiencia para que dicte nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio a Nueva York ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte y en su vista acuerde el régimen de guarda y custodia y fije un régimen de visitas justo, equitativo y estable que garantice los derechos de la menor y de sus padres.

Revista Derecho Familia 61.indb 102 04/02/14 11:56

En el proceso de divorcio se pretende hacer valer las habilidades del padre para asumir la custodia, pero esto no se discute, lo que sucede es que la custodia materna ha venido funcionando perfectamente desde la separación de hecho y los menores se encuentran adaptados a este sistema, por lo que no existe motivo alguno para modificarlo.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

Dª Martina interpuso demanda de juicio de divorcio, contra don Cornelio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que acordando el divorcio de Dª Martina de don Cornelio con todos sus efectos inherentes y las medidas definitivas siguientes: Se le atribuya a ella la custodia de los hijos estableciéndose un régimen de visitas a favor del padre, se fije una pensión alimenticia de 600 euros mensuales para cada uno de los hijos y una pensión compensatoria de 300 euros.

D. Cornelio contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que declare que la patria potestad sea compartida adjudicando la guarda y custodia de los hijos menores de edad a favor del padre Don Cornelio fijándose un régimen de visitas a favor de la madre, con obligación de ésta de abonar 70 euros por hijo en concepto de pensión alimenticia. Subsidiariamente solicitó la custodia compartida.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Colmenar Viejo dictó sentencia el 17 de enero de 2011 decretando el divorcio y estableciendo las siguientes medidas: custodia a favor de la madre con fijación de un régimen de visitas para el padre, y una pensión alimenticia de 500 euros para cada hijo.

En grado de apelación, la Sec. 22ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 30 de septiembre de 2009, estableciendo una pensión compensatoria de 250 euros a favor de la esposa y puntualizando el régimen de visitas.

D. Cornelio interpuso recurso por infracción procesal y recurso de casación siendo ambos desestimaos por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recuro extraordinario por infracción procesal

En el recurso de extraordinario por infracción procesal se cuestiona la falta de motivación de la sentencia recurrida al resolver sobre la guarda y custodia con el lacónico argumento de que «no existe la situación de entendimiento y flexibilidad para acordarla», argumento que se va a reiterar en las sucesivas impugnaciones, así como la errónea valoración de la prueba practicada en el juicio, referida en este caso al informe psicosocial.

Revista Derecho Familia 61.indb 103 04/02/14 11:56

La simple lectura de la resolución recurrida evidencia que la motivación existe. Cosa distinta es que el recurrente esté de acuerdo con los razonamientos expresados, pero ello no es razón para la anulación de la sentencia. La motivación, según reiterada jurisprudencia, debe ser suficiente para cada caso concreto y de acuerdo con las cuestiones que se planteen, de modo que ha de poner de manifiesto la ratio decidendi (STC 8/2001) y además, es necesario que exteriorice el fundamento de la decisión adoptada, permitiendo su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio efectivo de los derechos (SSTS de 16 junio de 2009, 13 de julio de 2012, entre otras).

Pues bien, la sentencia no solo dice lo que señala el motivo. La sentencia dice, además, que los hijos están adaptados a la situación actual de presencia mayoritaria de la madre con un régimen de visitas muy amplio para el padre y que aunque este tiene capacidad para ostentar la guarda y custodia no hay motivo para cambiarla, y, tras analizar los efectos positivos de la guarda y custodia compartida, niega que constituya una solución única que valga para todas las supuestos de ruptura matrimonial y sostiene que la situación actual de falta de entendimiento y flexibilidad impide que pueda establecerse en un contexto en el que ha funcionado entre los cónyuges un régimen de guarda, custodia y visitas adecuado desde el mes de septiembre de 2008, fecha de la separación de hecho, por lo que quien ahora recurre no solo ha podido apreciar la racionalidad de la medida acordada, sino que ha podido impugnarla mediante la formulación de un doble recurso.

También se desestima el segundo motivo. Los artículos 218.2 y 469.1.4º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no son el cauce adecuado para impugnar la prueba, especialmente la psicosocial practicada. La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial. La STS 660/2011, de 5 octubre, dijo que el juez debe valorar los informes periciales de acuerdo con lo que dispone el artículo 348 LEC. De este modo, solo cuando dicha valoración no respete «las reglas de la sana crítica», podrá impugnarse, pero no es aceptable la sustitución de la estimación efectuada por el juez por la realizada por el recurrente.

2. Recurso de casación

El recurso de casación se formula por interés casacional por infracción del artículo 92.5, 6, 7 y 8 del CC, respecto del régimen de guarda y custodia compartida, y del artículo 97, referido a la pensión compensatoria.

Lo que se suscita realmente a través del recurso es un cambio del régimen de guarda y custodia y de visitas que ambos cónyuges establecieron de mutuo acuerdo en el año 2008 a partir de la separación que ahora formalizan judicialmente, y es evidente que desde entonces hasta ahora nada ha cambiado, salvo el interés de quien no la ostentaba en la practica, de hacerse cargo en exclusiva de la custodia, con un amplio régimen de visitas para la madre («cuando pueda»), y ante su denegación en la instancia, hacer valer la pretensión subsidiaria de que esta sea compartida. Las sentencias recaídas en casos en que se discute la guarda y custodia compartida recuerdan la doctrina de la Sala en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 25 de mayo 13 de julio, entre otras). Y lo que realmente se trata en este caso es de hacer valer las habilidades del padre, que no se discuten, para asumir los menesteres de guarda e imponer en su vista una solución jurídica distinta que ya fue rechazada en la instancia, porque el sistema de custodia y de comunicaciones del padre con sus hijos establecido inicialmente por ambos cónyuges no solo ha funcionado correctamente, sino que los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. La guarda y custodia compartida, como reitera la jurisprudencia de esta Sala, se concibe. como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (SSTS 496/2011, de 7 julio; 84/2011, de 21 febrero y 94/2010, de 11 marzo)

Revista Derecho Familia 61.indb 104 04/02/14 11:56

Respecto de la pensión compensatoria, no existe el interés casacional que exige el recurso. La cuestión suscitada fue ya resuelta en su día por la STS 864/2010, de 19 enero, del pleno de la Sala, que dice lo siguiente: «Es cierto, sin embargo, que el artículo 97 CC ha dado lugar a dos criterios en su interpretación y aplicación. La que se denomina tesis objetivista, en cuya virtud, el desequilibrio afecta a un cónyuge respecto al otro, determinando un deterioro con relación a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión; según esta concepción del artículo 97 CC, las circunstancias enumeradas en el párrafo segundo de dicho artículo serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada. La tesis subjetivista integra ambos párrafos y considera que las circunstancias del artículo 97 CC determinan si existe o no desequilibrio económico compensable por medio de la pensión del artículo 97 CC».

La pensión compensatoria 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 a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación.

Pues bien, la pensión no se concede únicamente, como dice el recurrente, por la simple constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo del divorcio, en atención a los ingresos del otro. La Audiencia Provincial toma también en especial consideración la duración del matrimonio (celebrado el 23 de agosto de 1988), la edad de la beneficiaria (nacida el 2 de junio de 1967), su dedicación a la familia y la inestabilidad laboral. Todos estos factores le han permitido formar la convicción respecto de la necesidad de reconocer el derecho a una pensión compensatoria, y esta solución no resulta en modo alguno irracional o ilógica, ni se asienta en parámetros distintos de los que señala la jurisprudencia.

Aunque consta la obstaculización de las visitas por parte de la madre, no se acuerda el cambio de custodia a favor del padre ya que no se justifica el beneficio que para el menor representa el cambio. El menor tiene en la actualidad diez años, seis de los cuales permaneció con su madre en Estados Unidos, país en el que está integrado en todos los aspectos (alimentación, hábitos sociales y circulo de amigos), con fuerte vinculo afectivo hacia su madre.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 31 de enero del 2013

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

Don Miguel formuló demanda de modificación de medidas definitivas de juicio matrimonial contra Dª Rita, relativa a la guarda y custodia de un hijo habido en común, Miguel, de un año y nueve meses de edad cuando el matrimonio se separó mediante sentencia de noviembre de 2003. La demanda comienza señalando que en fecha 15 de mayo de 2008, se requirió judicialmente a la Sra. Rita, residente en New Jersey (Estados Unidos de América), para que manifieste la fecha y hora en que entregará al menor

Revista Derecho Familia 61.indb 105 04/02/14 11:56

en las vacaciones de verano en un punto de encuentro, con apercibimiento de que si así no lo hace se iniciará un procedimiento de modificación de medidas del actual sistema de guarda y custodia del menor. Sigue describiendo los episodios acontecidos desde la sentencia de 12 de junio de 2006, cuyo contenido reseña en cuanto al sistema de comunicaciones del padre con el hijo. Denuncia el incumplimiento sistemático de la medida desde la citada sentencia y en virtud de todo ello insta la modificación de medidas y solicita que se le atribuya la custodia del menor y se establezca un régimen de visitas a favor de la madre similar al que se le había concedido, con cita del artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dª Piedad contestó a la demanda y oponiendo a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta por el Sr. Miguel con expresa imposición de las costas del procedimiento.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando se dicte sentencia conforme a las alegaciones formuladas y la prueba practicada.

El Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Pontevedra dictó sentencia el 26 de julio de 2010 estimó parcialmente la demanda y atribuyó la guarda y custodia del menor al actor, fijando una etapa de adaptación de seis meses, susceptible de prórroga, con el fin de lograr una progresiva adaptación del menor a su nueva situación.

En grado de apelación, la Sec. 1ª de la AP de Pontevedra dictó sentencia el 7 de septiembre de 2011 desestimando el recurso interpuesto por Dª Rita. La sentencia cuenta de un voto particular del Magistrado don Francisco Javier Valdés Garrido en el que solicita la estimación del recurso de apelación y consiguiente desestimación de la demanda.

Dª Rita interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que acordó mantener la custodia a favor de la madre desestimando la demanda interpuesta por el padre.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de la Audiencia Provincial confirmó la del Juzgado una vez acreditado el total incumplimiento por parte de la progenitora custodia de sus obligaciones, al impedir el cumplimiento del régimen de visitas del hijo con el progenitor no custodio durante varios años, privándole de manera absoluta de la figura paterna. Para la Audiencia, si algún supuesto de hecho es merecedor de la consecuencia jurídica prevista en el artículo 778.3 del cambio de la guarda y custodia, este es el que se enjuicia, concluyendo que no está acreditado que el cambio de la medida suponga un perjuicio contrario al interés del menor, más allá del cambio que supone el traslado de residencia a su país de origen bajo la custodia del padre.

La sentencia cuenta con un voto particular de uno de los magistrados que viene a considerar que, pese a la actitud obstruccionista de la madre al cumplimiento del régimen de visitas establecido a favor del padre, existe un vinculo afectivo del menor con la madre y se encuentra integrado en la vida del país de residencia, por lo que el cambio de la medida interesada sería contrario a los intereses del niño, acostumbrado a vivir con su madre y cuya relación con el padre ha sido

Revista Derecho Familia 61.indb 106 04/02/14 11:56

muy escasa. Por otra parte, señala que no se han agotado todos los medios disponibles para tratar de conseguir un efectivo cumplimiento del régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio (responsabilidad penal a la progenitora incumplidora; imposición de multas coercitivas; requerimientos de cooperación a las autoridades centrales –Convenio de la Haya–).

La madre formuló recurso de casación por existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales. Contrapone la tesis mantenida por la sentencia impugnada, que acuerda el cambio de guarda y custodia del menor al haber incumplido el régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio, con otras de distintas Audiencias en las que no se otorga el cambio a pesar del incumplimiento por parte de la progenitora custodia, al primar el interés del menor que reside en un país extranjero y se ha adaptado a él, lo que se vería alterado por el cambio de guarda. En ningún caso, dice la recurrente, se puede deparar un daño superior al preexistente. El artículo 776.3 de la LEC debe estar siempre subordinado al superior interés del menor, ya que el beneficio de este es el principal criterio que debe atenderse para la adopción de las medidas judiciales sobre su cuidado y educación.

Como ya ha indicado el Tribunal Supremo, «La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (…) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre», tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo, con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio. La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este»». (…). Siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los artículos 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (SSTS de 11 febrero y 25 de abril de 2011)».

El problema en este caso consiste, pues, en determinar si la decisión adoptada en ambas instancias ha tenido en cuenta ese interés superior del niño, de aplicación obligatoria, en el momento en que se dictan, partiendo para ello de la norma que se dice infringida en el motivo –artículo 776.3 LEC–. Dice esta lo siguiente: «El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas».

Esta norma constituye un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 de la Constitución, con la consecuente posibilidad de modificar la medida acordada, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio del régimen de guarda y visitas pues, en definitiva, tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador.

Lo que la norma defiende no es la autoridad de la resolución judicial que la acuerda, sino el interés de los menores en verse y comunicarse con el progenitor no custodio, evitando que la ruptura del contacto con el hijo, especialmente si este es de corta edad, pueda conducir a una alteración creciente de la relación con su padre. Sin duda el paso del tiempo puede tener como efecto convertir en definitiva una situación de falta de comunicación, en la medida en que se le priva de estos contactos periódicos y se amenazan estos intereses y derechos que resultan de la relación con sus progenitores.

La decisión judicial se protege a través de otras vías, bien coercitivas bien convencionales, que en el caso no han sido utilizadas. De un la-

Revista Derecho Familia 61.indb 107 04/02/14 11:56

do, las multas coercitivas (artículo 776.2 LEC) y la responsabilidad penal al haberse incumplido una resolución judicial clara y terminante acordada por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones, conducta que se incardina en un delito de desobediencia grave, según resulta de los artículos 556 y 622 del CP. De otro, más beneficiosa si cabe para el menor en cuanto no compromete a la madre en actuaciones que a la postre podrían perjudicarle, pero con el efecto disuasorio que pueden producir en aquellos padres que se sintieran tentados a recurrir al secuestro, evitando los abusos y fraudes que se pudieran cometer con motivo del derecho de visitas, están instrumentos como el Convenio de la Haya de 26 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores dirigido, entre otros fines, a «velar por que los derechos de custodia y visitas vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes» (artículo 1.2), regulándose en el artículo 22 el procedimiento para hacer efectivo este derecho. Posiblemente, en esta clase de asuntos el carácter adecuado de una medida depende de la celeridad en su aplicación.

Como complemento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio (ver, entre otras, Sentencias Johansen contra Noruega de 7 agosto 1996, y Bronda contra Italia de 9 junio 1998); de donde concluye el Tribunal que «el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio»,

Como precisa la sentencia de esta Sala de 30 de julio de 2009, al resolver sobre una demanda del padre por incumplimiento del régimen de visitas por parte del cónyuge custodio, en realidad, el Tribunal Europeo no condenó al otro progenitor sino al Estado alemán. «Pero de estas sentencias se debe extraer la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (sentencia coincidente con la STEDH de Estrasburgo, Sala 1ª, de 11 julio 2000, caso Ciliz vs Países Bajos). En consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia».

Resta por ver si estas reglas dirigidas a procurar el bienestar del niño, pueden ponerse realmente en práctica en este caso y, en definitiva, valorar las consecuencias que produciría la modificación de la decisión recurrida en la situación del menor.

Son hechos probados de la sentencia que a la madre se había atribuido inicialmente la guarda y custodia de su hijo, permitiéndose además el cambio de residencia a los Estados Unidos de América, y que dejó sin cumplir los compromisos asumidos en orden a facilitar las comunicaciones del hijo con el padre, pese a las múltiples actuaciones judiciales que se llevaron con tal finalidad desde el año 2006 en que se evitó cualquier contacto con su padre.

Con independencia del reproche que se pudiese realizar del comportamiento de la progenitora custodia, lo que debe primar es el interés del menor. Y es evidente, y especialmente relevante, que en ninguno de los hechos que refiere la demanda de modificación de medidas, se alude o justifica el beneficio que para el menor representa el cambio. Lo que sometió a la consideración judicial es el incumplimiento del régimen establecido, con la única base fáctica y jurídica de los requerimientos judiciales en los que se apercibió a la Sra. Rita de la plena efectividad del artículo 776.3 LEC. Nada más se dice salvo la petición de que se le conceda la custodia del hijo y se establezca un régimen de visitas amplio favorable a Dª Rita, junto a las repercusiones económicas que ello conlleva la manutención del menor. Y si no fuera por los precedentes anteriores, de su lectura no se conocería ni el nombre ni la edad de su hijo, pues tampoco nada dice. El menor se llama Miguel y tiene en la actualidad 10 años (nació en Pontevedra el día NUM000

Revista Derecho Familia 61.indb 108 04/02/14 11:56

de 2002), seis de los cuales permaneció con su madre en Estados Unidos, país en el que está integrado en todos los aspectos (alimentación, hábitos sociales y circulo de amigos), con fuerte vinculo afectivo hacia su madre.

La sentencia justifica la medida entre otras cosas porque considera que el artículo 776 es una concreción del concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, y así puede ser, ciertamente, pero no siempre. Es cierto que, sea cual fuere el miembro de la pareja parental con el que conviva en niño, debe asegurase que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque de ambas funciones precisa el niño para un correcto desarrollo emocional. Ocurre, sin embargo, que se han creado unos vínculos muy distintos del menor con el padre que ahora pretenden reforzase a través de un cambio de custodia que tiene como punto de partida una primera etapa de acercamiento progresivo del padre con su hijo en Pontevedra en el que la madre seguirá con la custodia, lo que exige que tanto este como su madre se trasladen a España para cumplimentar el régimen de visitas que se establece a favor del padre, y una fase posterior que concluye con la madre residiendo en España con el hijo ya bajo la custodia del padre. La primera parte tiene una duración de dos años. La segunda de cuatro. Una y otra prorrogables, sin que este periodo intermedio de transición hacia el sistema de custodia paterno, a desarrollar en España, ofrezca ninguna garantía de que pueda materializarse en una nueva relación, hasta ahora prácticamente inexistente del padre con su hijo. Iniciativas de esta clase, con el padre en Pontevedra y la madre y el hijo en Estados Unidos donde están perfectamente integrados desde hace tiempo, no son aconsejables en estos momentos. Para el menor, dice el voto particular, que se acepta, «supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y de imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce».

VIVIENDA FAMILIAR

Habiendo adquirido la madre una vivienda, aunque se le otorga la custodia de la hija, se acuerda atribuir el uso de la vivienda familiar al padre ya que con ello este mejora su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 5 de noviembre de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Arcadio interpuso demanda de juicio de divorcio contra doña María y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que estimando demanda, se decrete la disolución por divorcio del matrimonio contraído entre mi mandante y su esposa con los efectos inherentes a dicho pronunciamiento y la adopción como definitiva de las medidas acordándose en la sentencia de separación matrimonial dictada en fecha 6 de febrero de 2004 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Madrid, a excepción de la atri-

Revista Derecho Familia 61.indb 109 04/02/14 11:56

bución del uso y disfrute de la vivienda familiar, interesándose su modificación y solicitando se atribuya el uso y disfrute del domicilio que constituyó el domicilio familiar a don Arcadio al ser vivienda privativa del mismo y haber cambiado las circunstancias que dieron lugar al acuerdo de los cónyuges plasmado en la referida sentencia.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando a la demanda en el que, alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

Dª María contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia decretando el divorcio y la confirmación de las precedentes medidas acordadas en sentencia de separación, con desestimación de la solicitud de cambio en la atribución del uso de la vivienda deducida por el actor.

El Juzgado de 1ª Instancia núm. 22 de Madrid dictó sentencia el 22 de marzo de 2010 decretando el divorcio y acordando entre otras medidas atribuir la custodia de los hijos a la madre y el uso de la vivienda al padre.

En grado de apelación, la Sec. 22ª de la AP de Madrid dictó Sentencia 20 de mayo de 2011 desestimando el recurso.

Dª María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del recurso formulado por interés casacional pretende que se declare que existe doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales con relación al uso de la vivienda familiar, que la sentencia otorga a d. Arcadio por entender que, al haber adquirido la recurrente, doña María, una nueva vivienda, queda satisfecha la necesidad de la hija menor al tener otra vivienda en que pueda habitar, lo que a su juicio infringe el artículo 96 del CC.

Al recurso se ha adherido el Ministerio Fiscal con el argumento de que no aplica la doctrina jurisprudencial relativa al artículo 96 y no resuelve la cuestión suscitada en base al interés superior de la menor, sino que analiza los negocios patrimoniales de sus padres, esto es, el incremento de una hipoteca por parte del padre y la adquisición, también mediante hipoteca de un piso de 34 metros, por parte de la madre, cuando la vivienda asignada a la menor tiene 108 metros.

La Sala no comparte estos argumentos.

El interés sin duda prevalente de la menor demanda una vivienda adecuada a sus necesidades y que, conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 del CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Ocurre que, en principio, la situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio de los progenitores, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de ellos debe abandonar el domicilio. Por ello el artículo 96.1 del CC atribuye el derecho de uso a la hija menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el artículo 154.2.1ª del CC. El artículo 96.1, dice la sentencia del TS de 29 de marzo de 2011, presupone que este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores y por ello y para evitar controversias entre ellos, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia, precisamente como titular de la obligación que le impone el artículo 154.2.1.

Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no fa-

Revista Derecho Familia 61.indb 110 04/02/14 11:56

miliar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el artículo 81.1 CDF aragonés) (STS 10 de octubre 2011).

Ocurre así en el caso presente en que la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que esta quede desprotegida de sus derechos pues, de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, «cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre», y no solo cubre estas necesidades sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler.

La atribución del uso al menor y al progenitor, precisa la STS de 29 de marzo de 2011, «se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 CC».

Siendo similares entre ambos las condiciones de edad, estado de salud y posibilidades de atender dignamente su sustento, se encuentra ajustada a derecho la decisión de la Audiencia Provincial que atribuyó el uso por anualidades a ambos ex cónyuges. La circunstancia de que convivan con la madre dos hijos mayores de edad y un nieto, y que esta vivienda sea la única residencia de todos ellos no afecta a la decisión adoptada.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 14 de noviembre de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Pedro Miguel interpuso demanda de juicio de modificación de medidas provisionales contra doña Mercedes y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare haber lugar a la admisión de la demanda acordando el cese de la obligación en el pago de la pensión compensatoria que abona mi mandante y ello con efecto del día 9-4-2008 y, subsidiariamente, declare atribuir el uso de la vivienda sita en Madrid al demandante, y con reducción del importe de la pensión compensatoria a su cargo a la suma de 150 euros mensuales, cantidad no sujeta a revisión y, subsidiariamente, caso de acodarse su revisión, que éste sea conforme al porcentaje o índice de revisión

Revista Derecho Familia 61.indb 111 04/02/14 11:56

que establezca cada año la Ley de Presupuestos Generales del Estado aplicable a la pensión reconocida al demandante.

Dª Mercedes contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se acuerde desestimar la demanda formulada por dicha representación manteniendo íntegramente las medidas acordada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de abril de 1998 proveniente de los autos de divorcio núm. 745/96, seguidos ante ese Juzgado de Primera Instancia, todo ello con expresa condena en costas a la contraparte.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Madrid dictó sentencia el 21 de abril de 2009 desestimando la demanda.

En grado de apelación, la Sec. 24ª de la AP de Madrid dictó Sentencia estimando parcialmente el recurso y revocando la Sentencia del Juzgado acordó atribuir el uso de la vivienda familiar y enseres de empleo ordinario en ella, a ambos consortes alternativamente por periodos de un año, a computar desde la fecha de la notificación de la presente resolución y comenzando por la ex esposa, que lo viene utilizando, debiendo en el periodo de ocupación, cada parte sufragar los gastos propios de uso, comunidad de propietarios suministros y consumos, siendo por mitad los inherentes a la propiedad y ello hasta la liquidación de la sociedad legal de gananciales que los litigantes conformaron.

Dª Mercedes interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el motivo del recurso se alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, en relación al artículo 96 del Código Civil. Argumenta la parte recurrente que la resolución recurrida no ha valorado debidamente las circunstancias personales de las partes al atribuir la vivienda familiar a ambos cónyuges de forma alternativa, habida cuenta su avanzada edad, casi ochenta años, el precario estado de salud y que doña Mercedes tiene unos ingresos inferiores a los de su ex-marido, conviviendo con ella dos de sus hijos, ya mayores de edad, y con un nieto menor edad, constituyendo dicha vivienda la única residencia de ese subgrupo familiar, lo que determina que el uso exclusivo deba atribuirse a doña Mercedes por ser el interés más necesitado de protección.

Cita, por un lado, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, de fechas 5 de abril de 2000, 10 de marzo de 1998 y 11 de febrero de 1997, las cuales establecen que, a falta de hijos menores, el cónyuge con ingresos económicos inferiores al otro, representa el interés familiar más necesitado de protección, salvo que exista otra circunstancia de entidad que deba ser tomada en cuenta, y con un criterio jurídico coincidente entre si y dispar con el anterior. Por otro, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, de fechas 13 de marzo de 2003 y 20 de abril de 2005, además de la recurrida, según las cuales aun cuando exista una diferencia de ingresos económicos, siendo las circunstancias de edad y salud semejantes, la esposa con ingresos económicos inferiores no representa un interés familiar más digno de protección en cuanto a la atribución de la vivienda familiar.

El recurso, tal y como se ha planteado por la parte recurrente, no se ajusta a la exigencia del interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencia Provinciales. Ello es así,

Revista Derecho Familia 61.indb 112 04/02/14 11:56

en cuanto a la determinación del interés más necesitado de protección, en el supuesto previsto en el artículo 96 del Código Civil, para la asignación del uso de la vivienda familiar, en el caso de no existir hijos menores de edad, porque la Sentencia objeto de recurso, que necesariamente debe ser tenida en cuenta en el juicio de contraste y es la única que puede resultar modificada por la de casación, no niega la posibilidad de atribuir el uso al cónyuge más necesitado de protección por un tiempo determinado, antes al contrario, lo tiene en cuenta en atención a las circunstancias concurrentes en cada uno de los cónyuges, entre las que figuran las económicas, que no son las únicas, para establecer en su vista un uso alternativo, porque en «ninguno de los consortes se advierte interés necesitado de mayor protección, al concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como las posibilidades de atender dignamente el sustento, siquiera la esposa con la pensión compensatoria a cargo del ex marido, en importe hoy próximo al salario mínimo interprofesional vigente para el año, y en ausencia de cargas que afrontar»; conclusiones estas alcanzadas por el tribunal de apelación que deben ser respetadas en cuanto son consecuencia de la libre y ponderada valoración de los distintos factores que, en el caso, han de servido para valorar la procedencia de asignar la vivienda familiar de forma alternativa entre los cónyuges, y ninguno de estos factores resulta absurdo, ilógico o irracional para modificarlo.

Las obras de reforma no alcanzan un valor importante respecto del valor del inmueble, por lo que pudiendo ser dividido en dos propiedades (una en planta baja y otra en planta alta compartiendo el trastero y terrazas) se considera que esta es una solución optima desde el punto de vista económico, jurídico e inmobiliario. Se mantiene la atribución de uso acordada en el proceso matrimonial.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 22 de enero de 2013

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

Dª Nicolasa interpuso demanda de juicio ordinario contra don Juan Miguel solicitando que se dictase Sentencia acordando la división de la cosa común, devolviéndose el condominio existente sobre entre las partes litigantes. Solicitó igualmente que se declarase la extinción del uso y disfrute que actualmente ostenta el Sr. Juan Miguel sobre la planta NUM001, local, y la planta NUM002 del inmueble objeto de la litis. Quedando diferido para ejecución de sentencia la liquidación del correspondiente estado posesorio. Como forma de división propuso que se adjudicase a Doña Nicolasa el pleno dominio así como el uso y disfrute de la planta NUM001 y la planta NUM002 del inmueble y a Don Juan Miguel el pleno dominio uso y disfrute de la planta NUM003, y por el valor, actualizado, que de dichos lotes se hizo en la escritura pública de liquidación de sociedad de gananciales. Subsidiariamente, y para el caso de que por el perito, que en fase de prueba le sea designado a esta parte, se proponga una división distinta y más rentable del inmueble, se declare: Haber lugar a dicha división con la adjudicación a cada una de las partes de los lotes que al efecto sean determinados por dicho técnico y por el valor que de los mismos efectúe en el informe, con

Revista Derecho Familia 61.indb 113 04/02/14 11:56

las correspondientes compensaciones económicas en efectivo metálico, caso de producirse diferencias de valor. Que las efectivas adjudicaciones se lleven a cabo en ejecución de sentencia, mediante sorteo de los respectivos lotes, de no existir acuerdo de las partes en cuanto a las respectivas adjudicaciones. Que cada adjudicatario abone los gastos e impuestos propios de la respectivas adjudicaciones.

D. Juan Miguel contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado: a) Que se dictase Auto admitiendo la cuestión previa instada por esta parte en el sentido de que se resuelva no haber lugar a la petición de deposición de mi mandante del uso que se interesa de contrario para la actora y que ostenta mi poderdante por escritura de liquidación de gananciales no declarada judicialmente nula. Consecuentemente con ello la no procedencia de la liquidación de frutos por dicho uso que ostenta mi poderdante a favor la actora. Y todo ello con expresa condena en costas a ésta última dada su manifiesta temeridad. b) Se dicte Sentencia por la que se extinga el condómino y división del inmueble de conformidad con la pericial resultante bien en lotes que ambas partes acepten y si ello fuera posible dado que entendemos que existe indivisibilidad jurídica de la casa conforme la doctrina del Tribunal Supremo, bien mediante la venta en pública subasta con reparto del precio de venta de por mitad a ambos copartícipes, respetando en todo caso el uso de la totalidad de la casa que existe con anterioridad al presente procedimiento a favor de mi poderdante, todo ello con expresa condena en costas a la actora dada su temeridad y mala fe.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba dictó sentencia con fecha 18 de noviembre de 2009 estimando la demanda, declarando la extinción del condominio existente sobre el inmueble sita en Córdoba, de conformidad con el informe pericial obrante en autos, procediéndose en fase de ejecución de sentencia a la adjudicación a cada una de las partes de los lotes determinados por dicho técnico y por el valor que de los mismos efectuado en el informe, con los correspondientes compensaciones económicas en efectivo metálico, caso de producirse diferencias de valor, y lo anterior, mediante sorteo de los respectivos lotes, supuesto de no existir acuerdo de las partes en cuanto a las respectivas adjudicaciones, debiendo cada adjudicatario abonar los gastos e impuestos propios de las respectivas adjudicaciones y, todo ello, sin hacer especial pronunciamiento acerca de las costas causadas.

En grado de apelación, la Sec. 1ª de la AP de Córdoba dictó Sentencia el 17 de mayo de 2010 desestimando el recurso interpuesto por D. Juan Miguel.

D. Juan Miguel interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal

Se formula un único motivo, en el que denuncia la infracción de los artículos 218, apartados 1º, 2º y 3º, así como los apartados 2 y 3 del artículo 209, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la sentencia no se ha pronunciado sobre el uso atribuido al demandado en la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, que se debía respetar en todo caso, pues no se acordó la nulidad de

Revista Derecho Familia 61.indb 114 04/02/14 11:56

la referida escritura como pretendía la demandante, en otro pleito, de manera que no solo se atacaba la declaración de la supresión del uso de la NUM003 planta que le fue concedido en sentencia de separación matrimonial, sino que también se atacaba la extinción del uso y disfrute por parte del Sr. Juan Miguel de la planta NUM001 junto con el local y el NUM004, y sobre esta cuestión la sentencia de apelación nada dice al respecto. Pero incluso, si entendiera que se da respuesta a esta cuestión por la remisión que hace la Sentencia de apelación a la Sentencia de Primera Instancia, igualmente se estaría vulnerando el artículo 218 de la LEC, por ser contradictoria, puesto que se señala, por un lado, que se debe de respetar el uso atribuido al Sr. Juan Miguel en base a la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, y por los efectos que despliega la cosa juzgada material de la Sentencia que así se lo atribuía y, por otro lado, el fallo resulta contradictorio pues extingue el uso atribuido al demandado. Por último la Sentencia recurrida tampoco aborda la cuestión planteada sobre la conveniencia de la división material o por el contrario sobre la conveniencia de sacar el inmueble a pública subasta.

El motivo se desestima.

La sentencia ni adolece de falta de motivación, en los términos que reiteradamente ha expuesto esta Sala, ni es tampoco incongruente. En primer lugar, ofrece una respuesta suficiente sobre las razones por las que declara extinguido el uso que se le atribuyó en su momento valorando todas las circunstancias que se tuvieron en cuenta desde que se dictaron las resoluciones que lo reconocían (explotación del negocio familiar y atribución de la guarda y custodia de uno de sus hijos), hasta el momento en que se acordó la división del inmueble, sin que se advierta contradicción alguna en su argumentación pues una cosa es que reconozcan los usos anteriores y otra distinta el valor que tengan en este momento como resultado de la división. En segundo lugar, también se pronuncia, por la remisión a la sentencia de 1ª instancia, sobre el carácter divisible del inmueble, valorando tanto las circunstancias meramente físicas, como las jurídicas o económicas. El inmueble, dice, «puede ser dividido en dos propiedades, una en planta NUM001 y otra en planta alta compartiendo el trastero del NUM004 y las terrazas "siendo esta solución la más optima" desde el punto de vista económico, jurídico e inmobiliario», sin que las obras de reforma alcancen un valor importante «respecto del valor del inmueble, al ser el valor del edificio muy superior a la obra». Cosa distinta es que no esté de acuerdo ni con aquella motivación, ni con esta valoración, pero este desacuerdo no supone la infracción de los artículos que se citan en el motivo.

2. Recurso de casación

Se desarrolla en un motivo único, en el que denuncia la infracción de los artículos 392.2, 400, 401 y 404, todos ellos del Código Civil. El motivo se argumenta de forma heterogénea. Por un lado, considera que el cotitular sobre una cosa podrá pedir la división de la misma, pero la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso. El de la NUM003 planta se lo adjudicó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, y el resto en la escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales, puesto que, como el Tribunal Supremo señala en las Sentencias 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, entre otras, la división no afecta a la subsistencia del derecho de uso cualquiera que sea su naturaleza. Por otro, entiende que si bien toda realidad material es divisible, lo que la Sentencia impugnada no ha tenido en cuenta es la doctrina jurisprudencial que establece que deben evitarse los suplementos en metálico por las diferencias de valor (SSTS de 30 de julio de 1999 y 13 de julio de 1996), y que la división de la cosa no desmerezca el inmueble, o grave con un gasto considerable a los comuneros, extremos éstos que aconsejan, según el recurrente, acudir a la venta en pública subasta, como interesó en la contestación a la demanda. Por último, la sentencia tampoco tiene en cuenta la constitución del inmueble en régimen de propiedad horizontal ni el posible destino del ático fuera de ordenación respecto al P.G.O.U vigente en Córdoba, cuestiones esta últimas en las que no se ha entrar. La primera porque en ningún caso ha sido planteado ni resuelto en la sentencia. La segunda, porque se está simplemente especulando sobre una realidad que existió desde el primer momento y que de cambiar afectará por igual a ambos partícipes.

Revista Derecho Familia 61.indb 115 04/02/14 11:56

Es cierto que el artículo 400 del CC reconoce que todo copropietario puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa en común, pero también lo es que el artículo 401 añade que no podrá pedirse «cuando hacerla resulte inservible para el uso a que se destina». La división material se practica cuando la cosa común es divisible y se puede adjudicar una porción a cada comunero; y la división económica, mediante la venta y el reparto del precio en proporción a la cuota de cada uno, cuando la cosa es indivisible físicamente o jurídicamente o por resultar inservible para el uso a que se destina o por desmerecer su valor.

Tal como dice la sentencia de 10 de enero de 2008 y reproducen las de 27 de marzo y 15 de diciembre de 2009: «Según la interpretación que parece mejor fundada, la división, para el Código civil, no significa solamente división material, sino que comprende la división en sentido jurídico, por lo que la indivisibilidad puede resultar de que la cosa, en caso de división, quede inservible para el uso a que se la destina, o bien porque produzca un anormal desmerecimiento, o bien ocasione un gasto considerable (SSTS 7 de marzo de 1985, 13 de julio de 1996, 12 de marzo de 2004, 7 de julio de 2006, etc.). No existen distintas acciones de división según que las cosas sean o no divisibles, y por esta razón el artículo 401, párrafo primero, no puede ser interpretado en el sentido de que excluye un tipo de acción de división pero deja subsistentes otros, puesto que no hay más que una acción de división. El artículo 401 I, enlazado con el artículo 400, ha de ser entendido como exclusión de la acción de división. Por ello, si es posible la división que prevé el artículo 401 II CC, no puede ser aplicado, ni menos en conexión con el artículo 404 CC, precepto que por su origen histórico (artículo 2183 del antiguo Código civil portugués) ha de ser entendido como previsión de lo que se ha de hacer cuando no puede practicarse una división material o in natura, a lo que se ha de añadir la previsión del artículo 1062 CC, traído a causa por el artículo 406 CC, sobre el desmerecimiento; en tanto que el artículo 401 I CC excluye, sencillamente, la acción división, pues, como han dicho las SSTS de 19 de junio de 2000 y 22 de julio de 2002, a falta de convenio el juzgador ha de examinar si la cosa es divisible o indivisible, entendiéndose que se da esta hipótesis no sólo cuando no sea divisible desde la perspectiva material, según criterios económicos y sociales, sino también cuando desmerezca mucho por la división, en cuyo supuesto se comprende también la inservibilidad (artículos 404, 406 y 1062 CC)».

La jurisprudencia, además, sigue diciendo la misma sentencia, «ha venido considerando que el tono imperativo del artículo 401 II CC hace inexcusable su aplicación siempre que sea posible, pues se trata de un derecho ejercitable por cualquiera de los copropietarios que se encuentren en tal situación (SSTS 16 de octubre de 1964, 20 de enero de 1988, 13 de diciembre de 1983), que es viable en cuanto se produzca la solicitud y concurran las características (STS 26 de septiembre de 1990, 1 de marzo de 2001, etc.), siempre que no se exijan obras de enorme importancia (STS 30 de junio de 1993) y que no se produzca la pervivencia de la copropiedad ordinaria, pues se trata de una forma de división. Se valora, en el sentido de propiciar lo que se ha llamado «esta peculiar forma de división» (STS 26 de septiembre de 1990), la semejanza de los lotes o cuotas asignados a los copropietarios (SSTS 26 de septiembre de 1990, 13 de julio de 1996, etc.), así como la delimitación suficiente del espacio susceptible de aprovechamiento independiente (Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 y 7 de enero de 1998) y la susceptibilidad de aprovechamiento independiente, es decir, que no se precise el goce por cada uno de los propietarios de los espacios resultantes (plazas de garaje) de los demás elementos privativos (RR de la DGRN de 12 de noviembre de 1997 y 3 de julio de 2000).

Pues bien, las normas que se dicen infringidas no lo han sido, ya que la solución adoptada por la Sentencia recurrida para disolver la comunidad se ajusta a lo interesado por ambas partes litigantes, en particular, por quien ahora recurre por cuanto pretendió con carácter principal la división material si esta fuera posible, y solo en el caso de indivisibilidad jurídica que se procediera a la venta en pública subasta, respetando en ambos casos el uso de la totalidad de la casa, y esta posibilidad de dividir la casa viene determinada en el informe pericial que la sentencia ha seguido para hacerla efectiva, sin que sean importantes y sustanciales las obras

Revista Derecho Familia 61.indb 116 04/02/14 11:56

que deberán realizarse, como ocurre en la sentencia que cita de 1 de marzo de 2001, ni que a resultas de la misma desmerezca el inmueble, como se colige del informe pericial, por lo que está planteando cuestiones de hecho que contradicen lo sustentado por la resolución recurrida. En primer lugar, porque las obras de reforma no alcanzan un valor importante respecto del valor del inmueble. En segundo, porque el inmueble puede ser dividido en dos propiedades, una en planta NUM001 y otra en planta alta compartiendo el trastero del NUM004 y las terrazas y esta es una solución optima desde el punto de vista económico, jurídico e inmobiliario.

Respecto al uso, en ningún caso se ha cuestionado que debe respetarse y es aquí donde también acierta la sentencia al detectar el verdadero interés de quien recurre de seguir ostentando el uso de todo el inmueble, tanto de la vivienda familiar, como del local y planta NUM001 del edificio: la NUM003 porque así se decidió en juicio matrimonial; los otros dos, porque así se acordó en la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, pues, en definitiva, la pretensión de que, dividiendo o no, se deberán respetar ambos usos, viene a hacer ilusorio que un tercero pueda hacerse con toda ella. Sin duda la división de la cosa común produce importantes efectos que afectan a los condóminos, a los terceros y a la misma cosa poseída en común. Pero es el caso que la sentencia parte de la existencia del uso exclusivo de la vivienda por el recurrente resultante del juicio matrimonial y declara que no hay ninguna prueba respecto a si se mantienen las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de adoptar esta decisión de uso exclusivo o si por el contrario estas han cambiado, y lo cierto es que ninguna alegación o valoración de estos hechos se hace en el motivo que pueda ser determinante de una calificación jurídica distinta que, en cualquier caso, no afecta al derecho que en su día le fue reconocido por el Juzgado de Familia, con base en las circunstancias concurrentes en aquel momento, que podrán o no mantenerse, pues el uso que extingue la sentencia tiene que ver únicamente con una parte del inmueble.

Desde que se produjo el cese de la convivencia, la madre y los menores se instalaron en una vivienda propiedad de los abuelos maternos, pero ello no es un obstáculo para que se le atribuya el uso de la vivienda familiar propiedad del esposo, dado que no puede imponerse a los abuelos maternos una carga que corresponde a los progenitores.

Tribunal Supremo, Sala 1,ª, Sentencia de 15 de marzo de 2013

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

D. José Pedro interpuso demanda de juicio de divorcio contra doña Piedad y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare el divorcio acordando las siguientes medidas definitivas: 1) Atribución de la guarda y custodia de los hijos menores al esposo, con quién convivirán en el domicilio privativo de este. Siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores. 2) Fijación de un derecho de visitas a favor de la esposa como progenitor no custodio que comprenda, como mínimo, la tarde de dos días entre semana durante dos horas, fines de semana alternos desde al tarde del viernes a la tarde del domingo, así como las vacaciones escolares por mitad, y, que en caso de desacuerdo podrá elegir el primer o segundo periodo la madre los

Revista Derecho Familia 61.indb 117 04/02/14 11:56

años pares y el padre los impares. 3) Establecimiento de una pensión alimenticia a favor de los hijos y con cargo a la esposa del 40% de los ingresos líquidos mensuales que esta perciba y que hará efectivos dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que el esposo designe al efecto. Asimismo y sin perjuicio de lo anterior ambos progenitores contribuirán al 50% a sufragar los gastos extraordinarios de carácter necesario e ineludible que puedan suscitarse para atender al desarrollo integral de sus hijos. No ha lugar a establecer pensión alguna por desequilibrio económico.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y termino suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

Dª Piedad contestó a la demanda y solicitó que se dictasen las siguientes medidas: 1.–Atribución a la madre de la guarda y custodia de los tres hijos menores del matrimonio, siendo la patria potestad compartida. 2.–Fijación de pensión de alimentos para los hijos menores en la cantidad del 20% para cada uno de los hijos, de los ingresos que perciba el padre, pagaderos por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que a tal efecto designe la madre y que habrá de ser actualizada anualmente, según las variaciones que experimente el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirle. Con independencia de la cantidad fijada en concepto de pensión de alimentos, serán de cuenta del padre todos los gastos relativos al colegio privado «El Centro Inglés» donde actualmente están matriculados y cursan sus estudios los hijos comunes. 3.–Fijación de pensión compensatoria a. favor de la esposa en la cantidad del 10% de los ingresos que perciba el esposo. 4.–Fijación de un régimen de visitas del padre para con los menores consistente en… 5.–Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar sita en CALLE000 NUM000 de El Puerto de Santa María a la esposa y a los hijos.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de el Puerto de Santa María dictó sentencia el 31 de marzo de 2010 declarando el divorcio y acordando las siguientes medidas: a) La atribución a la madre la guarda y custodia de los menores Blanca, Álvaro y Alba, siendo la patria potestad compartida entre los dos progenitores; a) Se establece como régimen de visitas el siguiente, el padre podrá tener consigo a los menores tres tardes en semana, desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas, estableciéndose, caso no de no haber acuerdo entre los padres, que dichas tardes lo serán de los martes, miércoles y los jueves. El padre podrá tener consigo a los menores el primer y tercer fin de semana de cada mes, desde la salida del colegio del viernes a la entrada del colegio del lunes, y caso de ser festivo, del día lectivo hábil siguiente. La entrega de los menores en el domicilio materno, en tanto subsista medida por la que el padre no pueda aproximarse a la madre se efectuará a través de familiares paternos. Asimismo, el padre disfrutará, en compañía de los menores de la mitad de las vacaciones escolares (verano, Navidad y Semana Santa), correspondiéndole, caso no que no exista acuerdo entre los progenitores, el disfrute de la primera mitad. El progenitor no custodio podrá tener consigo a sus hijos, desde las 17 a las 18 horas del día de su cumpleaños y desde las 17 a las 20 horas del día de 6 de enero. El padre podrá comunicar libremente con los menores, sin interferir en sus actividades escolares o extraescolares. c) En concepto de alimentos, el padre habrá de abonar mensualmente el 40% de los ingresos que por cualquier concepto perciba, con un mínimo de 600 euros mensuales, y un límite

Revista Derecho Familia 61.indb 118 04/02/14 11:56

máximo de 1200, pagaderos por meses anticipados, dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe la madre, actualizables anualmente conforme al IPC aprobado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Asimismo, deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios, mientras sean menores de edad y aún después cuando no hayan terminado su formación por causa que no les sea imputable.

En grado de apelación, la Sec. 5ª de la AP de Cádiz dictó sentencia el 30 de diciembre de 2010, revocando la sentencia de instancia en el sentido de: 1°) atribuir a la apelante y sus hijos el uso de la vivienda y ajuar familiar sita en la CALLE000 núm. NUM000 de El Puerto de Santa María; 2°) Aclarar en cuanto al régimen de visitas que el progenitor que no tenga consigo a los menores el día sus respectivos cumpleaños (bien del cónyuge o bien del progenitor) podrá tener consigo a los hijos desde las 17 a las 18 horas, y la misma previsión se observará para el día de Reyes (seis de enero); y 3°) establecer una pensión de alimentos mensual a favor de los tres hijos de 600 euros; permaneciendo idénticos e invariables el resto de pronunciamientos que se contienen en dicho fallo, todo ello in hacer especial declaración en cuanto a las costas procesales del recurso.

D. José Pedro interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación se fundamenta en la infracción, por aplicación e interpretación errónea, del artículo 96 del Código Civil, en relación con el artículo 103.2 del mismo Texto, en lo que se refiere a la decisión de la sentencia de atribuir el uso del domicilio conyugal a la esposa e hijos menores pese a haber decidido poner fin a la convivencia conyugal el día 14 de mayo de 2007 y fijar su domicilio en una vivienda unifamiliar de dos plantas y amplio jardín propiedad de su padre, que le fue cedida gratuitamente para ella y sus nietos, con vocación de permanencia.

El recurso lo formula José Pedro por interés casacional, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en el momento en que se formuló y sobre la que esta Sala ha ido estableciendo una doctrina en supuestos parecidos a partir de la STS 1022/2005, de 26 diciembre que tiene como sustento del interés dos elementos jurídicos fundamentales: uno, que la vivienda sea propiedad de terceros y, otra, que el menor pueda disponer de una vivienda adecuada; todo lo cual permite entrar a conocer del mismo, pese a la impugnación hecha por la parte recurrida, respecto de la correcta aportación de sentencias firmes de Audiencias Provinciales, que no resuelven sobre controversias sustancialmente iguales y sobre las que no se razona sobre la existencia de una identidad de supuestos con la sentencia recurrida que, en este caso, tiene que ver con el abandono de la casa por parte de la esposa e hijos mientras se daba respuesta judicial al problema que le impedía regresar, por aplicación del artículo 96 del CC, y no por circunstancias de otro tipo asociadas a situaciones generadoras de penurias económicas o desigualdades entre los esposos.

En orden a revisar en casación las conclusiones alcanzadas por la AP respecto a la atribución del uso de la vivienda del artículo 96 CC, debe recordarse que el interés sin duda prevalente de los menores demanda una vivienda adecuada a sus necesidades y que, conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 del CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. El artículo 96.1, dice la sentencia del TS de 29 de marzo de 2011, presupone que este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores y por ello y para evitar controversias entre ellos, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia, pre-

Revista Derecho Familia 61.indb 119 04/02/14 11:56

cisamente como titular de la obligación que le impone el artículo 154.2.1. Es cierto, como precisa la STS de 5 de noviembre 2012, que hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que los hijos no precisen de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el artículo 81.1 CDF aragonés) (STS 10 de octubre 2011).

No ocurre así en el caso presente caso. La sentencia recurrida, en orden a proteger el interés de los menores bajo la custodia de su madre, asignó a los mismos el uso de la que fue vivienda familiar hasta la ruptura de la relación del matrimonio. Es cierto que durante el procedimiento los abuelos maternos les cedieron de forma totalmente gratuita y de favor el uso de una vivienda de su propiedad pero ello no indica sin más que pueda ponerse a su cargo una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que estos pueden, además, hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, propiedad del esposo, que constituyó el domicilio conyugal y que no abandonaron de forma voluntaria, y menos aún con vocación de permanencia, sino «habida cuenta las males relaciones entre los cónyuges que desembocarían posteriormente en procedimientos penales en alguno de los cuales se fija una orden de protección que incluye el alojamiento». En definitiva, mantener a los hijos en la vivienda de sus abuelos supone consagrar una situación de precario que les ha permitido convivir durante la tramitación del procedimiento, sin necesidad de formular solicitud alguna en tramite de medidas provisionales, basadas en criterios de oportunidad distintos de los que protege el artículo 96 CC. La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el momento en que podrían ser desalojados en cualquier momento por la exclusiva voluntad del tercero propietario mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que está legitimado por la inexistencia de contrato con la ocupante. Ello perjudicaría a los menores, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La esposa puede tener derecho a alimentos desde la fecha de interposición de la demanda hasta que se dicta la sentencia en la que se fijó pensión compensatoria, por lo que no habiéndose pronunciado la Sentencia sobre este particular se devuelven las actuaciones a la Sala para que se pronuncie sobre ello.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 30 de octubre de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

Dª Susana interpuso demanda de juicio de divorcio contra don Eulogio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando

Revista Derecho Familia 61.indb 120 04/02/14 11:56

al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde el divorcio de los esposos y se adopten las medidas de conformidad con lo interesado en el hecho séptimo de esta demanda. En el mismo escrito, mediante otrosí, solicitó la adopción de unas medidas provisionales consistentes en la atribución a la esposa del uso y disfrute del domicilio familiar, una pensión de alimentos para los hijos y otra para ella misma.

D. Eulogio contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se declare el divorcio del matrimonio de los cónyuges don Eulogio y Dª Susana con las medidas solicitadas en el escrito de contestación con la demanda.

Coincidió en el tiempo la celebración de la vista para las medidas provisionales y el procedimiento principal, y se dictó auto el día 15 de febrero de 2011 en el que se acuerda no adoptar ninguna de las medidas interesadas porque: «habiéndose celebrado la vista del procedimiento principal de divorcio en idéntica fecha al presente procedimiento, el dictado de las dos resoluciones (la presente y la correspondiente al proceso de divorcio) va a ser la misma, de tal forma que no ha lugar a efectuar un pronunciamiento sobre una cuestión que no va a tener eficacia alguna, por cuanto el su nacimiento, por el dictado de la presente resolución y su extinción, por el dictado de la sentencia de divorcio, coincidirán en el tiempo».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Paterna (Valencia) dictó Sentencia el 15 de febrero de 2011 decretando el divorcio y acordando la custodia en favor de la madre, fijando el correspondiente régimen de visitas, atribuyéndoles a los hijos el uso de la vivienda familiar, fijando una pensión alimenticia para los hijos, y estableciendo como mención compensatoria la cuantía 150 euros durante tres años.

En grado de apelación, la Sec. 10ª de la AP de Valencia dictó sentencia el 11 de julio de 2011 estimando en parte el recurso y fijando como pensión alimenticia 200 euros por hijo en lugar de los 220 señalados en la instancia, así como señalar por litis expresas la suma de 2000 euros y acordar que las cargas del matrimonio serán abonadas al 50% por ambos cónyuges, manteniendo el resto de las demás medidas.

Dª Susana interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo estimado el primero por el Tribunal Supremo quien acordó reponer las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia pronunciándose sobre el derecho de la esposa a recibir alimentos en trámite de medidas provisionales, cuantificándolos en su vista. En cuanto al recurso de casación se estimó el primer motivo y se acordó que los alimentos de los hijos debían abonarse desde la fecha de presentación de la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal

El primer motivo del recurso denuncia este pronunciamiento del auto, que había sido incluido con motivo del recurso de apelación. Se cita el artículo 218.1 de la Lec porque la sentencia no ha resuelto todas las pretensiones deducidas en el pleito. La denuncia se refiere a que no entró a valorar si tenia o no derecho la esposa a percibir alimentos de su esposo con carácter de medida provisional, posiblemente porque confundió los

Revista Derecho Familia 61.indb 121 04/02/14 11:56

alimentos entre cónyuges tras el divorcio, que no se reclamaban, y la prestación alimenticia propia de las medidas que regulan la vida familiar hasta la separación o el divorcio, y así es, en efecto.

El derecho a percibir alimentos y a que se repartan las cargas del matrimonio son medidas que pueden acordarse con carácter previo a la separación o el divorcio. Son medidas diferentes de las que se adoptan con carácter definitivo puesto que, en lo económico, no se incluye entre las mismas la pensión compensatoria a favor de uno y otro cónyuge en los supuestos previstos en el artículo 97 del Código Civil, ni tampoco resultan necesarias si hasta el momento de la ruptura se están cumpliendo por ambos cónyuges los derechos y las obligaciones propias del matrimonio. El derecho a percibir la pensión compensatoria nace de la sentencia que es constitutiva del derecho a percibirla y a la misma no pueden aplicarse los efectos previstos en el artículo 148 del CC, referida a los alimentos, según el cual estos «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda». Así se expresa la doctrina constante de esta Sala (SSTS 14 de junio, 21 de julio y 26 octubre 2011).

La cuestión de si existe una diferencia total y absoluta entre los alimentos debidos en casos de procedimientos por causa de la crisis familiar y los debidos de acuerdo con los artículos 142 y ss. CC, está resuelto por esta Sala en la sentencia de 14 de junio de 2011, referida a alimentos a los hijos menores, con cita de la de 5 de octubre de 1995, en la que se dice que «no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Título VI del Libro I del Código civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad», doctrina repetida en la STS 917/2008, de 3 octubre, que declara aplicable el artículo. 148.1 CC.

El lo que aquí interesa supone que si bien resulta intrascendente que respecto a los hijos se hubiera pronunciado el auto de medidas, pues los efectos de los alimentos que se conceden definitivamente en la sentencia de divorcio se retrotraen al momento de la interposición de la demanda, que en este caso es común la de medidas y divorcio, no sucede lo mismo con los alimentos de la esposa que la sentencia dejó sin resolver y a la que, de resultar procedentes, se le ha privado de los mismos desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la sentencia de divorcio en que desaparecen.

La admisión de este motivo determina la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que se pronuncie sobre este particular.

2. Recurso de casación

El primer motivo tiene que ver con la denegación del efecto retroactivo indicado a los alimentos a favor de los hijos, «habida cuenta –se dice– la existencia de medidas provisionales». Como los de la esposa tampoco se determinó este efecto por lo que resulta procedente la admisión del motivo, no así del segundo que está en función de lo que de resuelva sobre los alimentos a favor de la esposa.

El tercer motivo se refiere a la temporalidad de la pensión compensatoria, considerando que la resolución recurrida vulnera la jurisprudencia de esta Sala al haberse apartado de los parámetros establecidos para fijar una pensión por el importe interesado de 360 euros y sin limitación temporal alguna.

El motivo se desestima por dos razones. En primer lugar, nada se argumenta sobre el importe de la pensión compensatoria. En segundo lugar, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de compensar el desequilibrio que le es consustancial. Esta exigencia obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas, entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC, que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la persona beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. En el juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, habrán de ser respetadas en casación siempre que aquellas sean

Revista Derecho Familia 61.indb 122 04/02/14 11:56

consecuencia de la ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC. Solo es posible revisar este juicio en casación cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia (SSTS 29 de septiembre de 2010 y 24 de octubre de 2012).

La aplicación de esta doctrina determina la desestimación del motivo. Para la fijación de tal limitación temporal en tres años, la sentencia recurrida ha tenido en cuenta los 24 años que duró el matrimonio durante los cuales la esposa se dedicó al cuidado de la familia, la edad de ambos cónyuges al contraer matrimonio en relación con la edad que cuentan al momento del divorcio, los ingresos del esposo y el trabajo de la esposa durante 14 años, 10 meses y 4 días, haciéndolo tanto antes de contraer matrimonio como después, si bien después de casarse solo ha trabajado 717 días, mientras que antes de casarse lo hizo durante 4.656 días. Es decir, la sentencia, en contra de lo que alega la recurrente, ha tenido en cuenta las circunstancias concurrentes en la esposa.

Se deja en suspenso la obligación alimenticia de la madre en base a su falta de ingresos y a la existencia de un convenio regulador homologado judicialmente en el que se pactaba que cada uno de los cónyuges se hacía cargo de los alimentos del hijo mientras este se encuentre en su compañía, como así vino haciéndose, y esta medida no se había modificado.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Martín interpuso demanda de juicio de modificación de medidas paterno filiales, contra doña Paloma y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde: a) Que se conceda la guarda y custodia temporal del menor Sixto, de 16 de años de edad, a favor de don Martín. B) Que doña Paloma pague los gastos de educación del menor en un Colegio Ingles hasta que se resuelva el pleito principal, acordando, conforme el artículo 727 de la LEC, el embargo preventivo de las cuentas bancarias de la demandada por la cantidad de 12.000 euros. C) Que se establezca una pensión temporal de alimentos, a favor del menor Sixto de 1500 euros mensuales, cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el INE u Organismo que lo sustituye. D) Que se permita al menor Sixto disfruta de su hermano pequeño de 9 años de edad, Antonio al menor una vez a la semana.

Dª Paloma contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando la demandada, en cuanto al pedimento económico y régimen de visitas con el hermano, por entender que no existe además legitimación por parte del Sr. Martín para solicitar tal medidas que se solicitan en la siguiente demanda reconvencional de modificación de medidas.

Revista Derecho Familia 61.indb 123 04/02/14 11:56

El Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid dictó el 3 de marzo de 2010 decretando el divorcio, atribuyendo la custodia al padre y fijando a cargo de la madre una pensión alimenticia de 900 euros.

En grado de apelación, la Sec. 24ª de la AP de Madrid, dictó Sentencia el 7 de febrero de 2011 revocando la sentencia de instancia en lo relativo a la obligación de alimentos que quedará en suspenso, en tanto no se acrediten ingreso propios de la madre, confirmándose el resto de pronunciamiento.

D. Martín interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se formula recurso de casación al amparo de ordinal 3 del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, por interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala y de las Audiencias Provinciales. Don Martín, ahora recurrente, interesó en su demanda la modificación de la medida relativa a la guarda y custodia de su hijo, así como de la pensión alimenticia establecida a favor del mismo, contenidas en la sentencia de 21 de diciembre de 2004, dictada en juicio también de modificación de medidas, de conformidad con la alteración de las circunstancias originadas desde entonces hasta ahora. El problema, en realidad, venía circunscrito a la cuestión económica puesto que la madre no se oponía al cambio de la guarda y custodia que, por otra parte, ya la tenía de hecho el padre. El problema surge porque la sentencia desestima la demanda en lo relativo a la obligación alimenticia que se pretende imponer a la madre del menor, doña Paloma, porque –dice– carece de ingresos propios; situación en la que se encuentra desde hace varios años, y no es posible pretender que se incorpore al trabajo que desarrolló anteriormente en contra de su voluntad y porque, además, los progenitores acordaron en convenio regulador de 1 de marzo de 1999, homologado judicialmente, la contribución de cada uno de ellos a los alimentos del hijo durante los periodos que estuviera en su compañía, tal y como se vino haciendo.

Lo que se pretende en el recurso de casación es que se determine si el cónyuge no custodio –la madre– está obligado a abonar la pensión de alimentos pese a que no cuente con ingresos propios procedentes del trabajo, no obstante los importantes recursos económicos de que dispone. Con esta finalidad se formulan dos motivos de casación. En el primero se alega la infracción de los artículos 110 siguientes y 154 del Código Civil y 39.3 de la Constitución Española. En el segundo, se invoca la infracción de la doctrina reiterada de esta Sala. Cita al efecto la sentencia de 5 de octubre de 1993, así como las que siguen a esta, entre otras, la sentencia de 28 de noviembre de 2003. Alega la recurrente que la demandada dejó de trabajar voluntariamente, lo que no le impide mantener un elevado nivel de vida, ya que posee un ingente patrimonio que le permite abonar la pensión de alimentos a que fue condenada en la 1ª Instancia, por lo que la misma ha de ser adecuada al caudal o medios de quien los da.

Antes de entrar a examinar los argumentos del recurso de casación, la Sala se plantea si concurre interés casacional, teniendo en cuenta la alegación que hizo la recurrida al oponerse a su admisión por no darse la identidad de supuestos entre este caso y la jurisprudencia presentada, referida al supuesto de hijos menores con incumplimiento alimenticio total por parte de los padres, sin haberse regulado la situación por los progenitores. En este supuesto, muy al contrario, existía desde 1999 un convenio firmado libremente por el ahora recurrente, en el que se acordaba que el progenitor con el que estuviera el menor, de 17 años de edad cuando se solicitó el cambio de guarda por el hoy recurrente (mayor de edad desde el 1 de febrero de 2011), con el apoyo expreso de la madre, se hacía cargo de la manutención y gastos del menor, convenio que fue firmado por el hoy recurrente y que ella también asumió para no judicializar la situación de su hijo, entonces de seis años.

Sin duda, los especiales intereses protegidos en estos procesos permiten una interpretación

Revista Derecho Familia 61.indb 124 04/02/14 11:56

más amplia de las normas que dan sentido al concepto de interés casacional, teniendo en cuenta que la obligación de dar alimentos es una de las de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española, y es además uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, según el artículo 154.1º del Código Civil, y de aquellos otros casos en que, conforme al artículo 142 del mismo texto legal, se prestan entre familiares en situación de ineludible necesidad alimenticia.

El interés casacional que ampara el recurso consiste en determinar si la obligación alimenticia está a expensas únicamente de los ingresos o también de los medios o recursos de uno de los cónyuges, si no dispone de aquellos, pero lo cierto es que tal y como se ha planteado por la parte recurrente, no se ajusta a la exigencia requerida para ello. Es cierto que la sentencia de Sala que refiere el recurso, de 5 de octubre de 1993, se dicta en un supuesto si no igual si semejante al ahora planteado, en la que mantiene la obligación de uno de uno de los cónyuges de seguir prestando alimentos a su hijo menor de edad pese a carecer de ingresos, «en atención a que no es admisible que quien tuvo un puesto de trabajo y posteriormente dedica su tiempo a la propia mejora de su formación profesional, disponiendo de medios para cubrir sus gastos de toda clase, sea relevado de su obligación», cuanto más si dispone una serie de recursos que hacen presumir un determinado patrimonio.

El planteamiento que se ha hecho en este caso no es coincidente con el de esta Sala, y no por la mayoría de edad alcanzada por el hijo durante la tramitación de este procedimiento, puesto que la obligación no solo se mantiene durante la minoría de edad, sino también con la mayoría, si bien en unas determinadas circunstancias de convivencia y falta de recursos y con un contenido económico distinto, propio de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 CC, que las partes podrán adaptar en su caso. No lo es porque los hechos no se refieren exactamente al caso planteado, sino a una falta de ingresos de la madre y a la existencia de un convenio regulador homologado judicialmente por el que cada uno de los cónyuges se hace cargo de los alimentos de su hijo mientras este se encuentre en su compañía, como así vino haciéndose, y esta medida no se ha modificado. Los recursos de la madre, por otra parte, es algo ajeno a la sentencia que ahora se recurre, pues nada dice sobre los mismos, como nada se dice tampoco de los recursos que derivan de la sociedad de gananciales que tiene en estos momentos con su actual marido.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La edad de la esposa, los veintidós años de matrimonio, la dedicación pasada a la familia, la escasa cualificación profesional y el empleo a tiempo parcial con escasa remuneración, justifican la concesión de la pensión compensatoria, aunque los hijos ya sean mayores y la esposa no tenga problemas de salud.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

Dª Elisa interpuso demanda de juicio de separación matrimonial contra don Juan Ignacio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación,

Revista Derecho Familia 61.indb 125 04/02/14 11:56

terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde la separación de los cónyuges, de conformidad con lo prevenido en el artículo 81.2 del Código Civil, acordando entre otras medidas, el establecimiento de una pensión compensatoria de ochocientos euros mensuales.

El esposo se opuso a las medidas y solicitó el divorcio por vía reconvencional.

El Juzgado de Primera Instancia número uno de Torrijos dictó sentencia el 3 de marzo de 2008 decretando el divorcio y estableciendo entre otras medidas el pago por el esposo de una pensión compensatoria de trescientos euros mensuales a favor de Dª Elisa.

En grado de apelación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo dictó sentencia el 29 de marzo de 2010 desestimando el recurso interpuesto por D. Juan Ignacio.

D. Juan Ignacio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que plantea el recurrente, a través del recurso de casación, tiene que ver con el razonamiento que la sentencia recurrida hace para conceder una pensión compensatoria a favor de su esposa, según el cual tiene por finalidad nivelar la capacidad económica de los cónyuges tras la crisis matrimonial, a partir de la existencia de un desequilibrio económico indefinido, que ha producido a la esposa un empeoramiento de su situación tras la ruptura de la convivencia, y ello entiende que es contrario a la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010, recurso 5212006; de 17 de julio de 2009, recurso 136912004 y 10 de febrero de 2005, recurso 187612002, conforme a la cual el presupuesto de la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de los patrimonios de los cónyuges y exige la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica, que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura, debiéndose tener en cuenta entre otros factores la edad, duración efectiva de la convivencia matrimonial, dedicación pasada y futura al hogar y los hijos, estado de salud y el trabajo que desempeñe o pueda desempeñar el acreedor, todo ello para decidir si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria, cuál es la cuantía y si la pensión debe ser definitiva o temporal.

Si así fuera, no sería posible fijar la pensión compensatoria, en cuanto que el divorcio no ha supuesto un empeoramiento en las condiciones económicas de su esposa por cuanto falta el presupuesto que la jurisprudencia ha señalado como requisito para su reconocimiento, pues se encuentra integrada en el mercado laboral (trabaja a tiempo parcial con una jornada de quince horas), los hijos son mayores de edad y no precisan dedicación futura, no constan impedimentos de salud y nada le impide trabajar a tiempo completo aumentando así sus ingresos, esto es, falta la situación de desequilibrio o desigualdad económica resultante de la confrontación entre las condiciones económicas que la esposa gozaba durante el matrimonio y las que tiene después de la ruptura.

El recurso se desestima.

El artículo 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

Revista Derecho Familia 61.indb 126 04/02/14 11:56

si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero, que declaró la doctrina siguiente: «(…)para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio». Esta doctrina se ha aplicado en las sentencias posteriores 856/2011, de 24 noviembre, y 720/2011, de 19 octubre.

De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:

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

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

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

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

c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal.

Pues bien, si bien en principio la argumentación de la sentencia recurrida puede dar lugar a algún equívoco respecto de la interpretación que hace del artículo 97 del Código Civil, a partir de las sentencias que tiene en cuenta la propia Audiencia de 7 de abril y 3 de julio de 2003, lo cierto es que en ningún caso contradice la doctrina contenida en la sentencia de Pleno de 19 de enero de 2010. La fijación de una pensión compensatoria a favor de la esposa se hace armonizando «el párrafo 1º con las circunstancias que, como "numerus apertus", enumera el mismo», y estas circunstancias son valoradas de forma expresa en la sentencia: edad de la esposa, duración del matrimonio (22 años), dedicación pasada a la familia, las escasa cualificación profesional y una mínima experiencia dados los años de edad laboral dedicados exclusivamente al cuidado de la familia, que le ha permitido acceder a un empleo a tiempo parcial para el Ayuntamiento de Mentrida (asistenta domiciliaria), del que obtiene un pequeño salario.

No se cumple, por tanto, el requisito del interés casacional, porque la sentencia recurrida no se opone a las que el recurrente cita como infringidas, una de ellas incluso –STS de 17 julio 2009– ha venido a reconocer que el hecho de que cada cónyuge tenga su trabajo independiente no es obstáculo para que pueda fijarse una pensión compensatoria si existe desequilibrio económico en el momento de la separación.

Por lo demás, es reiterada jurisprudencia de esta Sala que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia. SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008, 27 de junio 2011, 23 de octubre 2012). Nada de esto ocurre en este caso en el que no se ha planteado la posibilidad de una pensión temporal, a la que se refiere la sentencia también citada de 10 de febrero de 2005, y los factores que se han tenido en cuenta son absolutamente correctos. Especular sobre la posibilidad de que pueda acceder una jornada laboral de más horas es lo mismo que especular sobre la posible extinción del empleo, más factible si cabe en una situación de crisis económica como la existente en estos momentos. En cualquier caso, ni una ni otra valoración está en el juicio de la Audiencia.

Revista Derecho Familia 61.indb 127 04/02/14 11:56

El desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, de manera que carece de interés a tal efecto el desequilibrio cuyo origen no se encuentra en esa mayor dedicación a la familia y a los hijos.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 4 de diciembre de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

ANÁLISIS DEL CASO

Tras siete años de matrimonio, en noviembre de 2008, Dª Rosana formuló demanda de divorcio contencioso contra su marido, D. Celso, quien mediante reconvención solicitó el establecimiento a su favor de una pensión compensatoria por importe de 3 000 euros mensuales. El marido, de 39 años de edad, fundó esta pretensión, en síntesis, en el desequilibrio causado por la ruptura con respecto a la situación económica de la que disfrutaba constante matrimonio, pues mientras que él prácticamente carecía de ingresos (alegó que se quedó en situación de desempleo el mismo año 2001 en que se casó, y que a partir de entonces su plena dedicación a la familia y al cuidado del hijo menor –nacido el NUM002 de 2004–, solo le había permitido trabajar esporádicamente como abogado del turno de oficio, con unos ingresos que a penas cubrían sus gastos profesionales), su esposa, además de disfrutar del alto nivel de vida que podía permitirse por proceder de una adinerada familia y contar con numerosos inmuebles y participaciones en sociedades, se había podido beneficiar de la dedicación del marido a la familia y al cuidado del hijo común, logrando así mejorar su expectativas y ganancias laborales (según decía, se habían duplicado en el periodo 2002 a 2004).

La esposa se opuso por considerarla improcedente, con fundamento en que ningún desequilibrio puede apreciarse en supuestos como el de autos en que ambos cónyuges tienen ingresos por su trabajo, no debiéndose valorar a tales efectos el patrimonio familiar de la esposa. También negó tener más propiedades a su nombre que la vivienda en la que residía.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Valencia dictó sentencia de 7 de mayo de 2009 acordando el divorcio, atribuyendo la custodia del hijo a la madre, fijando un régimen de visitas en favor del padre así como una pensión alimenticia, y desestimado la petición del esposo de que se fijase a su favor una pensión compensatoria.

En grado de apelación, la Sec. 10ª de la AP de Valencia dictó sentencia de 9 de marzo de 2010 desestimando el recurso interpuesto por D. Celso.

D. Celso interpuso recurso por infracción procesal y casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

Revista Derecho Familia 61.indb 128 04/02/14 11:56

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El esposo al interponer el recurso de casación denuncia la infracción del artículo 97 CC, en redacción dada por Ley 15/2005, de 8 de julio, y la existencia de interés casacional tanto por oposición a jurisprudencia de esta Sala, establecida en SSTS de 10 de marzo de 2009 y 17 de julio de 2009, como por inexistencia de doctrina sobre norma de vigencia inferior a cinco años. En síntesis se defiende que no es bastante para descartar la situación de desequilibrio el dato acreditado de que ambos cónyuges trabajan, pues el artículo 97 CC, en la interpretación sostenida por la jurisprudencia de esta Sala, impone al órgano judicial confrontar la situación económica de ambos cónyuges junto al resto de factores (edad, duración del matrimonio, etc.), de tal forma que la pensión compensatoria, por no ser una pensión alimenticia o fundada en la necesidad del beneficiario, es compatible con la circunstancia de que cada uno tenga medios suficientes para subsistir (independencia económica).

El motivo se desestima por el Tribunal Supremo, quien antes de analizar el caso, recuerda la doctrina jurisprudencial sobre la pensión compensatoria:

1. Concepto de desequilibrio compensable

Entre las más recientes, las SSTS de 22 junio de 2011, RC núm. 1940/2008; 19 de octubre de 2011, RC núm. 1005/2009, 10 de enero de 2012, RC núm. 802/2009 y 23 de enero de 2012, RC núm. 124/2009 resumen la doctrina de esta Sala sobre la naturaleza de la pensión compensatoria, en particular, respecto del concepto de desequilibrio y del momento en que este debe producirse.

Por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender:

a) que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, de manera que carece de interés a tal efecto el desequilibrio cuyo origen no se encuentra en esa mayor dedicación a la familia y a los hijos, inversamente proporcional a la disponibilidad para estudiar y desarrollar una actividad profesional, sino en otros factores como pueden ser la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja al margen de aquella (SSTS de 3 de octubre de 2008, RC núm. 2727/2004; 27 de junio de 2011, RC núm. 599/2009, 10 de enero de 2012, RC núm. 802/2009 y 23 de enero de 2012, RC núm. 124/2009).

b) que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no basarse en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial.

2. Elementos que deben tenerse en cuenta para su apreciación (y para el reconocimiento del derecho a pensión, su cuantificación y duración)

A la hora de apreciar dicho desequilibrio, también se ha dicho constantemente a raíz de la STS de 19 de enero de 2010, de Pleno, RC núm. 52/2006 (luego reiterada en SSTS de 4 de

Revista Derecho Familia 61.indb 129 04/02/14 11:56

noviembre de 2010, RC núm. 514/2007; 14 de febrero de 2011, RC núm. 523/2008; 27 de junio de 2011, RC núm. 599/2009, y 24 de noviembre de 2011, RC núm. 567/2010, entre las más recientes) que las circunstancias comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio y como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión, así como su duración (indefinida o por tiempo determinado), en cuanto permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario o beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, así alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de aquel. Con relación a este último aspecto (duración) la doctrina declara que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia (SSTS de 28 de abril de 2010, RC núm. 707/2006; 4 de noviembre de 2010, RC núm. 514/2007; 10 de enero de 2012, RC núm. 802/2009 y 23 de enero de 2012, RC núm. 124/2009, entre las más recientes).

En el presente supuesto, en contra de la tesis del recurrente, no se ha probado que la diferencia de ingresos entre los cónyuges traiga causa directa del sacrificio asumido por el marido durante el matrimonio por su mayor dedicación a la familia y en concreto por el cuidado del hijo menor común, ni que este sacrificio se encuentre también en relación directa con el progresivo incremento de los ingresos de la esposa por su trabajo durante el tiempo que duró el matrimonio (exclusión hecha de los ingresos o rendimientos derivados de bienes y derechos de los que ya disfrutaba antes del matrimonio y que tienen que ver con su superior estatus social y familiar). Tanto la AP como el Juzgado coinciden en que el solicitante tiene suficiente cualificación y aptitud profesional para llevar una vida independiente desde el punto de vista económico, conclusión asentada en datos fácticos que no es posible revisar en casación. Además, aunque no se mencione expresamente en la sentencia recurrida, el solicitante es una persona joven (39 años en el momento de la ruptura) que en ningún momento ha esgrimido (ni han sido acreditados) problemas de salud que le impidan continuar la misma actividad profesional que, según dijo el Juzgado y ratificó la AP, vino desempeñando sin mayor problema durante el tiempo de duración del matrimonio (7 años), ni se ha declarado probado en ninguna instancia que la relación matrimonial se convirtiera en obstáculo para el desarrollo profesional del marido, como no lo fue para la esposa, ni que fuera motivo de pérdida de derechos económicos o expectativas que de no mediar dicho vínculo pudiera haber obtenido. Por tanto cabe considerar como razonable la conclusión a la que se llegó en la instancia en cuanto que el matrimonio no supuso una rémora para ninguno de los esposos y la situación de cada uno al término de su relación más tenía que ver con los méritos, capacidades y aptitudes individuales o con factores ajenos o prexistentes (la procedencia socio-familiar de la esposa) que con la pérdida o el sacrificio que uno de ellos hubiera tenido que asumir en beneficio del otro. Es por esta razón que resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 CC y a que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el artículo 97 CC.

Revista Derecho Familia 61.indb 130 04/02/14 11:56

Al fijarse la pensión compensatoria en el convenio regulador sin limitación temporal ya se había producido el reparto de los bienes gananciales y era previsible que con el tiempo la dedicación de la esposa a la hija fuese menor, por lo que no habiéndose alterado las circunstancias no procede ni su modificación ni su extinción, pues no es un hecho determinante el mero transcurso del tiempo.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 10 de diciembre de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Celestino formuló demanda de divorcio contencioso contra su esposa Dª Santiaga, en la que, entre otras medidas definitivas, solicitó que se acordase la extinción de la pensión compensatoria concedida a la demandada en pleito anterior de separación de mutuo acuerdo (pactada en convenio regulador de 16 de noviembre de 1993 en la cantidad de 375.000 pesetas mensuales). En síntesis, fundó esta pretensión extintiva en el tiempo de percepción de la pensión (16 años), a su juicio suficiente para satisfacer el desequilibrio provocado, dada la escasa duración de matrimonio (5 años), y el reparto del haber ganancial efectuado en aquella fecha, así como en la pasividad laboral mostrada por la perceptora, de la que dijo que se había negado a reincorporarse a su puesto de trabajo tras agotar la excedencia de la que disfrutaba, en marzo de 1994, a pesar de no tener razón para ello (por cuanto la única hija del matrimonio ya era mayor de edad y no estaba bajo su custodia).

Al contestar la demanda, la demanda, la esposa se defendió de la alegación efectuada por el marido y adujo, no solo la procedencia de mantener la pensión compensatoria, sino también la de aumentar su cuantía (hasta 6.500 euros/mes), con fundamento en la mejor fortuna del esposo pagador.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Alicante dictó sentencia de 1 de abril de 2009 acordando el divorcio pero desestimado las peticiones de modificación y extinción de la pensión compensatoria.

En grado de apelación, la Sec. 4. de la AP de Alicante dictó sentencia de 14 de enero de 2010 desestimando el recurso interpuesto por D. Celestino.

D. Celestino interpuso recurso por infracción procesal y casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Aunque desde perspectivas distintas, los tres motivos del recurso de casación presentan una identidad de razón que justifica su examen y resolución conjunta, pues el fin común de todos ellos es acreditar la existencia de interés casacional respecto de la posibilidad, en sentencia de divorcio, de extinguir o, subsidiariamente, modificar en cuantía o en duración, una pensión

Revista Derecho Familia 61.indb 131 04/02/14 11:56

compensatoria que fue fijada por los esposos de mutuo acuerdo con carácter indefinido en convenio regulador de la separación. Examinando cada motivo por separado se observa que en el primero se defiende la posibilidad de fijarla con carácter temporal, y no como una prestación vitalicia; en el segundo, desde la óptica del respeto a lo libremente pactado, pero según el sentido literal de los términos en que fue redactado el convenio, se sostiene la posible nulidad del mismo por falta de causa al haber simulado la esposa una intención –recibir la pensión toda su vida, y no solo hasta que se reincorporase a su trabajo– que no tuvo el marido ni se desprende del tenor literal del negocio jurídico indicado; en el tercero, se insiste en la posibilidad de extinguir o modificar la pensión concedida en el proceso previo de separación y se reprocha a la AP que no atendiera al elemento sociológico en la aplicación de las normas, y que aplicara indebidamente los principios de actuar en contra de los propios actos y de obrar con arreglo a la buena fe, con desconocimiento de la circunstancia de que en la sociedad actual las mujeres no requieren de una protección paternalista, dado que tienen una mentalidad, formación y experiencia laboral igual a la de los hombres, de forma que no está justificado premiar la actitud pasiva y «parasitaria» de las que se conforman con vivir de la pensión abonada por el marido, sin hacer nada por trabajar y superar la situación de desequilibrio.

Los motivos son desestimados por el Tribunal Supremo.

Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho a pensión compensatoria, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC «si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas –alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC)–» (SSTS de 3 de octubre de 2008, [RC núm. 2727/2004], 27 de junio de 2011 [RC núm. 599/2009]) y 23 de enero de 2012, [RC núm. 124/2009], entre las más recientes).

Por tanto, desde la perspectiva del artículo 101 CC, puede afirmarse con carácter general que el reconocimiento del derecho a pensión en juicio anterior de separación no constituye óbice para declarar su extinción en el posterior pleito de divorcio de considerarse acreditado el supuesto de hecho normativo a que se refiere dicho precepto, esto es, el cese de la situación de desequilibrio que fue causa de su reconocimiento (STS de 23 de enero de 2012, [RC núm. 124/2009]).

No obstante, cuando la pensión por desequilibrio se haya fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador lo relevante para dilucidar la cuestión de su posible extinción sobrevenida es el valor vinculante de lo acordado pues constituye también jurisprudencia de esta Sala que, en cuanto derecho disponible por la parte a quien pueda afectar, regido por el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación –de modo que puede renunciarse–, como en su propia configuración, queda a facultad de los cónyuges pactar lo que consideren más conveniente a ese respecto. Y todo ello sin perjuicio de que también se admita la posibilidad de que los cónyuges contemplen derechos económicos a favor de uno de los esposos que resulten independientes de que concurran o no los requisitos para la pensión compensatoria, pues esta Sala ha considerado que se trata de pactos válidos que no tienen limitado su objeto y que sirven para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios. En este sentido se han pronunciado las SSTS de 20 de abril de 2012, [RCIP núm. 2099/2010] y 31 de marzo de 2011, [RC núm. 807/2007], a partir de la trascendental STS de 2 abril 1997. El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos (STS de 4 noviembre de 2011, [RC núm. 1722/2008]), por lo que lo relevante para dilucidar la controversia es comprobar si la decisión adoptada por la sentencia recurrida se compadece con el completo acuerdo de las partes en esta materia.

A los anteriores argumentos debe añadirse que la jurisprudencia (SSTS de 3 de octubre de 2008 [RC núm. 2727/2004] y de 27 de junio de 2011 [RC núm. 599/2009]) descarta que sea posible poner fin a la pensión reconocida por el mero transcurso del tiempo en su percepción, ya que lo relevante no es el dato objetivo del pa-

Revista Derecho Familia 61.indb 132 04/02/14 11:56

so del tiempo sino la posibilidad de superar la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho, y que el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permita alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar dicha situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención (SSTS de 15 de junio de 2011 [RC núm. 1387/2009] y 23 de enero de 2012, [RC núm. 124/2009]).

El expresado sentido y alcance de la doctrina mencionada determina que deba desestimarse el recurso y confirmarse la decisión de la AP. Los hechos probados, de los que necesariamente ha de partirse en casación, indican que los esposos decidieron libremente, de mutuo acuerdo, fijar una pensión compensatoria a favor de la esposa en convenio regulador de la separación, a la luz de las mismas circunstancias, reveladoras de la desigualdad de ingresos (dada la notable posición de su marido, registrador de la propiedad), y de la existencia de un desequilibrio para la esposa con origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas a consecuencia de su mayor dedicación a la familia, que subsistían al tiempo de formularse la solicitud de extinción de dicho derecho. En este sentido, como afirma la AP, lo verdaderamente relevante es que la situación de desequilibrio se apreció a pesar del resultado del reparto de bienes efectuado al liquidarse en el mismo convenio el régimen económico matrimonial (complementado por otro acuerdo privado de esa misma fecha), y a pesar también de la previsible reducción de la dedicación de la madre al cuidado de la hija común una vez esta alcanzara la mayoría de edad, de manera que ni la situación económica resultante de ese reparto ni la futura independencia económica de la hija fueron óbices para que el hoy recurrente aceptara pagar una pensión a la esposa sin limite temporal alguno en su percepción (aun cuando, contrariamente a lo que se sostiene, la opción de fijarla con carácter temporal existiese ya antes de la reforma de 2005). En esta tesitura, y en la medida que no se han acreditado otras circunstancias, en particular el supuesto desinterés de la esposa en reincorporarse al mercado laboral, solo cabe compartir la conclusión a que llega la AP en cuanto a que la pensión se pactó con arreglo a las mismas bases económicas que podían ser constatadas en el momento de instarse su extinción, la cual la jurisprudencia ha descartado que puede acontecer por el mero transcurso del tiempo.

Al no dedicarse ninguno de los cónyuges exclusivamente al cuidado de los hijos ni al hogar familiar y habiendo desarrollado cada uno de ellos una actividad empresarial autónoma, no se fija pensión compensatoria aunque los ingresos del marido sean sustancialmente mayores. También se tiene en cuenta que separados desde el año 2004 la petición de pensión se hizo en el año 2008.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

Dª Marta interpuso demanda de juicio de divorcio, contra don José Luis y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que acuerde: 1º.–La disolución del matrimonio

Revista Derecho Familia 61.indb 133 04/02/14 11:56

por divorcio. 2º.–Las siguientes medidas definitivas: a) La atribución del uso de las viviendas familiares sitas en … y … a la esposa e hijos que conviven con aquélla. b) Fijar en concepto de pensión compensatoria la suma de mil doscientos euros (1200 euros) a favor de la esposa con carácter vitalicio, que se actualizará anualmente con efectos del uno de enero de cada año aplicando la variación experimentada en el año anterior completo y que señale el índice de precios al consumo publicado por el INE u organismo que le sustituya. 3º.–Condenar en costas a la parte demandada si se opusiera injustificadamente a la presente demanda.

D. José Luis, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se declare el divorcio de las partes declarando no haber lugar a la concesión de pensión compensatoria alguna a favor de la actora, ni atribución del uso de la vivienda conyugal, todo ello con expresa condena en costas a la parte contraria.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Cartagena, dictó sentencia el 27 de abril de 2009, declarando el divorcio y acordando las siguientes medidas: a) Se atribuye el uso de la vivienda ganancial sita en… a la esposa, y sin que puedan entrar en las dependencias sitas en el inmuebles contiguo (ya sea el garaje o el piso superior) privativo del esposo, y cuyo acceso interior podrá ser clausurado inmediatamente por cualquiera de las partes. B) Se establece una pensión compensatoria de 500 euros mensuales a favor de la esposa, que deberá abonar al marido a la mujer en la cuenta corriente que ésta designe dentro de los cinco primeros días de cada mes, debida desde el uno de mayo 2009 y hasta que el marido cause derecho a una pensión de jubilación. Esta cantidad se actualizará anualmente según IPC anual nacional sin necesidad de previo requerimiento ni de nueva resolución judicial (primera actualización mayo de 2010). Y todo ello sin hacer expresa condena en las costas de esta instancia.

En grado de apelación, la Sec. 5ª de la AP de Murcia dictó sentencia el 20 de noviembre de 2009, revocando la Sentencia de Instancia en el sentido de dejar sin efecto el establecimiento de la pensión compensatoria establecida a favor de la esposa Confirmando los demás pronunciamientos de dicha sentencia que no se oponga al presente, y ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada.

Dª Marta interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia de la Audiencia Provincial aceptó que los ingresos del marido son sustancialmente mayores que los suyos pero entiende que para ser acreedor de pensión compensatoria es precisa una descompensación a causa de la separación y que el cónyuge en peor situación tenga derecho a un resarcimiento. Considera, además, que los cónyuges contrajeron matrimonio en el año 1989, fruto del cual nacieron dos hijos, sin que ninguno de ellos se dedicara exclusivamente al cuidado de los mimos y al hogar familiar, habiendo desarrollado cada uno de ellos una actividad empresarial autónoma. En la actualidad los hijos son mayores de edad y son independientes económicamente. Concluye, por tanto, que en la situación actual la esposa no tiene derecho alguno a una equiparación con el patrimonio de su esposo, sino a mantener un

Revista Derecho Familia 61.indb 134 04/02/14 11:56

régimen de vida parejo en su suficiencia y holgura al que tenía en el momento de la ruptura matrimonial, teniendo posibilidades propias para disfrutar de un nivel de vida por sus propios medios no relevantemente diferente al que disfrutaba vigente en el matrimonio, más aun si se tiene en cuenta que, separados los cónyuges en el año 2004, no instó pensión alguna hasta la formulación de la demanda en el año 2008, en cuyo interin su preocupación se centró exclusivamente en disolver la sociedad de gananciales, que fue acordada en el año 2006, habiendo quedado determinado el activo y el pasivo en el año 2008, teniendo en cuenta los rendimientos de la explotación de la actividad profesional de la esposa y del esposo.

Dª Marta considera que la sentencia infringe el artículo 97 del Código Civil, por interpretación indebida, y que presenta interés casacional por oponerse a la doctrina de este Tribunal contenida en las sentencias de 3 de octubre de 2008 y 28 de abril de 2005 por lo siguiente: 1º) sustituye la confrontación de todas las condiciones económicas de cada uno de los cónyuges, por la exclusiva confrontación de sus ingresos, antes y después de la ruptura; 2º) considera la suficiencia de los medios económicos de los que dispone la esposa; 3º) prescinde de muchos de los factores a tener en cuenta para establecer la pensión compensatoria centrándose principalmente en el cuidado de los hijos y hogar familiar; en sus ingresos procedentes de su actividad de comercio y de la disolución del patrimonio ganancial, y en que carece de un derecho a la equiparación de su patrimonio con el de su esposo, y 4º) fija su atención en el momento de la interposición de la demanda y no en el de la ruptura o cese efectivo de la convivencia unos años antes.

Nada más lejos de la realidad. El recurso carece de interés casacional y lo único que se pretende es convertir a esta Sala en una tercera instancia para que valore de nuevo las circunstancias que pudieran ser determinantes para la concesión de una pensión compensatoria a favor de la esposa, lo que no es posible.

El artículo 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 tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 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 a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias. Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria. b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia. c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal».

Esta doctrina se ha aplicado en las sentencias posteriores 856/2011, de 24 noviembre, 720/2011, de 19 octubre y 719/2012, de 16 de noviembre.

Todo ello se ha tenido en cuenta

1. En primer lugar, valora las condiciones económicas que conoce de ambos cónyuges, no solo las que resultan de los ingresos de cada uno, sino la ausencia de otras obligaciones, como la de alimentar a los hijos ya mayores del matrimonio, el régimen económico matrimonial que se disolvió con anterioridad al divorcio, y el hecho de que desde el año 2004 no necesitara ayuda económica alguna, sin que ningún otro dato complementario, capaz de ser confrontado con los anteriores, ofrezca el motivo.

2. En segundo lugar, ningún desequilibrio económico sufre la esposa a resultas de la rup-

Revista Derecho Familia 61.indb 135 04/02/14 11:56

tura que deba ser resarcido teniendo como tiene «posibilidades económicas propias evidentes para mantener por sus propios medios un nivel de vida no relevantemente diferente al que disfrutaba vigente el matrimonio sin precisar ayuda económica de su esposo».

3. En tercer lugar, la sentencia no debe tener en cuenta necesariamente todos los factores que configuran en el artículo 97 el derecho a percibir una pensión compensatoria, sino los que estima más relevantes.

4. En cuarto lugar, la sentencia no fija su atención en el momento de la ruptura de hecho, sino en el de la interposición de la demanda, cosa distinta es que tenga en cuenta este hecho. Por lo demás, en principio, y salvo circunstancias muy concretas de vinculación económica entre los cónyuges, que aquí no se concretan, no existe desequilibrio económico en las situaciones prolongadas de ruptura conyugal. Se entiende que cada uno de ellos ha dispuesto de medios propios de subsistencia y mal se puede argumentar por quien la solicita que la separación o divorcio es determinante para el de un empobrecimiento en su situación anterior en el matrimonio, situación que en el peor de los casos sería la misma, pero no agravada por la ruptura.

Es posible la transformación de la pensión compensatoria vitalicia en temporal cuando se modifique la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico y se alcance la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio. Sin embargo en el caso de autos, el acceso de la ex esposa a un trabajo por el que percibe 400 euros no se considera suficiente para limitar temporalmente la pensión, aunque sí para reducir su cuantía. Si se pidió la extinción o la limitación temporal, no es incongruente la sentencia que reduce su cuantía.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2012

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Justino interpuso demanda sobre modificación de medidas, contra doña Rosario y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare extinguida la pensión compensatoria que se fijo a favor de la demandada en el procedimiento por el que se acordó el divorcio de don Justino, procediendo a su condena en costas, subsidiariamente y para el improbable supuesto de que no se declarase la extinción de la pensión, se acuerde fijar un limite temporal de la misma por plazo de un año, con expresa condena en costas a la parte demandada.

Dª Rosario contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones contenidas en aquella, con imposición de las costas a la parte demandante.

El Juzgado de Primera Instancia núm. uno de Benidorm dictó sentencia el 31 de octubre de 2008 desestimando la demanda.

Revista Derecho Familia 61.indb 136 04/02/14 11:56

En grado de apelación, la Sec. 4ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 8 de octubre de 2009, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por don Justino representado por el procurador Sr. Díaz de la Lastra contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Benidorm (Alicante), con fecha 31 de octubre de 2008, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de fijar la pensión compensatoria a favor de doña Rosario en la cantidad de 180,00 euros mensuales con efectos desde la presente resolución y sin hacer declaración sobre ninguna de las costas correspondientes a este recurso ni a las de la instancia. La Sala consideró, tras el examen de las pruebas obrantes en los autos, que «puede apreciarse que existe una variación en la situación que dio lugar a acordar la medida, ya que la demandada realiza un trabajo por cuenta ajena, pero no hay que olvidar que el mismo, no supone una incorporación plena al mercado laboral, ya que presta sus servicios en un negocio familiar recibiendo una remuneración limitada y que según la prueba practicada no supera los 400 euros», variación que tiene en cuenta «en su justa medida» para reducir la pensión compensatoria que debe abonar el demandante a la demandada a la suma mensual de 180,00 euros.

D. Justino interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso extraordinario por infracción procesal

El escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal formalizado por la recurrente se articula en un motivo único el que se alega la vulneración del artículo 218.1 de la LEC 2000, con base en la incongruencia extra petita de la resolución recurrida. Basa la parte recurrente tal motivo en que la resolución recurrida, mediante un único pronunciamiento de fondo, concede cosa distinta a la pedida por las partes, en tanto que solicitado en la demanda la extinción de la pensión compensatoria o, subsidiariamente, su limitación temporal por el periodo de un año, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, tras reconocer la variación de las circunstancias tenidas en cuenta para acordar la pensión, no acuerda su extinción o limitación temporal sino que se limita a reducir el importe de la misma, cuestión no planteada por ninguna de las partes intervinientes en el presente procedimiento.

El motivo se desestima. No es cierto que los principios de congruencia y de rogación sujeten al juzgador de tal modo que, ante la solicitud de cambio de medias por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción, no le quede otra alternativa que aceptar, total o parcialmente, el planteamiento de la demanda o rechazarlo, sin que pueda tener en cuenta esta modificación a partir de la acreditación de una ligera o simple variación de las circunstancias bien para modificar la medida, bien para transformar en temporal una pensión acordada en principio como vitalicia, pues ambas situaciones se encuentran en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 100 CC. Mal se puede por ello alegar incongruencia cuando se trata de aspectos propios de la medida que se adopta, que en ningún caso da lugar a indefensión.

2. Recurso de casación

El recurso de casación se articula en dos motivos. En el motivo primero se citan como preceptos legales infringidos los artículos 97, 100 y 101 del Código Civil. Se invoca la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las

Revista Derecho Familia 61.indb 137 04/02/14 11:56

sentencias de fechas 17 de octubre de 2008, 10 de febrero de 2005, 28 de abril de 2005 y 19 de diciembre de 2005, relativas a los requisitos que han de concurrir para establecer la temporalidad de la pensión compensatoria. Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida por cuanto la misma no ha tenido en cuenta los parámetros que dicha doctrina jurisprudencial establece para limitar temporalmente la pensión compensatoria, ignorando que el acceso al mundo laboral es una circunstancia muy relevante en orden a determinar la temporalidad de la pensión compensatoria.

Ambos motivos se desestiman. Las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo del tiempo. Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC «si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas –alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (artículo 101 CC). Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente (STS 27 de octubre 2011). Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 del CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida –vitalicio–, como señalan las sentencias que se citan en el motivo para justificar el interés casacional.

Es cierto que esta transformación de la pensión vitalicia en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y, alcanzarse por tanto la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 27 de junio 2011, 23 de octubre de 2012, entre otras).

En la misma línea, las SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008 (RC núm. 516/2005 y RC núm. 531/2005), 28 de abril de 2010 (RC núm. 707/2006) y 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia.

En el presente caso, se reprocha a la sentencia que no haya valorado la circunstancia de acceso de su ex esposa al mercado de trabajo, como causa de limitación temporal o de supresión del derecho a la pensión compensatoria, lo que no es cierto. Las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo ya venían analizadas en resoluciones anteriores y son ellas las que justificaron no solo la concesión del derecho y su cuantía de duración indefinida, sino la posibilidad que tenía entonces la actora de superar en un tiempo determinado el desequilibrio que le generó la ruptura, desde el momento en que nada se dijo, y esta situación se mantiene de tal forma que no es posible extinguir el derecho o transformarlo mediante una pensión temporal. Únicamente para acomodarlo a una suerte de recursos económicos distintos, lo que supone que, por ahora, no se estime concurrente esta situación de idoneidad o de aptitud de la esposa para superar el desequilibrio económico que deriva de un empleo, y que constituye su razón de ser, pues si bien es cierto que alguno de estos factores son distintos en este momento, como es el que resulta del cuidado de los hijos, otros se agravan con el paso del tiempo, como es

Revista Derecho Familia 61.indb 138 04/02/14 11:56

la edad de quien percibe la pensión y las consiguientes dificultades para acceder a un empleo suficientemente retribuido y con plenas garantías de mantenerse en el mismo. La decisión de la Audiencia, contraria a esa temporalidad de la pensión, lejos de asentarse en criterios distintos de los afirmados por la jurisprudencia, o de resultar una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, lógico y prudente, que debe mantenerse.

Por último, en el motivo segundo, tras citarse como preceptos legales infringidos los artículos 97, 100 y 101 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. Se citan, por un lado, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Quinta, de fechas 12 de marzo de 2008, 22 de febrero de 2008, 17 de abril de 2007 y 9 de septiembre de 2002, las cuales establecen que la pensión compensatoria es un instrumento que tiene como finalidad obtener la autonomía individual mediante la percepción de ingresos propios, siendo la incorporación al mundo laboral, aun en el caso de que el mismo no sea indefinido, causa de extinción de la pensión compensatoria. Por otro, con un criterio jurídico coincidente entre si y opuesto al anterior, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, de fechas 25 de septiembre de 2007, 15 de enero de 2008 y 26 de enero de 2004, las cuales establecen que la finalidad de la pensión compensatoria es indemnizatoria y equilibradora entre los ingresos de ambos cónyuges tras la ruptura matrimonial, entendiendo que la obtención de ingresos propios por el perceptor de la misma no es causa de extinción ni de limitación temporal de la pensión.

Lo que hace el recurrente es reiterar lo argumentado en el motivo anterior y es evidente que el problema jurídico que resuelven las Audiencias Provinciales no es otro que el que resulta del contenido y alcance de la pensión compensatoria y los presupuestos que permiten su modificación, extinción o transformación, y sobre ello existe jurisprudencia reiterada de esta Sala.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Los cónyuges casados en separación de bienes son propietarios de dos inmuebles. Habiéndose vendido uno de ellos en el curso del procedimiento de división de cosa común, se adjudica al ex esposo el producto de su venta y a la ex esposa la vivienda familiar sobre la que se declaró un derecho de uso. Como uno de los inmuebles tenía mayor valor que el otro, habrá que hacer las oportunas compensaciones.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 5 de febrero de 2013

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

Dª Concepción interpuso demanda de juicio ordinario contra don Luis Pablo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos. 1º.– Se declare extinguido el condominio respecto de la vivienda descrita en el hecho primero y del vehículo descrito igualmente en el hecho tercero del presente escrito. Que en consecuencia, se declare que la propiedad tanto de la vivienda como del vehículo

Revista Derecho Familia 61.indb 139 04/02/14 11:56

corresponde en un 50% a cada una de las partes. 2º.–Se condene expresamente al pago de las costas procesales al demandado.

D. Luis Pablo contestó a la demanda y formuló reconvención interesando entre otras cosas la disolución de la comunidad de bienes, de forma que se adjudicase a la Sra. Concepción en pago de su cuota del cincuenta por ciento sobre el haber común, la plena propiedad del piso ubicado en Bilbao, y a él, en pago de su cuota del cincuenta por ciento sobre el haber común, la plena propiedad de la vivienda unifamiliar sita en Bidart, debiéndose compensar al mismo por el menor valor de este inmueble.

Dª Concepción se opuso a la demanda reconvencional, y solicitó subsidiariamente que si se acordaba incluir en el activo el piso de Bilbao, que se descontase el «importe del valor de la carga de uso que grava dicha vivienda a favor de los hijos comunes habidos en el matrimonio».

Durante la tramitación del procedimiento, las partes recibieron una oferta para la compra de la vivienda de Francia, y solicitaron de común acuerdo la suspensión del procedimiento. Uno y otro aceptaron la oferta de compra y vendieron la vivienda interesando la reanudación del procedimiento, con la petición de que se tuviera sustituido el inmueble ubicado en Francia, por el valor de venta del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao dictó sentencia el 15 de octubre de 2009 acordando: 1°.–Que se procederá al reparto por partes iguales de la suma obtenida de la venta de la casa unifamiliar sita en … Bidart (Francia), una vez descontados los pagos y demás gastos que la misma hubiera ocasionado. 2°.–Se declara la disolución y extinción del condominio existente sobre la finca ubicada en Bilbao. Se advierte no obstante que la venta de la vivienda, no podrá afectar ni perjudicar al derecho de uso y disfrute reconocido a la Sra. Concepción y a sus hijos, según los términos acordados en la sentencia de divorcio dictada por el juzgado de primera instancia núm. 6 de Bilbao, con fecha de 13 de julio de 2006. 3°.–Se desestiman el resto de pretensiones interesadas por la demandante reconvencional. No procede imposición de costas.

En grado de apelación, la AP de Vizcaya, Sec. 3ª, dictó Sentencia el 19 de mayo de 2010 desestimando el recurso interpuesto por ambos litigantes.

D. Luis Pablo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien acordó lo siguiente: a) Se adjudica a Don Luis Pablo la suma obtenida de la venta de la casa unifamiliar sita en Bidart (Francia), una vez descontados los pagos y demás gastos que la misma hubiera ocasionado, y b) Se adjudica a Doña Concepción de la plena propiedad del piso sito en Bilbao, debiendo compensar a Don Luis Pablo en la cantidad de 51.298 euros.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Todos los motivos del recurso se dirigen a hacer valer el derecho del Sr. Luis Pablo a quedarse con el precio obtenido de la venta del piso de Bidart y a que se adjudique a la Sra. Concepción el de Bilbao, en el que convive con los hijos en virtud de resolución judicial de divorcio de 13 de julio 2006, previa la compensación que fuera procedente dado su mayor valor respecto de la vivienda unifamiliar sita en Francia.

En el motivo tercero denuncia la infracción de los artículos 3, 4.1, 392, 400, 402, 406, 1051, 1061 y 1410, todos del Código Civil. Conside-

Revista Derecho Familia 61.indb 140 04/02/14 11:56

ra que la resolución judicial del régimen económico matrimonial de separación de bienes, debe hacerse con la necesaria contemplación de la realidad social del tiempo en que sus normas han de aplicarse, y por tanto según el recurrente es necesaria la formación de lotes o adjudicaciones de cosas concretas puesto que la liquidación así practicada no causaría ningún perjuicio a los menores, ya que se adjudicaría a cada uno de los ex cónyuges uno de los dos inmuebles. En el cuarto motivo, la infracción viene referida a los artículos 91, 95 y 96 del Código Civil y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en relación con los artículos 7.1, 400, 402, 404, 406, 1051, 1052 y 1061, todos del Código Civil, en cuanto la Sentencia recurrida hace una interpretación sesgada del derecho al uso del domicilio familiar, pues parece justificar que este derecho impide la correcta liquidación de la masa común de bienes de copropiedad de los ex cónyuges, por ello mantiene que la existencia de un derecho de uso a favor de los hijos menores no puede impedir la correcta y equitativa liquidación de los bienes que conforman el activo, con independencia del régimen económico, cuando existan bienes suficientes a repartir entre los cónyuges, como es el caso, sin perjuicio de las compensaciones económicas a que pueda haber lugar.

En efecto, entre actora y demandado existe una comunidad ordinaria de bienes correspondiente a un régimen económico matrimonial de separación en el que se integran dos inmuebles por adquisición conjunta y su pertenencia en proindiviso en la proporción en que los adquirieron, del 50% a cada uno, para cuya liquidación han acudido a la división de cosa común, mediante el juicio ordinario, teniendo en cuenta que uno de estos inmuebles tiene el carácter de vivienda familiar cuyo uso viene atribuido a uno de los cónyuges como complemento de la medida de guarda y custodia de los hijos habidos del matrimonio.

Ambos cónyuges están de acuerdo en la división y por ello debe procederse a dividir. El artículo 400 CC –dice la STS 27 de febrero 2012– «recoge la vieja regla romana de acuerdo con la que nadie está obligado a permanecer en la división. El derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción en el artículo 400 CC que el pacto entre los condóminos y aun así, con las limitaciones que el propio artículo establece. Cada comunero puede salir de la comunidad, y el Código Civil permite imponer a los demás la división, porque el régimen de comunidad tiene una naturaleza transitoria e incidental. Y por ello la acción es imprescriptible e irrenunciable».

Por ello debe aceptarse la acción de división en la forma interesada por el ahora recurrente pues ambos cónyuges están de acuerdo en que ello se lleve a cabo, si bien de forma distinta, teniendo en cuenta que la acción de división no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges cuando se trata de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y uno de ellos la ejercita. «En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTS de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003, 8 mayo 2006, 27 de febrero de 2012, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges (…)».

Pero no es esto lo que realmente se discute, pese al interés de la parte actora en excluir de la acción de división el piso de Bilbao en razón a la existencia de este derecho. La división se solicitó, no en la demanda inicial, sino en la demanda reconvencional y en ningún caso pasa por la venta del inmueble, sino por su adjudicación en propiedad a la esposa y la atribución al esposo del importe de la venta de la otra vivienda en copropiedad mediante la compensación que sea pertinente por el mayor valor de una sobre la otra, con lo que el derecho de uso se mantiene.

Lo que se pretende en la reconvención, y ahora en el recurso, es una forma distinta de poner fin a las relaciones jurídicas que derivan de una comunidad voluntariamente constituida no sólo sobre dicho piso, sino también sobre el que dio lugar a la demanda inicial y que fue vendido en el curso del procedimiento, y esta forma de extinción debe acomodarse al interés de los partícipes, y no al puro interés particular de uno de ellos, lo que se consigue no mediante la división de la comunidad por cada uno de aquellos bienes, sino mediante la formación de lotes, puesto que de

Revista Derecho Familia 61.indb 141 04/02/14 11:56

otra forma se perjudicaría gravemente a uno de los partícipes que recibe el 50% del precio obtenido por la venta de la casa de Bidart y sufre durante un periodo considerable de tiempo las consecuencias negativas de la división del otro piso, si es que se vende, estando como está afectado por el derecho de uso reconocido a los hijos menores y a la esposa, dado el escaso interés que en la liquidación del condominio ofrece la adquisición de la vivienda en estas condiciones.

Es evidente, por tanto, que la división de la comunidad no puede producirse como si únicamente el patrimonio de los partícipes estuviera determinado por un único inmueble acudiendo al artículo 400, ya que es un precepto pensado para otro supuesto distinto, esto es, para cuando lo que está en comunidad es un único objeto Precisamente el artículo 406 ordena la aplicación de las normas de la división de herencia a los partícipes en la comunidad en la división de ésta, lo que se adapta perfectamente a la situación en la que lo que está en comunidad es una pluralidad de objetos (STS 12 de julio 1996).

El artículo 406 CC se remite a las reglas concernientes a la división de la herencia para la división de la cosa común –actio communi dividundo– y es el artículo 1061 CC el que proclama el principio de igualdad correspondiente adjudicación de bienes a los partícipes de la comunidad que ponga fin al estado de indivisión, entendido en el sentido de que no se trata de una igualdad matemática o absoluta sino de una adjudicación presidida por un criterio de equitativa ponderación determinado por las circunstancias de cada caso, lo que justifica plenamente la directa adjudicación al cónyuge titular del derecho de uso de la propiedad de la vivienda familiar desechando la posibilidad de su venta en pública subasta, sin perjuicio de la compensación económica que proceda; solución que es totalmente respetuosa no solo con el derecho de uso atribuido a la misma en el proceso de divorcio, en cuanto consolida propiedad y uso, sino con los intereses de quien no lo disfruta por cuanto la venta en publica subasta, si es que se consigue en estas condiciones, va a impedir al esposo, participe al 50% de la propiedad, recibir durante un tiempo considerable la parte del patrimonio que legítimamente le corresponde y consiguientemente proveer al pago de una vivienda en la que acomodarse.

La estimación del recurso supone asumir la instancia en lo que se refiere a fijar la compensación que por razón de la diferencia del valor de las atribuciones deberá hacer efectiva la esposa, teniendo para ello en cuenta el importe recibido por la venta de la casa de Francia, que recibirá el recurrente, y el valor del inmueble de Bilbao, que se adjudica a la esposa, y que esta Sala cifra en la suma de 51.298 euros, que resulta de la pericia practicada en los autos, que la parte recurrente asume, y que no resulta desproporcionada en razón a los valores e intereses económicos en disputa.

Es abusivo que la esposa solicite en la liquidación de gananciales que se le adjudique uno de los inmuebles, y que el otro, sobre el que se acordó atribuirle su uso en su condición de progenitora custodia, se adjudique al esposo, pues ello no respeta la regla de la equidad e igualdad, y en la práctica supone privar al esposo del derecho de disponer de los inmuebles de los que es titular.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 14 de febrero de 2013

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Luis Ángel interpuso demanda de juicio de solicitud de liquidación del régimen matrimonial de gananciales, contra doña Covadonga y alegando los hechos y

Revista Derecho Familia 61.indb 142 04/02/14 11:56

fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se señale hora para la comparecencia de los cónyuges al objeto de alcanzar un acuerdo y en su defecto, designar contador para la práctica de las operaciones divisorias.

Citadas las parte a comparecencia, se celebró la misma con asistencia de sus letrados y procuradores.

El Juzgado de 1ª Instancia núm. 29 29 de Madrid dictó sentencia el 21 de diciembre de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Estimando parcialmente la pretensión de las partes don Luis Ángel y doña Covadonga referente a la liquidación de su Sociedad Legal de Gananciales procede aprobar la división y adjudicación realizada por el contador partidor designado y realizado el 7 de septiembre de 2006 añadiendo a las adjudicaciones de cada una de las partes lo siguiente: El 50% del reseñado con el núm. 2 del pasivo por valor 927,20 euros. No ha lugar a la imposición de las costas causadas.

En grado de apelación, la Sec. 22ª de la AP de Madrid dictó Sentencia el 15 de junio de 2009 estimando los recursos interpuestos y acordando lo siguiente: 1º.–Se incluye en el pasivo para la liquidación de la sociedad de gananciales una deuda por I.B.I. y tasa urbana de alcantarillado con la demandada por importe de 1.019,82 euros; 2º.–Se adjudica a la demandada el pleno dominio de la vivienda sita en Madrid, CALLE000 núm. NUM000 NUM001 NUM002 debiendo compensar la demandante por el exceso de adjudicación en 45.093,97 euros en el plazo de máximo de 5 años; 3º.–Se adjudica al demandante el pleno dominio de la vivienda sita en Barruiana CALLE001 núm. NUM001. Sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

Dª Covadonga interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, y en lo que aquí interesa, Dª Covadonga, solicitó que se le adjudicara la vivienda que el matrimonio tiene en Burriana y a su marido la vivienda sita en Madrid, respetando el uso establecido en la sentencia de separación matrimonial de fecha 1 de marzo de 1991 a favor de la hija común que continúa con sus estudios y se le compense por el exceso de valor que dicha vivienda tiene. Recurre, en definitiva, la sentencia de la Audiencia Provincial que acordó adjudicar a cada litigante un inmueble, correspondiéndole a ella el piso de Madrid porque constituye su residencia «compensando por el exceso de adjudicación al demandante D. Luis Ángel».

El único motivo del recurso cita como infringidos los artículos 1061 y 1062, ambos del Código Civil, y las sentencias de esta sala de 2 y 25 de noviembre de 2005, porque no se ha respetado la necesaria equidad puesto que se ha privilegiado a quien tenía más capacidad económica en contra del más desvalido.

El recurso se desestima por el Tribunal Supremo. El artículo 1061 del Código Civil, aplicable a la sociedad de gananciales, establece que en la partición deberán hacerse lotes en los que se guarde la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad y especie. La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que este precepto «tiene un carácter más bien facultativo que imperativo», y proclama el principio de posible igualdad, de equidad o equitativa ponderación (SSTS de 15 marzo 1995, 6 octubre 2000, 25 noviembre 2004

Revista Derecho Familia 61.indb 143 04/02/14 11:56

y 2 noviembre 2005, 28 de noviembre 2007, 26 de mayo 2011, entre otras). Sucede en este caso que en la sociedad de gananciales en liquidación, sólo hay dos bienes inmuebles: uno de ellos, el que ella usa en compañía de su hija, Damaris, como consecuencia de la sentencia de separación, que pretende que se adjudique a Don Luis Angel, con la compensación correspondiente por su mayor valor, manteniendo el derecho de uso hasta que su hija termine los estudios universitarios o se independice económicamente, y otro en Burriana (Castellón) que reclama para ella. Pues bien, una propuesta como la que pretende resulta no solo abusiva respecto a los derechos e intereses de la otra parte sino que va en contra de los principios contenidos en el mencionado artículo 1061 del Código Civil, sobre el que se sustenta básicamente el motivo, toda vez que en la práctica se priva a uno de ellos del derecho a disponer de los inmuebles de los que es titular, no solo del de Burriana, sino del de Madrid, del que sigue y seguirá disponiendo la recurrente durante un periodo de tiempo imprevisible si es que finalmente se mantiene el uso en la forma interesada en la propuesta de partición. Lo que la sentencia hace es precisamente respetar, con un criterio de absoluta equidad, la regla de igualdad que la norma previene, haciéndolo mediante la entrega a uno y a otro bienes de semejantes características procurando, además, que esta igualdad se mantenga mediante la compensación por el exceso de adjudicación; todo ello sin referencia a la situación económica de quien recurre puesto que no fue objeto de alegación y prueba salvo lo que se refiere a las facilidades de pago de la cantidad con la que debe ser compensado ofrecidas por el recurrido.

Bajo el régimen de separación de bienes, aun cuando la esposa figurase como titular de una cuenta indistinta, no tiene derecho alguno sobre sus fondos al quedar acreditado que correspondían exclusivamente al esposo por donación de su madre, sin que conste que la donación fuese conjunta. Por otro lado, no procede aplicar la prescripción adquisitiva dado que el esposo nunca dejó de ser dueño del dinero.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 15 de febrero del 2013

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

Dª Margarita y D. Romualdo Estaban casados en régimen de separación de bienes.

En enero de 2005, la madre de D. Romualdo y su pareja sentimental son agraciados con un premio de la lotería primitiva por valor de 5.971.784,95 euros. De dicha cantidad le corresponde el 50% a cada uno, pero a su vez Dª Pilar le dona un 25% a su hijo, cantidad que se concreta en 1.492.946,24 euros que este ingresa en una cuenta de titularidad indistinta con su esposa, Dª Margarita, en la Banca March.

La entrega se documenta en un acta notarial de fecha 19 de enero de 2005 en la que intervienen además de Dª Pilar y su pareja, d. Romualdo, sin que en ningún momento se haga referencia a Dª Margarita, y establece, según su tenor literal, que los comparecientes: «Quieren dejar constancia de que participan en el boleto premiado en la siguiente proporción: Dª Pilar en un veinticinco por ciento; D. Romualdo en un veinticinco por ciento; y D. Mario en un cincuenta por ciento».

Revista Derecho Familia 61.indb 144 04/02/14 11:56

Los ingresos de la cuenta de la Banca March provienen prácticamente en exclusiva del dinero del premio de la lotería a diferencia de lo que sucede con otra cuenta corriente que el matrimonio tenía en el Banco de Sabadell en el que se ingresaban las nóminas de ambos litigantes, se pagaban gastos comunes, y el pago de la hipoteca del piso que ambos compraron, además de todos los gastos que ello generaba (seguros, etc.). A efectos del IRPF declaran el 50% de la cuenta de la Banca March. No consta que Dª Margarita haya realizado ninguna operación individualmente, en cambio D. Romualdo ha comprado un coche BMW, matrícula…-FLV, figurando sólo él como propietario, aunque lo usara también Dª Margarita. Don Romualdo concedió un préstamo a Mundiforest por 300.000 euros pendientes de amortizar. El préstamo lo formalizó d. Romualdo «en su propio nombre y derecho», siendo el administrador de la empresa prestataria familiar de Dª Margarita. Vende asimismo acciones y compra fondos de inversión, alguno a nombre de su hija Yaiza, otros de titularidad indistinta, como la cuenta.

Dª Margarita interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Romualdo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: A) Se declare que la mitad de la suma de 320.000 Euros que el Sr. Romualdo sacó de la cuenta la cuenta corriente de la Banca March número NUM000, el día 13 de marzo de 2008 era propiedad de la actora, Margarita. B) Declarar que el crédito frente la entidad MUNDIFOREST, S.L. que a día de hoy asciende a 200.000 Euros pertenece por mitad a cada uno a la actora y al demandado. C) Declarar asimismo que el automóvil marca «BMW» matrícula…-FLV, que figura a nombre Don Romualdo es propiedad por mitad a cada uno del citado y de la actora. D) Condenar al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones y todas sus consecuencias legales, esto es, a pagar a la actora la suma de 160.000 Euros correspondiente al 50% de la cantidad extraída de la «Banca March» el 13 de marzo de 2008, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la presente demanda. H) Dado el carácter indivisible del automóvil «BMW», matrícula…-FLV, proceder a la división de dicha propiedad común, con venta en subasta del mismo y admitiendo como postores a los propios litigantes, y entrega por mitad y a cada uno de ellos del neto obtenido. 1) Imponer al demandado el pago de las costas del juicio.

D. Romualdo contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que absolviendo a mi mandante de los pedimentos formulados de adverso, imponga las costas del presente procedimiento a la actora, por temeridad y mala fe.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Palma de Mallorca dictó Sentencia el 31 de julio de 2009 estimando la demanda.

Dª Margarita interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Audiencia Provincial, revocando la resolución del Juzgado, deduce que no hubo donación de una parte del premio de la lotería de Dª Pilar a Dª Margarita, puesto que si hubiera querido hacerlo bastaba con haberla incluirlo en la escritura, ni tampoco posterior donación de su

Revista Derecho Familia 61.indb 145 04/02/14 11:56

marido por el hecho de haber ingresado el dinero en la cuenta. Tampoco deduce de la titularidad indistinta de la cuenta la copropiedad de las cantidades contenidas en ella. La titularidad indistinta –dice– no equivale a copropiedad. Consiguientemente, desestima la demanda formulada por Dª Margarita contra D. Romualdo, sobre acción declarativa de la propiedad de la mitad de la suma de 320.000 euros existente en la cuenta corriente abierta en la Banca March con motivo del ingreso de dinero proveniente del premio de la lotería, así como la mitad de la suma de 200.000 euros a que asciende el préstamo pendiente de amortizar y la mitad del vehículo familiar.

El recurso de casación se articula en cinco motivos. En los cuatro primeros cita por este orden la infracción del artículo 348 CC, por entender que el recurrido ha de abonar la mitad de la suma recibida por la disposición ilícita de acciones y fondos de inversión, de la cuenta corriente de la cual es cotitular la recurrente; del artículo 397 CC, al haber dispuesto el recurrido de bienes que pertenecían conjuntamente a ambas partes; del artículo 392 CC, manteniendo la existencia de comunidad de bienes sobre los fondos existentes en la cuenta común de la Banca March creada para ingresar el dinero obtenido con el premio de la lotería y del artículo 393 CC, insistiendo en que los bienes sobre los que dispuso el recurrido eran de titularidad conjunta.

Todos ellos se analizan conjuntamente y son desestimados por el Tribunal Supremo.

Es doctrina reiterada del alto tribunal que la cuenta corriente bancaria expresa una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que las retiene, no pudiendo aceptarse el criterio de que el dinero depositado en tales cuentas indistintas pase a ser propiedad de uno de ellos, por el solo hecho de figurar como titular indistinta, porque en el contrato de depósito, la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada, y el depositario que la recibe, no modificándose la situación legal de aquel, en cuanto a lo depositado, por la designación de persona o personas que la puedan retirar. Tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuanto dispongan los tribunales sobre su propiedad. Por ello, el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa prima facie, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sólo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta (SSTS 31 de octubre de 1996, 23 de mayo de 1992, 15 de julio y 15 de diciembre de 1993, 19 de diciembre de 1995, 7 de junio de 1996, 29 de mayo 2000, 14 de marzo y 12 de noviembre 2003).

Pues bien, como quiera que los hechos probados en la sentencia de instancia establecen como datos fácticos, inatacables en casación, que los fondos de que el dinero que ha abastecido la cuenta bancaria litigiosa eran de la exclusiva pertenencia del actor, que los recibió de su madre y de su compañero sentimental, procedentes de un premio de la lotería, y que la creación de la cuenta no supuso ni significó acto de donación del dinero aportado a la misma por uno de los cónyuges (ningún motivo tiene que ver con una posible donación que la sentencia niega y que tampoco puede deducirse de los hechos probados en la instancia), quedando tan sólo limitada tal operación a facultar a su esposa la condición de cotitular de la cuenta, las conclusiones resultan obvias en cuanto a la inexistencia de una comunidad de bienes sujeta a los artículos 392 y siguientes del CC, cuya parte pueda reivindicar uno de los partícipes, estando como estaban los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de absoluta separación de bienes, que precisamente pretende evitar la vinculación patrimonial que ahora se quiere hacer efectiva mediante la asimilación de este régimen al de la sociedad legal de gananciales por parte de quien solo figura como cotitular y no demostró ostentar la propiedad del dinero depositado, lo que tampoco se justifica por las declaraciones fiscales.

En el quinto motivo alega la infracción de los artículos 1955 y 1941 CC, manteniendo la existencia de prescripción adquisitiva sobre los bienes reclamados. En la cuestión planteada hay que señalar, conforme a la Sentencia de esta Sala de 11 de julio de 2012, que la usucapión requiere

Revista Derecho Familia 61.indb 146 04/02/14 11:56

de la posesión y del transcurso del tiempo como presupuestos generales de su propia configuración como fenómeno jurídico, conforme a lo expresamente contemplado en el artículo 1941 del Código Civil que articula la possessio ad usucapionem en relación a la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (STS 28 de septiembre 2012). El tiempo es en este caso de tres años del artículo 1955 por la posesión no interrumpida con buena fe respecto de los bienes muebles. Debe recordarse, para desestimar el motivo, que en ningún momento el demandado ha dejado de ser dueño del dinero y nunca la actora ha dispuesto del mismo en exclusiva y con titulo de dueña, ni resulta suficiente a estos efectos la posesión como copropietaria, lo que impide reconocer en la recurrente una posesión a título de dueña, excluyente de otra posesión, iniciada con ocasión del ingreso del dinero del premio en la cuenta, con la consiguiente falta del presupuesto temporal preciso, y de las restantes condiciones necesarias para usucapirlo en su totalidad o en la parte que pudiera corresponderla como partícipe.

No existió simulación en la escritura de capitulaciones matrimoniales ni en la liquidación de la sociedad de gananciales al no acreditarse que existiese una fiducia cum amico.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 7 de marzo de 2013

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

El día 30 de diciembre de 1997, D. Nicolás y Dª Ramona, que estaban casados en régimen de gananciales desde el día 20 de febrero de 1959, otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales en la que convienen un régimen económico matrimonial de separación de bienes y liquidan el haber ganancial hasta entonces existente. Este nuevo régimen se mantuvo hasta que en el año 2006 se produjo la ruptura matrimonial.

D. Nicolás interpuso demanda de juicio ordinario contra Dª Ramona solicitando que se declarase la nulidad de las citadas capitulaciones matrimoniales con base en una pretendida simulación de la liquidación de los gananciales y la existencia de una fiducia cum amico, que amparaba en los siguientes hechos: a) la gran diferencia de valoración que se había hecho figurar de los bienes de cada uno de los lotes con indudable beneficio a su esposa; b) la inclusión de bienes privativos del esposo como gananciales, especialmente los referidos a su participación en el negocio de Hidaque SL; c) la no inclusión en el inventario de otros muchos bienes, ya fueran gananciales o privativos; d) la simulación de ciertas cantidades de dinero, que no tenían justificación, así como de sociedades que estaban quebradas, sin actividad para compensar al esposo la adjudicación de los bienes inmuebles a la esposa y poder equilibra los lotes; e) la titulación a favor de la esposa de la mayor parte del patrimonio recibido por la participación en Hidaque SL, y de dos tercios del edificio de la AVENIDA001 NUM012 de Granada, perteneciente al patrimonio de esta sociedad, que estaba a nombre de uno de los socios y f) la titulación a favor de la esposa como la mayor partícipe en varias de las sociedades que fundó el esposo, especialmente la sociedad Dasigo SA. De forma subsidiaria

Revista Derecho Familia 61.indb 147 04/02/14 11:56

interesó que se declarase la ganancialidad de todos los bienes y la copropiedad al 50% de los mismos para ambos litigantes.

Dª Ramona contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda deducida contra mi mandante, absolviendo de todos los pedimentos que se contienen en la demanda y condenando en costa a la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Granada dictó sentencia el 3 de marzo de 2009 estimando la demanda y haciendo los siguientes pronunciamientos: a) Se declara nula, por simulación, la liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de sus bienes efectuados mediante la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 30 de diciembre de 1977; b) Se declara nulo, por simulación, el cambio en el régimen económico del matrimonio estipulado, también por escritura de 30 de diciembre de 1977; c) Se declaran todos los bienes como gananciales y en tal caso, copropietarios al 50% de los mismos, tanto actor como demandada, no sólo aquellos anteriores a dicha escritura, sino incluso los posteriores; d) Se ordenan las inscripciones pertinentes en uno u otro caso, en los distintos Registros de la Propiedad; e) Asimismo se imponen las costas causadas a la parte demandada.

En grado de apelación, la Sec. 4ª de la AP de Granada dictó Sentencia el 25 de junio de 2010, estimando el recurso y revocando en parte la sentencia declaró que la totalidad de participaciones sociales de la mercantil Avda de Andaluces 3 S.L, pertenecen por mitad a don Nicolás y a Dª Ramona, debiendo ser reconocida de esta forma su titularidad, ordenando la inscripción en los libros de socios de la expresada sociedad. Absolvemos a la demandada de los demás pedimentos formulados tanto principal como subsidiariamente en la demanda todo ello sin imposición de costas de ambas in instancias. De la valoración de las pruebas practicadas, la Audiencia Provincial entendió que no resultaba acreditado que el régimen de separación de bienes establecido mediante escritura pública de fecha 30 de diciembre de 1977, fuera simulado ni que hubiese una fiducia cum amico con la finalidad de proteger el patrimonio familiar frente a terceros.

Tanto Dª Ramona como D. Nicolás interpusieron recursos por infracción procesal y casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso de casación de D. Nicolás

En el primer motivo del recurso se alega la infracción de los artículos 1346, 1352, 1315, 1316, 1396, 1320 y 1334, todos ellos del Código Civil, discrepando de la calificación de los bienes litigiosos, porque entiende que éstos son de naturaleza privativa. El motivo se desestima. Una y otra parte litigante otorgaron capitulaciones sobre la base o presupuesto esencial de que todos los bienes que se repartían tenían la consideración de bienes gananciales, y así lo dijeron en el expositivo IV. Pero, además, la sentencia recurrida declara probado que las acciones de Hidaque tenían carácter ganancial hasta el momento de dichas capitulaciones. Es cierto que el artículo 1352, introducido por la ley 11/1981, de 13 de mayo, no estaba vigente en el momento del reparto y que sería posible una retroactividad interpretativa de la norma, pero lo que no es

Revista Derecho Familia 61.indb 148 04/02/14 11:56

posible es traer a colación una norma posterior a las capitulaciones sin respetar los efectos jurídicos ya producidos por voluntad expresa de ambas partes que decidieron dotarlas de carácter ganancial y atribuírselas a la esposa.

En el segundo motivo se alega la infracción de los artículos 1281 y 1282 CC, considerando que resulta acreditado el hecho de la fiducia cum amico de las capitulaciones matrimoniales así como el carácter privativo del edificio de AVENIDA001, n° NUM012 de Granada. Se desestima. Lo que pretende es invalidar la escritura de capitulaciones porque era el esposo quien compraba y decidía poner los bienes a nombre de la esposa. Esto no es un problema de interpretación sino un evidente intento de revisar la prueba en razón de un reparto no equitativo de los bienes entre los cónyuges. Lo cierto es que la sentencia analiza no solo la escritura, sino los actos anteriores y posteriores a la liquidación sin advertir que hubiera una voluntad distinta de la que expresaron en ella.

En el tercer motivo se aduce la vulneración de los artículos. 1398, 1358 y 1359 CC, en cuanto al hecho de si se declara la no pervivencia de la sociedad de gananciales, la conclusión sería la de privacidad de los bienes. Se desestima. Este motivo hace supuesto de la cuestión, puesto que parte de datos fácticos que son distintos de los probados y pretende convertir el recurso de casación en una tercera instancia (SSTS de 22 de mayo de 2002, así como las 28 de octubre de 2004. 8 de abril de 2005); además, introduce cuestiones nuevas sobre las cantidades de dinero que se pretenden como privativas, lo que no es posible.

En cuarto motivo vuelve a hacer supuesto de la cuestión en el sentido de partir de hechos que no han sido declarados probados o prescindir de los probados (SSTS 9 febrero, 4 abril y 15 de noviembre de 2012). Cita los artículos 1275, 1276, 1261, 1315, 1316, 1320, 1328 y 1407, que en su desarrollo complementa con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y con el artículo 1282, sobre interpretación, sin que de tan numerosa cita de artículos se colija como ha podido infringirse alguno de ellos, como el artículo 1320 del CC, que no ha sido aplicado en ninguna de ambas instancias. Lo que sostiene, en definitiva, es que es nula la escritura de 1977 por falta de causa y que se trata de un contrato simulado, lo que ciertamente nada tiene que ver con una discrepancia relativa a la aplicación de normas sustantivas, sino con evidente intento, una vez más, de que se valore de una forma distinta la prueba, lo que no es posible plantear en casación, sin tener además en cuenta la presunción de existencia y licitud de la causa establecida en el artículo 1277 CC. Se desestima.

En el quinto motivo se alega la infracción de los artículos 609 CC, sobre adquisición de la propiedad, en relación con el artículo 386 de la LEC, y artículos 633 y 1334 del CC, en cuanto a la prueba de los contratos simulados. Su desestimación resulta obvia. La jurisprudencia de esta Sala considera que el escrito de interposición de un recurso de casación exige una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente y que esta exigencia se traduce no solo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en el rechazo de motivos en los que se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, o sustantivas y procesales o, también jurídicas, pero heterogéneas entre sí, ya que no es función de la Sala averiguar en cuál de ellas se halla la infracción. En consecuencia, no está permitido en casación la denuncia acumulada de diversos preceptos cuando no pueden ser objeto de infracción conjunta ni de una respuesta unitaria, siendo este defecto una causa de desestimación (SSTS de 27 de junio de 2011, RC num. 396/2008, 22 de marzo de 2010, RC num. 364/2007, 7 de julio de 2010, RC num. 151/2007, 7 de julio de 2010, RC num. 1658/2004, y 11 de noviembre de 2010, RC num. 1485/2006, entre otras muchas).

Finalmente en el sexto motivo se alega la infracción de la doctrina jurisprudencial del negocio fiduciario. Se desestima. Una vez más, la recurrente da una versión distinta de los hechos y de la prueba que niega el hecho básico que justificaría la idea de una fiducia o, más bien, de una simulación. Es doctrina reiterada de esta Sala que la casación no es una tercera instancia, siendo su función la de contrastar la correcta aplicación de la norma sustantiva aplicable a la controversia, a la cuestión de hecho tal y como fue sentada por el tribunal de instancia, esto es, la estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la

Revista Derecho Familia 61.indb 149 04/02/14 11:56

determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados (SSTS de 4 de noviembre de 2010, RC núm. 2051/2006; 28 de julio de 2010, RC núm. 1688/2006; 29 de junio de 2010, RC núm. 871/2006; 1 de febrero de 2010, RC núm. 191/2007; 14 de febrero de 2011, RC núm. 603/2007; 14 de marzo de 2011, RC núm. 1970/2006 y 13 de octubre de 2011, RC núm. 1354/2007).

2. Recurso de casación de Dª Ramona

Se formulan cinco motivos. Todos ellos van a ser analizados conjuntamente puesto todos, de una forma o de otra, tienen que ver con el carácter, ganancial o privativo, del edificio ubicado en AVENIDA001, n° NUM012 de Granada, integrado en la sociedad Avda. de Andaluces 3 SL, el cual, se dice, fue adquirido por la recurrente mediante escritura pública de compraventa de fecha 10 de febrero de 1978, y por tanto con posterioridad al establecimiento del régimen de separación de bienes, con lo que se trata de un bien privativo de la recurrente. En el primero se alega la infracción de los artículos 1435 y 1437 CC, en relación con los artículos 1315, 1325 y 1392 del mismo texto legal. En el segundo motivo se alega la infracción del artículo 1347 CC, en relación con los artículos 1315, 1325 y 1392 del mismo texto. En el tercero se alega la vulneración de la doctrina jurisprudencial en materia de comunidad postganancial o comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial. En el cuarto, la infracción del artículo 609 CC sobre adquisición de la propiedad, en relación con el artículo. 1462 del mismo texto legal sobre entrega de la cosa vendida, mientras que el quinto la infracción de la doctrina jurisprudencial en materia de fiducia cum amico.

Se desestiman por razones obvias pues tampoco en este caso la recurrente respeta los hechos probados de la sentencia recurrida. No se trata de unos bienes adquiridos por Dª Ramona después de modificar el régimen económico matrimonial, sino que son bienes anteriores a la escritura de capitulaciones que no se incluyeron en la misma. Se trata, en definitiva, de un bien no liquidado. Es hecho probado que dicho edificio no fue propiedad de Hidaque y que tanto las dos terceras partes pro indiviso del edificio como la posteriormente adquirida formaba parte del acervo ganancial antes de la disolución liquidación. Ocurrió que no se había formalizado la transmisión por parte de quien debió hacerlo y por eso ninguna mención se hizo en la escritura de liquidación, omitiendo cualquier referencia a la misma, por más de que se escrituraran únicamente a nombre de Dª Ramona que no pagó ningún precio por ello. Trae causa, por tanto, de una posición inicial de ganancialidad lo que excluye el carácter privativo que ahora se pretende.

PAREJAS DE HECHO

Se resuelve por falta de pago el contrato de compraventa mediante el cual la conviviente de hecho vendió la mitad del inmueble al conviviente, pues practicado el requerimiento, éste no hizo efectivo el pago. Como consecuencia de ello se desestima la acción de división de cosa común que interpuso el conviviente.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2012.

Ponente: **Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Aníbal interpuso demanda contra Dª Irene solicitando que se proceda a la extinción de la comunidad de bienes formada por las partes, procediéndose a la venta del inmueble que la forma, liquidación del crédito hipotecario que grava el inmueble y el

Revista Derecho Familia 61.indb 150 04/02/14 11:56

resto del precio obtenido por la venta se reparta al 50% entre las partes, se emplace a la demandada para que se persone y la conteste si a su derecho conviene.

Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de Dª Irene contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, previos los trámite s legales, se dictara sentencia de conformidad con el Suplico de su escrito de contestación.

Por Auto de fecha 4 de septiembre de 2007 se acordó la acumulación de los autos de menor cuantía núm. 108/07 seguidos en el Juzgado de igual clase número 2 de Dos Hermanas (Sevilla), promovidos a instancia de Dª Irene contra don Aníbal, solicitando la parte actora se dicte «… sentencia en la que: 1. Se declare resuelto el contrato de compraventa concertado entre mi representada y el demandado en fecha 9 de diciembre de 2003 mediante escritura pública otorgada ante la fe del Notario de Sevilla Don Antonio Ojeda Escobar como sustituto de su compañero don Abilio y obrante al núm. 3673 de su Protocolo respecto a la mitad indivisa del bien inmueble que se determina en el cuerpo de este escrito, sito en Dos Hermanas (Sevilla). Se declare el reintegro de prestaciones, de modo que mi representada permanezca propietaria del bien inmueble, pero sea indemnizada con la totalidad de la cantidad que en las escrituras mi representada confiesa haber recibido del demandado por importe de 664,21 euros así como con la cantidad abonada por mi representada por los gastos de la compraventa por importe total de 4.412,00 euros. 3. Se condene al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones. 4. Se dirija mandamiento al Registro de la Propiedad num. 1 de Dos Hermanas en el que se ordene reinscribir a nombre de mi representada como dueña en pleno dominio de la finca objeto del presente juicio. 5. Se condene al demandado al pago de las costas procesales».

Por la representación de don Aníbal se contestó la demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado «… dicte en su día sentencia en que se desestime aquélla con expresa condena en costas a la actora».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Dos Hermanas dictó Sentencia el 30 de mayo de 2008, desestimado la demanda acumulada de resolución de contrato y estimando la acción de división de la cosa común.

En grado de apelación, la Sec. 5ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 10 de febrero de 2010 desestimando el recurso interpuesto por Dª Irene.

Dª Irene interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, declarándose resuelto el contrato de compraventa celebrado entre las partes en fecha 9 de diciembre de 2003 respecto de la mitad indivisa del bien inmueble a que se refiere la demanda y condenamos al Sr. Aníbal a indemnizar a la demandante de la cantidad de 4.412 euros y a la pérdida de la cantidad de precio entregada ascendente a 664,21 euros; así como acordamos que se dirija mandamiento al Registro de la Propiedad para ejecución de lo resuelto.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dª Irene no formula objeción alguna ante la naturaleza indivisible de la finca urbana que integra la comunidad, sino que entiende que el actor no puede ejercitar dicha acción porque ha de

Revista Derecho Familia 61.indb 151 04/02/14 11:56

considerarse resuelto el contrato de compraventa por el que le vendió el 50% de la titularidad dominical, por no haber abonado el precio pactado.

La sentencia impugnada, tras referirse a que la vendedora está ejercitando la acción resolutoria para la que le faculta el artículo 1.124 del Código Civil cuando existe un incumplimiento por la otra parte, rechaza dicha pretensión al no haber seguido lo dispuesto por el artículo 1504 del Código Civil, pues sostiene la Audiencia que en los dos requerimientos efectuados por la vendedora al comprador «no se está dando por resuelto el contrato de compraventa otorgado mediante escritura pública el día 9 de diciembre de 2003, en los términos que se exige por el citado artículo 1504, sino que claramente se está exigiendo el pago, y condicionando su voluntad de darlo por resuelto, al incumplimiento de esa obligación, es decir, no estamos ante esa decidida expresión de voluntad que establece la citada norma, que única y exclusivamente va dirigida a hacer llegar al comprador que, ante el incumplimiento del pago del precio, se da, sin condición ni supeditación alguna, por resuelto el contrato».

El recurso de casación viene fundamentado en la vulneración del artículo 1504 del Código Civil, en relación con los artículos 1124 y 1256 del Código Civil.

El motivo se estima pues el beneficio que para el comprador supone la aplicación del artículo 1504 del Código Civil, en tanto le permite mantener la eficacia de un contrato pese a incumplir los plazos fijados para pagar el precio diferido, «interín no haya sido requerido [de resolución] judicialmente o por acta notarial», no puede interpretarse extensivamente ni, en consecuencia, llevarse el beneficio más allá de lo específicamente previsto por el legislador mediante dicha norma.

En tal sentido esta Sala, en sentencia núm. 381/2008, de 8 mayo, afirmó ser cierto que el requerimiento a que alude el artículo 1504 del Código Civil, como requisito necesario para la resolución en las ventas de bienes inmuebles con precio aplazado, ha de entenderse como una voluntad resolutoria inequívoca, manifestada al comprador mediante requerimiento judicial o por acta notarial, añadiendo que «en cuanto a que el requerimiento del vendedor contenga una intimación a pagar, ello no le priva de validez pues la doctrina viene admitiendo el requerimiento resolutorio que se hace condicionado a la posibilidad de pagar en breve plazo (Sentencias de 2 de febrero de 2005, 18 de octubre de 2004, 28 de enero de 1999 y 14 de noviembre de 1997, entre otras muchas)». En el mismo sentido se pueden citar las sentencias de 13 diciembre 2004, 23 julio 2007 y 11 julio 2008. Este es el caso ahora contemplado ya que el comprador recibió un requerimiento por vía notarial en fecha 9 de enero de 2007 a fin de que pagara lo debido en un plazo de quince días y, en caso de no hacerlo, quedaba notificado de la voluntad de la vendedora de resolver el contrato, cumpliéndose así lo previsto en dicha norma. A ello siguió la interposición de la demanda de resolución, una vez transcurrido con exceso dicho plazo, y el comprador continuó sin cumplir sus obligaciones de pago, que conocía perfectamente en cuanto se referían al pago de las cantidades correspondientes a la amortización de los préstamos hipotecarios, que –como parte del precio pactado– había retenido para tal finalidad; por lo que la conclusión obtenida por la Audiencia de que no se dio cumplimiento al requisito ha de entenderse que vulnera lo establecido por el artículo 1504 del Código Civil, en relación con el 1124 del mismo código.

La estimación del recurso fuerza a esta Sala a asumir la instancia y determinar si efectivamente se ha dado el incumplimiento por el comprador de la obligación de pago del precio según lo pactado en el contrato de compraventa formalizado en escritura pública de fecha 9 de diciembre de 2003.

En él se establece que Dª Irene es titular en pleno dominio del inmueble citado que está gravado con una hipoteca a favor de Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla de la que queda pendiente de amortización la cantidad de cincuenta y cuatro mil euros (54.000 euros) y otra a favor de la misma entidad de la que resta como principal del préstamo a devolver la cantidad de treinta y cinco mil euros (35.000 euros). A continuación Dª Irene vende a don Anibal una mitad indivisa del inmueble por precio de 45.164,21 euros. De dicho precio se retiene por el comprador el cincuenta por ciento del importe pendiente de amortización de los indicados prés-

Revista Derecho Familia 61.indb 152 04/02/14 11:56

tamos, o sea la cantidad de 44.500 euros, confesando la parte vendedora tener recibido el resto y otorgando por ello completa carta de pago.

De ello se deduce que los plazos de pago acordados con la vendedora eran los mismos que los de vencimiento de los plazos correspondientes a los préstamos hipotecarios, que el comprador incumplió abriendo para la parte vendedora la posibilidad de resolución contractual que efectivamente ejerció. Por ello lo procedente es la desestimación de la demanda de división de cosa común formulada por el Sr. Aníbal y la estimación de la demanda de resolución por incumplimiento instada por Dª Irene, con la indemnización de daños y perjuicios solicitada en cuya virtud la vendedora ha de retener la parte de precio que confesó recibida (664,21 euros) y ha de recibir del comprador la cantidad de 4.412 euros que acredita en concepto de gastos ocasionados por el contrato, siendo evidente la causación de perjuicios derivada de la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas en cuanto a los pagos a que obligaban los préstamos hipotecarios.

SUCESIONES

Existiendo un consentimiento tácito de la esposa, no procede declarar la nulidad de las donaciones efectuadas por el esposo en favor de los hijos y consistentes en acciones de la sociedad familiar.

Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 5 de marzo de 2013

Ponente: **Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana**

ANÁLISIS DEL CASO

Dª Josefa interpuso demanda de juicio ordinario contra sus hijos Dª Milagrosa, Dª Aurora, don Juan Manuel, Dª Trinidad y don Aurelio solicitando que se dicte sentencia por la que: 1. Se declare la nulidad de las donaciones efectuadas por don Erasmo en beneficio de los demandados, que dieron lugar a la atribución de acciones de Cemobi S.A a nombre de los mismos. 2. Consiguientemente, se declare la nulidad de las titularidades de acciones de Cemobi S.A. registradas a nombre de los demandados, en los libros de la entidad. 3. Se declare que todas las referidas acciones se integran en la comunidad matrimonial de bienes de don Erasmo tenía con mi representada, aún pendientes de liquidación. 4. Se impongan las costas a la parte o partes demandadas que se opongan a la presente demanda.

D. Aurelio y D. Juan Manuel se allanaron a la demanda.

Dª Josefa, Dª Milagrosa y Dª Trinidad se opusieron a la demanda solicitando su desestimación.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 82 de Madrid dictó sentencia el 27 de noviembre de 2009 desestimando la demanda. El Juzgado entendió que los hechos concluyentes de la actora en su condición de administradora única en el año 2001, impiden concluir que la misma desconociera los actos realizados por su esposo y a la vez tales actos llevan a considerar que prestó su consentimiento a los actos realizados por el mismo con relación a las citadas acciones. En consecuencia desestimó la demanda.

Revista Derecho Familia 61.indb 153 04/02/14 11:56

En grado de apelación, la Sec. 9ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 24 de noviembre de 2011 estimando parcialmente la demanda y acordando la nulidad de los actos dispositivos realizados por D. Aurelio a favor de los demandados, condenando a éstos, respectivamente, a la devolución de las sumas recibidas por cada uno de ellos los días 10 de noviembre de 1997, 27 de diciembre de 2000 y 5 de noviembre 2001 que constituyeron las aportaciones realizadas en los aumentos de capital de CEMOBI, S.A., acordamos en las Juntas Generales de esta celebradas en dichas fechas, y el fecha valor que tenían a fecha 10 de noviembre de 1997 los títulos mobiliarios también aportados en el aumento de capital de CEMOBI, S.A., acordado en la misma fecha, así como los intereses de dichas sumas desde las mismas fechas.

Dª Milagrosa, Dª Trinidad y Dª Aurora interpusieron recurso por infracción procesal y casación, siendo estimado por el tribunal Supremo que confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El resolver el recurso de apelación, la Audiencia Provincial hizo las siguientes consideraciones: Primera, el régimen económico que disciplina el matrimonio de la demandante y su esposo es el previsto en el derecho foral navarro, la sociedad conyugal de conquistas, por lo que habrá que estar por tanto para determinar la nulidad de las donaciones alegadas a las normas previstas en la Compilación de Derecho Civil Navarro, en el momento de la realización de los actos de disposición del esposo. Segunda, perteneciendo a la sociedad conyugal el dinero y los valores su disposición gratuita requería el consentimiento de ambos cónyuges y por ello no constando el consentimiento de la demandante, considera nulos de pleno derecho los actos de disposición del esposo pues si bien la demandante tuvo conocimiento de la suscripción de las acciones, de ello no puede inferirse que conociera también que el desembolso de las acciones se hiciera con cargo de dinero de conquistas, por ello se estima el recurso en este extremo, pero de manera parcial, pues si bien la falta de consentimiento determina que los actos de disposición de los valores y el metálico realizados por su esposo sean nulos de pleno derecho ello no lleva aparejada la nulidad de la adquisición de las acciones de CEMOBI, pues el objeto de la donación fueron los fondos para adquirir las acciones, pero los actos posteriores fueron celebrados además a titulo oneroso con un tercero, la referida mercantil, y tales actos ya no requerían el consentimiento de la demandante, por ello procede la devolución de las sumas entregadas y el valor de los títulos mobiliarios.

El recurso extraordinario por infracción procesal se formula al amparo del artículo 469.1, 4° de la LEC, por error en la valoración de la prueba. Para los recurrentes la ponderación hecha por el tribunal sentenciador no supera el test de racionalidad exigible consagrado en el artículo 24 de la Constitución, en concreto en la valoración del hecho sobre el que descansa la conclusión de la Audiencia esto es, que no puede inferirse sin más que la actora hubiera conocido que el desembolso de las acciones se hiciera con cargo a dinero de conquistas, cuando existen actos concluyentes de la misma, como su asistencia a las juntas y la suscripción en partes iguales con los demandados de las ampliaciones de capital, la cotitularidad de la misma de la cuenta bancaria de la que salieron los fondos, y que ninguno de los codemandados contaba con medios propios suficientes para realizar las aportaciones en cuestión, como se reconoció en la demanda.

Se estima porque los hechos probados reconocidos por parte del órgano judicial permiten sostener lo contrario a lo que la sentencia deduce sobre la no aceptación por su parte de los actos de disposición gratuita de las sumas y valores mobiliarios de conquista llevados a cabo por su marido, lo que no es más que el corolario lógico de la expresión coherente y ra-

Revista Derecho Familia 61.indb 154 04/02/14 11:56

cional de las relaciones preexistentes entre las partes, de su conducta o comportamiento y de las circunstancias que precedieron y acompañaron su actuación durante varios años susceptible de ser valorado en sentido contrario. Es cierto que la materia del consentimiento es propia de los órganos jurisdiccionales de instancia, pero ello hay que entenderlo en cuanto en las apreciaciones de los hechos de que trata de deducirse, no en cuanto a la apreciación de tales hechos en orden a si son o no reveladores del consentimiento, dado que esas apreciaciones entrañan aspectos que son de procedente examen en este trámite, teniendo en cuenta que la valoración de la prueba es función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en instancia y que no es verificable en el recurso extraordinario, salvo que se conculque el artículo 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (STS 18 de junio 2009). Ocurre en este caso que se han extraído conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o en contra de los más elementales criterios de la lógica o de la común experiencia. Es cierto, como se dice en la demanda, que en determinadas relaciones de matrimonio a lo largo de la mayor parte del siglo XX, y en algunas del siglo XXI, era el marido quien desarrollaba su actividad profesional y empresarial fuera del hogar, asumiendo la gestión y dirección de todos los asuntos económicos de la familia, salvo los de la más intima economía doméstica, que era asumida por la esposa, y que este criterio organizativo era aceptado, en este caso, por la actora, lo que permitió a don Aurelio disponer con su solo criterio de los bienes comunes del matrimonio. Ahora bien, lo que no es posible, cuando estas actuaciones no se producen en contra de la esposa, que aceptaba cuanto y como así se hacía, sino en beneficio de los hijos del matrimonio, es discriminar unas de otras en razón de los intereses que convienen en cada momento. Se aceptaban o no.

Son hechos probados de la sentencia: 1º) que de la escritura que eleva a pública las actas de la Junta General de CEMOBI, S.A., celebrada el 10 de noviembre de 1997, y de la certificación de BBVA, se infiere que el contravalor de la suscripción y desembolso de las acciones, consistente tanto en valores mobiliarios, como en metálico, procedía de una cuenta de la que eran titulares la Sra. Josefa y sus hijos. 2º) que la ahora recurrida, como administradora única de CEMOBI desde la Junta General de fecha 5 de noviembre de 2001, en la que se llevó a cabo la última ampliación de capital, tuvo conocimiento de la suscripción de las acciones derivada de ésta operación por parte de sus hijos, y 3º) En dicha Junta y en las certificaciones de BNP Paribas unidas a la escritura pública mencionada, no se hace constar la procedencia de las aportaciones, expresando únicamente que el dinero en que éstas se realizaron se ingresó en las cuentas de CEMOBI, así como las cantidades que cada uno de los suscriptores aportó e ingresó en la cuenta de la mercantil.

Consta, asimismo, por declaración de la propia demandante que «ninguno de los demandados contaba con medios propios suficientes para realizar las aportaciones en cuestión».

Las precedentes consideraciones ponen de manifiesto la evidente contradicción que preside el desarrollo argumental de la sentencia desde el momento en que admite que Dª Josefa conocía la suscripción de las ampliaciones de capital y la titularidad, en definitiva, de las acciones por parte de sus hijos y, niega, después, que la mera adquisición de la condición de administradora le permitía conocer y consentir que las anteriores suscripciones en las ampliaciones de capital se hacían con cargo a fondos de conquistas, contradicción que se produce en unos términos que permiten afirmar sin dificultad que la valoración de los datos de prueba realizada por el Tribunal de apelación carece de la necesaria coherencia formal y jurídica y que las conclusiones alcanzadas no alcanzan el nivel de razonabilidad constitucionalmente exigible en un supuesto en el que se impone la lógica y sentido de las cosas como es el que resulta de una relación normalizada entre padres e hijos y de una forma corriente y normal de proceder que, de no ser como era, implicaba el deber de denunciar lo contrario cuando se conoció antes de la muerte del esposo y padre ocurrida en el año 2005, y, como consecuencia, manifestar disconformidad u oposición a una situación que unos años después percibe que puede afectar a sus derechos por la actuación de los hijos como accionistas de la sociedad.

Revista Derecho Familia 61.indb 155 04/02/14 11:56

CUESTIONES PENALES

Se condena al esposo por un delito de apropiación indebida por haber extraído de las cuentas bancarias gananciales 59.000 euros en el periodo en el que se encontraban separados de hecho.

Tribunal Supremo, Sala 2ª, Sentencia de 14 de febrero de 2013

Ponente: **Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

ANÁLISIS DEL CASO

D. Carlos Manuel se encontraba separado de hecho desde el día 27 de enero de 2010 de Asunción.

Ambos cónyuges eran cotitulares de diversas cuentas bancarias, entre ellas la cuenta número NUM002, abierta en la Caja Laboral e Carlos Manuel el día 29 de enero de 2010 ordenó una transferencia a esa cuenta por importe de 58.157 euros a la cuenta número NUM003, de la misma cantidad y de la que también eran titulares ambos esposos.

El mismo día 29 de enero de 2010, con 59.000 euros que sacó de la última de las cuentas indicadas, Carlos Manuel abrió también en Caja Laboral una cuenta a plazo fijo con número NUM004, que canceló el día 8 de febrero de 2010, siendo abonado su importe en la cuenta número NUM005 de exclusiva titularidad de aquel.

Asimismo, los días 11 de febrero y 10 de junio de 2010, Carlos Manuel sacó de la cuenta número NUM005 antes referida, las cantidades de 58.000 y 1.000 euros respectivamente, que gastó en su totalidad».

El Juzgado de Instrucción n.° 10 de los de Bilbao, instruyó las diligencias Previas de Procedimiento Abreviado con el número 203/2.010, contra Carlos Manuel, y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª, rollo 32/2011) que, con fecha quince de noviembre de marzo de dos mil doce, dictó sentencia condenado a Carlos Manuel a la pena de DOS AÑOS de prisión como autor de un delito de apropiación indebida ya definido, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al abono de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular. Asimismo indemnizará a Dª Asunción en la cantidad de 29.500 euros.

D. Carlos Manuel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En un único motivo, al amparo del artículo 849.1° de la LECrim, denuncia el recurrente la indebida aplicación de los artículos 252 y 249 del Código Penal. Sostiene que los hechos pro-

Revista Derecho Familia 61.indb 156 04/02/14 11:56

bados no constituyen el delito por el que ha sido condenado, pues no es delito cualquier irregularidad en la gestión de la sociedad de gananciales. No reconoció que buscase sustraer ese dinero y apropiarse de él, ya que podía disponer libremente del mismo. Tampoco se puede acreditar que las cantidades retiradas por el recurrente fueran en su totalidad pertenecientes a la comunidad de gananciales, e incluso pudiera suceder que la cantidad retirada no excediera de la parte que le correspondiera en esa sociedad, pues no se ha practicado liquidación alguna. Por todo ello, afirma que no puede afirmarse la ajenidad de la cosa. Sostiene que la cuestión debió dirimirse en vía civil. Niega igualmente el ánimo de lucro y el dolo.

El delito de apropiación indebida, configurado en el Código Penal vigente como un delito contra el patrimonio, requiere, como repetidamente ha expresado la doctrina jurisprudencial de esta Sala, «la existencia concatenada de cuatro elementos: a) recepción por un sujeto activo de dinero, efectos, valores u otra cosa mueble o activo patrimonial, recepción que se produce de forma legítima, b) que ese objeto haya sido recibido, no en propiedad, sino en virtud de un título jurídico que obliga a quien lo recibe a devolverlo o a entregarlo a otra persona, c) que el sujeto posteriormente realice una conducta de apropiación con ánimo de lucro o distracción dando a la cosa un destino distinto y d) esta conducta produce un perjuicio patrimonial a una persona» (STS núm. 153/2003, de 8 febrero y STS n° 915/2005).

Igualmente ha señalado, STS n° 915/2005 antes citada, que «… cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada».

En el caso, el Tribunal ha declarado probado que el recurrente extrajo determinadas cantidades de cuentas corrientes de titularidad de ambos cónyuges, haciéndolas suyas. Y que lo hizo pocas fechas después de que se iniciara la separación de hecho entre ambos cónyuges y luego de obligar a su esposa a abandonar el domicilio conyugal.

La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que es posible la existencia de un delito de apropiación indebida en el marco de una sociedad matrimonial de gananciales, desde el Pleno no jurisdiccional celebrado el 25 de octubre de 2005, en el que se acordó que «el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal».

La STS núm. 1013/2005, subsiguiente al señalado Pleno, señaló que «La sociedad de gananciales se integra por los bienes obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges; sus frutos, rentas o intereses; etc., de cuerdo al artículo 1347 del Código civil. Los cónyuges, salvo pacto expreso, ostentan facultades de administración de la sociedad de gananciales (artículo 1375 CC), necesitando el consentimiento, expreso o tácito, anterior o posterior, del otro cónyuge para la realización de disposiciones sobre esos bienes (artículo 1377). Sobre los gananciales existe una expectativa de atribución por mitad de los mismos, al tiempo de la disolución (artículo 1344) (STS, Sala I, 12.6.1990). La sociedad de gananciales es la titular de los bienes y los esposos son considerados terceros respecto a esa masa común, disponiendo, los arts. 1362 y ss. del CC. Las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, es decir, las atribuciones a que deben dedicarse los bienes gananciales a

Revista Derecho Familia 61.indb 157 04/02/14 11:56

través de los administradores. Es decir se trata de una masa patrimonial, ajena a la propiedad de cada esposo, respecto a la que los esposos tienen facultades de administración en los términos dispuestos en el Código civil».

Por lo tanto, se entiende que respecto a los bienes integrados en la sociedad de gananciales ambos cónyuges tienen facultades de administración en la forma, con las limitaciones, con las facultades, y para las finalidades establecidas en el Código Civil, en el que se prevé expresamente que los actos de disposición a título oneroso requerirán el consentimiento de ambos (artículo 1377 Código Civil).

Ninguna de esas normas permiten a uno de los cónyuges hacer exclusivamente suyos los bienes gananciales, en perjuicio de la sociedad y del otro cónyuge. Como se afirma en la sentencia citada, en un supuesto similar, «La conducta del acusado es la de un administrador infiel que abusando de su cargo con respecto a los bienes gananciales que administra los distrae de su destino, en los términos que resultan del Código civil, en perjuicio de la masa ganancial y, a la postre, de la cónyuge». Todo ello, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal que la excluye en los supuestos de cónyuges separados de hecho.

En cuanto a la necesidad de una previa liquidación, la jurisprudencia la ha admitido en aquellos casos en los que las circunstancias la hicieran necesaria. Pero de la sentencia impugnada se desprende que, partiendo de que todos los bienes corresponden a la sociedad de gananciales y que a su disolución se repartirían por mitad entre ambos cónyuges, no se ha realizado ni intentado ningún acto de compensación que pudiera conducir a atribuir al recurrente la titularidad exclusiva de las cantidades de las que dispuso.

Cuestiona el recurrente la existencia de dolo y de ánimo de lucro. Respecto del primero, es claro que el recurrente sabía que las cantidades que retiró e hizo suyas se encontraban en cuentas corrientes de la titularidad compartida, por lo que no se trataba de bienes privativos. Tampoco consta en la sentencia ningún elemento probatorio encaminado a acreditar esa condición. La afirmación según la cual creía que podía disponer como lo hizo no tiene más apoyo que su misma formulación. Y en cuanto al ánimo de lucro, resulta con indiscutible claridad de la conducta del acusado, que extrajo las cantidades y luego las gastó.

Revista Derecho Familia 61.indb 158 04/02/14 11:56

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

GUARDA Y CUSTODIA

En la exploración, los dos menores con juicio y madurez suficientes, manifestaron su deseo de seguir como hasta ahora, por lo que dada la conflictividad existente entre los progenitores, se mantiene la custodia materna.

TSJ de Aragón, Sentencia de 4 de enero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara**

En el primero de los motivos de casación se denuncia inaplicación, por interpretación errónea, del artículo 80 del CDFA.

La sentencia recurrida, en relación con el régimen de guarda y custodia pretendido, expuso: El informe psicosocial indica expresamente que Carlota y Guillermo manifiestan su preferencia y deseos de continuar viviendo con su madre de forma cotidiana, a la cual se encuentran muy unidos, siendo ésta la principal figura de su mundo afectivo y quien les ha aportado la seguridad y estabilidad que han requerido a lo largo de su desarrollo evolutivo. Cabe señalar que se han visto inmiscuidos tanto en los diferentes procedimientos judiciales de sus progenitores, como en la continua conflictividad y tensión existente entre ellos, habiéndoles hecho partícipes del mismo. También refleja el informe una elevada conflictividad parental y una falta de colaboración mutua que está influyendo negativamente en los menores (…). En la exploración judicial, los menores Guillermo y Carlota manifiestan que se encuentran bien en su actual situación, si bien se percibe en ellos una cierta preocupación por el resultado del conflicto judicial, lo que hace que de manera inconsciente se involucren excesivamente en la conflictividad de sus progenitores, ello podría perjudicar su adecuado desarrollo psico-emocional. (…). En el presente supuesto, el informe social se decanta por la custodia individual y la opinión de los menores, con juicio y madurez suficientes, es favorable a mantener la relación con sus progenitores tal como se viene regulando en la actualidad, sin cambios, todo ello unido al amplio régimen de visitas, permite concluir que en el presente supuesto la custodia individual a favor de la madre es más beneficiosa para los menores que la compartida…

Arguye la recurrente que la preferencia legal del régimen de custodia compartida comporta una inversión de la carga de la prueba, de modo que es la parte que se opone a aquél la que ha de acreditar que la custodia individual es lo más conveniente para el menor. Y que, teniendo en cuenta dicha inversión de la carga probatoria, la sentencia que establezca la individual deberá justificar de forma fehaciente los motivos de aplicación de ese régimen excepcional. En el desarrollo del motivo se emplea la parte en dar un repaso a cada uno de los factores que el artículo 80 establece en orden a decidir el régimen de custodia, refiriéndose, al hilo de cada uno de ellos, a las alusiones (o a la falta de alusiones) que en relación con los mismos se hacen en la sentencia, y ofreciendo la valoración que, en su opinión, hubieran debido merecer. Con ello la recurrente viene a incurrir en el defecto de

Revista Derecho Familia 61.indb 159 04/02/14 11:56

«hacer supuesto de la cuestión», contrario a una adecuada técnica casacional como tantas veces hemos indicado y sin que se razone por qué, a partir de los hechos que la sentencia considera probados, se infringe el precepto del artículo 80.

Y en absoluto ha ocurrido tal cosa, pues, como se advierte con la lectura de los párrafos que han quedado transcritos, la sentencia recurrida acuerda la custodia individual tras una precisa valoración de la prueba –incluida la exploración de los niños– que le conduce a la convicción de que ello es lo más conveniente para el interés de éstos, acomodándose así a la jurisprudencia de esta Sala plasmada, entre otras, en sentencia de 1 de febrero de 2012 y donde se precisó: En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos.

Para otorgar la custodia compartida, lo decisivo no es la aptitud de los progenitores, en abstracto, para el cumplimiento de sus deberes sino el interés del menor, en el presente caso existe una situación de conflictividad causada fundamentalmente por el comportamiento del padre, siendo de tal intensidad que puede tener una influencia negativa en el interés del menor. Por tanto, procede mantener la custodia materna.

TSJ de Aragón, Sentencia de 18 de enero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara**

D. Andrés presentó demanda de modificación de medidas definitivas solicitando, entre otras cuestiones, la atribución de la custodia compartida sobre la hija menor común. La sentencia de primera instancia –después confirmada– denegó dicha pretensión.

En la sentencia que aquí se impugna (fundamento tercero) se indica: (…) Se ha probado a lo largo del procedimiento el alto y grave nivel de enfrentamiento personal entre los litigantes, desde el inicio de la ruptura conyugal. Constan los violentos y reiterados incumplimientos por el recurrente de las normas y directrices marcadas por el P.E.F., donde se entregaba y recogía a la menor en el ejercicio del régimen de visitas, desde junio de 2007 hasta fechas recientes en que el Juzgado ha prescindido de dicho Servicio, llegando a incurrir en enfrentamientos personales con los técnicos del Centro (…). Se han dictado cuatro Autos de ejecución por el Juzgado en orden a exigir al padre el cumplimiento de las visitas (…). El Sr. Andrés ha sido condenado por dos veces, en 2007, por la comisión de faltas de injurias, contra las relaciones familiares y de incumplimiento de régimen de visitas (…). Bautizó a su hija en abril de 2005 sin conocimiento de la demandada, y omitió dicha información permitiendo el bautizo organizado por la madre

Revista Derecho Familia 61.indb 160 04/02/14 11:56

en abril de 2011 (…). Esta actitud de claro enfrentamiento no favorece el correcto ejercicio de la autoridad familiar.

(…): El informe psicológico practicado en el proceso (folio 274 y siguientes) señala que ambos progenitores han transmitido a Paula, de 9 años de edad, informaciones improcedentes, especialmente el Sr. Andrés, lo que le ha generado una situación de malestar emocional e inseguridad que afecta en gran manera a la menor y a la relación con sus padres, poniendo de manifiesto el uso de estrategias en la menor tendentes a evitar el enfado o disgusto de su padre. El informe establece que Paula quiere seguir viviendo con su madre, encontrándose muy unida a ella, siendo ésta la que le ha procurado en mayor medida la seguridad, estabilidad, cuidados y pautas educativas a lo largo de su desarrollo, no deseando la menor la custodia compartida que solicita el padre, deseos en los que la psicóloga no aprecia influencias o manipulaciones externas.

El informe de Dª Remedios aportado por el actor con su demanda, evidencia en la menor un conflicto de lealtades respecto a sus padres a los que aconseja someterse a intervención terapéutica y aconseja se acuerde como mejor sistema de custodia compartida exclusivamente la pernocta con el padre de los martes y jueves que éste y la menor pasan juntos (…).

Finalmente se señala asimismo en la sentencia que la menor tiene suficiente juicio para valorar cómo se encuentra mejor y cómo desea repartir su tiempo entre los progenitores.

En la primera de las alegaciones en las que –con poco adecuada técnica casacional– se estructura el recurso, se invocan como infringidos los artículos 75 a 83 del CDFA, si bien, tras la expresión de las circunstancias de hecho concurrentes en el caso, concluye que no encuentra causa alguna que impida la conveniencia de la custodia compartida de la hija común, centrando así el recurso en la supuesta vulneración del artículo 80. En concreto, razona que la conflictividad ente los progenitores (razón en la que entre otras se apoyó la sentencia recurrida para denegar la pretensión del recurrente) no viene recogida en la legislación como causa de exclusión de la custodia compartida, y que la aptitud e idoneidad de los padres para el ejercicio de sus roles parentales debe ser el único indicador a tener en cuenta. Señala, además, que de la dicción del artículo 80 no se desprende que sea obligatoria ni vinculante la recomendación emitida por el gabinete psicosocial, destacando que en todo caso dicho informe no refleja nota desfavorable de ninguno de los progenitores que constate que cualquiera de ellos carezca de aptitud y voluntad para asegurar la estabilidad de la hija.

Como afirmó esta Sala en sentencia de 1 de febrero de 2012, citada en otras posteriores, «En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el artículo 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011). Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales –artículo 80.3 CDFA– obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio –artículo 80.2 c) CDFA–. Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada».

En definitiva, lo decisivo no es, frente a lo que sostiene el recurrente, la aptitud de los pro-

Revista Derecho Familia 61.indb 161 04/02/14 11:56

genitores, en abstracto, para el cumplimiento de sus deberes como tales, sino el interés del menor, tal y como acertadamente se pone de manifiesto en la sentencia recurrida. Es decir, cuando las circunstancias concurrentes en un caso concreto determinen que el interés del menor aconseja la exclusión de la regla general (custodia compartida) así se acordará. En el caso que nos ocupa, es lo que se ha hecho, tras el razonamiento que ha quedado expuesto y al que nada hay que reprochar. Sucede, aquí, que existe una situación de conflictividad causada fundamentalmente por el comportamiento del padre. Y en la medida en que la conflictividad es de tal intensidad que puede tener una relevante influencia negativa en el interés del menor, puede y debe ponderarse como un factor más a tener en cuenta en punto a la decisión sobre el régimen de custodia. Aunque se prescindiera de la evidente situación de enfrentamiento como parámetro a tener en cuenta para denegar la custodia compartida, la Sentencia se ha apoyado también en otras pruebas, básicamente en el informe psicológico donde a su vez se ha recogido la opinión de la niña. Y la parte no plantea siquiera, como defecto procesal, que exista un error en dicha valoración que resulte notorio o patente, y determinante de arbitrariedad o manifiesta irracionalidad de la sentencia.

En suma, no se aprecia infracción alguna del artículo 80.2 CDFA.

La conflictividad existente entre los progenitores, unido al arraigo social y familiar, y a que la madre representa la principal figura de su mundo afectivo que les ha proporcionado estabilidad y seguridad, motivan que se opte por la custodia materna para las hijas de siete y cuatro años de edad.

TSJ de Aragón, Sentencia de 27 de febrero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas**

De lo actuado en las instancias procesales resulta comprobado que Don Gabino y Doña Olga contrajeron matrimonio en Zaragoza, el día 6 de junio de 2003. De dicha unión nacieron dos hijas: Claudia, nacida el NUM000 de 2004, y Julia, nacida el NUM001 de 2007.

Se tramitó proceso de divorcio contencioso, ante el juzgado de Primera Instancia núm. 16 de esta capital, en procedimiento 71/2009-B, en el que recayó sentencia definitiva dictada por la Audiencia Provincial en segunda instancia, de fecha 22 de diciembre de 2009. En ella se estableció la guarda y custodia de la madre respecto de las hijas, con un régimen de visitas a favor del padre.

La representación de éste ha instado la modificación de medidas, al amparo de lo establecido en la Disposición Adicional segunda, 1, de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón. Solicita la custodia compartida de las hijas, además de otros pedimentos.

En primera instancia la demanda ha sido parcialmente estimada. El fallo de la sentencia recaída mantiene la guarda y custodia de las dos hijas comunes, menores de edad, a favor de la madre, aunque modifica disposiciones sobre la forma de ejercicio de la autoridad familiar (medida 3ª del fallo de la sentencia de divorcio); establece un nuevo régimen de visitas del progenitor no custodio respecto de sus hijas (medida 4ª); modifica la contribución de los progenitores a los gastos extraordinarios de las hijas (medida 6ª); y limita temporalmente el uso de la vivienda familiar, atribuido a la Sra. Olga (medida 7ª).

Dicha sentencia aprecia, respecto al fondo de la cuestión planteada, tras valorar la prueba practicada en autos, que son relevantes para adoptar la decisión: la edad de las hijas, Claudia de siete años y ocho meses y Julia de cuatro años y seis meses, cuya opinión ha sido conocida a través del informe pericial psicológico, habiendo expresado a la perito «su deseo de continuar viviendo con su madre y su rechazo a la solicitud paterna de guarda y custodia compartida»; el arraigo social y familiar, en cuanto las menores

Revista Derecho Familia 61.indb 162 04/02/14 11:56

y su madre residen en Utebo, y aquéllas asisten al colegio público Octavus; el informe pericial, que concluye en recomendar que las menores permanezcan con la madre, «que representa la principal figura de su mundo afectivo y les ha proporcionado la estabilidad y seguridad que han requerido»; para finalmente estimar que se ha consolidado una situación que asegura «la estabilidad emocional y física de las menores, cuya dinámica habitual no debe verse alterada innecesariamente».

Apelada la sentencia por la representación de ambos litigantes, la Audiencia Provincial, en sentencia de 20 de julio de 2012, estima en un punto el recurso de la madre, acerca de horario de devolución de las niñas cuando estén de visita con su padre, y desestima el de éste.

Frente a dicha sentencia se alza el actor, interponiendo recurso de casación, por infracción de los siguientes preceptos sustantivos: artículo 80 CDFA; artículo 80.3 CDFA; artículo 80.5 CDFA; y artículo 82 CDFA. De dichos motivos, el segundo ha sido inadmitido, al ser la norma cuya infracción se denuncia instrumental, no sustantiva, en cuanto previene que «Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores», sin que la aplicación del precepto afecte al fondo de la cuestión debatida; además de que la parte recurrente, en el desarrollo del motivo, rebate la valoración de las pruebas practicadas en las instancias, con olvido de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, que se centra en examinar la corrección en la aplicación del derecho sustantivo en la sentencia recurrida.

Los motivos primero y tercero del recurso de casación, que denuncian la infracción del artículo 80 CDFA, por inaplicación del criterio de adopción preferente de la custodia compartida, y del artículo 80.5 CDFA, conforme al cual «La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor», van a ser examinados conjuntamente, dada su conexidad, y por coincidir la petición de la parte en ambos motivos, en cuanto solicita la custodia compartida por ambos progenitores respecto de las dos hijas menores.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial no desconoce el criterio legal de preferencia de la custodia compartida, establecido por el legislador aragonés en el artículo 80 CDFA; antes bien, en el fundamento de derecho tercero, primer párrafo, de la sentencia recurrida, se recuerda el contenido de dicha norma y la jurisprudencia de esta Sala acerca de su aplicación. Expresamente toma en consideración la relevancia de los informes sicosociales practicados en autos y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio.

En el caso de autos, las razones por las que la sentencia recurrida mantiene el fallo de primera instancia, en cuanto al mantenimiento de la custodia a favor de la madre, son las siguientes: «según el informe de la psicóloga adscrita al juzgado de familia, al que la Sala estará por su independencia y objetividad, las niñas se encuentran bien adaptadas a su entorno y circunstancias actuales, teniendo adecuadamente satisfechas sus necesidades, tanto de tipo emocional como a nivel educativo y de crianza, salvo en lo que respecta al conflicto parental, pues a nivel familiar se ven inmersas en la continua conflictividad y tensión existente entre los progenitores, situación que ha generado en ellas, especialmente en Claudia, sentimiento de insatisfacción y malestar, con repercusión negativa en el mantenimiento de un satisfactorio vínculo paterno-filial, aconsejando la psicóloga una intervención terapéutica con esa menor»; «ambas hijas refieren un cierto deterioro y distanciamiento con su padre, señalando que no les resultan gratificantes los periodos de tiempo y actividades que comparten con éste y su entorno familiar, quejándose de la actitud mantenida por su padre de transmisión de informaciones relacionadas con el procedimiento judicial, así como de verbalizaciones negativas sobre su madre»; «las dos están especialmente unidas a ella, quién representa para las mismas la principal figura de su mundo afectivo, recogiendo la psicóloga su desacuerdo con la solicitud paterna de una guarda y custodia compartida y su deseo de permanecer con su madre».

Revista Derecho Familia 61.indb 163 04/02/14 11:56

Tales argumentaciones no resultan arbitrarias ni contrarias a criterios de lógica, sino que son el fruto del análisis ponderado de la prueba practicada, cuya valoración corresponde a los tribunales de instancia. De esta forma, habiendo explicitado la sentencia recurrida las razones que conducen a mantener la custodia individual de las menores a favor de la madre, queda justificado el abandono del criterio general respecto a la decisión adoptada, en beneficio e interés de las menores de edad.

Respecto de la invocada infracción del artículo 80.5 del CDFA, el motivo también ha de ser desestimado. La sentencia de la Audiencia Provincial no rechaza la custodia compartida por el mero hecho de que se oponga a ella la madre, que trata en este proceso de mantener la custodia individual que tiene asignada, sino que valora esta oposición juntamente con las restantes pruebas practicadas, y tiene en cuenta la conflictividad y tensión existente entre los progenitores expresando –según valoración de la psicóloga, que la Audiencia acepta– que «para que la petición paterna de guardia y custodia compartida sea beneficiosa para sus hijas y no se convierta en un nuevo objeto de litigio es imprescindible la desaparición de la conflictividad entre los padres». Pero tiene en cuenta que esta conflictividad no resulta imputable de modo exclusivo a la madre, al centrarse «los progenitores más en el propio enfrentamiento que en las necesidades de sus hijas».

El correlativo motivo de recurso denuncia la infracción del artículo 82 del CDFA, sobre los gastos de asistencia a las hijas comunes, y expresa en su desarrollo razonamientos referidos a la actividad profesional de ambos progenitores y a sus ingresos. La petición formulada al efecto en el recurso de apelación fue desestimada conforme a la siguiente argumentación de la Audiencia: «mantenido el régimen de guardia y custodia exclusiva de la madre, queda intocada la pensión por alimentos vigente, en cuanto las peticiones del recurso se refieren exclusivamente al caso de modificación del sistema de guarda» (Fundamento de Derecho 4º).

Esta argumentación hacía referencia más a la congruencia de la decisión con la petición deducida que al fondo del asunto, y examinado el escrito en el que se articuló el recurso de apelación por la representación del Sr. Gabino es de observar que el reparto de gastos de asistencia de las hijas se demandaba en caso de fijarse una guardia y custodia compartida –apartado 3º de las alegaciones, folio 25– de modo que la sentencia recurrida no ha entrado a resolver sobre dicha cuestión al no dar lugar a la custodia compartida que se pretendía.

Por las razones expuestas el motivo será desestimado.

VIVIENDA FAMILIAR

Se atribuye el uso de la vivienda familiar hasta que la menor cumpla catorce años, suprimiendo la condición impuesta por la Audiencia en el sentido de que llegado ese momento cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas para evaluar, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino a dar a la vivienda.

TSJ de Aragón, Sentencia de 4 de enero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara**

En el segundo motivo de casación se denuncia: Inaplicación del artículo 81.4 del Código Foral Aragonés. En todo caso, aplicación errónea del artículo 81.3.

Revista Derecho Familia 61.indb 164 04/02/14 11:56

…En relación con la alegada inaplicación del artículo 81.4, se arguye en el recurso que, en el presente caso, concurren una serie de circunstancias que hacen necesaria para unas adecuadas relaciones familiares la venta de la vivienda.

Por lo que a continuación se dirá, considera la Sala que no es de apreciar infracción, por inaplicación, del citado artículo 81.4.

Frente a lo que se sostiene en el recurso, la previsión ahí contenida opera fundamentalmente en el caso de que se acuerde la custodia compartida. Y sólo en ese caso es posible acordar la venta de la vivienda inmediatamente o en fecha muy próxima a la sentencia (que es lo que pretende el aquí recurrente). Entenderlo de otro modo conduciría a la inaplicación del artículo 81.2, que ordena la atribución del uso (temporalmente, artículo 81.3) al que tenga la custodia individual. En cualquier caso, lo que dispone la norma es que la venta se ordenará si el juez considera que es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares. Pero la apreciación de esta necesidad entra dentro de los pronunciamientos discrecionales o de equidad, ámbito que corresponde al tribunal de instancia, de manera que no puede prosperar un recurso de casación basado en la alegación de que, en el caso, las circunstancias concurrentes hacen la venta necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

Lo mismo cabe señalar en lo tocante a la alegada interpretación errónea del 81.3: la determinación del lapso temporal concreto incumbe al juzgador de instancia, que lo fijará discrecionalmente. No tiene ningún fundamento afirmar, como se hace en el recurso, que todo lo que exceda de 5 años constituye un fraude de ley, ya que la ley no pone límite máximo. Y el fijado no aparece como irracional o arbitrario, por más que la recurrente –que, por otro lado, no ha formulado motivo alguno de infracción procesal– no lo encuentre correcto.

Aplicando el artículo 81.3, en la sentencia de primera instancia (confirmada íntegramente como ha quedado expuesto) tras precisar que, desestimado el régimen de custodia compartida, procede mantener la atribución del uso de la vivienda a la esposa como detentadora en exclusiva de la custodia de los hijos, se indica que, por imperativo legal, el uso ha de limitarse, lo que hace (si bien este punto hubo de ser aclarado en auto de 23 de noviembre de 2011) estableciéndolo hasta que la hija menor cumpla catorce años. Pero en el fallo se añade que…transcurrido el cual (plazo) cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino a dar a la misma.

A propósito de tal expresión se razona en el recurso que se contraviene el tenor literal de la ley, ya que la limitación temporal a que aquélla obliga se convierte así en una limitación condicionada a que las partes acudan a un nuevo procedimiento de modificación de medidas.

Lo que la ley ordena en este particular es que el Juez ha de fijar un límite para la atribución del uso, o lo que es lo mismo, señalará un plazo. De ese modo se atiende la necesidad de certeza al respecto, que conviene a ambas partes: por un lado al favorecido con la atribución del uso, quien de este modo podrá hacer con tiempo sus previsiones para cuando llegue ese momento, tales como búsqueda de otro alojamiento, o evaluación de sus posibilidades de adjudicárselo si, como en el caso que nos ocupa, ambos son cotitulares del inmueble, etc. Y, por otro lado, conviene también al que se ve privado del uso del bien, que no sólo podrá también ponderar esas posibilidades, sino que sabrá que podrá venderse libre de esa carga a partir de una determinada fecha. Esto no se consigue con el pronunciamiento de la sentencia recurrida (que confirmó íntegramente la de primera instancia que a su vez incluyó el inciso del que la parte disiente) ya que deja en la indefinición el límite temporal con ese añadido tan innecesario como perturbador.

En consecuencia, en esa misma medida habrá de estimarse el motivo, con la consecuencia de suprimirse la expresión que sigue al señalamiento del plazo: transcurrido el cual cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino a dar a la misma.

Revista Derecho Familia 61.indb 165 04/02/14 11:56

Se atribuye al padre el uso de la segunda vivienda propiedad de la madre a fin de que aquél pueda llevar a efecto el régimen de visitas con sus hijos, pues carece de medios y de otra vivienda, si bien dicho uso se limita hasta la liquidación del régimen económico holandés.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 28 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Enric Anglada Fors**

Partiendo de lo descrito en la precedente fundamentación jurídica y entrando, pues, en el examen de los dos motivos de casación admitidos por la Sala, es de establecer, ante todo, una serie de antecedentes necesarios a los efectos de dar una adecuada solución a la «questio iuris» planteada, que resultan de los escritos alegatorios de las partes y que la sentencia recurrida da por probados, tales como:

A) De la unión de los hoy litigantes, Doña Sandra y Don. Isaac nacieron tres hijos, Juan Pablo el día NUM003-1999, Arcadio el día NUM004-2001 y Angélica el NUM005-2004.

B) El demandado y a su vez actor reconvencional solicitó en el suplico de la reconvención que: «5. Atribuya Don. Isaac el derecho de uso de la segunda vivienda sita en la CALLE001 núm. NUM002 del EDIFICIO000 de Vilaseca de Pineda de Salou, Tarragona, hasta no se proceda a la liquidación del régimen económico matrimonial «, indicando en el cuerpo de la misma, que solicita el uso de esta segunda residencia para que puedan quedar garantizadas las pernoctas con sus hijos, en cumplimiento de la relación paterno-filial, en un inmueble digno, hasta que se proceda a la liquidación del régimen matrimonial (folios 24, 25 y 26 vuelto).

C) La sentencia de la Audiencia Provincial objeto del presente recurso de casación declara que el régimen económico matrimonial de los litigantes es «el régimen de comunidad legal holandés».

D) Dicha resolución de la Sala de apelación, al tratar del tema de la solicitud del reconviniente de que se le atribuya el uso de la susodicha residencia, al no disponer él de vivienda y ser la actora titular tanto de aquélla como del domicilio familiar, concluye que: «El motivo se acepta en el ámbito del artículo 76.3 del C de Familia, aplicable en cuanto afecta a los intereses de los hijos y a su derecho de disponer de una adecuada vivienda en el tiempo en que han de estar en compañía del padre, si existe en el ámbito del patrimonio familiar, y teniendo en consideración que en el caso de autos el régimen de comunidad legal holandesa es el determinante para la fijación del mismo, procede atribuir el uso de la referida residencia al apelante y a sus hijos, en tanto en cuanto no se proceda a la liquidación de la referida comunidad,…». Y la parte dispositiva de la misma, por lo que respecta a esta concreta medida, reza así: «3º) Se atribuya al apelante el uso y disfrute de la vivienda sita en la Pineda, CALLE001 núm. NUM002».

En cuanto al primer motivo de casación, esto es, «si debe limitarse temporalmente la atribución del uso de la residencia de la CALLE001, NUM002 de La Pineda de Salou –distinta de la vivienda familiar–», es de señalar que el citado artículo 76.3. a) del CF permite la atribución de otras residencias, si es el caso, o sea cuando concurra alguna circunstancia que así lo justifique.

En tal sentido se pronunció la única sentencia de este TSJC que trató directamente de una cuestión similar a la que ahora nos ocupa, como es la núm. 15, de 3 de marzo de 2005 –rec. 137/04–, cuando expuso que:

«Debe analizarse caso por caso la necesidad de un pronunciamiento judicial, porque así, además, lo determina la Ley mediante la expresión "si és el cas".

Es cierto que el Codi parte de la atribución al esposo o a la esposa del "habitatge familiar", pero si éste es atribuido, expresa o tácitamente, al primero, cual es el caso, nada obsta que a la esposa –con las hijas– el Juez le otorgue la segunda residencia (porque así lo permite la Ley), máxime cuando muy cerca de ella viven los padres de aquélla, estudian las hijas y trabaja la mujer. Otra cosa es que, en los concretos casos

Revista Derecho Familia 61.indb 166 04/02/14 11:56

contemplados en las sentencias que se aportan, la Audiencia haya considerado no idónea la atribución a uno de los cónyuges de una residencia puramente veraniega; casos en que, justamente, tales residencias deben seguir el régimen normal de división del patrimonio conyugal.

En este caso, en cambio, estrictas razones de justicia y de equidad abonan la solución tomada por el Tribunal de Apelación, ante lo cual el recurso debe ser desestimado».

Igual acontece en el supuesto de autos, en que el Tribunal de apelación ha asignado la segunda residencia al padre demandado a los efectos de que éste pueda llevar a cabo el régimen de visitas para con sus hijos, debido a la carencia de medios y de vivienda a fin de poder comunicarse adecuadamente con los menores.

Dicho ello, hay que puntualizar que atribuido el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, el uso de esta segunda residencia no tiene la misma condición jurídica, ni goza de idéntica protección, a efectos de terceros, que el uso del domicilio familiar propiamente dicho, en cuanto éste es el único que constituye la sede del hogar familiar.

Llegados a este extremo, es de reseñar que este Tribunal comparte el criterio de la Sala de apelación en cuanto a que en el caso enjuiciado existen motivos para otorgar el uso de la segunda residencia de La Pineda de Salou al padre para que pueda llevar a cabo el régimen de visitas y comunicación con sus hijos en un lugar adecuado, si bien, tal como sostiene la parte recurrente, con una limitación temporal respecto de tal atribución, como dispone la propia sentencia recurrida en el transcrito FD 6º –aunque luego no recoja expresamente tal temporalización en su parte dispositiva–, siguiendo lo interesado en la demanda reconvencional formulada en su día por el hoy oponente, hasta la liquidación de la comunidad de bienes propia del régimen holandés, en cuyo momento la situación económica Don. Isaac debe mejorar, como el mismo reconoce en su escrito alegatorio (vide. folio 25), y, por tanto, una vez efectuada, ya tendrá medios suficientes para poder disponer de una vivienda en la que llevar a término el régimen de visitas establecido.

En consecuencia, debe estimarse en los términos indicados este primer motivo de casación.

Asimismo debe prosperar el segundo motivo del recurso de casación, pues aunque se disponga en la parte dispositiva de la sentencia recurrida –asignación del uso y disfrute de la segunda residencia–, no cabe la constitución de un derecho real de usufructo en los supuestos como el enjuiciado, en que se atribuye el uso de una vivienda, pues el artículo 76.3. a) del CF, tanto cuando se refiere a la vivienda familiar, como a otras residencias, si es el caso –como el aquí enjuiciado–, sólo contempla el uso y nunca el disfrute.

Pero es más, la propia parte oponente sólo interesó el uso de la segunda residencia de constante alusión, y tal como se ha dicho, asimismo, con anterioridad, hasta que se procediera a la liquidación del régimen económico matrimonial.

Por tanto y sin necesidad de ninguna otra argumentación, dada la claridad de la cuestión debatida, debe admitirse la pretensión de la recurrente de atribuir al reconviniente sólo el uso –y no disfrute– de la referida vivienda sita en la CALLE001 de la Pineda de Salou.

Debe confirmarse la atribución temporal del uso de la vivienda familiar aunque existan hijos menores, ya que se trata de un inmueble propiedad exclusiva del padre, tiene una importante carga hipotecaria y la madre dispone de una vivienda en propiedad aunque actualmente se encuentre alquilada. Por otro lado, se resalta que se ha mantenido la pensión alimenticia a pesar de la disminución de ingresos del padre en función de esa atribución temporal del uso.

TSJ de Aragón, Sentencia de 7 de febrero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra**

Actora y demandado contrajeron matrimonio en Zaragoza el 11 de abril de 1997, del que nacieron dos hijos, Simón el NUM002 de 1998, y María Pilar el NUM003 de 2001. La esposa

Revista Derecho Familia 61.indb 167 04/02/14 11:56

interpuso demanda de divorcio recayendo sentencia de primera instancia de 25 de mayo de 2011, que atribuyó la custodia de los dos hijos a la esposa, fijó una pensión de alimentos para los hijos de 1.100 euros (550 por cada hijo), concedió a la esposa el uso de la vivienda familiar, de titularidad privativa del esposo, por un plazo hasta el 31 de diciembre de 2012, y denegó la asignación compensatoria solicitada por la esposa.

Interpusieron recurso de apelación ambas partes y la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de 29 de mayo de 2012, desestimando ambos recursos, confirmó la del Juzgado en todos sus pronunciamientos.

Contra la anterior sentencia interpuso la representación de la esposa recurso de casación y la del esposo recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

En el Auto de 22 de octubre de 2012 esta Sala admitió únicamente el primer motivo del recurso de casación interpuesto por la representación de Dª. Irene, por infracción del artículo 81.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), en el que solicitaba, mediante la estimación del recurso y la casación de la sentencia recurrida, la asignación del uso de la vivienda sin limitación temporal.

La sentencia del Juzgado (apartado 3.2 del fundamento tercero) argumenta la atribución del uso de la vivienda por el plazo de un año y medio, hasta el 31 de diciembre de 2012, en los siguientes términos: «La vivienda familiar es privativa del esposo. Está gravada con una hipoteca importante. La actora es propietaria de otra vivienda. La armonización en este caso de los intereses familiares es compleja. Entiendo que ha de fijarse un plazo breve de atribución de uso (artículo 81 del Código)».

En el antecedente tercero, de hechos probados, se recoge la situación económica y patrimonial de los cónyuges destacando la notoria disminución de los rendimientos derivados de la actividad laboral del esposo (administrador único de una empresa de su familia dedicada a la explotación de máquinas o salones recreativos), que eran los únicos del matrimonio. También se hace la siguiente relación de las propiedades y medios disponibles de ambos cónyuges:

«6. D. Abel es propietario de una vivienda en Cuarte de Huerva, C/ DIRECCION000 número NUM004, que tiene alquilada y por la que percibe 900 euros mensuales (folio 115 y documentos 161 y 162 de la contestación); está gravada con un préstamo hipotecario (documentos 163 y ss. de la contestación). Ha suscrito contrato de prenda con LA CAIXA sobre los alquileres que percibe con la finalidad de hacer frente a la amortización de la hipoteca (folios 654 y 655).

7. D. Abel es propietario de la vivienda familiar, gravada con una hipoteca que supone una amortización mensual de 1.660 euros (documentos 129 y ss de la contestación). En septiembre de 2010 la CAJA RURAL DE SORIA le requirió para que cesara la situación de morosidad en que se encontraba el préstamo, que en febrero de 2011 tenía pendiente de vencimiento un importe cercano a los 396.000 euros (folios 676 a 678). La vivienda se ha valorado en 431.509 euros (folio 675).

También lo ha sido de otra en la misma CALLE000 número NUM005), que ha sido vendida recientemente y aplicada la mayor parte de su precio (555.197 euros) a la cancelación de la hipoteca, quedando un resto que recibió el demandado, de 11.302 euros (documento 158 de la contestación). Obtuvo 63.106 euros por la venta de su participación en una vivienda en el PASEO000 número NUM006 (documento 140 de la contestación).

8. Dª Irene es propietaria de una vivienda en la CALLE001 número NUM007, NUM007, así como de dos plazas de garaje en el mismo inmueble (documentos 28, 37 y 38 de la contestación a la demanda). El importe que obtiene por el alquiler de la misma puede rondar los 800 euros (documentos 29 y ss. de la contestación).

9. D. Abel, tras la venta de la empresa, ha seguido teniendo su disposición distintos vehículos, algunos a nombre de su madre (Saab 900 y Mitshubishi Colt) o de terceros (Land Rover, Ford Galaxy), según informe de detective aportado en la vista.

Considera la sentencia que la situación económica de la familia es delicada y que se ha reducido notablemente la capacidad económica del alimentante, aunque afirma: «No obstante, vive con su madre, conduce los vehículos de és-

Revista Derecho Familia 61.indb 168 04/02/14 11:56

ta y sus gastos ordinarios se encuentran cubiertos, a diferencia de los de la esposa e hijos». Por ello fija una pensión alimenticia muy inferior al importe inicialmente considerado en el auto de medidas, advirtiendo: «pero no hay que olvidar, en último término, que D. Abel es un profesional con experiencia. Tampoco que la escritura de dación en pago (de una tercera parte de los locales donde se desarrollaba la actividad empresarial, para cancelar un préstamo de la madre) se otorga en plena crisis matrimonial y empresarial». La desaparición de la fuente de ingresos del esposo lleva también al juzgador de instancia a denegar la asignación compensatoria solicitada por la esposa considerando que el examen de los hechos probados impide reconocer el desequilibrio interesado por ella.

La sentencia de la Audiencia Provincial resolviendo el recurso de apelación pone de relieve el pormenorizado análisis que la sentencia de primera instancia hace de la situación económica del recurrente y el cambio de su situación patrimonial, apreciando también datos oscuros en la cesión de bienes inmuebles a su madre, y su nivel de vida y su entorno socio familiar. Por la prueba documental practicada en segunda instancia constata la presencia del demandado en otro domicilio, el cambio de los hijos comunes a otro colegio concertado, la extraña concertación a nombre de tercero de un contrato de seguro de vehículo conducido habitualmente por el demandado. También afirma que obra en el rollo que la actora es copropietaria de otro piso y activos obtenidos por herencia de su padre.

Para completar la justificación de la confirmación de la sentencia de primera instancia en el apartado de la pensión alimenticia se refiere a la mala situación financiera del demandado, con dos préstamos hipotecarios asfixiantes, pero también a su valía profesional y al cese de la atribución de la vivienda familiar a partir de diciembre de 2012.

Justifica la breve limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda contenida en la sentencia apelada, que también confirma en este aspecto, en que la misma es privativa del actor y está gravada con una hipoteca importante (que sufraga él exclusivamente), que la otra vivienda de la que es propietario está alquilada y también está gravada, y que la demandada también dispone de vivienda privativa.

Se desprende de todo lo anterior que ambas sentencias han tenido en cuenta los distintos aspectos patrimoniales de la pareja para la atribución del uso de la vivienda. Así, la sentencia de apelación confirma el mantenimiento de la pensión alimenticia para los hijos, a pesar de la disminución de los ingresos del padre, entre otros extremos, por el cese del uso de la vivienda por parte de la madre en un plazo breve que, lógicamente, quedará a disposición del padre permitiéndole su uso o alquiler y, en consecuencia, mayor disponibilidad económica para el pago de la pensión alimenticia.

Igualmente ponen de relieve ambas sentencias que la vivienda, privativa del padre, se encuentra gravada con una hipoteca por un préstamo elevado, de cuyo pago se responsabiliza exclusivamente al mismo, lo que da a entender que, correlativamente, se le debe permitir su uso o disposición en plazo breve, añadiendo que la madre dispone de otra vivienda privativa suya. No ignoran las sentencias que el importe del alquiler que ella percibe de esa vivienda le supone una fuente de ingresos, pero también se citan otros medios económicos de los que dispone lo que, unido a la difícil situación de todos, ha aconsejado la medida indicada.

En definitiva, con cita del artículo 81 del CDFA, ambas sentencias han atendido a todas las circunstancias tanto de carácter personal como de contenido económico que, conforme a su valoración, hacían aconsejable un uso limitado por breve plazo de la vivienda familiar a favor de la madre con los hijos.

La parte recurrente hace su propia estimación de los recursos de ambos progenitores valorando también aspectos como la falta de pago de la pensión alimenticia por parte del padre, para llegar a la conclusión de que se ha infringido el artículo 81.2 del CDFA por no atender al interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda, que es el de los hijos.

En realidad, dado que la sentencia recurrida atribuye el uso de la vivienda a la madre con los hijos durante un tiempo limitado, no se habría infringido el apartado 2 del artículo 81 CDFA,

Revista Derecho Familia 61.indb 169 04/02/14 11:56

pues se ha atribuido el uso a su favor, sino, en su caso, el apartado 3, conforme al cual dicha atribución será temporal y la fijará el Juez «teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia». No se puede decir que el Juzgado y la Audiencia Provincial no hayan tenido en cuenta tales circunstancias, como se ha detallado antes, sino que a la recurrente no le convence tal valoración. Pero, como hemos dicho reiteradamente, la misma es función exclusiva de los tribunales de instancia, no revisable en casación salvo que se revele como absolutamente infundada o arbitraria. A la vista de la concreta exposición de los múltiples datos tenidos en cuenta por ambas instancias, y de la valoración de los mismos, debe concluirse que han apreciado las circunstancias de la familia, como exige el artículo 81.3, y tal valoración no es infundada ni arbitraria.

El Ministerio Fiscal había defendido, como señala la recurrente, la atribución a la madre del uso de la vivienda sin límite temporal, y lo ha mantenido en el escrito de alegaciones al recurso de casación con el límite de la mayoría de edad de los hijos, atendiendo al perjuicio que se produciría a éstos por el cambio de domicilio, de barrio y de ambiente, sin haberles oído (artículo 6 del CDFA). Por ello propugna el Ministerio Fiscal, en interpretación armonizada del artículo 96 del Código civil con el artículo 6 del CDFA, el límite de la mayoría de edad de los hijos en el uso de la vivienda.

El artículo 6 del CDFA exige que se oiga al menor antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida «que afecte a su persona o bienes». Pero la atribución del uso de la vivienda y su limitación temporal les afecta de modo indirecto, como les puede afectar la cuantía de la pensión alimenticia, pero no resulta indispensable oírles sobre tales extremos. No cabe duda de que cualquier decisión respecto a la vivienda afectará al modo de vida de los menores pero ello no significa que todo cambio en tal sentido haya de resultarles perjudicial, teniendo en cuenta todas las circunstancias familiares, ni que afecte de forma esencial a sus derechos ni al deber de audiencia pues no se trata, propiamente, de una decisión respecto a su persona o bienes.

Lo que el artículo 81.3 CDFA exige es que, para la fijación del límite temporal, se tengan en cuenta las circunstancias concretas de la familia, y no cabe duda, a la vista de todo lo expuesto, de que así se ha hecho en este concreto caso por lo que el recurso de casación debe ser rechazado y confirmada la sentencia recurrida.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No es correcta la interpretación de que la norma aragonesa resulta diferente de la contenida en el artículo 97 del CC, en el sentido de que aquélla exija, para señalar la asignación compensatoria, un empeoramiento respecto a la situación anterior a la convivencia pues se trata de compensar la desigualdad por razón de la ruptura de la convivencia en relación, fundamentalmente, con la situación en la misma, de igual manera que en el Código civil al referirse al empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

TSJ de Aragón, Sentencia de 4 de enero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara**

En el tercero de los motivos de casación se denuncia infracción del artículo 83.1 del CDFA.

Afirma la parte recurrente que el citado precepto introduce un importante cambio a la

Revista Derecho Familia 61.indb 170 04/02/14 11:56

hora de determinar el punto de referencia que debe ser tenido en cuenta para valorar el desequilibrio económico, ya que se utiliza la expresión que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia, frente a la expresión del artículo 97 del Cc: que implique un empeoramiento en su situación anterior en la convivencia (en realidad, en el matrimonio). Por tanto –siempre en tesis de la recurrente– sólo la constatación fehaciente de que el matrimonio ha producido un perjuicio concreto a alguna de las partes respecto de la posición económica o laboral de la que gozaría en el caso de no haber contraído matrimonio justificaría el establecimiento de una asignación compensatoria.

No es esta la interpretación que respecto de tal cuestión ha sostenido esta Sala. En la sentencia de 13 de julio de 2012 dictada en el recurso de casación 10/2012 y con remisión a la anterior de 30 de diciembre de 2011 se expresó:

«La asignación compensatoria prevista en el artículo 9 de la Ley aragonesa 2/2010 (artículo 83 CDFA) no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 del Código civil a la pensión compensatoria, salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio, en tanto que la asignación aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en los casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres.

Ya el Preámbulo de la ley (párrafo final de su apartado VII, que es ahora el penúltimo párrafo del apartado 10 del Preámbulo del Código de Derecho Foral de Aragón) prevé «la posibilidad de que uno de los padres solicite al otro una asignación económica destinada a compensar la desigualdad económica que le produzca la ruptura de la convivencia». Esta previsión se concreta en el artículo 9.1 del texto normativo: «El progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia, tendrá derecho a percibir del otro una asignación compensatoria».

Se trata de compensar la desigualdad que a uno de los padres pueda producir la ruptura de la convivencia, para lo que se han de tener en cuenta, a los efectos de determinar la cuantía y naturaleza temporal o indefinida de la asignación, los criterios señalados en el apartado 2 del mismo artículo. Y estos criterios, a salvo de los dos primeros más genéricos, se refieren a situaciones que tienen que ver con el tiempo de convivencia (edad de los hijos, atribución del uso de la vivienda familiar, funciones familiares desempeñadas por los padres y duración de la convivencia) y no con situaciones anteriores a la misma.

Por ello no es correcta la interpretación del recurrente de que la norma aragonesa resulta diferente de la contenida en el artículo 97 del Código civil, en el sentido de que aquélla exija, para señalar la asignación compensatoria, un empeoramiento respecto a la situación anterior a la convivencia pues, como se ha dicho, se trata de compensar la desigualdad por razón de la ruptura de la convivencia en relación, fundamentalmente, con la situación en la misma, de la misma forma que en el Código civil al referirse al empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio».

Por lo demás, y al margen de que, como señala la contraparte en su escrito de oposición, la demanda se interpuso sin invocar en este punto hechos nuevos en relación con los tenidos en cuenta en la sentencia de divorcio, resulta improcedente entrar en las consideraciones que, en relación con extremos de hecho que se dicen no acreditados (tales como la disminución de las expectativas profesionales de la esposa a resultas de su matrimonio y sus maternidades) se llevan a cabo en el recurso.

Revista Derecho Familia 61.indb 171 04/02/14 11:56

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Para fijar la indemnización del artículo 1438 del CC no es admisible valorar el posible salario que la esposa habría percibido, pues no existen datos para pensar que si no trabajó fue por dedicarse a la casa, pues en la obtención de un trabajo influyen múltiples variables. Tampoco puede valorarse en función de los incrementos patrimoniales del otro cónyuge como si se tratase de un régimen de comunidad. Ante esta falta de prueba se opta por fijar la cantidad que ofreció con carácter subsidiario el esposo.

TSJ de Aragón, Sentencia de 26 de febrero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch**

Estimada la pretensión principal del recurso de casación sobre la aplicación, negada por la sentencia recurrida, del artículo 1438 del Código Civil, este Tribunal de Casación debe actuar como órgano de instancia, pasando a considerar si procede en este supuesto la indemnización prevista en tal norma y, caso afirmativo, en qué cuantía.

Al respecto, se observa que el matrimonio tuvo una duración de más de ocho años, durante los cuales ambos cónyuges estuvieron plenamente conformes en que la esposa, ahora recurrente, atendiera al cuidado del hogar familiar, se encargara de modo inmediato y directo del cuidado de los hijos menores y, en fin, no desempeñara trabajo por cuenta propia o ajena fuera de la atención directa de la casa. Mientras, el esposo, aunque no desatendió el desenvolvimiento diario del hogar familiar y cuidado de los hijos, sí desarrolló trabajo fuera de la casa, prestó sus servicios para entidad mercantil y, con ello, tuvo posibilidad de mantener y aumentar su patrimonio. Se dan así los presupuestos para fijación de la compensación prevista en el artículo1438 del Código Civil tal y como lo acuerda el Tribunal Supremo en sentencia numero 534/2011, de 4 de julio (recurso de casación 1691/2008): pacto de separación de bienes, y contribución por uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa, por lo que procede reconocer el derecho de la recurrente al percibo de tal compensación.

La cantidad interesada por tal concepto asciende a la suma de 350.000 euros. Tal importe lo obtiene la recurrente mediante la adición de los salarios que podría haber percibido caso de haber trabajado, la cantidad pagada por el esposo para adquisición de inmueble, constante matrimonio, y el beneficio que estima ha tenido la mercantil de que era socio el marido durante el matrimonio. No es admisible valorar el posible salario que la esposa habría percibido, puesto que no existen datos que permitan estimar que la esposa no trabajó por cuenta ajena sólo por causa de dedicarse primera y principalmente a la atención de la casa, ya que es notorio que existen otras variables a considerar al tiempo de determinar si habría tenido la posibilidad de prestar trabajo remunerado la esposa. Igualmente debe rechazarse la pretensión de hacer comunes los incrementos patrimoniales obtenidos por el cónyuge como si estuviéramos ante un régimen de comunidad cuando, contrariamente a ello, lo pactado por ambos interesados fue la separación de bienes.

La ausencia de otros datos o argumentos que permitan decidir cuál debe ser la concreta indemnización a percibir conduce, finalmente a fijarla en la cuantía aceptada de modo subsidiario por el recurrido, de 15.150 euros.

Revista Derecho Familia 61.indb 172 04/02/14 11:56

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACION, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

Aunque el demandado haya mostrado su conformidad con la acción de nulidad matrimonial interpuesta por su esposa alegando vicio en el consentimiento (reserva mental) pues se casaron por presiones de los familiares, se desestima la demanda al no resultar probado el alegado vicio de consentimiento pues solo se propuso el interrogatorio de parte.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 10 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Núñez**

Por la representación procesal de la parte actora, doña Miriam se interpuso demanda por la que se interesaba la nulidad del matrimonio contraído en fecha 17 de diciembre de 2000 con el demandado don Florián, siendo contestada la demanda por éste en el sentido de mostrarse conforme con la pretensión contra él dirigida, dictándose finalmente sentencia por el Juzgado de Primera Instancia número Dieciséis (Familia) de Málaga por la que se desestimaba la demanda interpuesta, resolución que se recurre en apelación por dos motivos: 1º) Error en la valoración de la prueba, pues si bien es cierto que en el orden civil, al igual que cualquier otro orden jurisdiccional, rige el principio de libre valoración de la prueba, en el caso que nos ocupa considera que dicho principio ha sido sobrepasado, de tal forma que las pruebas han sido valoradas erróneamente, ya que la petición de nulidad matrimonial se sustenta en un consentimiento viciado desde su origen por una reserva mental, habiendo sostenido ambas partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación que cuando contrajeron matrimonio lo hicieron por presiones familiares, que no tenían el más mínimo deseo de hacerlo y que solo accedieron para no contrariar a las respectivas familias, lo que fue ratificado en la vista a presencia judicial, por lo que tratándose de un consentimiento viciado o una reserva mental, de un estado personal interior o íntimo, en definitiva, difícilmente pueden aportarse pruebas al procedimiento acreditativas de cual era la voluntad real de los contrayentes en el momento del matrimonio o, dicho de otro modo, resulta de todo punto imposible presentar medios de prueba externos sobre la voluntad real de una persona, así pues, la exigencia de una carga probatoria constituye una auténtica prueba diabólica, habida cuenta que la única prueba existente sobre la voluntad de las partes acerca de si realmente querían contraer matrimonio o simplemente accedían a las presiones familiares, son las propias manifestaciones de los contrayentes, cabiendo afirmar en tal sentido que en el acto de la vista ambas partes fueron contundentes, claras y precisas en sus declaraciones, reafirmándose en que no existió una verdadera voluntad de matrimonio, y 2º) Por falta de motivación de la resolución, ya que la única prueba existente en el procedimiento es el interrogatorio de parte, prueba obviamente admitida en derecho que el juez debe valorar libremente con arreglo a criterios de sana crítica, de manera que si ambos litigantes en sus declaraciones sobre

Revista Derecho Familia 61.indb 173 04/02/14 11:56

el objeto de la litis son coincidentes no alcanza a comprender la interpretación ofrecida si no se sustenta en otro tipo de pruebas o indicios, motivos en base a los cuales solicita del tribunal de alzada el dictado de sentencia por la que con revocación del fallo de instancia acuerde declarar la nulidad del matrimonio celebrado por las partes el 17 de diciembre de 2000.

Planteado el debate en los términos expuestos, dos preliminares consideraciones debe practicar la Sala de Apelación antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo objeto de debate, a saber: 1º) Por un lado, en consonancia con lo que dispone el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, previene el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que el órgano judicial tiene la ineludible obligación de resolver motivadamente todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate, obligación que deriva del mandato constitucional del artículo 120.3 de la Constitución Española, que ordena que las sentencias sean siempre motivadas, así como del artículo 24 de la misma Ley Suprema, que impone a los Jueces y Tribunales la obligación ineludible de dictar, tras el correspondiente debate, una resolución fundada en derecho, obligación que no puede entenderse cumplida con la mera decisión del órgano judicial, carente en ese punto de la litis de toda motivación, por cuanto que lo importante y esencial es que a través de los razonamientos jurídicos de toda resolución puedan las partes conocer el motivo de la decisión a efectos de su posible impugnación y así, al mismo tiempo, permitir a los órganos judiciales superiores ejercer la función revisora que les corresponda, sin que esto signifique, en absoluto, que se produzca incongruencia omisiva por falta de motivación cuando, como en el caso, concurra una concisa y breve motivación, ya que el requisito exigido no supone una exhaustiva descripción del proceso intelectivo seguido para llegar a resolver en un determinado sentido, ni es opuesto a la parquedad del razonamiento, con tal de que el mismo, ponga de manifiesto que la decisión adoptada responde al interesado y a los órganos el control de la legalidad, las indicaciones suficientes para determinar la corrección del fallo y la constatación, sobre todo, de que este no constituye una pura arbitrariedad, de ahí que el Tribunal Constitucional haya señalado que la obligación de motivar o, lo que es lo mismo, lisa y llanamente, de explicar la decisión judicial, no conlleva una simétrica exigencia de extensión, elegancia retórica, rigor lógico o apoyos científicos, que están en función del autor y de las cuestiones controvertidas, dado que la Ley de Enjuiciamiento Civil pide al respecto «claridad» y «precisión», no implicando tampoco ello un paralelismo servil respecto de los alegatos y la argumentación de los litigantes, por lo que, en definitiva, el razonamiento jurídico de una resolución judicial, sobrio y escueto, afortunado o desafortunado, es, sin embargo, suficiente porque cumple su función y da a conocer el criterio del órgano judicial de modo inequívoco –TC 1ª S. 159/1992, de 26 de octubre–, no existiendo precepto alguno que exija una detalladísima labor de investigación de las pruebas, bastando que de los términos en que aparece plasmado el debate y examen conjunto de las probanzas se alcance, en línea de racionalidad jurídica suficientes, una o varias conclusiones que conforman el fallo o decisión –TS 1ª SS. de 20 de febrero de 1993,7 de enero de 1994, 1 de junio de 1995, 13 de abril de 1996 y 9 de junio de 1998 y TC S de 28 de octubre de 1991–, doctrina la expuesta que proyectada sobre el caso que nos ocupa ofrece como resultado el rechazo de la tesis defendida por la recurrente ya que, independientemente de que ni tan siquiera pretende obtener del órgano enjuiciador de segunda instancia un pronunciamiento por el que se decrete la nulidad de la sentencia recurrida, es lo cierto que en la fundamentación jurídica de ésta sobradamente queda constancia del porqué de la decisión desestimatoria adoptada pro la juzgadora «a quo», que o es otra que la de entender que la causa invocada como soporte de la pretensión de nulidad matrimonial no queda acreditada en el curso del procedimiento y dicha decisión, que, en absoluto peca de vicio de incongruencia, podrá ser combatida pro la parte disconforme por otros motivos pero no, en manera alguna, por la invocada carencia de motivación, siendo hábiles y suficientes los argumentos judiciales argüidos por la juzgadora de primer grado como para extraer la conclusión de su decisión y, por ende, facilitar a las partes y al propio tribunal colegiado de alzada los razonamientos sobre los que se basa la desestimación de la demanda,

Revista Derecho Familia 61.indb 174 04/02/14 11:56

acertados o desacertados, cuestión sobre la que posteriormente entraremos en análisis, pero, en cualquier caso, motivados, y 2º) Que desde una perspectiva probatoria, si bien es cierto que el recurso ordinario de apelación es concebido como una simple revisión del procedimiento anterior seguido en la primera instancia, permitiendo al órgano «ad quem» conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito –TS 1ª SS de 6 de julio de 1962 y 13 de mayo de 1992–, se presenta como impensable que el proceso valorativo de las pruebas realizado por Jueces y Tribunales de instancia pueda ser sustituido por el practicado por uno de los litigantes contendientes, habida cuenta que la jurisprudencia viene estableciendo al respecto como a las partes les queda vetada la posibilidad de sustituir el criterio objetivo e imparcial de los Jueces por el suyo propio, debiendo prevalecer el practicado por éstos al contar con mayor objetividad que el parcial y subjetivo llevado a cabo por las partes en defensa de sus particulares intereses –TS 1ª SS de 16 de junio de 1970, 14 de mayo de 1981, 22 de enero de 1986, 18 de noviembre de 1987, 30 de marzo de 1988, 18 de febrero de 1992, 1 de marzo y 28 de octubre de 1994, 3 y 20 de julio y 7 de octubre de 1995, 23 de noviembre de 1996, 29 de julio de 1998, 24 de julio de 2001, 20 de noviembre de 2002 y 3 de abril de 2003–, debiendo, por tanto, ser respeta la valoración probatoria de los órganos enjuiciadores en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o de las reglas de la sana crítica –TS 1ª SS. de 18 de abril de 1992, 15 de noviembre de 1997 y 9 de febrero de 1998, entre otras–, de ahí que sea posible que dentro de las facultades que se concedan a Jueces y Tribunales de instancia den diferente valor a los medios probatorios puestos a su alcance e, incluso, optar entre ellos por el que estimen más conveniente y ajustado a la realidad de los hechos, de lo que se colige que el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas haya de respetarse, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia –TC S de 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994–, debiendo únicamente ser rectificado cuando en verdad sea ficticio, bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones, ponga de relieve un manifiesto y claro error del/la juzgador/a «a quo», bien de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin riesgos de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

Efectuadas las anteriores consideraciones esenciales preliminares, debemos partir de que se ejercita por la representación procesal de la parte demandante acción nulidad matrimonial que difiere sustancialmente de las otras que sobre materia matrimonial recoge nuestra legislación, habida cuenta que en tanto la separación como el divorcio matrimonial puede ser interesado por los cónyuges de forma consensuada o contenciosa una vez transcurridos tres meces desde la celebración del matrimonio, de conformidad con lo previsto en los artículos 81.1 y 86 del Código Civil, con la salvedad que se contempla en el apartado 2º de la primera de las normas expresadas, en la nulidad matrimonial no cabe petición consensuada, debiendo ser decretada judicialmente en un proceso contradictorio en base a cualquiera de las causas que expresamente establece el artículo 73 del Código Civil, entre las que se encuentra, precisamente, en su número 1º la de «el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial», queriendo significar con ello el tribunal que las premisas de actuación en unos y otro caso difieren sustancialmente, ya que tras la reforma introducida en el Código Civil por Ley 15/2005, de 8 de julio, desaparecen las causas de separación y divorcio matrimonial, pasando a tenerse encuentra para su concesión o denegación, salvo la excepcionalidad legal contemplada, exclusivamente el dato objetivo temporal en la duración del matrimonio (tres meces), haciéndose depender, por tanto, del mero deseo de los cónyuges, en los casos de nulidad matrimonial se mantiene la causalidad y, en su consecuencia, no es admisible el concierto de voluntades entre los cónyuges litigantes a fin de que se decrete la nulidad de su unión matrimonial, precisando la acreditación en debida forma de la causa sobre la que se ampare la petición de la demanda rectora del proce-

Revista Derecho Familia 61.indb 175 04/02/14 11:56

dimiento, y así queda perfectamente corroborado, como defendiera el Ministerio Fiscal, por el hecho de estar en presencia de una materia indisponible en la que, a tenor de la literalidad del artículo 751.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no cabe sobre ella «allanamiento» ni «transacción», siendo procedente traer a colación que, en términos generales, se concibe la nulidad del matrimonio como la sanción civil por ausencia o imperfección de alguna de las condiciones legalmente requeridas para la formación del vínculo matrimonial, apareciendo la situación de inexistencia en el artículo 45.1 del Código Civil al proclamar –con reflejo del artículo 1261– que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial», especificándose en el artículo 73.1 como se ha dicho que «es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración: el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial», lo cual nos lleva a precisar qué es lo que debe entenderse por consentimiento prestado con reserva mental, debiendo considerarse que, como dice la sentencia de 8 de noviembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Barcelona, la concurrencia de esta circunstancia en el matrimonio se da cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordancia, mantenida conscientemente, entre el querer interno y el querer manifestado en la celebración, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos a través de la prestación de ese consentimiento aparente, de lo que se colige que los presupuestos necesarios que han de concurrir para apreciar dicha situación serán: a) la gestación consciente en el fuero interno de uno de los contrayentes, de la divergencia entre lo internamente querido y lo manifestado; b) dada la unilateralidad en la reserva mental, el secreto y desconocimiento para el otro contrayente matrimonial, lo que conlleva un engaño a éste, y normalmente para terceros, sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental, y c) la existencia de una verdadera intención oculta, un fin realmente querido –«propositum in mente retentum»–, que se pretende conseguir mediante la celebración de un matrimonio aparente, por lo que no coincide con la voluntad negocial declarada, no querida realmente, siendo meridianamente claro que ante la dificultad probatoria acerca de la falta de consentimiento producida por reserva mental en uno de los contrayentes matrimoniales y el carácter restrictivo con que debe ser examinada la causa legal de nulidad matrimonial, se hace exigible analizar los datos fácticos y elementos probatorios con especial cautela, debiendo estarse a los hechos previos, coetáneos y posteriores a la celebración del matrimonio y al comportamiento del contrayente simulador, para lo cual, ante la carencia de material probatorio directo será necesario acudir a las presunciones, teniendo manifestado al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo que en tanto las pruebas directas prueban concluyentemente el hecho, las indirectas o indiciarias no son, por regla general, por sí mismas, suficientes para probar el hecho a demostrar, aunque acompañadas de otros indicios permiten formar la convicción judicial sobre la verosimilitud del hecho –SS de 24 de noviembre de 1993 y 23 de enero, 16 de septiembre y 21 de octubre de 1996–, entendiéndose por el tribunal «ad quem» que la respuesta a la cuestión de fondo contenida en la sentencia ahora impugnada en apelación es acorde y plenamente ajustada a derecho y que, consecuentemente, habrá de ser confirmada en todos y cada uno de sus extremos, dado que del material probatorio practicado se deduce la inexistencia de intención matrimonial en ambos contrayentes, ya que esa reserva mental que se alegada por la actora y que el (ex) marido demandado reconoce queda por completo carente de refrendo probatorio, sin que, en absoluto, esa «conformidad» entre las partes acerca de la nulidad de su unión matrimonial pueda vincular al órgano enjuiciador, puesto que esa inaplicabilidad al supuesto analizado del principio dispositivo se plasma en el artículo 752.2 de la Ley Procesal precitada cuando literalmente dispone que «la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad…», reseñando, a mayor abundamiento, su segundo inciso que «tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes,…», teniendo declarado esta Sala de Apelación en sentencia de 31 de marzo de 2006 (número 184/2006) que «[…] para conocer cual de las partes litigantes puede verse perjudicada

Revista Derecho Familia 61.indb 176 04/02/14 11:56

por la ausencia de pruebas, ha de acudirse a la doctrina sobre el onus probandi elaborada durante años por las sentencias emanadas del Tribunal Supremo interpretando el ya derogado artículo 1214 del Código Civil y que ahora ha tenido en gran parte su plasmación legal en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y según los apartados segundo y tercero de este precepto, corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, incumbiendo al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior, estableciéndose en el primer apartado del mismo artículo que cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o las del demandado, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones, y, finalmente, el apartado sexto dispone que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio», sin que, por tanto, conforme a los razonamientos expuestos, quepa resolver en forma favorable la litis a la tesis defendida por la demandante-apelante, máxime cuando pretende que se lleve a cabo en función exclusivamente de la prueba (única) de interrogatorio practicado olvidando que el interrogatorio (anterior confesión) es una prueba más que no tiene un valor probatorio superior a los demás medios de prueba y que hace prueba contra su autor, siendo su apreciación, «en combinación con el resto de las demás pruebas», competencia exclusiva del tribunal de instancia –TS 1ª SS de 7 y 11 de marzo de 1988, 22 de octubre de 1996, 30 de enero y 10 y 21 de febrero de 1997 y 20 de marzo de 1998–, todo lo cual reconduce la cuestión a ser resuelta en idénticos términos desestimatorios que los que recoge la juzgadora de primera instancia.

Debe confirmarse la sentencia que declara la nulidad del matrimonio pues sólo han convivido bajo el mismo techo durante seis meses durante los cuales además no mantuvieron ningún tipo de relación íntima. Nos hallamos ante un supuesto de reserva mental siendo la finalidad del matrimonio la obtención de la residencia en nuestro país.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 4 de febrero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Mª Ana María García Esquius**

Frente a la sentencia de instancia se alza el apelante Sr. Alejandro disconforme con la declaración de nulidad del matrimonio que efectúa la sentencia. La juzgadora de instancia apreció que el matrimonio se había contraído bajo reserva mental del contrayente que comporta un falta de consentimiento susceptible de dar lugar a una causa de nulidad, la prevista en el núm. 1 del artículo 73 del Código Civil. Insiste la apelante en su escrito de recurso que el consentimiento prestado lo fue única y exclusivamente a contraer matrimonio, no a obtener una nacionalidad o una residencia aunque en realidad ni niega ni impugna la prueba propuesta y practicada.

El artículo 73.1º del Código Civil admite como causa de nulidad del matrimonio el haberlo contraído sin consentimiento matrimonial, es decir, cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordancia entre lo querido y aquello que se manifiesta, entre la voluntad interna y el consentimiento externo, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos a través de ese consentimiento matrimonial. Las características esenciales de la reserva

Revista Derecho Familia 61.indb 177 04/02/14 11:56

mental, como esta Sala, acogiendo la jurisprudencia unánime, ha tenido ocasión de interpretar en sentencias entre otras de fechas 8-11-99 3-10-2003:

a) La gestación consciente en el fuero interno de uno de los contrayentes de la divergencia entre lo íntimamente querido y lo manifestado;

b) El secreto y desconocimiento para la otra parte que conlleva un engaño a ésta y normalmente para terceros, sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental;

c) La existencia de una verdadera intención oculta, un fín realmente querido, que se pretende conseguir mediante la celebración de un matrimonio aparente.

Es cierto que la dificultad de apreciar la concurrencia de esta causa de nulidad matrimonial radica precisamente en la dificultad de probar la existencia de la reserva pues en última instancia nadie tiene el poder de conocer con total exactitud la voluntad interna de una persona excepto ella misma, pero si cabe deducir la falta del consentimiento de los actos anteriores, coetáneos y posteriores al enlace por parte del contrayente, indicios que de resultan debidamente probados pueden conducir a través de la lógica del razonamiento, a una consecuencia. Es un hecho admitido y no negado que desde el rito de celebración del matrimonio contraído en el año 2004 sólo han convivido bajo el mismo techo seis meses durante los cuales tampoco lo hicieron como marido y mujer no manteniendo ningún tipo de relación íntima.

La lógica de los hechos en este caso ha llevado a la juzgadora de instancia y también a la Sala a apreciar que nos hallamos ante un supuesto de reserva mental siendo la finalidad del matrimonio no la de establecer una plena comunidad de vida y afecto, sino la de instrumentalizar una relación. No ha existido en ningún momento la voluntad recíproca en ambos contrayentes de asumir los deberes de respeto y auxilio mutuo que caracterizan al matrimonio, por todo lo cual procede desestimar el recurso.

PATRIA POTESTAD

El cambio de colegio, por ser una de las medidas que afectan a la formación y educación de notable transcendencia, queda excluida de las decisiones que unilateralmente puede adoptar el progenitor custodio. Sin embargo no puede prosperar la pretensión de un nuevo cambio de colegio interesada por el padre ya que ello no se revela beneficioso para los menores.

AP Madrid, Sec. 24ª, Auto de 10 de enero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª María José de la Vega Llanes**

El aquí apelante interpuso demanda al amparo del artículo 156 CC mostrando su disconformidad con el cambio de colegio de los menores, medida que fue unilateralmente adoptada por la madre, quien tiene atribuida su guarda y custodia. El Juez de Instancia, valorando el conjunto de circunstancias concurrentes de índole económica y personal, y admitiendo que tal decisión fue adoptada por la madre sin el concurso necesario del padre, llega a la conclusión de que en interés de los menores procede mantener la decisión de la madre sin que sea procedente un nuevo cambio de colegio.

La elección del colegio o institución de enseñanza en que el menor ha de cursar sus estudios, o su posible cambio a otro distinto, es una medida de ejercicio de patria potestad que debe ser adoptada de consuno por ambos progenitores y, en su defecto, es decir, cuando existe discrepancia, debe acudirse a la autoridad judicial. Es

Revista Derecho Familia 61.indb 178 04/02/14 11:56

decir, el cambio de colegio, por ser una de las medidas que afectan a la formación y educación de notable transcendencia, queda excluida de las decisiones que unilateralmente puede adoptar el progenitor custodio por lo que, es evidente, que el no custodio tiene derecho a ser puntualmente informado por el otro de todas las incidencias de importancia que afectan a la vida, salud, educación y formación del menor. Ahora bien, expuesto lo que antecede sin embargo no puede prosperar la pretensión sobre un nuevo cambio de colegio interesado por el padre ya que, como se pone de manifiesto por el Juzgador de Instancia, esto no se revela beneficioso para los menores, interés que debe prevalecer en todo caso. Es por ello, y en razón a que tal decisión no es recurrible a tenor del artículo 156 CC in fine, conforme al cual: «La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio «, por lo que procede desestimar el recurso.

Las discrepancias de los padres en el ejercicio de la patria potestad deben resolverse en el expediente de jurisdicción voluntaria y no por vía de ejecución de sentencia.

AP Barcelona, Sec. 12ª, Auto de 23 de enero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Myriam Sambola Cabrer**

El auto apelado inadmite a tramite la solicitud deducida por el Sr. Juan Luis de jurisdicción voluntaria por desacuerdo en el ejercicio de la potestad parental razonando que éste no es el cauce adecuado y remitiendo al promovente a la ejecución de la sentencia consensuada de 9 de julio de 2009.

Tal razonamiento no puede ser compartido por este Tribunal al infringir la previsión legal contenida en el artículo 236-13 de la Llei 25/2010 de 22 de julio del Llibre II del Codi Civil de Catalunya (CCCat) en el que de forma clara y expresa se establece que en caso de desacuerdo ocasional en el ejercicio de la potestad parental, la autoridad judicial, a instancia de cualquiera de los progenitores ha de atribuir la facultad de decidir a uno de ellos.

En este caso concreto, efectivamente la sentencia a la que alude el auto apelado establece que la patria potestad sobre el hijo menor de edad, Marc, de 14 años en la actualidad, se ejercerá de forma conjunta, comprometiéndose ambos progenitores a tomar de común acuerdo aquellas decisiones importantes que puedan afectarle.

En la solicitud inadmitida las discrepancias versan sobre la elección de colegio y cambio de domicilio del hijo común menor de edad. Consecuentemente no ha existido incumplimiento del convenio homologado judicialmente que pueda ser dirimido y resuelto en el marco de ejecución del título como el auto apelado indica sino que estamos ante un supuesto de discrepancia entre los progenitores en el ejercicio concreto de la patria potestad. Y el procedimiento a seguir en situaciones de desacuerdo o controversia en el ejercicio de la patria potestad es precisamente y conforme a lo establecido en la Disposición Adicional 10º de la Llei 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiació, patria potestad, y régimen económico matrimonial es el de jurisdicción voluntaria en tanto en cuanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil en esta materia. La citada disposición en su apartado segundo dispone que será

Revista Derecho Familia 61.indb 179 04/02/14 11:56

el procedimiento de jurisdicción voluntaria el que deba seguirse para «resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente».

La situación de penado del padre no impide absolutamente el ejercicio de la patria potestad a los efectos de que se le consulten o solicite consentimiento para los actos relevantes, ya que el ejercicio cotidiano para los restantes actos le viene conferido a la madre como consustancial a la atribución de la guarda exclusiva de los hijos.

AP Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 3ª, Sentencia de 25 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ricardo Moyano García**

Privación al padre demandado del ejercicio de la patria potestad. Entiende la apelante que si bien no debe privarse al padre ingresado en prisión de la titularidad de la patria potestad, al estar ingresado en prisión sí debe aplicarse la privación del ejercicio por imposibilidad que previene el artículo 156 del C.C. No obstante, la situación de penado del padre no impide absolutamente el ejercicio de la patria potestad a los efectos de que se le consulten o solicite consentimiento para los actos relevantes de la patria potestad, y el ejercicio cotidiano para los restantes actos le viene conferido a la madre como consustancial a la atribución de la guarda exclusiva de los hijos. Por tanto, consideramos que no es preciso ir más allá de esa atribución de guarda exclusiva y del ejercicio ordinario dimanante de la guarda, sin privación total del ejercicio para el resto de los actos de patria potestad.

No procede privar de la patria potestad al padre pues ha venido efectuando el pago de la pensión, hasta el mes de febrero de 2010, y aunque pueda ser cierto que no ha hecho efectivo el pago de algunos meses o haya realizado pagos parciales, lo cierto es que no cabe hablar de un desentendimiento total y absoluto en cuanto a su obligación de contribuir el mantenimiento y cuidado de su hijo. En cuanto al régimen de visitas, tampoco se considera que este incumplimiento revista la suficiente gravedad.

AP Murcia, Sec. 4ª, Sentencia de 7 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez**

En el recurso de apelación interpuesto en nombre de Doña Crescencia se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra por la que se prive a D. Román de la patria potestad del menor Víctor Manuel. Se alega como motivo error en la interpretación de la prueba, indicándose, en síntesis, que el demandado ha incumplido la obligación de pago de la pensión de alimentos, pues de forma sistemática y continuada los años 2010, 2011 y en lo que va del 2012 no ha pagado nada; que en el año 2008 pagó alguna cantidad y que la última vez que pagó alguna cantidad fue en el mes de diciembre de 2009; que el demandado no ha visto en ningún momento al hijo desde principios de 2008; que ha dejado de cumplir los deberes inherentes

Revista Derecho Familia 61.indb 180 04/02/14 11:56

a la patria potestad; que no ha comparecido en los autos, habiendo sido declarado en rebeldía; que se solicitó el interrogatorio del demandado, por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 304 LEC, su incomparecencia se puede valorar como un reconocimiento de los hechos perjudiciales, exponiéndose las razones por las que se ejercita la acción.

La sentencia desestima la demanda, acordando que se mantenga la patria potestad sobre el menor Víctor Manuel por ambos progenitores. Se refiere la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la privación de la patria potestad; que los hechos alegados por la actora para la privación de la patria potestad son el incumplimiento de las obligaciones judicialmente establecidas en cuanto al régimen de visitas y el pago de la pensión de alimentos; que la falta de asistencia económica y el incumplimiento del régimen de visitas no tienen que determinar per se la privación de la patria potestad; que el incumplimiento que se alegan no suponen un incumplimiento relevante que supongan un peligro para el hijo que derive del mantenimiento de la patria potestad.

El Ministerio Fiscal impugna el recurso, interesando la confirmación de la sentencia, indicando que no ha quedado acreditado que el incumplimiento por parte del padre de los deberes inherentes a la patria potestad haya sido absoluto y permanente en el tiempo.

Que la única cuestión a resolver en esta alzada es la relativa a si procede o no privar de la patria potestad a D. Román que ostenta sobre su menor Víctor Manuel.

En el artículo 170 del Código Civil se dispone: «El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial».

La sentencia del Tribunal Supremo de 10-11-2005 declara: «…sea desde la perspectiva de la interpretación restrictiva del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 18 de octubre de 1996, entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor, (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 y 31 de diciembre de 1996, entre otras), postulados ambos no incompatibles, la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000) imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basados en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo». La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1996 declara 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, 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, en definitiva, lo cual, supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada. Igualmente en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1996 se declara que el artículo 170 del Código, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma. La STS de 12-07-2004 señala que la privación de la patria potestad, sin embargo, no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino sólo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del menor. Ese carácter discrecional de la medida, no es, sin embargo absoluto, ya que la norma establece unos límites que la decisión ha de respetar. De un lado, la medida ha de adoptarse en beneficio de los hijos. Así lo establece el artículo 39.2 de la Constitución Española, en cuanto impone a los poderes públicos una actuación que asegure la protección integral de aquellos. De otro lado, la privación de la patria potestad, total o parcial, no constituye una sanción perpetua, sino condicionada (tampoco necesariamente) a

Revista Derecho Familia 61.indb 181 04/02/14 11:56

la persistencia de la causa que la motivó, como establece el artículo 170.2 del Código Civil al regular la recuperación de aquélla.

Que tras el examen de los autos no se aprecia error en la interpretación de la prueba, aceptándose, por consiguiente, los razonamientos que se exponen en la sentencia de instancia, pues, en efecto, se considera que de acuerdo con la doctrina jurisprudencia citada no procede privar de la patria potestad a D. Román, pues en cuanto al incumplimiento del pago de la pensión por alimentos, hay que indicar que este ha venido efectuando el pago de la pensión de alimentos establecida en el convenio regulador, aprobado por sentencia de fecha 7 de junio de 2007, hasta el mes de febrero de 2010, como se desprende de la demanda de ejecución incorporada, y aunque pueda ser cierto que no ha hecho efectivo el pago de algunos meses o haya realizado pago parciales, lo cierto es que no cabe hablar de un desentendimiento total y absoluto en cuanto a su obligación de contribuir el mantenimiento y cuidado de su hijo, ello en consideración también con el hecho de que no se han agotado las posibilidades de hacer efectivas las cantidades impagadas por la vía civil ni penal, no constando incluso que se haya intentado de hacer efectiva lo contemplado para estos supuesto en el artículo 776.1ª LEC.

En cuanto al régimen de visitas, aún aceptándose lo que sostiene por la parte apelante, tampoco se considera que este incumplimiento revista la suficiente gravedad para privar de la patria potestad, y ello teniendo en consideración el hecho de que tampoco se ha acreditado que la incomunicación con el padre haya resultado perjudicial para el interés del menor, en concordancia con el hecho de que la consecuencia del incumplimiento del régimen de visitas puede dar lugar a una modificación de dicho régimen, según lo dispuesto en el artículo 776.3ª LEC.

Finalmente, hay que indicar que lo dispuesto en el articulo 304 LEC, para el caso de incomparecencia, no es de carácter imperativo, sino de aplicación facultativa en función de las circunstancias concurrentes, estimándose que en el presente caso está justificado su no aplicación en consideración a los hechos en que se basa la privación de la patria potestad que se postula.

GUARDA Y CUSTODIA

La madre ha trasladado en el curso del procedimiento su residencia de la Isla del Hierro a la Isla de Tenerife, resultando indudable que el cambio de entorno es un acto de suma importancia para la vida del propio menor, pero encontrándose en la actualidad el menor perfectamente escolarizado y adaptado al nuevo entorno, acordar la custodia paterna implicaría que tuviese que volver de nuevo a la Isla del Hierro lo que a la larga podría provocarle una situación estresante.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1ª, Sentencia de 3 de enero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª María Paloma Fernández Reguera**

La parte apelante afirma que la resolución recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución porque su fundamentación jurídica no se corresponde en absoluto con la actividad probatoria desplegada a lo largo del proceso, dando lugar a unas conclusiones erróneas que en definitiva constituyen el sustrato de un fallo no ajustado a Derecho. En el recurso se dice que la sentencia desestima la petición de custodia compartida, al entender erróneamente el informe pericial y las recomendaciones realizadas por el perito judicial, el cual atendiendo a las circunstancias concretas del caso, en especial el traslado del domicilio de la madre a la

Revista Derecho Familia 61.indb 182 04/02/14 11:56

isla de Tenerife, distinguió dos supuestos de la guarda y custodia compartida que proponía en los siguientes términos: A) En el supuesto que la madre permaneciera en la Isla de Tenerife, el perito recomendó una guarda y custodia compartida adaptada, estableciendo incluso el modo de adaptación de la misma, el cual consistía en que «siempre que la madre esté en El Hierro, el menor permanecería con ella, igual que las vacaciones y la gran mayoría de los fines de semana». B) En el caso de que la madre volviera a residir en la Isla de El Hierro, el perito proponía una guarda y custodia «al uso» con estancias con cada uno de los progenitores tal como han estado intercalando.

La juzgadora en consecuencia realiza una interpretación totalmente contraria al contenido del informe pericial, el cual destaca la importancia de no apartar al menor de su entorno donde se encuentra adaptado en El Hierro, y la mayor disponibilidad de su padre. Es más, argumenta el recurrente que con la interpretación realizada por la juzgadora de instancia, la misma resuelve en contra del informe pericial apartando al menor de su entorno en El Hierro y trasladándolo a la isla de Tenerife, en contra del interés del menor.

…La Sala examinadas las circunstancias concretas del caso enjuiciado, considera que el establecimiento de la custodia compartida debe ser denegado. Habiendo solicitado la parte recurrente la práctica de pericial, en segunda instancia, se llevó a cabo y se sometió a una exhaustiva contradicción, no compartiendo la Sala las conclusiones a que llega el perito informante. Se ha de tener en cuenta que en relación a la valoración de la prueba pericial, debemos recordar que conforme dispone el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica». Ni que decir tiene como es evidente que el Juzgador y este Tribunal no quedan vinculados por el contenido de un informe pericial, habiéndose posicionado en esta línea el propio Tribunal Supremo, que en sentencia de 16 de marzo de 1999establecía lo siguiente: «el dictamen de peritos no acredita irrefutablemente un hecho, sino simplemente el juicio personal o la convicción formada por el informante con arreglo a los antecedentes suministrados, sin vincular en absoluto a los jueces y tribunales, quienes no están obligados a sujetarse al dictamen pericial».

Al respecto, cabe significar el concreto caso que se enjuicia, en que la madre ha trasladado su residencia de la Isla del Hierro a la Isla de Tenerife en el curso del procedimiento, resultando indudable que el cambio de entorno es un acto de suma importancia para la vida del propio menor y la de su familia, ya que, en efecto, el cambio de residencia de un menor a otra localidad distinta conlleva una modificación sustancial de las condiciones de vida del mismo, al suponer, en primer lugar, una alteración de su entorno académico derivado del cambio a un nuevo centro escolar (con la consiguiente necesidad de adaptación a los nuevos profesores y sus distintos métodos), una transformación radical de su entorno relacional (pérdida de amigos del anterior colegio y esfuerzo de adaptación para conseguir unos nuevos) y social (nuevos vecinos, nuevos amigos en el barrio), e inclusive familiar (pues el nuevo domicilio puede conllevar un alejamiento y pérdida de contactos con parte de la familia extensa del progenitor no custodio). El cambio de residencia con cambio de centro escolar puede acarrear, asimismo, una alteración respecto de la orientación educativa del colegio al que venía asistiendo con anterioridad el menor y, como consecuencia, una modificación unilateral, por parte de un progenitor, del tipo de educación del menor.

Ahora bien, ello no supone que quede diluido en lo más mínimo el principio o criterio rector que ha de inspirar o animar toda decisión que, en el seno de un procedimiento de los conocidos como de «crisis familiar» se adopte en relación a los miembros más desprotegidos de dicho núcleo, en este caso de Armando que carece de autonomía para decidir o determinarse por sí mismo, como es el tan consabido «favor filii». Y es en tal sentido que se ha expresado una unívoca jurisprudencia que enseña que el interés superior del menor es principio inspirador de todo lo relacionado con él, vinculando al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos de manera que han de adoptarse a aquellas medidas que sean más adecuadas, conforme a las circunstancias, disponiendo el tribunal de unas facultades discrecionales para decretar las medidas que estime

Revista Derecho Familia 61.indb 183 04/02/14 11:56

más oportunas en beneficio del menor, facultad únicamente limitada por aquellas circunstancias que demuestren un perjuicio evidente y grave, para la educación, el cuidado, el desarrollo físico y mental y la estabilidad emocional de aquel, de donde se sigue que debe huirse de todo automatismo a la hora de adoptar cualquier decisión, por nimia que sea, respecto al menor, pues se ha de valorar o ponderar esta circunstancia sobrevenida a la luz de ese prevalente superior interés del niño.

Resulta indiscutible que, para decidir si el cambio de domicilio resulta beneficioso o perjudicial para el menor, hemos de tener en cuenta como relevantes los motivos o circunstancias objetivas que justifican el cambio; cuando el menor es de corta edad –nacido el 18 de septiembre de 2001–, su capacidad de adaptación al nuevo entorno escolar o social es mayor por el todavía bajo nivel de integración social y comunitaria del menor, lo que evita los graves inconvenientes que puedan derivarse de problemas de adaptación a su nuevo entorno escolar o social, que pudiera conllevar una posible desestabilización.

Y en el presente caso, aún cuando hubiera sido conveniente practicar nueva pericial a cargo del Gabinete adscrito a los Juzgados de Familia de esta capital, no existe dato alguno que demuestre que la situación del menor en esta Isla, con su nuevo entorno no sea favorable, e incluso llegar a ser enriquecedor; se encuentra perfectamente escolarizado, y trasladar de nuevo al menor a la Isla de El Hierro puede abocar a una situación a la larga estresante para el menor.

Desde el entorno paterno no se está favoreciendo una actitud positiva de los hijos a las visitas con la madre, algo, que desde luego, no favorece la custodia paterna que se otorgó provisionalmente, por lo que finalmente se acuerda concederla a la madre.

AP Valencia, Sec. 10ª, Sentencia de 9 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina**

El demandado interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 26 de Valencia el día 14 de mayo de 2012, que asignó la guarda de los dos hijos de los litigantes, de 8 y 5 años, a la actora, y estableció un régimen de comunicación para regular las relaciones paterno-filiales, así como la obligación a cargo del apelante de pagar la suma de 150 euros al mes en concepto de alimentos para cada uno de los dos menores.

Para determinar, de acuerdo con el artículo 5 de la ley autonómica valenciana 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares, cuál es el régimen de guarda y comunicación más adecuado al interés de los hijos, no puede desconocerse el informe pericial realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de familia de Valencia (folios 242 y siguientes) que estimó que aunque no existe una opción de custodia claramente mejor que la otra, la actora presenta mejores condiciones para el ejercicio de la misma en el momento actual, y, aunque los menores están adaptados a su convivencia con su padre, expresan sentimientos vinculativos hacia su madre, y no manifiestan rechazo hacia las estancias en su compañía, a pesar que del informe se desprende que en el entorno paterno no se está favoreciendo una actitud positiva de los niños a las visitas con la progenitora, algo que desde luego, no favorece la continuación de la custodia paterna, obtenida provisionalmente mediante un acuerdo aprobado por el Juzgado. Teniendo en cuenta la corta edad de los dos hijos, la Sala entiende que no es problemático el cambio de residencia de Valencia a Oropesa, donde reside la madre, por lo que procede la confirmación del pronunciamiento del Juzgado que asignó a la demandante la convivencia en exclusiva con los hijos. Con el objeto de intensificar el contacto con el progenitor, dada la cercanía relativa de las dos poblaciones reseñadas, y

Revista Derecho Familia 61.indb 184 04/02/14 11:56

la solicitud del apelante, se reconoce el derecho a estar con sus hijos una tarde entre semana, que a falta de acuerdo será la de los miércoles, desde la salida del colegio a las 20:30 horas, momento en que los restituirá a sus domicilios; se accede también a la unión de los «puentes», en el modo interesado por el demandado, y al disfrute alterno de los días festivos entre semana que no formen «puente», sin acceder por el contrario al reparto de las estancias en los periodos estivales propuesto por el apelante, pues impedirían una estancia prolongada con cada progenitor en ese tiempo, y la realización de desplazamientos u otras actividades que se prolonguen más allá de quince días.

Se acordó la custodia compartida en medidas provisionales, pero se ha comprobado que la experiencia no ha sido eficaz, no precisándose prolongar en el tiempo tal situación a fin de comprobar si pudiera mejorar en algún momento, pues está en juego el interés de cuatro niñas menores de edad.

AP Toledo, Sec. 1ª, Sentencia de 16 de enero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Gema Adoración Ocariz Azaustre**

El apelante, con fundamento en la concurrencia en la sentencia de un error en la valoración de la prueba, impugna el pronunciamiento de la misma por el que la guarda y custodia de las hijas comunes del matrimonio se le atribuye a la contraparte, solicitando su custodia compartida, lo que conlleva lógicamente el establecimiento de un régimen distinto de uso de la vivienda que era domicilio conyugal, de las visitas o de la pensión alimenticia que el que establece la sentencia.

El apelante considera que el informe pericial psicológico en que se funda la sentencia es insuficiente y que en realidad no se opone a lo informado por otro perito a su instancia porque concluye aquel que ambos progenitores son aptos para el cuidado de las menores y cuando consta probado (informe adopción de 2002) que han compartido los cónyuges durante el matrimonio las tareas y responsabilidades de atender a las hijas y sus necesidades.

…En este caso no existe acuerdo entre las partes sobre la custodia compartida, sin perjuicio del acuerdo al que llegaran en unas medidas provisionales y solo temporales como su nombre indica, y tampoco existe informe favorable del Ministerio Fiscal sobre su beneficio para el menor y la prueba practicada no corrobora que esta sea la medida mas beneficiosa para las menores, así lo establece el informe pericial por psicólogo forense, cuya cualificación y experiencia es notoria y que tiene imparcialidad incuestionada, por lo que no resulta ilógico ni arbitrario considerarle, como hace la sentencia apelada, prueba prevalente a la prueba pericial de la parte apelante que además, en lugar de examinar a la que era la unidad familiar, se funda solo en la entrevista con el apelante y examen de la documental, por lo que su percepción del conjunto de la situación dada es menos amplia. El informe forense determina, por razones que detalla y explica, que no es beneficioso para los menores al tiempo de la emisión del mismo y de resolución de esta causa la custodia compartida, y una cosa es que el padre pueda ser apto para ejercer la guarda, que no se duda, y que antes (incluso en 2002 en el expediente de adopción), se haya responsabilizado en igual medida que la esposa de los hijos, que antes existiera respeto mutuo de los padres y acuerdo sobre la custodia, y unas circunstancias de vida adecuada, y otra cosa es que ahora en las circunstancias actuales que destaca dicho informe y que son aquellas a las que ha de atenderse, el compartir la custodia sea beneficioso para dichas menores, mas allá de sus simples preferencias, a la que se refiere el recurso, pero que en examen del informe pericial forense ni es la única razón ni es la esencial que fundamenta las conclusiones emitidas, y ello además cuando ya se estaba actuando en custodia compartida (auto de medidas provisionales) y se plasmaba

Revista Derecho Familia 61.indb 185 04/02/14 11:56

que la experiencia no era eficaz, no precisándose prolongar en el tiempo tal situación que se revela inadecuada a fin de comprobar mas dilatadamente si pudiera en algún momento mejorar, cuando median los intereses de cuatro niñas menores de edad.

A pesar de acreditarse la idoneidad de ambas madres para ejercer la custodia se atribuye a la madre biológica en razón de su mayor estabilidad emocional al haberse apreciado en la otra madre un grave resentimiento hacia la que fue su mujer, así como una actuación sobreprotectora hacia la hija común que puede estar perjudicando a la menor.

AP Murcia, Sec. 4ª, Sentencia de 17 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez**

En el recurso interpuesto en nombre de Doña Amparo se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra por la que se acuerden las medidas solicitadas en el escrito de contestación a la demanda. Se alega como motivo error en la apreciación de la prueba respecto a la atribución de la guarda y custodia, indicándose que la sentencia reconoce la idoneidad de ambas madres, si bien se decanta por la madre biológica en base a una supuesta estabilidad emocional mayor, únicamente en base a apuntes subjetivos del test de la prueba pericial psicológica, sin tener en cuenta que la Sra. Verónica ya se había sometido previamente a un test similar confeccionado de parte, por lo que ya conocía los protocolos necesarios, quedando, por tanto, en desventaja en el momento de la prueba pericial la Sra. Amparo, por lo que la prueba pericial está viciada desde el primer momento de su realización y que tampoco se ha tenido en cuenta que la Sra. Amparo ha tenido una mayor permanencia, atención y dedicación en relación con la menor, como se acredita con las pruebas practicadas, lo que hace desaconsejable que se realice un cambio en la crianza de la menor.

La sentencia de instancia declara disuelto el matrimonio celebrado entre Doña Verónica y Doña Amparo, acordando, entre otras medidas, que la hija menor quedará bajo la guarda y custodia de Doña Verónica. Se indica que en el caso enjuiciado, el informe pericial realizado acredita la idoneidad de ambas madres para ejercer la custodia, si bien se decanta por la biológica en razón a su mayor estabilidad emocional, al haber apreciado en la Sra. Amparo un grave resentimiento hacia su mujer, así como una actuación sobreprotectora hacía la hija común que puede estar perjudicando a la menor, calificando además la relación madre-hija, en el caso de la actual custodia como afectiva y ansiosa, por contraposición a la que mantiene con la madre biológica, la que califica de normalizada y afectiva.

Que no se aprecia error en la valoración de la prueba, manteniéndose, en consecuencia, lo acordado en instancia en cuanto a la atribución de la guarda y custodia de la hija menor a Doña Verónica, aceptándose lo razonado en instancia, ya que se basa en el informe pericial realizado por la perito Psicóloga Doña Emilia, nombrada en el procedimiento, informe al que se le atribuye valor probatorio con base en la facultad que confiere el artículo 348 de la LEC, pues el mismo está exhaustivamente fundamentado con base en las pruebas realizadas, consistentes en la exploración individual y de seguimiento de Doña Verónica y a Doña Amparo, entrevistas semiestructuradas específicas para los casos de asignación y régimen de visitas y pruebas psicométricas; exploración realizada a Reyes, testigos y valoración de documentos aportados en el expediente de divorcio.

Lo alegado en el recurso adolece de base objetiva alguna para considerar viciado el informe realizado por la perito Psicóloga y privar de valor probatorio al mismo, por lo se acepta lo afirmado en el informe, en el sentido de que con-

Revista Derecho Familia 61.indb 186 04/02/14 11:56

forme a lo explorado y explicado se recomienda que la mejor opción de custodia es que Doña Verónica ostente la guarda y custodia de la menor Reyes, y ello tras valorar también lo manifestado por la perito en el acto de juicio.

En atención a lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación, de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal y en el escrito de impugnación formulado por la representación de Doña Verónica.

Se fija una custodia compartida en la que la menor pernoctaría con su padre el 35% de los días frente al resto que lo hará con su madre. De lunes a viernes el padre recogerá la niña a las 8'30 en el domicilio materno y la llevara al colegio y por las tardes de lunes a viernes la recogerá a la salida del colegio y la dejara en casa a las 20 horas, además todos los jueves la niña pernoctará con su padre.

AP La Rioja, Sec. 1ª, Sentencia de 18 de enero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª María del Carmen Araujo García**

Dadas las cuestiones sometidas a la consideración del Tribunal, hemos de partir de que en la sentencia de instancia se establece un régimen de custodia compartida, aspecto no cuestionado.

El régimen fijado se considera beneficioso para la menor, en tanto satisface el derecho básico de la hija a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores y el derecho deber de los padres de la crianza y educación de los hijos en el ejercicio de la autoridad familiar pues dicha relación continuada permite una mejor aceptación de la situación familiar por parte de la niña en la que ambos padres se impliquen de manera efectiva en todos los aspectos de su educación y desarrollo, produciéndose entre los progenitores un reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno filial como algo natural.

Pues bien, en este ámbito ha de considerarse la pretensión de la recurrente de que se revoque la sentencia en cuanto a la medida consistente en que la menor pernocte todos los jueves con su padre, solicitando que la niña solo pernocte con su padre un día entre semana en las semanas que al padre no le corresponda pasar el fin de semana con su hija, y pretendiendo también que se establezca que sea la madre la que de lunes a viernes lleve a la menor al colegio por las mañanas, tarea ésta última que el padre viene realizando con total normalidad desde que se produjo la escolarización de la hija, dado el horario laboral de la madre. Y es que, en el caso concreto enjuiciado, ambos progenitores se han ocupado del cuidado de la hija siempre, repartiéndose el tiempo de atención a la menor de modo igualitario, y compatibilizándolo ambos con sus respectivas ocupaciones profesionales, como los dos exponen en juicio y corroboran tanto la perito de parte como la perito trabajadora social del Equipo Psicosocial de los Juzgados, añadiendo esta última que «ambos progenitores están capacitados para ejercer la custodia», y que la distribución de la atención a la hija entre ambos «es la dinámica que había en la familia». Añade la misma perito que la niña muestra un apego excesivo a la madre y que para conseguir el equilibrio sería bueno que la menor pernocte con su padre, que sea el padre el que rompa ese apego excesivo.

En la situación expuesta no se comparte que la dinámica mantenida siempre de que sea el padre el que lleve a la niña al colegio por la mañana deba romperse, teniendo en cuenta no solo el mantenimiento de la situación anterior, sino el reparto equitativo del tiempo de la menor con cada uno de sus progenitores, considerando que la madre permanece con la niña desde que esta se levanta hasta que se va al colegio, y luego la recoge a mediodía y come y permanece con ella hasta que la vuelve a llevar al colegio por la tarde; por la tarde, es el padre el que recoge a la niña en el colegio, la acompaña a las actividades extraescolares, la recoge cuando terminan y a las ocho de la tarde la lleva con su madre, que atiende el baño y cena de su hija y perma-

Revista Derecho Familia 61.indb 187 04/02/14 11:56

nece con ella hasta que la niña se acuesta, por lo que, el trayecto al colegio es el único tiempo que padre e hija comparten por las mañanas en los días lectivos, y la Sala considera que ha de mantenerse, rechazando el recurso en este aspecto.

Que el padre, por encontrarse en situación de desempleo, cuente con más tiempo libre para estar con el hijo no es motivo para atribuirle la custodia dado que el menor, de 11 años, desde su nacimiento ha permanecido con la madre y ha sido atendido principalmente por esta.

AP Murcia, Sec. 4ª, Sentencia de 31 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Pérez**

En el recurso de apelación formulado en nombre de D. Amador se pretende que se revoque la sentencia de instancia, dictándose en su lugar otra por la que se atribuye al apelante la guarda y custodia del hijo menor, fijándose una pensión por alimentos a cargo de la madre por importe de 150 euros. Se indica error en la valoración de la prueba respecto a la atribución de la guarda y custodia; que la única prueba aportada por la madre en el acto de juicio fue un justificante del colegio donde cursa los estudios el menor; que el certificado en nada acredita que haya sido la madre la que se haya ocupado en mayor medida de los cuidados; que el apelante se encuentra en situación de desempleo, por lo que cuenta con más tiempo para estar con el hijo.

La sentencia de instancia atribuye la guarda y custodia del menor a la madre. Se indica que ha quedado acreditado por la prueba practicada que ha sido la madre la que ha venido atendiendo de forma principal al menor, de 11 años, desde el nacimiento y, asimismo, la que con posterioridad al cese de la convivencia de la pareja ha continuado con el cuidado del menor, aludiéndose al deseo expreso del menor manifestado en el acto de exploración.

Que tras el examen de los autos no hay lugar a atribuir la guarda y custodia del hijo menor, de once años, al padre y apelante, ya que las alegaciones vertidas en el recurso no han desvirtuado lo razonado en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de instancia, por lo que procede mantener la guarda y custodia a favor de la madre, ya que se considera acreditado que ha sido ésta la que ha atendido principalmente al hijo antes y después de la ruptura sentimental y, además, dicha atribución responde al deseo del menor manifestado en el acto de exploración.

Se basa la preferencia de los hijos por la figura paterna, principalmente, en su exceso de consentimiento y sobreprotección, así como en un estilo educativo más permisivo, pero el proyecto de custodia del padre se califica por las peritos de poco realista, habida cuenta de su jornada laboral a desarrollar en horario menos compatible con el ejercicio de la guarda, por lo que en modo alguno queda acreditado el beneficio que a los hijos puede reportar un cambio en la guarda.

AP Madrid, Sec. 22ª, Sentencia de 8 de febrero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª María del Rosario Hernández Hernández**

Las razones en las que se funda el recurrente no pueden bastar para alterar la resolución de primera instancia cuya valoración de la prueba propuesta y practicada, además de obtenida a

Revista Derecho Familia 61.indb 188 04/02/14 11:56

través del principio de inmediación, total y absoluta en este caso, no ha sido desvirtuada y es compartida en la alzada, en atención a que continúa constituyendo la materna la mejor opción de guarda para Sandra y Óscar, sin que se acredite en esta fase del proceso que en el momento actual se haya producido alteración esencial de circunstancia alguna que justifique un cambio en la alternativa de custodia, cuando la madre continua siendo la cuidadora principal de los niños, en los que no se detecta carencia significativa alguna, ni perturbación o perjuicio que derive de la permanencia en el entorno materno.

En el supuesto de autos se ha practicado prueba pericial psicosocial por las profesionales Psicóloga y Trabajadora Social integrantes del Equipo Técnico adscrito al Juzgado de origen, quienes han emitido dictamen a 29 de septiembre de 2011, el que obra a los folios 143 a 151 de las actuaciones, en el que consta que la progenitora custodio muestra afecto hacia los hijos y presenta con ellos la adecuada implicación en la atención que les presta, acorde a la edad de los hijos, proporcionándoles los cuidados y pautas necesarias para su desarrollo, mostrando respeto a la figura paterna y a su rol parental.

Se desprende igualmente de meritado informe que los menores verbalizan sentirse cómodos en dicha unidad de convivencia y adaptados a su entorno socio-relacional, siendo los dos sociables y extravertidos, mostrando afecto tanto a ambos progenitores como a sus respectivas familias extensas, así como existe una correcta vinculación fraternal entre uno y otro niño.

Ciertamente refieren las peritos una clara preferencia de los menores por la figura paterna, manifestando ambos una mayor afinidad a tal figura, no obstante, también se indica que de la entrevista con el menor Oscar, describe este normas en el domicilio materno proyectadas en pautas adecuadas de higiene, alimentación, colaboración en faenas domésticas o realización de tareas escolares, mientras que las expresadas espontáneamente por el niño respecto del entorno paterno evidencian una ausencia de normas.

Además, en la recurrida se informa ausencia de toda patología, desajuste e indicador negativo, viene perfectamente capacitada para el ejercicio de cuantas funciones conlleva la custodia y es adulta normalizada psicológicamente, en absoluta igualdad de condiciones que el padre, pues ninguno de ellos presenta trastornos de personalidad ni rasgos anómalos impeditivos, siendo adecuada la vinculación de los hijos con uno y otro progenitor.

En tales circunstancias de igual capacidad, presenta no obstante la progenitora indudables ventajas que suponen la perfecta conciliación de vida laboral y familiar, y de mostrar un estilo educativo más acorde a las necesidades de los hijos, en quienes ha logrado la consecución de la plena estabilidad en todo orden, habiendo ejercido su responsabilidad parental de forma satisfactoria, facilitando la fluida relación paternofilial, de manera que se basa la preferencia de Sandra y Oscar por la figura paterna, principalmente, en su exceso de consentimiento y sobreprotección, así como en un estilo educativo más permisivo, padre cuyo proyecto de custodia se califica por las peritos de poco realista, habida cuenta su jornada laboral, a desarrollar en horario menos compatible con el ejercicio de la guarda, extremo que en modo alguno se desvirtúa en la alzada.

Se pone de manifiesto por dichas peritos, absolutamente objetivas, asépticas e imparciales, que los menores, considerablemente implicados en el conflicto judicial, disponen de un exceso de información parcial sobre el desarrollo y consecuencias del presente proceso, apreciándose en ellos una argumentación no propia y espontánea, sino adulta, facilitada o «prestada», de manera altamente probable, por el entorno paterno.

Concluye dicho informe de manera contundente que el proyecto de custodia materno continua siendo en el presente el más adecuado y beneficioso para Sandra y Oscar, en atención a la evaluación realizada al grupo familiar.

En consecuencia, en modo alguno queda acreditado el beneficio que a Sandra y Oscar reporte un cambio en la alternativa de guarda, por estrecha que sea la vinculación con la figura paterna, lo que es sin duda mérito propio de la madre, en buena medida autora o responsable, en un sentido positivo, de ese fortalecimiento de la relación paterno filial, hasta el punto de garantizar la fluidez de la relación de los menores

Revista Derecho Familia 61.indb 189 04/02/14 11:56

con su progenitor no custodio, llegando a permitir, según discurso del padre a lo largo del proceso, un mayor número de contactos que los de mínimos y generales judicialmente regulados; condición que no podemos asegurar respecto del padre para con la relación maternofilial, caso de accederse a su pretensión de cambio de guarda, en atención a su comportamiento manipulador, de alguna manera alienador de la figura de la madre, y cuando con esta los niños, también correctamente vinculados, disfrutan de un clima adecuado, estable, cómodo y seguro, en absoluto desconocimiento de cual fuera a ser su situación en una convivencia permanente con el padre y su proceso de adaptación al cambio.

Por lo demás, la igual capacidad del padre a desempeñar la custodia, extremo que no negamos, no nos determina sin más a la drástica medida que se postula, pues se trata de determinar en el presente la opción de guarda más adecuada a Sandra y Oscar, revelándose en este proceso que continúa siendo la materna a corto, medio y largo plazo, de manera que no viene acreditado en este caso, variación sustancial alguna de las circunstancias consideradas al tiempo de la sentencia de divorcio, en términos previstos por el legislador y arriba expuestos, para operar la modificación de medidas.

En modo alguno acredita el padre recurrente con seriedad y rigor, por medio de los conocidos en derecho, cuando a él incumbe el onus probandi o carga de la prueba (artículo 217 de la L.E.Civil), beneficio que derive para Sandra y Oscar con una variación de la alternativa de custodia, siendo lo único que prueba, en el supuesto más favorable a su tesis, la igual capacitación que la madre para el ejercicio responsable de cuantas funciones conlleva la custodia, hecho que en sí mismo considerado, y del que no dudamos, no nos determina a un cambio de opción, que supone arrancar a los menores del entorno materno para insertarlos sin más en el del padre, imponiendo variaciones drásticas en sus vidas, lo que puede repercutir negativamente en la estabilidad en todo orden de que hoy por los hijos se disfruta.

Por las razones expuestas ha de ser desestimado el recurso, con íntegra confirmación de la resolución disentida, que se considera modulada, cautelosa y prudente, sin que se pruebe en esta alzada error en la valoración del material probatorio obrante en autos, o de aplicación o interpretación de la norma en vigor que se haya cometido por la Juez de primer grado, cuyo criterio aquí se comparte, siendo que, por el contrario, la opción materna garantiza de forma adecuada los intereses superiores de los niños, viniendo la madre igualmente capacitada para el desempeño de la custodia.

En consecuencia, el superior interés de los menores nos impone la prudencia, con mantenimiento de la inicial atribución de guarda a la madre, máxime cuando ello no supone perdida de la relación afectiva, vínculo y apego de los hijos hacia su padre, a la vista de los contactos amplios que con el mismo se mantienen y que garantiza Dª Violeta, en situación de absoluta normalidad de todos los afectados.

En el tiempo en que fue dictada la sentencia de divorcio la menor contaba únicamente con tres años de edad, y obviamente su voluntad no pudo ser tenida en cuenta. Ahora tiene trece años y ha manifestado sin duda su expresa voluntad de vivir con su padre por lo que procede el cambio de custodia.

AP Murcia, Sec. 1ª, Sentencia de 25 de marzo de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Eugenia Isabel Marín López**

En el presente supuesto, y con referencia a la sentencia de divorcio dictada por este Juzgado en fecha 7 de abril de 2003, se interesa la modificación de medidas definitivas en aquélla acordada, en concreto se requiere por el demandante la atribución al mismo de la guarda y custodia de la

Revista Derecho Familia 61.indb 190 04/02/14 11:56

menor, con el establecimiento de una pensión de alimentos a cargo de la madre y régimen de visitas conforme a lo solicitado. El mismo sustenta su demanda en la variación de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al adoptar las medidas, habida cuenta que por aquel entonces la hija común solo contaba con tres años de edad, siendo que ahora, y ya con 13 años, ha manifestado su expreso deseo de vivir con él.

La parte demandada aunque no contestó a la demanda, siendo declarada en rebeldía, sí compareció al acto de la vista y propuso prueba para intentar acreditar la idoneidad de la madre para el ejercicio de la guarda y custodia.

El Ministerio Fiscal, vista la exploración de la menor, se mostró favorable a atribuir la guarda y custodia al solicitante.

Como ya hemos señalado con anterioridad el éxito de la demanda de modificación de medidas requiere una variación de circunstancias que hagan aconsejable dicho cambio. Y en el presente supuesto no cabe duda de que así ha sucedido, y ello porque en el tiempo en que fue dictada la sentencia de divorcio la menor de edad contaba únicamente con tres años de edad, y obviamente su voluntad no pudo ser tenida en cuenta a la hora de atribuir la custodia a la madre. Ahora bien, en el momento actual Silvia, que ya tiene trece años, ha manifestado sin duda su expresa voluntad de vivir con su padre por lo que, habiendo valorado en el acto del juicio que ambos progenitores son totalmente idóneos para su ejercicio, pero teniendo en cuenta la voluntad de la menor, debe estimarse la presente demandada, velando así por el derecho de los menores a ser oídos, y si que proceda en este momento procesal acordar ninguna otra prueba, como solicita la demanda en escrito de conclusiones, habida cuenta que las practicadas son suficientes para la decisión en cuestión.

Dado que no tiene arraigo en nuestro país, la circunstancia de que la madre decida volver a Alemania, donde se encuentra su familia, no tiene necesariamente que conllevar que la custodia se atribuya al padre cuando no queda acreditado que éste la pueda ejercer de forma adecuada y en beneficio de los menores.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 27 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos María Piñol Rodríguez**

Solicita la parte apelante que se revoque la sentencia y se atribuya la guarda y custodia compartida si los progenitores permanecen en España, si la progenitora se va a residir a Alemania le sea atribuida a D. Jaime y finalmente se revoque la retroactividad de la pensión de alimentos; respecto a la guarda y custodia compartida el artículo 92 del Código Civil cuando la pide uno solo de los progenitores exige demostrar que solo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, es decir, que si no se adopta la guarda y custodia compartida, puede verse afectado el interés superior del menor, y en este caso nada se demuestra al respecto por lo que no hay ningún motivo para acoger esa primera protección; respecto de la segunda petición la sentencia de instancia razona los motivos por lo cuales se considera más adecuada la atribución de la guarda y custodia a la madre sin que tampoco en este caso haya expuesto el apelante motivos objetivos para modificar esa decisión que se basa entre otros datos en que el informe del equipo psicosocial de 10 de noviembre de 2011 concluye que el progenitor muestra rasgos de inidoneidad y que de ambos progenitores Dª Leticia es quien posee una mejor base para el desempeño de las responsabilidades inherentes a la guarda y custodia; por tanto se debe mantener a la madre en la atribución de la guarda y custodia; el hecho de que en algún momento la madre considere dada su situación en España en donde no tiene arraigo y no tiene a su familia que le

Revista Derecho Familia 61.indb 191 04/02/14 11:56

pueda apoyar, decida volver a Alemania no tiene, si se adoptan las medidas adecuadas, ser un obstáculo para el ejercicio de la guarda y custodia y poder superar lo que recogía la delegación de Bienestar Social de la situación de aislamiento social y afectiva en que se encuentra Leticia; y además ese posible traslado no debe conllevar la atribución de la guarda y custodia al padre cuando no resulta que este la pudiera ejercer de forma adecuada y en beneficio de los menores; la sentencia recoge como un hecho acreditado el total abandono de D. Jaime a su familia hasta el punto de tener que ser los servicios sociales y de Cáritas los que le procuran alimentos; respecto a que los alimentos se abonarán desde la demanda también se debe confirmar porque la declaración de la sentencia produce efectos al momento de interposición de la demanda y en concreto respecto a los alimentos el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de junio de 2011 sienta como doctrina «que debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148 núm. 1 del Código Civil, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda»; atendiendo a todo lo dicho procede confirmar la sentencia sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

RÉGIMEN DE VISITAS

Habiéndose trasladado la madre a las Islas Baleares, no puede acogerse la petición del padre en cuanto a que el menor pase con él todo el periodo navideño, ya que ello supone privar a la madre del contacto con el menor en ese periodo que tiene especial importancia debido a la emotividad de esas fiestas.

AP Asturias, Sec. 7ª, Sentencia de 11 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso García**

En el recurso de apelación interpuesto dos son los pronunciamientos que discute la parte relativos al régimen de visitas modificado, habida cuenta del cambio de residencia de la demandada rebelde en Mallorca, de un lado que el hijo pase con el padre la totalidad del periodo navideño y en segundo lugar el pago por la demandada del costo de los viajes que suponen tal y como fue pedido por el apelante y no se opuso el Mº Fiscal.

La situación de rebeldía procesal no supone admisión de los hechos pretendidos en el incidente de modificación, máxime cuando afectan a cuestiones sobre las cuales la Sala actúa de oficio en interés y protección de los menores, como son las relativas al régimen de guarda y comunicación con su progenitor. Sentado lo anterior, debe desestimarse el recurso en sus dos motivos. En primer término, no procede acoger la primera de laS solicitudes que supone privar de todo contacto a la madre durante el periodo navideño con su hijo, lo que tiene especial importancia debido a la emotividad de esas fechas, que pone de relieve la sentencia de instancia y que esta Sala no puede sino ratificar, siendo razonable su distribución entre ambos padres. De otro lado, tampoco procede acoger el segundo de los motivos atiente al costo del desplazamiento, siendo razonable que el apelante, a quien la sentencia extingue la pensión compensatoria y conserva (sino aumenta) su mismo status económico que el que tenía al tiempo del divorcio pague el costo por mitad de estos viajes que tienden a garantizar la estancia del hijo en su compañía, por cuanto no hay mejora en la situación de la demandada rebelde que justifique deba asumir su importe en su totalidad, lo que obliga a la desestimación del recurso.

Revista Derecho Familia 61.indb 192 04/02/14 11:56

Las agresiones ocasionales al menor y la circunstancia de que éste presenciase las agresiones del padre a la madre no se consideran motivos para suspender las visitas, aunque sí para que su desarrollo se supervise en el Punto de Encuentro.

AP Guadalajara, Sec. 1ª, Sentencia de 15 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Manuel Eduardo Regalado Valdés**

Enunciación del primer motivo del recurso de apelación. Con la fórmula «infracción del artículo 94 del código civil, en relación al régimen de visitas de los menores», impugna la recurrente dicho régimen de visitas arguyendo que por el mismo juzgado se dictó auto en las diligencias previas 207/2010 en el que se razonaba que de la exploración practicada al hijo menor y del informe psicológico se colegía la concurrencia de una situación de riesgo, narrando haber sufrido agresiones físicas ocasionales y haber presenciado las padecidas por su madre lo que llevó al juzgador a ordenar que las visitas se realizaran bajo supervisión del Punto de Encuentro Familiar, los sábados y los domingos alternos durante dos horas al día.

…Con dicha antecedencia si atendemos a las manifestaciones vertidas por la defensa de doña Clemencia al inicio de la vista comprobamos que interesa una modificación de su petición inicial consecuencia de acontecimientos posteriores a la presentación de la solicitud acreditados a través de los documentos que en ese momento interesaba incorporar, a saber, una sentencia dictada por esta Audiencia de fecha 8 de junio del año 2011 y un informe elaborado por don Rafael fechado el 28 de junio del año 2011. El primero de dichos documentos ninguna incidencia tiene para la decisión del recurso toda vez que guarda relación con unos acontecimientos en los que intervienen únicamente las partes en este proceso. El segundo es, como hemos señalado, un informe de la evolución seguida por el menor Yeray desde el inicio del tratamiento psicológico principiado el 20 de noviembre del año 2009. Examinado dicho informe constatamos que si bien la relación entre el padre y el hijo no puede considerarse normalizada, sin embargo, han ido integrándose las dificultades de relación y la agresividad y autoestima del niño se han ido estabilizando. Así las cosas, no encontramos razón de entidad suficiente para justificar la suspensión del régimen de visitas en la forma que propone la madre de suerte tal que el fijado en la apelada que se describe en los antecedentes de esta resolución, se considera adecuado.

No procede ampliar las visitas intersemanales con pernocta de uno a dos días, ya que por motivos de la jornada laboral del padre, éste tiene que llevar a los hijos por la mañana al domicilio materno para que desayunen en él, lo que evidentemente no se adapta al interés de las menores.

AP Tarragona, Sec. 1ª, Sentencia de 18 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan**

La apelación de Salome se alza contra la ampliación del régimen de relación del padre con las dos hijas de los litigantes, de 15 y 12 años de edad en la actualidad, pretendiendo que los días

Revista Derecho Familia 61.indb 193 04/02/14 11:56

intersemanales con pernocta se reduzcan de los dos establecidos en la sentencia de instancia a uno, como se había establecido en el convenio acordado al tiempo de la separación de hecho en el año 2009, y lo hace en base a un error en la valoración de la prueba.

La apelación invoca, en esencia que en el acuerdo adoptado a raíz de la separación de hecho, los días intersemanales con pernocta fue únicamente uno, y no en las condiciones establecidas en el auto de medidas provisionales; que la psicóloga Sra. Miriam, se manifestó respecto de la posibilidad de aumento del tiempo de estancia de las menores con el padre, en forma negativa, porque lo que hay no está gestionándose bien; que a preguntas de la Juez manifestó la misma profesional que los problemas eran las tardes intersemanales y eran habituales; que no existe argumento alguno respecto del mantenimiento de un sistema que causa problemas.

El régimen de relaciones del progenitor no custodio con los hijos, es consecuencia de la adaptación del deber de convivencia a la desaparición de la misma entre los padres, pero no debe suponer, por si solo, una restricción de la convivencia que se impone a los progenitores con sus hijos, el cual, unido al ejercicio de la potestad parental conjunta, obliga a adaptarla a esa situación de ruptura, procurando que, como regla general, la relación sea ejercitada de la forma más amplia posible en interés de los menores y en facilitación del deber de convivencia, resultando inadmisible la oposición del progenitor custodio si no se fundamenta en motivos acreditados de prejuicio para el referido interés de los hijos, por eso el criterio tanto legislativo como jurisprudencial es proclive a mantener y preservar los vínculos familiares evitando el distanciamiento y fomentando el contacto entre padre e hijos cuando no conviven, salvo en casos excepcionales en que exista causa realmente justificada para establecer restricciones. En este sentido se pueden citar las Sentencias del Tribunal Supremo 19 octubre 1992 y 21 julio 1993 según las que «El derecho de visitas del cónyuge separado constituye continuación o reanudación de la relación paterno-filial, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, argumentando que sólo cede en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo». Ahora bien esa relación ha de ser ejercitada al servicio de su fin, que es el facilitar la convivencia y la relación para permitir al padre cumplir con sus deberes. No se trata de atribuir tiempo para guardar a los hijos, como si de objetos se tratase, sino atribuirlo para recibir la atención y cuidado del progenitor y permitirle cumplir con su deber de educar y formar a sus hijos.

La sentencia de instancia parte de que la pernocta un día más no causa trastorno a las menores, criterio que no se comparte, pues el mero hecho de dormir unos días en un lugar y otros en otro ya resulta incómodo de por sí, el de ser dos en lugar de uno supone el aumento de la falta de estabilidad, a lo que debemos agregar que, tal como manifiesta la madre, si el padre, por razón de su horario laboral, que comienza a las 8.30 en Barcelona, no puede atender a las menores en forma adaptada a sus propios horarios escolares, y ha de proceder a trasladar a las mismas a las 8 y media al domicilio materno para que desayunen en él y después recoger a la mayor para llevarla hasta el autobús escolar a las 9 h, mientras la menor vuelve a acostarse hasta la hora apropiada a su colegio, es manifiesto que tal sistema no se adapta a los intereses de las menores y deber reducirse al máximo, por lo que aceptado para una noche no cabe extenderlo a una segunda, por lo que es procedente estimar la pretensión y reducir las pernoctas a uno de los días establecidos en la sentencia de instancia, elección que ha de efectuarse por los padres de común acuerdo y en atención a los intereses de las menores, máxime cuando este Tribunal se ha mostrado reiteradamente contrario a las pernoctas intersemanales, pese a reconocer reiteradamente el derecho al contacto intersemanal.

Revista Derecho Familia 61.indb 194 04/02/14 11:56

No puede ponerse impedimento alguno a que la entrega y recogida de las menores se realice en el domicilio de la madre por los abuelos paternos en el caso de que el padre no pudiera realizarlas como consecuencia de su traslado por razones laborales a Madrid.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 21 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero**

Se alega en el escrito de interposición de recurso que no se considera apropiado que las entregas y recogidas de los menores se realicen por los abuelos paternos cuando el padre no pueda hacerlo por motivos laborales, y en segundo lugar que debe el padre hacerse cargo de los gastos extraordinarios imprescindibles para sus hijas.

Tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia, así como de lo alegado en los respectivos escritos de interposición y oposición al recurso y en el acto de la vista celebrado en esta segunda instancia no puede la Sala sino confirmar el criterio de la sentencia que justifica correctamente la conveniencia de que la entrega y recogida de las menores se realice en el domicilio de la madre por los abuelos paternos en el caso de que el padre no pudiera realizarlas como consecuencia de su traslado por razones laborales a Madrid, y sin que se acredite ni en la primera, ni en esta segunda instancia ninguna circunstancia que aconseje la modificación de esta medida. Por lo que respecta a los gastos extraordinarios como hemos declarado en otras ocasiones, por su mismo concepto de excepcionales, imprevisibles, necesarios, acomodadas a las circunstancias económicas de ambos progenitores y previamente consensuadas expresa o tácitamente deben ser sufragados al 50% por los padres y en todo caso corresponde a la fase de ejecución la determinación de las cantidades adeudas y su correspondencia con este concepto de gastos.

El régimen de visitas entre la menor y su abuela paterna no encubre un derecho de visitas a favor del padre que está privado de este derecho, dado que se han adoptado las cautelas necesarias.

AP Jaén, Sec. 3ª, Sentencia de 28 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Saturnino Regidor Martínez**

La resolución de instancia estima parcialmente la demanda presentada reconociendo un derecho de visitas de la abuela paterna con respecto a la hija de la demandada, estableciendo que las mismas se desarrollen los sábados alternos desde las 18 a las 20 horas, en presencia de un familiar materno en un punto de encuentro neutral o en la casa de algún familiar materno.

Frente a esa resolución se alza recurso de apelación en la que la parte actora considera infringido el art 160 del CC al entender que con esta medida se pretende eludir el cumplimiento de la sentencia dictada por el Juzgado de violencia sobre la Mujer de Jaén que privaba de la patria potestad y por tanto del derecho de visitas al padre.

El art 160 del Código Civil dispone que «No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados».

Tal y como señala la Sentencia del tribunal Supremo de 27 de julio de 2009 «Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y, sin perjuicio de tener en

Revista Derecho Familia 61.indb 195 04/02/14 11:56

cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determinan que aquélla pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve tiempo como pretende la parte recurrente, y nada impide que pueda comprender «pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos»…, sin que en absoluto se perturbe el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves periodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos» (S. 28 de junio de 2004, núm. 632).

Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor (S. 28 de junio de 2004). Además, si la relación del nieto con los abuelos es siempre enriquecedora (S. 20 de septiembre de 2002), por otro lado no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto».

En el caso de autos la juez a quo, teniendo en cuenta el interés de la menor y garantizando el adecuado contacto de ésta con su abuela paterna, realiza una ponderación adecuada de la prueba practicada y fija un régimen de visitas conforme con las circunstancias del caso.

La apelante justifica su oposición alegando básicamente que con ello se trata de encubrir un derecho de visitas del padre, al cual se le ha privado judicialmente de tal derecho. Tal pretensión debe de decaer porque la juez a quo adopta una serie de cautelas en el régimen fijado (visitas en presencia de un familias materno, en un punto neutral, etc) que evita así cualquier finalidad fraudulenta, siendo además inútiles las argumentaciones realizadas por la apelante sobre el hecho de que la abuela paterna conviva con su hijo en el mismo domicilio ya que las visitas fijadas no se realizan en dicho domicilio.

En definitiva esta Sala entiende que la existencia de contactos de la menor con su abuela paterna redundan en beneficio de la citada menor, habiéndose adoptado por la juez a quo las suficientes cautelas para evitar que este régimen de visitas persiga burlar la efectividad de la privación judicial del derecho del padre, por lo que el recurso planteado debe de ser desestimado.

No puede compartirse que la voluntad de un niño de 11 años pueda imponerse sobre las pautas habituales de actuación del juzgado y tribunales por lo que no constando prueba objetiva que desaconseje la pernocta en la visita intersemanal procede mantenerla.

AP Baleares, Sec. 4ª, Sentencia de 29 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández**

Si bien la Sala hace propios los motivos de la apelante en cuanto al hijo mayor, Diego, de 16 años, en la medida en que su deseo debe tenerse especialmente en cuenta por el Tribunal por no ser conveniente, dada su edad, establecer una visita intersemanal por él no deseada. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de los dos hijos, Germán y César, de 11 y 7 años de edad, respecto de los cuales lo acordado en el Convenio regulador suscrito por las partes en fecha 16 de octubre de 2008, es decir, hace más de cuatro años, ha quedado ciertamente desfasado habida cuenta de que, tal y como consta en autos, han realizado pernoctas intersemanales sin que se derive de los autos prueba solvente de que ello conlleve perjuicio para el interés de los menores, el cual no puede considerarse afectado por la presencia de la actual pareja del padre o por el hecho de que durante el anterior curso escolar, al que se refiere la apelante, el padre impartiera clases en la universidad los martes hasta las 20'30h. Bien entendido que la relación del padre con los menores, y

Revista Derecho Familia 61.indb 196 04/02/14 11:56

viceversa, se debe acomodar a las circunstancias de su nueva familia. Viniendo al caso recordar que la adecuada aplicación del principio «favor filii «, informador de la materia e ilustrado por normas de ius cogens, obliga al Juzgador a resolver en interés del menor, por encima del propio principio de justicia rogada. En dicho sentido, tal y como refiere la parte apelada, así se ha venido reiterando por los Tribunales, cual es el caso de la sentencia de esta Sala dictada en el Rollo núm. 260/12 en fecha dieciocho de septiembre de dos mil doce, que explica que, de modo uniforme, la jurisprudencia interpreta que las medidas relativas al cuidado y educación de los hijos en situaciones de ruptura de la convivencia, sea matrimonial o de hecho, entre sus progenitores, han de estar inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional (ex Artículo 39 de la Constitución Española), del «favor filii «, procurando ante todo el beneficio o interés material y moral de los menores en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, lo cual, a su vez, aparece recogido en e diversos Convenios y Tratados Internacionales, como La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo, Resolución A3-0172/92, así como en los Artículos 2 y 11.2 a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero 1996 de Protección Jurídica del Menor, y constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en los Artículos 92, 96 y103, entre otros, del Código Civil, criterio que debe presidir siempre la aplicación de la Ley a tales conflictos; sin embargo, la interpretación del principio «favor filii», que parece pretender la apelante, equivoca cuál es el concepto de «interés del menor», pues no debe confundirse con la «voluntad del menor». No pudiéndose compartir que la voluntad de un niño de 11 años pueda imponerse sobre las pautas habituales de actuación de Juzgados y Tribunales, informadas en la consideración de que, enmarcada dentro del propio principio «favor filii» está la necesidad de propiciar una relación lo más personal, natural e intensa posible entre los hijos y sus padres durante su infancia. De modo que, habida cuenta de que no consta en autos una prueba objetiva que aconsejara inequívocamente evitar la existencia de una pernocta intersemanal, procede confirmar la sentencia de instancia en este punto, con la referida excepción del hijo mayor, Diego, a quien se le mantendrán el resto de las visitas en la medida en que ello no ha sido objeto de apelación, limitándose la apelante en su recurso a solicitar la eliminación de las pernoctas de los martes.

No puede fijarse un régimen de estancia intersemanal de dos días con pernoctas cuando el centro escolar se encuentra a una distancia considerable del domicilio paterno lo que obligaría a los menores a madrugar varios días a la semana para llegar puntuales al colegio.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 5 de febrero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Mª Dolores Viñas Maestre**

En el recurso formulado se interesa se fije un régimen de comunicación para el progenitor con quien no se encuentren los menores que se concrete en una comunicación telefónica diaria en la franja horaria de las 19.30 a las 20.00 horas y para el supuesto de no estimarse la petición anterior de guarda paterna se interesa que las visitas intersemanales sean de dos tardes con pernocta y que dichas tardes sean consecutivas.

No hay inconveniente en fijar un régimen de comunicación telefónica de los menores con el progenitor con el que no conviven, pero con la finalidad de no perturbar la organización diaria de los menores, y sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar ambos progenitores, conocedores del día de sus hijos y como personas que mejor pueden gestionar dicha comunicación, se fija unos mínimos que garanticen dicha comunica-

Revista Derecho Familia 61.indb 197 04/02/14 11:56

ción pero sin ánimo de regular de forma exhaustiva la misma. Como mínimos se establece que puedan comunicarse con su padre vía telefónica u otro medio dos tardes a la semana que en defecto de acuerdo serán lunes y jueves en la franja horaria interesada, es decir, de 19.30 a 20.00 horas.

En cuanto al régimen de comunicación y permanencias solicitado para el supuesto de no accederse a la custodia paterna, no puede fijarse un régimen de estancia intersemanal de dos días con pernoctas cuando el centro escolar se encuentra a una distancia considerable del domicilio paterno lo que obligaría a los menores a madrugar varios días a la semana para llegar puntuales al colegio. Se mantiene el régimen de comunicación y de permanencias establecido en la sentencia, en tanto no se ha interesado por las partes ninguna otra modificación distinta a la aludida, sin perjuicio como se ha dicho de los acuerdos que puedan alcanzar los padres en cada momento en interés y beneficio de sus hijos.

Respecto a las obligaciones que se solicitan en el recurso de información y petición de consentimiento, señalar que se trata de obligaciones legalmente establecidas en el CCC y que caso de producirse algún desacuerdo en el ejercicio de la potestad se puede acudir a la autoridad judicial planteando una controversia o desacuerdo, sin que sea preciso incorporar dichas obligaciones en la resolución judicial.

No puede imponerse una convivencia no deseada por lo incómodo que puede resultar dormir en el pequeño apartamento a las tres menores y al padre, ni va a contribuir esta cohabitación tan precaria al equilibrio emocional de la relación paterno-filial.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 14 de febrero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Alcalá Navarro**

Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, causa perplejidad a la Sala que, después de haber llegado a un acuerdo sobre puntos realmente difíciles en este aspecto como es aceptar la madre guardadora tener en cuenta el cuadrante laboral del padre, con turnicidad de mañana, tarde y noche en los fines de semana, comunicando el cuadrante éste con una semana de antelación, se plantee el conflicto en este aspecto tan aparentemente irrelevante desde el punto de vista de la madre, que no compartiría con el otro progenitor la intimidad del descanso de sus tres hijas menores, pues esta medida de que las menores no pernocten no afecta al derecho de la madre y no quebranta gravemente el interés de las menores de contactar con su padre, presentando la ventaja de que, viviendo en la misma ciudad, las niñas pueden estar con el padre volviendo a su casa a dormir el fin de semana que les toque estar con él, y teniendo la justificación de que la medida es provisional hasta que consiga un alojamiento mayor el padre que, al tener que abandonar el domicilio familiar, ha tomado en alquiler un pequeño apartamento. En cualquier caso, el régimen de visitas es un derecho del progenitor no custodio, según dice el artículo 94 del Código Civil, y a la vez es un deber del mismo inherente a la patria potestad establecido en el artículo 154.1º del mismo texto legal, pero no podemos olvidar que se trata de un deber de contenido ético y moral, por lo que el propio interés de las tres menores invocado por la apelante desaconseja que se imponga una convivencia no deseada por lo incómodo que puede resultar dormir en el pequeño apartamento a las tres menores y el padre, ni va a contribuir situación de cohabitación tan precaria al equilibrio emocional de la relación paterno-filial, por lo que la Sala considera adecuada la medida adoptada en la sentencia apelada de no acordar la pernocta en estas condiciones, teniendo las menores su comodidad en la que fuera vivienda familiar que se les ha atribuido.

Revista Derecho Familia 61.indb 198 04/02/14 11:56

Como el menor sufre del trastorno del espectro autista no es conveniente establecer un régimen de visitas «normal» padre e hijo, ya que el menor no puede ser atendido por cualquier persona.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 20 de marzo de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª María Inmaculada Suárez-Barcena Florencio**

Combate el recurrente, en primer lugar, el régimen de visitas que fija la Sentencia recurrida en relación con su hijo menor, que considera excesivamente restringido, más cuando lleva sin mantener relación con su hijo desde el mes de julio de 2010 en que se dictara el Auto por el Juzgado número Dos de Torrox, en Diligencias Urgentes de Juicio Rápido núm. 118/10, que suspendió el régimen de visitas para con su menor hijo, siendo que él está perfectamente capacitado para cuidar del mismo por más que este sufra del trastorno del espectro autista, y cuando el procedimiento ha tenido una dilación extensa que le ha impedido relacionarse con su hijo, suplicando, en definitiva, el establecimiento del régimen de visitas que propone, que es de los denominados normalizados, a cuya pretensión revocatoria se han opuesto la parte apelada y el Ministerio Fiscal. Pues bien, para el análisis y correcta resolución de la cuestión planteada por el recurrente hay que tener presente que el derecho de visitas que el artículo 94 del Código Civil reconoce a favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad o incapacitados como consecuencia de lo acordado en la Sentencia de separación, nulidad o divorcio, o de menores, tiene como contenido tanto la visita propiamente dicha, como la comunicación y convivencia con aquellos y se fundamenta en la relación jurídica familiar preexistente entre aquél y el hijo, constituyendo un aspecto concreto, en caso de crisis de la pareja, del derecho más general de comunicación entre parientes recogido en el artículo 160 del Código Civil. Se trata de un derecho de contenido afectivo, encuadrable entre los de la personalidad, de naturaleza extramatrimonial, innegociable e imprescriptible, no configurándose como un propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de éstos, sino como complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad especial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de su integral desarrollo, estando condicionado a que resulte beneficioso para el menor, a fin de salvaguardar sus intereses. Así pues, el interés de los hijos constituye el eje fundamental de tal derecho de visita y a él queda subordinado como se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 92.2 del Código Civil, en concordancia, así mismo, con el principio constitucional de protección integral de los hijos del artículo 39.2 de la Constitución Española y Convención sobre los derechos del niño, adoptada en Nueva York, por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de octubre de 1989 y ratificada por España por medio de instrumento de fecha 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990). Al constituirse el régimen de visitas como una función que implica no sólo derechos, sino también deberes, es posible restringirlo o limitarlo, conforme resulta del artículo 94 del Código Civil, en aquellos supuestos en los que se acredite que tales comunicaciones entre los hijos menores y el progenitor no custodio puedan constituir, o constituyen, fuente de riesgo para los menores, para el desarrollo integral de los mismos, en razón a circunstancias tales como la falta de contactos previos de forma prolongada en el tiempo padre-hijos cuando éstos cuenten con escasa edad o concurran otras circunstancias, comportamientos determinados del progenitor no custodio, situación emocional de los propios menores, u otra serie de circunstancias que puedan concurrir y aconsejen y fundamenten una resolución restrictiva del régimen de visitas, que incluso puede venir aconsejada por circunstancias ajenas a la voluntad del progenitor no custodio, pues, en todos los casos, el régimen de visitas que se fije debe atender al interés y beneficio de la prole, y ello en una correcta aplicación del artículo 94 del Código Civil, en relación con el artículo 39 CE y demás normativa internacional aplicable al

Revista Derecho Familia 61.indb 199 04/02/14 11:56

respecto. Aplicando estas consideraciones al caso enjuiciado, lo primero que se ha de tener en cuenta es que el menor hijo de ambos litigantes, si bien cuenta a la fecha de la Sentencia con la edad de 9 años, pues nació el día NUM002 de 2004, según resulta acreditado en los autos y así se recoge en la Sentencia apelada, está afectado del trastorno del espectro autista, que, como resulta de los distintos informes existentes en los autos, le causa importantes deficiencias en la integración social, intereses restringidos y repetitivos, dificultad en expresar sentimientos, deseos, emociones, déficit de comunicación verbal, afectándole gravemente los cambios de su rutina diaria, y que incluso pueden conducirle a comportamientos agresivos, siendo igualmente de considerar que, ciertamente, desde que se dictara en fecha 14 de julio de 2010 el Auto a que se refiere el apelante, y en el que se acordaba no establecer el régimen de visitas solicitado por el padre, el Sr. Carlos Alberto no ha tenido contacto alguno con su hijo, siendo que el menor, como el propio padre tiene reconocido, desde que nació y precisando por el trastorno que padece de cuidados y atenciones especiales, lo que por demás es notorio, ha sido atendido preferentemente y casi de forma exclusiva por la madre, en tales atenciones y necesidades, más cuando el padre padecía de determinadas adicciones de las que hoy afirma estar recuperado, recuperación que no acredita, habiendo coincidido los dos peritos que han intervenido en el procedimiento, Dª Fermina y la Perito Judicial Dª Margarita, en que no era conveniente establecer un régimen de visitas «normal» padre e hijo, ya que el menor no puede ser atendido por cualquier persona, y que el establecimiento de un régimen de visitas, incluyendo pernoctas, supondría un retroceso en la evolución de la patología del menor, siendo conveniente unos previos encuentros padre e hijo, supervisados por especialistas, que podrían conducir, en el futuro, a un régimen de los denominados normalizados. Circunstancias las expuestas que conjugadas con la deseable y siempre conveniente necesidad de relación paterno-filial, que sin duda habrá de redundar en beneficio del menor, más dada las especiales características del padecimiento del menor, resulta aconsejable a fin de fomentar los vínculos de afectividad padre e hijo y al mismo tiempo de evitar que el menor sufra retrocesos en su evolución, que el régimen de visitas padre e hijo se desarrolle en la forma explicitada en la Sentencia apelada, el cual podrá permitir que en un futuro, según los informes de los profesionales del PEF y las pautas adquiridas por el padre para atender adecuadamente las necesidades, ciertamente especiales, que presenta el menor, pueda llegar a establecerse un régimen de visitas padre e hijo más amplio que el ahora establecido. Por todo lo expuesto, la Sala considera que en cuanto al particular objeto de examen la Sentencia es ajustada a derecho y a las circunstancias concurrentes, habiéndose fijado el régimen de visitas atendiendo al contenido del artículo 94 del Código Civil y en la forma más adecuada para tutelar el interés preferente del menor hijo de ambos litigantes.

VIVIENDA FAMILIAR

Por mucho que ambas plantas de la vivienda tengan entradas independientes, dada la elevada conflictividad existente entre los litigantes, la atribución en la forma pretendida por el esposo podría abocar a encuentros innecesarios, desagradables o poco convenientes, ya que existen zonas comunes, lo cual constituiría una fuente constante de conflictos entre ellos.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 2 de enero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª María Inmaculada Suárez-Barcena Florencio**

La parte demandada se alza en apelación frente a la Sentencia dictada en la instancia, limitando el recurso al pronunciamiento de la misma que acuerda atribuir el uso y disfrute de la que fuera vivienda familiar, sita en Cortijo DIRECCION000, núm. NUM000, de Cártama, a Dª

Revista Derecho Familia 61.indb 200 04/02/14 11:56

Beatriz, a fin de que sea revocado y en su lugar se dicte otra en virtud de la cual se acuerde atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar en forma compartida, de tal forma que se asigne a él, el uso de la planta alta y a la esposa el de la planta baja, las cuales tienen accesos independientes, y así lo pactaron ellos durante la separación de hecho y se resolvió en el auto de medidas provisionales, amén de que ostenta el interés más necesitado de protección, pues por padecer una afección cardiaca ha sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta y carece de otra vivienda donde vivir, a cuya pretensión se ha opuesto la actora principal, ahora apelada.

Dejando claro que no es el procedimiento de divorcio el cauce procesal adecuado para hacer declaraciones sobre el carácter común o privativo de la vivienda familiar, y por tanto para dirimir las discrepancias existentes al respecto entre los litigantes, sí nos encontramos en los autos con pruebas más que suficientes como para poder presumir la titularidad que ostenta la esposa sobre el inmueble en cuestión, pues así parece desprenderse del documento núm. 1 de los de la demanda, lo cual nos conduce, en orden a decidir sobre la atribución del uso de la vivienda, que es la cuestión litigiosa que nos ocupa, al criterio que marca el artículo 96 del Código Civil para supuestos de matrimonios con hijos mayores e independientes o sin hijos, en cuyo caso el precepto autoriza hacer atribución del uso al cónyuge no titular, que en este caso sería el esposo, siempre que ostente el interés más necesitado de protección, y las circunstancias del caso así lo aconsejen, y ello siempre por el tiempo que prudencialmente se fije, lo que, aplicado al caso de autos permite resolver en contra de los intereses del recurrente, ya que ni consta pacto voluntariamente asumido por la esposa en orden a que el recurrente ocupase la planta alta y ella la planta baja, ya que al respecto solo constan las alegaciones del recurrente, ni el hecho de que en el auto de medidas provisionales así se acordase impone el que dicha medida se adopte como definitiva, cuando en el procedimiento que nos ocupa, con mayor amplitud probatoria, se acreditan circunstancias que impiden y desaconsejan convertir dicha medida, que era provisional, en definitiva; pero es que, además, no puede decirse que el esposo, por padecer una afección cardiaca y estar declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, ostente un interés más digno de protección que autorice adjudicarle el uso y disfrute de la vivienda familiar, planta alta, ya que no se acredita que la enfermedad que padece le impida hacer una vida normal, guardando solo las cautelas precisas, como no someterse a esfuerzo por ejemplo, ni la declaración de incapacidad es motivo para así considerarlo, ya que necesariamente debe recibir la correspondiente pensión por incapacidad, que, unida al patrimonio de que goza le permite, sin dificultad alguna, atender a su necesidad de morada. Por mucho que ambas plantas de la vivienda tengan entradas independientes, dada la elevada conflictividad existente entre los litigantes, la atribución en la forma pretendida por el recurrente podría abocar a encuentros innecesarios, desagradables o poco convenientes, ya que existen zonas comunes, lo cual constituiría una fuente constante de conflictos entre ellos, razones por las cuales, y sin perjuicio del derecho de las partes a acudir al procedimiento correspondiente para dirimir cuantas controversias existan entre ellos en relación a la titularidad de la referida vivienda, cuestiones estas que exceden del ámbito del procedimiento que nos ocupa, se ha de mantener la Sentencia apelada.

Tanto la tasa de recogida de basuras como la establecida por el vado tienen la naturaleza de impuesto sobre bienes inmuebles que deben pagar los propietarios con independencia de quien use el inmueble.

AP Girona, Sec. 1ª, Auto de 17 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Lacaba Sánchez**

El recurso recoge dos motivos de gravamen, reiterando los mismos argumentos que mantuvo en la primera instancia. Concretamente entiende que la ejecutante computa cuatro ingresos de

Revista Derecho Familia 61.indb 201 04/02/14 11:56

cuotas hipotecarias cuando en realidad se trata de dos únicos ingresos y que no debe hacer frente a la mitad de la tasa de recogida de basuras y de vado por entender que son gastos derivados del uso de la vivienda.

El recurso no puede prosperar.

En el escrito de oposición a la ejecución se indicaba que los ingresos efectuados por la ejecutante y acreditados documentalmente (doc. 3 al 11) se correspondían en su totalidad con los del historial aportado como documento núm. 12. Concretamente los documentos 9 a 11 van referidos a ingresos bancarios de enero a marzo de 2011 por lo que no se corresponden con los meses anteriores. Esta conclusión recogida en el Auto impugnado no ha sido desvirtuada en esta apelación, basada en la misma documentación que la aportada por las partes en la primera instancia.

Y en relación al segundo de los motivos, tanto la tasa de recogida de basuras como la establecida por el vado (Tasa por entrada de vehículos y reserva de vía pública), tienen la naturaleza de Impuesto sobre bienes inmuebles que deben pagar los propietarios, usufructuarios o concesionarios de cualquier bien inmueble o propiedad, por lo que su base imponible no lo es el uso en exclusivo del inmueble, como pretende el recurso y si a ello se añade que el convenio contempló el pago por mitad de la totalidad de los gastos inherentes a la propiedad, se debe de rechazar el motivo y con ello el recurso.

El hecho de que la vivienda familiar carezca de certificado final de obras y cédula de habitabilidad no puede ser óbice para su atribución.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1ª, Sentencia de 17 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ramón Navarro Miranda**

En relación con la vivienda habitual, la recurrente entiende que el hecho de que la vivienda carezca de certificado final de obras, y cédula de habitabilidad no puede ser óbice para su atribución.

Hemos de partir para la resolución del motivo del régimen legal sobre la atribución del domicilio familiar al efecto previsto en el artículo 96 del Código Civil. Dispone este artículo que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.–Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.–No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.–Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial. De este precepto resulta que debe distinguirse si hay o no hijos del matrimonio. Si hay hijos, en defecto de acuerdo de los cónyuges, a los hijos se atribuye el uso del domicilio familiar y los objetos de uso común, y al cónyuge en cuya compañía queden. Consiguientemente, la atribución al cónyuge lo es en función de la custodia de los hijos, por tanto accesoria a ésta. La atribución es «ex lege» y automática. Y el hecho de que no cuente con la cédula de habitabilidad, habiendo tenido la posibilidad de suministros eléctrico y de agua en el pasado, donde vivían en el momento de la ruptura de pareja, momento en que la abandonó la recurrente (empadronamiento y designación ante la Policía del mismo) por dicho motivo, sin que se haya acreditado que no esté físicamente apta para servir con al debida dignidad al familia, deduciéndose lo contrario de la documental obrante en autos, sin que quepa dudar que se trata de un alojamiento más adecuado que el que dispondría en casa de sus abuelos, por lo que no aparece motivo suficiente para excluir la aplicación del referido artículo 96 del Código Civil, lo que conlleva la estimación de motivo.

Revista Derecho Familia 61.indb 202 04/02/14 11:56

Aunque la esposa permitió el uso de la entreplanta por parte del esposo por tener instalado allí su despacho profesional, al haber instalado en ella el esposo su lugar de residencia, se deja sin efecto el uso de esa entreplanta que se atribuye junto con la vivienda a la madre y a la hija.

AP Murcia, Sec. 5ª, Sentencia de 22 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Fernando Javier Fernández-Espinar López**

Constituye el objeto del recurso de apelación, el pronunciamiento referido a la atribución a la esposa e hija común, junto con la vivienda de la entreplanta del inmueble y la planta baja destinada a garaje.

En la resolución dictada, tras el previo mutuo acuerdo de las partes, en las medidas provisionales previas, se dispuso que el uso del entresuelo o entreplanta se atribuye al esposo, siendo compartido el uso del garaje.

Dicha aceptación de la esposa se realizó en unas circunstancias distintas a las que tras la práctica de la prueba, la juzgadora ha estimado concurren en la actualidad.

En primer lugar procede señalar que no cabe duda que el esposo ha estado utilizando durante años, tal espacio de la vivienda como despacho profesional, y por tal razón la esposa accedió a prestar su conformidad a la concesión de su uso con tal finalidad, en sede de medidas provisionales, el cual, la sentencia razona que en la actualidad el esposo ha realizado un uso indebido, al concedido inicialmente de buena fe, por la esposa. En este sentido razona la juzgadora, estimando la demanda, que el esposo ha variado el uso para el cual fue concedido, lo que determina que la esposa carezca en la actualidad de la necesaria privacidad y separación de vida, en lo que constituye su hogar, con respecto al que en la actualidad ya no es su marido.

Ha sido reconocido por éste que se ha cerrado el acceso desde el garaje a la oficina, por lo que como afirma la sentencia, en el momento presente el acceso a la vivienda y al despacho se realiza por una escalera común.

Sin perjuicio de señalar que nos encontramos en un juicio verbal, con las especialidades que señala el artículo 770 LECivil, y por lo tanto resulta de aplicación el artículo 446 LECivil, según el cual contra las resoluciones del Tribunal sobre la admisión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia, habiéndose admitido por la juzgadora al minuto 5:30 del juicio celebrado, las fotografías aportadas por la parte demandante, sin formulación de la señalada protesta, las cuales constituyen una prueba objetiva para la juzgadora del uso como vivienda que el esposo está realizando de la oficina, debe asimismo atenderse a la valoración de la prueba personal, constituido por el testimonio tanto de la demandante, como de Dª Adoración, tía de la demandada, afirmando esta última que el esposo utilizaba dicho espacio tanto como oficina y vivienda, incluso en fines de semana.

En consecuencia, el uso actual del demandado constituye una cuestión meramente valorativa de la prueba practicada en la instancia, por lo que procede reiterar el criterio seguido con anterioridad por esta Sección, conforme al cual constituye doctrina reiterada, que la valoración de la prueba, en virtud de los principios de inmediación y de libre valoración (artículos 137, 289, 316, 376… de la LEC), es una función de la exclusiva y excluyente competencia del Juzgador «a quo», y sólo puede ser revisada por la Audiencia, en el recurso de apelación, cuando resulte que no existe motivación o que las razones utilizadas por la Juez son ilógicas, absurdas o contrarias al criterio del razonar humano, debiendo señalarse de manera precisa y concreta cuál es el dato equivocado y cuál ha de sustituirlo por resultar acreditado sin necesidad de hipótesis o conjeturas, y, sin que pueda pretenderse con la alegación de «errónea valoración de la prueba» sustituir la imparcial y objetiva apreciación de la Juzgadora «a quo» por una interpretación subjetiva e interesada de la parte recurrente.

Revista Derecho Familia 61.indb 203 04/02/14 11:56

Por ello, dado que las normas relativas a las pruebas practicadas no contienen reglas valorativas sino admoniciones a los Jueces y una apelación a la sana crítica y al buen sentido, para destruir una conclusión presuntiva del Juzgador, debe demostrarse que ha seguido, al establecer dicho nexo o relación, un camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio, constituyendo la determinación de dicho nexo lógico y directo, un juicio de valor que está reservado a los Tribunales y que se ha de respetar en cuanto no se acredite que es irrazonable. Por lo tanto, la circunstancia de que las partes contendientes en la litis sostengan posturas contradictorias sobre las circunstancias fácticas que justificaran sus respectivas tesis, no supone necesariamente un impedimento insuperable para determinar la verosimilitud de una u otra si se practican pruebas que, mediante una exégesis valorativa lógica, permitan dotar de preponderancia a alguna de ellas, de manera que, si la prueba practicada en el procedimiento se pondera por el Juez «a quo» de manera racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una solución razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quién impugna la expresada valoración.

En definitiva alcanzándose la convicción, y sin perjuicio de lo señalado con respecto a las fotografías aportadas por la demandante, igualmente en virtud de prueba personal, cuyo otorgamiento de credibilidad a dichos testimonios no constituye razonamiento ilógico o error en la juzgadora, procede confirmar la sentencia dictada.

No procede condenar al esposo al pago de los gastos de suministro del inmueble que ha sido atribuido a la esposa, aunque éste se hubiese venido haciendo cargo de los mismos desde la separación de hecho.

AP Murcia, Sec. 5ª, Sentencia de 23 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Manuel Nicolás Manzanares**

Por último, mientras que la sentencia de instancia establece que la titular del derecho de uso de la vivienda familiar ha de hacerse cargo de los gastos del alquiler –canon– de la misma, así como los que se correspondan a los consumos de luz y agua, la Sra. Elvira solicita en su recurso que «Se determine que D. Casiano se siga haciendo cargo de los gastos de la vivienda, tanto el canon de aproximadamente 84 euros como los gastos de suministros como lo viene haciendo desde la separación de hecho»; pretensión ésta que no puede tener favorable acogida. En efecto, es adecuado que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación sean a cargo del cónyuge beneficiario del uso (v. STS de 28 de marzo de 2011, núm. 188/2011, rec. 2177/2007) y es indudable, por cuanto que se entiende por alimentos todo lo indispensable para, entre otros conceptos (sustento, vestido, asistencia médica, educación e instrucción), habitación (v. artículos 92, 142 y143 del Código Civil), que esa medida incide en el establecimiento de las ya analizadas relativas a las pensiones alimenticias y compensatoria.

Aunque se acuerda la custodia compartida por semanas se atribuye el uso de la vivienda por anualidades a cada progenitor hasta tanto se liquide la sociedad de gananciales. Por la utilización en exclusiva durante cada anualidad el cónyuge usuario abonará al otro una cantidad.

AP Valencia, Sec. 10ª, Sentencia de 23 de enero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Ana Delia Muñoz Jiménez**

Revista Derecho Familia 61.indb 204 04/02/14 11:56

La sentencia dictada en primera instancia declaró el divorcio de los litigantes y estableció las medidas correspondientes, entre ellas la convivencia compartida con el hijo menor común por periodos semanales y régimen de visitas, atribuyendo el uso del domicilio familiar a cada uno de los esposos alternativamente y por periodos de un año, hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales, comenzando el disfrute desde la sentencia por la esposa, debiendo compensar al esposo con la cantidad de 200 euros mensuales, y este a aquella con la cantidad de 250 euros por el uso de la vivienda, haciéndose cargo cada uno de los gastos derivados de los suministros y servicios de la vivienda durante el periodo durante el periodo de disfrute y por mitad de los gastos derivados de la propiedad, sin perjuicio de los reintegros a que hubiese lugar al liquidarse la sociedad legal de gananciales.

La sentencia es recurrida por el demandante e impugnada por la demandada. En el recurso se pretende que se atribuya al esposo el uso de la vivienda con exclusividad, alegando que la vivienda había sido adquirida por él con carácter privativo el día 13 de noviembre de 2003, antes del matrimonio, celebrado el día 21. 9. 2007, alegando que el había pagado todos los gastos y cuotas del préstamo hipotecario concertado para la adquisición de la vivienda hasta el matrimonio.

Dado que el propio demandante reconoce que las cuotas del préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda abonadas después del matrimonio lo fueron con dinero ganancial, habría de considerarse, en principio y sin perjuicio de lo que pueda resolverse en el procedimiento de liquidación, que la vivienda familiar no es privativa del esposo sino que, por aplicación de las reglas contenidas en los artículos 1357 y 1354, pertenece en pro indiviso a la sociedad de gananciales y al esposo, supuesto equiparable al de que sea común a ambos esposos, en el que el artículo 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril prevé que se fije una compensación por perdida del uso, que en este caso procede según ingresos de los litigantes, siendo adecuada la distinción al ser algo superiores los del esposo (1.256,63 euros mensuales el esposo, 1.147,06 euros la esposa), considerándose, en atención a estos ingresos y al coste de adquisición de la vivienda (cuota hipotecaria de 165,20 euros mensuales y préstamo para vivienda de 102,55 euros mensuales) a pagar por mitad, que la solución adoptada por la sentencia de instancia es adecuada, posibilitando que el hijo menor permanezcan en la vivienda, atendiéndose al interés de éste, y, por otra parte, el plazo de ocupación de la vivienda por los cónyuges es suficientemente amplio para que sea fácil concertar el alquiler de una vivienda en los periodos en que no se tenga atribuido el uso del domicilio familiar.

Las características de la vivienda familiar posibilitan su transformación en dos inmuebles independientes con lo que se garantiza de manera igualitaria el derecho de habitación del hijo común cualquiera que sea el progenitor con el que se encuentre conforme al régimen de contacto establecido.

AP Valladolid, Sec. 1ª, Sentencia de 18 de febrero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco Salinero Román**

Poco podemos y debemos añadir a los acertados argumentos tenidos en cuenta por el Juzgador «a quo» para resolver como lo hace por lo que los hacemos nuestros en su integridad para evitar innecesarias repeticiones.

Todo el desacuerdo de la apelante con la sentencia radica en la distribución del uso de la vivienda familiar que entre los cónyuges realiza el Juzgador. Dadas las circunstancias concurrentes la Sala no comprende la razón de la discrepancia cuando la sentencia no hace sino ratificar judicialmente la situación de hecho que los propios litigantes venían manteniendo desde hace 5 años en que acordaron su separación de hecho e independizaron sus vidas y su patrimonio. Judicializado su conflicto personal no

Revista Derecho Familia 61.indb 205 04/02/14 11:56

existe ninguna justificación objetiva que permita aceptar la modificación que pretende la recurrente cuando las características de la vivienda familiar posibilitan su transformación en dos inmuebles independientes con lo que se garantiza de manera igualitaria el derecho de habitación del hijo común cualquiera que sea el progenitor con el que se encuentre conforme al régimen de contacto establecido. Critica la recurrente que el Juzgador no ha tenido en cuenta el criterio jurisprudencial según el cual el pronunciamiento judicial solo puede resolver la asignación del uso de la vivienda familiar pero no el de otros inmuebles de la sociedad ganancial. La objeción debe rechazarse pues precisamente las zonas que ocupan desde hace tiempo cada cónyuge integran la vivienda familiar que se ha dividido en dos partes dada su notable superficie. Carece de razón que se cuestione la solución judicial cuando la extensión de la vivienda permite cubrir las necesidades de alojamiento de ambos cónyuges y del menor sin merma de los recursos económicos de ninguno.

Igualmente solicita que de no apreciarse su petición principal se imponga al esposo la obligación de hacerse cargo del pago de la obra para independizar totalmente ambas viviendas. El argumento debe rechazarse pues la vivienda es propiedad de los cónyuges por mitad y por tanto serán de cuenta de ambos el gasto que se refiera al mantenimiento o reparación del patrimonio común.

Aunque se atribuye el uso de la vivienda al padre, se establece una cantidad a su cargo para contribuir al alquiler de un inmueble en los periodos en que el hijo conviva con la madre al haberse acordado la custodia compartida.

AP Barcelona, Sec. 12ª, Sentencia de 25 de febrero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Myriam Sambola Cabrer**

La Sra. María del Pilar recurre también la atribución del uso de la vivienda familiar al Sr. Segundo efectuada sobre la base de ser una vivienda de alquiler de la que éste es titular y cuya renta viene satisfaciendo su empresa. No obstante la sentencia compensa esa atribución acordando una contribución por parte del padre a un alquiler equivalente en la misma localidad de Premià de Dalt que posteriormente concreta fijando en 900 euros mensuales la contribución del padre a la cuenta común para atender, según expresa la sentencia apelada, el alquiler de la vivienda, los gastos de escolarización, las actividades extraescolares (inglés, fútbol…) y lo que denomina otros imprevistos (salidas, excursiones escolares, odontólogo, medicación y otros similares).

El artículo 233.20 CCCat cuando regula la atribución de la vivienda familiar en los casos en los que no existe acuerdo dispone en el apartado tercero que la vivienda familiar debe atribuirse al cónyuge más necesitado cuando la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores como ocurre en este caso. Sin embargo el artículo 233.21 CCCat dispone también que la autoridad judicial a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos: b) si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos, y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de éstos.

En este caso el Sr. Segundo tiene unos ingresos netos de 3.725 euros mensuales y la empresa le abona los 1.000 euros del alquiler de la vivienda que fuera familiar. Por lo que sus ingresos son de 4.725 euros mensuales a los que deben adicionarse las cantidades que percibe por las clases que imparte y que suponen unos 2.000 euros anuales. La Sra. María del Pilar en cambio tiene unos ingresos netos aproximados de 2215 euros por catorce pagas según consta en las cuentas bancarias y se extrae de las nóminas aportadas. Tras la solicitud de reducción de jornada ha pasado a cobrar 1.800 euros mensuales. No obstante esta reducción finalizó en marzo de

Revista Derecho Familia 61.indb 206 04/02/14 11:56

2012 según dispone el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores. Con este importe debe atender su propio sustento y las necesidades del hijo excluidas de la cuenta común durante el tiempo que lo tenga en su compañía. En consecuencia se cumple el presupuesto del 233.21 CCCat de modo que cabe confirmar la atribución del uso efectuada en la sentencia apelada. Atendidos los gastos del menor que integran la cuantía de la pensión de alimentos, 250 euros mensuales y que deben ser afrontados a través de la cuenta común, concretados en los gastos escolares, de los que deben quedar excluidas las actividades extraescolares que se realicen en el futuro sobre las que deberá existir acuerdo en cuanto a su realización y la forma de pago, considerado también y en concreto el coste del alquiler de una vivienda en la zona y de similares características de la vivienda familiar que debe ser cubierto por el Sr. Segundo en cuantía que cubra suficientemente la necesidad de vivienda procede incrementar la aportación del Sr. Segundo correspondiente al alquiler de la vivienda de 650 euros a 850 euros mensuales por lo que su aportación a la cuenta común se cifra, desde la fecha de la presente resolución en 1100 euros y en 300 euros la aportación materna.

Lo razonado comporta estimar en parte el recurso de la Sr. María del Pilar y desestimar la impugnación del Ministerio Fiscal circunscrita a esta cuestión. Conectado con lo anterior se advierte que la sentencia apelada incluye en la cuenta común una serie de gastos que enumera que pueden dar lugar a problemas de ejecución al tratarse de gastos extraordinarios o extraescolares sobre los que después efectúa una previsión inexacta, incompleta y alejada del criterio reiterado que viene expresando este tribunal; así incluye en la cuenta común también algunos gastos extraordinarios que en puridad se deben afrontar por mitad y sin necesidad de consenso, sólo basta la comunicación y también los extraescolares, lo que debe ser integrado en esta alzada en interés del hijo común. Así los gastos extraordinarios deben ser entendidos como aquellos que son necesarios, no periódicos e imprevisibles (como gastos médicos, odontológicos, etc… no incluidos en la Seguridad Social o seguro privado) y no requieren acuerdo, por su condición de necesarios, sino comunicación suficiente al otro progenitor, y deben costearse por mitad, salvo razones especiales que determinen otra distribución, que no es el caso. Ello no es óbice para que por prudencia y si las circunstancias lo permiten, quien los paga o pretenda pagar pueda recabar esa conformidad a priori, para evitar que en el incidente del artículo 776.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) o en el de oposición a la ejecución pueda resolverse en contra de la condición de necesarios y por ende extraordinarios. Sólo los gastos no necesarios que sean distintos a los que ahora se vienen realizando y antes expresado (realizados fuera del horario lectivo y de forma optativa y libre), requerirán ese acuerdo, que deberá incluir la proporción de pago.

El uso de la vivienda se concedió a la madre y al hijo, hoy ya mayor de edad, no para que pudiesen beneficiarse del uso terceras personas ajenas al matrimonio, como es el nuevo cónyuge de la madre, por lo que procede acordar la extinción.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 20 de marzo de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª María Inmaculada Suárez-Barcena Florencio**

Debe entenderse por acreditado plenamente, que la madre, en su día custodia del que entonces era menor hijo común de los litigantes y con el hoy día convive, contrajo nuevo matrimonio en el año 2007, conviviendo con su nuevo marido, como reconoció en el acto del juicio, desde entonces, en el que fuese domicilio familiar de Dª Noemí y D. Emiliano, de donde resulta que el derecho de uso de la que fue vivienda familiar, se ha hecho extensivo a personas ajenas al entorno originario constituido por la madre (a quien se confió la guarda y custodia del hijo menor) y

Revista Derecho Familia 61.indb 207 04/02/14 11:56

el hijo común, y esta circunstancia sí debe ser considerada como un hecho posterior y excepcional que cumple las exigencias jurisprudenciales anteriormente expuestas, para calificarlo de sustancialmente alterador de los factores que sirvieron de base a la adopción de la medida. Efectivamente las resoluciones judiciales que atribuyeron el uso de la vivienda familiar a madre e hijo, tuvieron en cuenta el contenido del artículo 96.1 del Código Civil, cuyo contenido no es más que una manifestación del principio del «favor filii «y en cuya virtud se confiere el uso de la vivienda, en crisis matrimoniales, a favor de los hijos, como medida de protección singular, de tal manera que la utilización de la vivienda familiar por la madre, se determina, no como un derecho autónomo a ella vinculado, sino, exclusivamente, en su condición de progenitora a la que se confiaba la guarda del hijo común, que era el único y verdadero destinatario de la vivienda; por ello la introducción de un tercero en la vivienda familiar, entendida ésta como la sede física en la que se desarrolla la convivencia familiar por decisión común de ambos cónyuges, o por decisión judicial, y que, como medio cumple con la finalidad de dar continuidad, en beneficio de los hijos, a la vida familiar, aunque fragmentada, no estaba autorizada por las previas Sentencias de separación y divorcio habilitantes del uso, con lo cual se quebranta el principio de exclusividad del uso de un bien que se destina al servicio del conjunto familiar, hijo común y cónyuge en cuya compañía queda, que consagra el artículo 96.1 del Código Civil, y que, en consecuencia, comporta una alteración sustancial de las circunstancias que sirvieron de base a la adopción de la medida en cuestión, ya que lo contrario sería tan ilógico, como privar al que fue marido de la Sra. Noemí, de todo derecho que le pueda corresponder sobre la vivienda en cuestión, cuando el uso sobre la misma solo le fue conferido a la señora Noemí para la protección interés prioritario del hijo común, y no para que pudiera beneficiarse del mismo terceras personas ajenas al matrimonio en su día constituido por los hoy litigantes, habiéndose originado una situación novedosa que determina la oportunidad de adoptar la medida de supresión del derecho al uso de la vivienda atribuido a favor de la demandada e hijo en las previas Sentencia de separación y divorcio, pero sin que ello autorice, como pretende el recurrente, la atribución al mismo del uso de la vivienda en cuestión porque no hay para ello ninguna razón que así lo autorice, pudiendo en todo caso los interesados, instar por ellos o por quienes corresponda, las acciones correspondientes sobre el inmueble en cuestión, por lo que si bien procede estimar el recurso de apelación, ha de serlo solo en parte y en el sentido expresado en esta resolución, lo cual hace innecesario el análisis del motivo relativo a la incongruencia omisiva de la Sentencia, cuestión ésta que, además, debería haber sido solucionada por el recurrente, por conducto del artículo 215 de la LEC, y no al hilo del recurso de apelación.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El hecho de que con anterioridad abonase una cantidad superior no determina de manera necesaria que la sentencia deba recoger exactamente como importe de la pensión lo mismo que venía abonándose. No se puede ser esclavo de los propios actos con carácter indefinido.

AP Badajoz, Sec. 2ª, Sentencia de 21 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Isidoro Sánchez Ugena**

El hecho de que con anterioridad abonase una cantidad superior no determina de manera necesaria que la sentencia deba recoger exactamente como importe de la pensión exactamen-

Revista Derecho Familia 61.indb 208 04/02/14 11:56

te lo mismo que venía abonándose. Han podido acontecer hechos que justifican la reducción de las pensiones. Primero y principalmente una disminución de los ingresos del obligado al pago. O un aumento de los gastos. O, simplemente, que a partir de un momento determinado el padre no quiere o no puede seguir comprometido en abonar pensiones muy por encima de sus posibilidades. Y tal cosa no significa ir contra los propios actos. La doctrina de los propios actos ha de ser aplicada dentro de criterios de mesura. Las posturas puntual u ocasionalmente adoptadas por una persona en un determinado momento no pueden obligarle para el resto de su vida. Carecería tal cosa de razón de ser. No se puede en ese sentido ser esclavo de los propios actos con carácter indefinido. Existen legítimos cambios de criterio.

La extinción de los alimentos fijados para uno de los hijos no supone un cambio de circunstancias ni da lugar a que acrezca la pensión de los otros.

AP Asturias, Sec. 7ª, Sentencia de 22 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso García**

Versa el recurso acerca de la modificación de medidas interesada en la demanda por el que se procede a la extinción de los alimentos de la hija mayor del matrimonio en estos momentos independiente; alimentos fijados en sentencia de divorcio del año 2009. Extinguidos los alimentos de la hija mayor, la demandada, que se aquieta con este pronunciamiento, insta sin embargo la elevación los concedidos en favor de la hija menor a 200 euros, por estimar se ha producido cambio de circunstancias y es este punto el único impugnado.

Como declara entre otras la sentencia de esta Sala dictada en fecha 14 de septiembre de 2007: «Reiteradamente viene declarando esta Audiencia (sentencia de 17 de febrero de 1993 por todas), que los efectos y medidas decretados en la sentencia de separación, nulidad o divorcio (artículo 91 in fine del Código Civil), poseen eficacia de cosa juzgada, si bien limitada a la prueba de circunstancias que alteren de forma sustancial o relevante el estado de cosas tenido en cuenta al tiempo de su adopción; prueba que incumbe a quien insta la modificación y ha de ser fehaciente. La existencia de cosa juzgada obliga a mantener las medidas acordadas en tanto no se demuestre cumplidamente la variación…». A la vista de lo expuesto no procede estimar el recurso, la extinción de los alimentos fijados para uno de los hijos no supone un cambio de circunstancias, ni da lugar claro está que acrezca su importe a los otros, si no ha habido una situación relevante del estado de cosas tenida en cuenta en su día entre las que no cabe contemplar aquella; modificación que en ningún caso se ha producido, ya que, por el contrario, han mermado los ingresos del obligado respecto a los existentes al tiempo de pronunciarse la sentencia de divorcio, sin que, al propio tiempo, se haya producido un incremento relevante y acreditado de las necesidades de la menor, ya que nada se prueba al respecto, por lo que la sentencia debe ser confirmada, señalando finalmente que la desaparición de la carga para el padre que suponían los alimentos hoy extinguidos, también lo es para la progenitora que asumía la custodia de la hija mayor, hoy independiente, cuyas necesidades ya no están tampoco a su cargo; razones todas ellas que obligan a la confirmación de la sentencia de instancia, con el consiguiente rechazo del recurso.

Revista Derecho Familia 61.indb 209 04/02/14 11:56

La adquisición de una vivienda por el padre no puede tener eficacia para justificar una disminución de alimentos, máxime cuando en el anterior procedimiento el padre consintió la escolarización de sus hijas en un prestigioso y reconocido centro educativo privado.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 26 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Carlos María Piñol Rodríguez**

Cuando se solicita la modificación de medidas que se acordaron en sentencia y que han adquirido firmeza es obligación del solicitante demostrar que se ha producido una variación sustancial de las circunstancias que justifique alterar lo recogido en una sentencia firme; la sentencia de instancia no acoge la pretensión de modificación respecto del importe de la pensión de alimentos al considerar que no se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias, y efectivamente no se acreditan hechos objetivos de entidad que difieran de las circunstancias que se tuvieron presentes cuando se firmó el convenio que luego se recogió en la sentencia, máxime si lo que se pide es la disminución del importe de la pensión de alimentos que es obligación básica y que además tiene la esencial finalidad de atender a las necesidades materiales de los hijos; la adquisición de vivienda no puede tener eficacia para justificar una disminución de alimentos, y tampoco se detalla la disminución de ingresos, ni su entidad para poderla calificar como sustancial; la cuestión sobre el pago de colegio, no puede afectar a la pensión pues es consecuencia de lo que se recogió en el convenio regulador el pago de los gastos escolares y ya la sentencia de la Audiencia Provincial de 13 de octubre de 2011, analizó esta cuestión y dejó como hecho incontrovertido que el demandado en aquel proceso, consintió la escolarización de sus hijas en un prestigioso y reconocido centro educativo privado, por lo que tampoco podemos considerar este hecho como una circunstancia o hecho nuevo para justificar la pretensión de disminución de la pensión, también se recoge ya en esa sentencia que fue un motivo para ello que dada la condición de la madre de profesora en ese centro iba a disfrutar de un importante descuento económico; de otra parte ese cambio de colegio, sin que se haya acreditado una variación sustancial de las circunstancias, implica para las menores una alteración de su vida, amistades, y relaciones que sólo se justificaría si atendiendo a las concretas circunstancias se evidenciara la necesidad de ese cambio de colegio; procede por todo lo dicho confirmar la sentencia sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Debe mantenerse la pensión alimenticia a favor del hijo de veinte años de edad aunque se haya trasladado al domicilio de la abuela materna que se encuentra a mínima distancia del de la madre, ya que esta última continúa básicamente con su cuidado y educación.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 27 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Palacios Martínez**

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto referida a la pensión de alimentos mantenida a favor del hijo habido durante el matrimonio de 20 años de edad en la actualidad y cuya supresión se interesa; lo cierto es, que habrá de analizarse en el caso de autos, si realmente se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias

Revista Derecho Familia 61.indb 210 04/02/14 11:56

que propiciaron en su día la fijación de la misma requiriéndose en orden al posible acogimiento de la acción modificativa la concurrencia de los siguientes requisitos 1) Un cambio objetivo al margen de la voluntad de quien insta el nuevo procedimiento y de la situación contemplada al tiempo de establecerse la medida que se intenta modificar. 2) Que dicho cambio tenga suficiente entidad, en cuanto afectando a la esencia de la medida y no a factores periféricos o accesorios. 3) Que la expresada alteración no sea meramente coyuntural o episódica, ofreciendo por el contrario unas características de cierta permanencia en el tiempo. 4) Que el repetido cambio sea imprevisto o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida ya fuese tenida en cuenta una posible modificación de las circunstancias. Así las cosas, conviene precisar con carácter previo que el mandato constitucional recogido en el artículo 39.3 establece «que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante la minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»; dicho precepto constitucional no deja resquicio a posibles abdicaciones del deber impuesto, pues en la propia disposición de la Carta Magna se observa su imperatividad. En aplicación de tales principios, nuestro Código Civil contiene normas generales que señalan la obligación de alimentar a los hijos (artículos 142, 154 y ss.) así como normas específicas sobre esa obligación en los supuestos de procedimientos matrimoniales (artículos 90 a 93 y 103 del mismo Texto Legal), siendo pues, una obligación básica para los progenitores y un derecho esencial de los hijos, y su concreción vendrá determinada por la proporcionalidad que debe existir entre la prestación a satisfacer y el caudal económico y circunstancias del obligado en cumplirla. Específicamente el apartado 2º del referenciado artículo 93 del Código Civil prevé el establecimiento de pensiones alimenticias a favor de los hijos mayores de edad, que conviviendo con alguno de los progenitores carezcan de plena independencia económica. Centrándonos en el caso de autos, tras el análisis de la prueba practicada y documental aportada se deduce, no solo que en virtud de sentencia de separación dictada en su día se fijó a favor del hijo habido durante el matrimonio Franco la correspondiente pensión alimenticia, sino que el mismo, de 20 años de edad en la actualidad, si bien ha estado conviviendo con su madre desde la separación, se ha trasladado al domicilio de la abuela materna que se encuentra a mínima distancia del de la madre pero continuando esta última básicamente con su cuidado y educación, así como de ir transfiriéndole pequeñas cantidades administrando su pensión (no olvidemos, por otro lado, que el precitado hijo mayor de edad, no ha accedido al mercado laboral careciendo, por tanto, de independencia económica), no siendo dichas circunstancias determinantes para el triunfo de la acción modificativa entablada. De ahí, que esta Sala asuma el análisis valorativo y la fundamentación jurídica recogida por el Juez «a quo» en la resolución 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 aquel al no constarse una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su día a efectos de la supresión de la pensión alimenticia ahora interesada; por lo que es procedente la desestimación de la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia recurrida en toda su integridad.

La sobreveniencia de nuevos hijos, en ocasiones, sí puede tener trascendencia modificatoria sobre la cuantía de la pensión alimenticia de un descendiente previo, y ello sucede cuando el alimentante carece de ingresos suficientes para subvenir, en situación de igualdad, a las necesidades de todos sus hijos, siendo así que todos ellos gozan de los mismos derechos frente a su progenitor.

AP Baleares, Sec. 4ª, Sentencia de 27 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo**

Revista Derecho Familia 61.indb 211 04/02/14 11:56

Se concuerda con la sentencia de instancia que no ha quedado acreditado que los ingresos del recurrente se hayan visto reducidos desde la fecha de la sentencia que se pretende modificar (como expresamente se admite) y, también, que no puede afirmarse que los hijos comunes, aún mayores de edad, tengan independencia económica siquiera para disminuir la pensión de alimentos. Tampoco tiene potencia suasoria la simple alegación de la falta de dedicación de Alejandro a los estudios o a su formación, cuando se encuentran acreditadas unas especiales circunstancias extraordinarias que anuden los supuestos hechos aseverados con la conclusión que se pretende extraer.

Mayor enjundia tiene el dato de la sobreveniencia de dos nuevos hijos a cargo del Sr. Nemesio. Mantiene la sentencia de instancia, al respecto, que «este hecho se ha de tomar como una decisión que él ha tomado libre y voluntariamente y que de ninguna forma puede perjudicar los derechos de los hijos de un matrimonio anterior ni tampoco puede ser causa de exoneración de las obligaciones que con ellos tiene, máxime cuando el mismo conoce suficientemente las consecuencias que su actuación puede causar».

La cuestión ha sido polémica en ocasiones y ha de ser resuelta en función de cada caso concreto. Se decía en precedente sentencia de esta Sala que «considera, sin embargo, este tribunal, en consonancia con lo que ya tiene resuelto en resoluciones anteriores sobre el mismo tema, que la sobreveniencia de nuevos hijos, en ocasiones sí puede tener trascendencia modificatoria sobre la cuantía de la pensión alimenticia de un descendiente previo. Y ello sucede, singularmente, cuando el alimentante carece de ingresos suficientes para subvenir, en situación de igualdad, a las necesidades de todos sus hijos, siendo así que todos ellos gozan de los mismos derechos frente a su progenitor. No consta en autos que la posible colaboración de la madre de los nuevos hijos del actor pueda colaborar hasta los niveles de que su nacimiento no tenga trascendencia alguna en las obligaciones económicas del alimentante».

En el supuesto examinado nos hallamos ante un progenitor que en su momento tuvo que asumir una determinada cuantía de alimentos en favor de sus dos hijos y que en la actualidad debe afrontarla en relación a otros dos más, por mucho que pueda afirmarse que el hecho de la procreación es un acto voluntario y consciente. Los ingresos del alimentante que se contaban entonces y los actuales son idénticos, a pesar de los años trascurridos, siendo así que sus obligaciones alimenticias se han duplicado, al menos. En aras al mantenimiento del principio de igualdad antes aludido, pues no aparece que la economía del recurrente sea suficiente, para cumplir tales obligaciones en su conjunto, procederá disminuir la cuantía de la pensión analizada, aunque no en la suma interesada en el recurso, fijándola –definitivamente– en la cifra de 600 euros al mes (300 euros por hijo), que se estima más equitativa y ponderada a la nueva situación contemplada y de la que se ha dejado constancia, haciendo uso el tribunal del necesario arbitrio judicial que en esta materia se le concede, siempre contrario a la simple arbitrariedad proscrita en el artículo 9 de la Constitución Española.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Aunque en el convenio regulador se pactó que «Ambos comparecientes acuerdan no realizar manifestación alguna en concepto de pensión compensatoria, con independencia de la posibilidad de revisión que se estipula con posterioridad en el presente acuerdo», se fija una pensión compensatoria a favor de la esposa, no siendo obstáculo que esta decisión se adopte en un procedimiento de modificación de medidas.

AP Ciudad Real, Sec. 2ª, Sentencia de 28 de febrero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Maria Tapia Chinchón**

Revista Derecho Familia 61.indb 212 04/02/14 11:56

Son hechos relevantes precisos para la resolución del recurso de apelación los siguientes:

1º) Que Don Jesús Miguel y Doña Cecilia contrajeron matrimonio del día 18 de mayo de 1980, encontrándose judicialmente separados mediante Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Ciudad Real de fecha 25 de mayo de 2009 y en la que se homologaba el Convenio Regulador, que contenía, entre otras y en lo que aquí nos interesa, las siguientes Cláusulas:

«CUARTA.–Ambos comparecientes acuerdan no realizar manifestación alguna en concepto de pensión compensatoria, con independencia de la posibilidad de revisión que se estipula con posterioridad en el presente acuerdo.

SEXTA.–Cualquiera de los cónyuges podrá pedir al otro la revisión de los acuerdos contenidos en las estipulaciones 3ª y 4ª para el caso de que se hayan modificado las circunstancias económicas y patrimoniales actuales que han dado lugar a éstos acuerdos, y para valorar en tal caso la modificación de esas cláusulas haciéndolas acordes con dichas circunstancias. Así mismo dejan sin ningún efecto cualquier propuesta o convenio regulador que hubieran efectuado anterior a éste y se otorgan el consentimiento para la presentación de demanda de separación de mutuo acuerdo en los términos recogidos en el Código Civil y la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil».

2º) Doña Cecilia presentó demanda frente a Don Jesús Miguel con fecha 20 de octubre de 2010 solicitando modificación de medidas acordadas en previo proceso de separación y, en concreto, el establecimiento de una pensión compensatoria en importe mensual de 300 euros.

Don Jesús Miguel presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la modificación solicitada, al entender no concurre la necesaria alteración sustancial de circunstancias habilitantes del cambio pretendido, y, en particular que no es cierto que ejerza la actividad laboral que se le atribuye, el escaso tiempo transcurrido, la atribución del uso de la vivienda familiar a la demandante y las cantidades que en efectivo le fueron entregadas.

3º) La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Ciudad Real de 21 de mayo de 2010, estimó parcialmente la demanda, fijando una pensión compensatoria de 200 euros mensuales sin limitación temporal, analizando en los en primer término los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para operar las modificaciones en el ámbito de las sentencias matrimoniales así como la naturaleza y exigencias para el establecimiento de la pensión indicada, para, trasladada al caso, concluir su procedencia sobre los siguientes argumentos: a) que siendo cierto que la apreciación de la concurrencia o no de los requisitos exigidos para el establecimiento de la pensión compensatoria debe hacerse en atención a la situación existente al momento de la ruptura, también lo es que fueron los propios litigantes los que convencionalmente establecieron su posibilidad de revisión posterior; b) que la inserción de dicha cláusula tuvo su causa en la baja laboral momentánea y circunstancial del esposo (fuente exclusiva de ingresos), facultándose a la esposa para solicitar la pensión en el caso de retorno del esposo a la actividad laboral; c) que la petición se realiza sin dilación temporal en el momento en el que el esposo vuelve a tener dedicación laboral, lo que se entiende acreditado; d) que a tales efectos resulta irrelevante la liquidación de la sociedad de gananciales, pues ambos litigantes recibieron bienes; e) que existe un empeoramiento de la esposa; y f) que la cuantía se establece en la cifra de 200 euros mensuales.

4º) Por la representación procesal de Don Jesús Miguel se presentó recurso de apelación frente a la Sentencia de instancia alegando una doble infracción: a) De las normas sustantivas y procesales y de la jurisprudencia relativa al procedimiento de familia de modificación de medidas definitivas; y b) de las normas sustantivas y procesales y de la jurisprudencia relativa a la pensión compensatoria.

Consta en autos la oposición de la parte recurrida.

Con abundante cita jurisprudencial sostiene la parte apelante el primer motivo del recurso referido a la infracción del procedimiento de modificación de medidas, nomenclatura bajo la que quiere poner de manifiesto la imposibilidad de valoración de la existencia de desequilibrio entre cónyuges con posterioridad a la producción de la ruptura matrimonial, doctrina que de modo apriorístico así se puede refrendar, y así lo refiere la

Revista Derecho Familia 61.indb 213 04/02/14 11:56

propia Sentencia de instancia. Este sentido general es el recogido por la Sentencia de la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de julio de 2012 (Pte. Neira Vázquez) al señalar que «La posibilidad de la existencia de desequilibrio económico como reiteradamente ha dicho este Tribunal ha de ser examinado al momento de la separación matrimonial sin que quepa al cabo de los años valorar si aquella ruptura de la convivencia conyugal altera la situación económica de uno de los interesados por cuanto desde entonces es claro que ambos cónyuges emprenden vidas autónomas e independientes en lo personal y económico». Si bien, con mayor precisión esta misma Sala en Sentencia de 10 de mayo de 2012 (Pte. Velázquez de Castro Puerta) ha dicho que «…puede solicitarse su reconocimiento tanto en el proceso de separación como en el de divorcio, ya sea en la demanda como en la contestación o a través de reconvención, y sin que constituya un obstáculo para su reconocimiento el hecho de que con anterioridad a la demanda de divorcio, en la cual se interesa su establecimiento, le haya precedido la de separación, aún cuando en ella no se hubiese fijado, pues esta posibilidad no le está vedada por el referido precepto, y lo que sucederá es que para determinar la existencia de los presupuestos que justifican su concesión –desequilibrio económico–, habrá de estarse necesariamente al momento en que se produjo el cese de la convivencia, es decir, a la fecha de la ruptura o separación de hecho del matrimonio, y no basarse en sucesos posteriores (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2.011, 10 y 23 de enero de 2.012)». A ello se refiere la Sentencia de instancia en el Fundamento de Derecho Segundo «in fine».

Empero, la doctrina que con carácter general quiebra en el caso, como acertadamente pone de manifiesto de la Sentencia combatida, cuando las previsiones concretas que hoy se discuten (pensión compensatoria) encuentran apoyo en el propio convenio regulador de separación suscrito por las partes y judicialmente homologado, y en particular las cláusulas o estipulaciones que han sido transcritas en el anterior Fundamento. Y no debe olvidarse, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2012(Pte. Roca Trías) que «la pensión compensatoria es un derecho incluido en el párrafo cuarto del artículo 752 LEC (la referencia debe entenderse al artículo 751.3), que excluye de las especialidades de estos procesos «las materias sobre las que las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable», entre las que se encuentra la pensión compensatoria».

Resulta de las referidas estipulaciones y del interrogatorio de las partes que las mismas no establecieron pensión compensatoria al momento de la separación habida cuenta del cese de la actividad negocial del demandado, pero sí proveyeron la posibilidad de revisión, obviamente, para su establecimiento, como ya muy claramente se deduce de la recta lectura de la estipulación Sexta «para el caso de que se hayan modificado las circunstancias económicas y patrimoniales actuales…».

Abundando en la tesis que aquí se sostiene, mero refrendo de lo razonado en la instancia, debe traerse a la memoria la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2012 (Pte. Roca Trías) cuando señala: «1º La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. 2º Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS 217/2011, de 31 marzo, confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 abril 1997. El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos, como es el que ahora nos ocupa, (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes».

No concurre, por tanto, el quebranto o la infracción denunciada, en la medida que la Sentencia de instancia hace una lectura correcta del convenio suscrito por las partes, en una materia no vetada a su autorregulación.

El motivo se desestima.

Bajo el siguiente motivo se pretende negar la concurrencia en el caso de los requisitos precisos para el establecimiento de la pensión com-

Revista Derecho Familia 61.indb 214 04/02/14 11:56

pensatoria, motivo que debe correr igual suerte desestimatoria frente a los argumentos que contiene la Sentencia de instancia.

Debe recordarse que la situación y circunstancias de la esposa son paradigma evidente de la fijación de una pensión compensatoria y así: durante su vida matrimonial (20 años) estuvo dedicada al cuidado de cuatro hijos y a ayudar a su esposo en el negocio por él regentado, única fuente de ingresos familiares, carece de una formación adecuada para tener posibilidades ciertas de acceso al mercado laboral, no tiene ingresos económicos salvo los provenientes de la liquidación de la sociedad de gananciales y ayudas familiares; se hizo cargo del hijo mayor de edad pero dependiente económicamente (Cláusula Tercera) de forma casi exclusiva (salvo el 50% de sus gastos extraordinarios), pese a ser demandante de empleo no ha recibido oferta alguna. Por el contrario, el esposo logró abrir un negocio dedicado a la venta de automóviles en la localidad de Granada que, con independencia de avatares negativos por mor de la crisis, sigue en funcionamiento, como correctamente queda valorado en la Sentencia de instancia, sin que tal resultado resulte alterado por una liquidación de la sociedad de gananciales donde se produce un reparto entre ambos litigantes.

La esposa se ha colocado voluntariamente en una situación de desequilibrio económico al desprenderse voluntariamente de un elemento patrimonial (estanco) muy productivo que, de haber conservado, le proporcionaría unos ingresos mensuales similares a los de su ex esposo.

AP Córdoba, Sec. 2ª, Sentencia de 7 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Morillo-Velarde Pérez**

Por lo que al segundo motivo del recurso respecta, hemos de adelantar su desestimación.

En efecto, la juzgadora ha considerado que la recurrente se ha colocado voluntariamente en una situación de desequilibrio económico –con lo que niega que se deba a la ruptura– al desprenderse voluntariamente de un elemento patrimonial muy productivo que, de haber conservado, le proporcionaría unos ingresos mensuales similares a los de su ex esposo.

Esta aseveración no es frontalmente discutida en el recurso; la apelante pone su énfasis en que es acreedora de la pensión compensatoria por el hecho de haberse dedicado durante veintitrés años al cuidado de la familia, renunciando a una formación y proyección profesionales que le hubiera permitido contar hoy con otros recursos económicos.

Al hacerlo así, sin embargo, desenfoca la cuestión relativa al presupuesto de la pensión compensatoria, porque la dedicación a la familia ha de ser un factor determinante del desequilibrio económico, siempre y cuando se produzca de una manera real y efectiva como consecuencia de la ruptura; mas en este caso, si hoy no podemos computarle a la recurrente unos ingresos similares a los del apelado, no es por la ruptura matrimonial sino porque optó, de forma tan voluntaria como innecesaria para la posición económica de la familia, por vender un establecimiento de venta de tabaco que, según la declaración del comprador, proporciona ingresos suficientes, luego de satisfacer los gatos de adquisición, de los que la herencia recibida dispensó a la demandada, que hubieran hecho irrisoria la pensión compensatoria que ahora pide a quien fue su marido, olvidando, por otra parte, que si ella invoca como mérito la dedicación a la familia, su esposo se dedicó a la obtención de los ingresos necesarios para el sustento de todos ellos, en un reparto de papeles que cada vez más ha de presumirse voluntario y decidido de común acuerdo por los esposos en atención a la creciente incorporación de la mujer a los ámbitos académicos, profesionales y laborales como consecuencia del cambio social en relación con el papel de ésta en la familia.

Hemos de tener en cuenta que la pensión compensatoria, según la STS de 10 de marzo de 2009, es «una prestación económica a favor de

Revista Derecho Familia 61.indb 215 04/02/14 11:56

un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges –que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma–, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio».

Esto es, el cuidado de la familia ha de ser tenido en cuenta si es causa del desequilibrio porque tras la ruptura quede en evidencia que uno de los cónyuges sacrificó su proyección profesional y por ello no se encuentra en la misma posición económica que su consorte con pérdida de su nivel de vida anterior, a la par que la duración e intensidad de esa dedicación es criterio de cuantificación de la pensión compensatoria; pero si el desequilibrio no existe porque la demandada optó, una vez que ya sus hijas eran mayores y no requerían su atención, por desprenderse de un bien que producía rentas suficientes para atender sus necesidades y las de toda su familia –convirtiéndolo en numerario de su exclusiva propiedad privativa–, no cabe atender al criterio de la dedicación familiar para justificar el establecimiento de la pensión compensatoria, porque se necesita el presupuesto previo del desequilibrio, ya que la independencia económica –a la que habría accedido de conservar el bien– impedirá que nazca el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, compatible con diferencias salariales, si no son notorias. Si ambos esposos trabajan, y sus ingresos, valorando la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de ésta, no son absolutamente dispares, la mera desigualdad económica no se va a traducir en la existencia de un desequilibrio para el más desfavorecido susceptible de ser compensado mediante una pensión a cargo del que lo fue en menor medida, pues lo que la norma impone es una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante (STS de 22 de junio de 2011, Rec. 1940/2008). En el mismo sentido la STS de 25 de noviembre de 2011, Rec. 943/2010, vino a determinar que «Se ha dicho repetidamente por esta Sala que la pensión compensatoria está concebida en la ley como un medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, pero ello no implica que sea un medio para lograr la igualación entre los cónyuges» (STS 864/2010, de 19 enero, entre otras).

Así pues, dando por reproducidos en lo demás los razonamientos de la sentencia impugnada, en particular en el apartado no discutido por la apelante, en que consigna que los ingresos serían similares de no haberse deshecho del bien, el recurso ha de rechazarse.

No es cierto que hayan transcurrido tres años desde la separación de hecho hasta la demanda de divorcio, sino tan sólo año y medio, que no es suficiente para considerar que se haya difuminado el nexo causal entre la situación de desequilibrio de ambos y la ruptura conyugal.

AP Córdoba, Sec. 2ª, Sentencia de 14 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José María Morillo-Velarde Pérez**

La sentencia recurrida decretó la disolución del matrimonio de los litigantes por causa de divorcio, conforme al artículo 86 del Código Civil, y estableció las medidas personales y patrimoniales subsiguientes a dicha determinación, concretamente en relación con el uso de la vivienda familiar y una pensión compensatoria de ciento cincuenta euros a favor de la esposa. De ellas, es objeto de impugnación en la alzada esta última, basada en el error en la valoración probatoria respecto del presupuesto de hecho contemplado en el artículo 97 del mismo texto legal, deter-

Revista Derecho Familia 61.indb 216 04/02/14 11:56

minante de su indebida aplicación, y relativo al desequilibrio económico que ha da sufrir la beneficiaria con motivo de la ruptura conyugal.

Concreta el recurrente los motivos de su disconformidad en el hecho de que es perceptor de una pensión de jubilación por incapacidad ascendente a la cantidad de mil treinta y ocho euros, a la que hay que descontar diversos gastos que, en definitiva, incluida la pensión compensatoria discutida, le dejarían unos cuatrocientos euros mensuales para mantenerse; por otra parte, sostiene que la apelada es perceptora de una prestación por el subsidio agrario de cuatrocientos euros y disfruta de la vivienda familiar.

Sin embargo, el recurso ha de ser desestimado.

En primer término, la posición de desequilibrio se evidencia con el juicio comparativo del origen de los ingresos de uno y otro litigante, pues mientras que el recurrente los percibe como consecuencia de una actividad profesional (en la que se encuentra jubilado por incapacidad debida a accidente laboral), y se caracteriza por su elevada seguridad, la apelada, dedicada a la familia durante los años de convivencia, los percibe en menor medida y sometidos a la eventualidad de todo subsidio agrario, siendo por otra parte nulas, habida cuenta de su edad, las posibilidades de incorporación al mercado laboral.

No empece a esta consideración el hecho de que uno de los capítulos que puede beneficiar a la esposa en la comparación de las respectivas posiciones económicas, sea la atribución del uso de la vivienda familiar, habida cuenta de que ésta es una determinación que debe ser de duración limitada en el tiempo, tal y como establece el artículo 96 del Código Civil, si bien el carácter aparentemente indefinido que contiene la sentencia ha sido consentido por el recurrente y por consiguiente no puede ser invocado, debiendo resaltarse que, según manifestaciones del mismo, en la actualidad tiene una relación estable con persona que regenta un establecimiento hostelero, por lo que no puede entenderse que corra exclusivamente con el peso del alquiler de la vivienda que habita. A propósito de esta cuestión, tampoco debe tener relevancia el hecho invocado en el recurso de que el apelante ha invertido parte de los fondos recibidos por herencia en el domicilio que fue familiar, porque, en todo caso, tal hecho habrá de tener su trascendencia en la liquidación de la sociedad de gananciales; como tampoco, finalmente, es de considerar la perspectiva de que la recurrida vaya a percibir en el futuro una pensión que mejore su situación económica, porque tal circunstancia habrá de ser puesta de manifiesto en el correspondiente procedimiento de modificación de medidas cuando tal hecho se produzca.

En segundo lugar, no es cierto que hayan transcurrido tres años desde la separación de hecho hasta la demanda de divorcio, sino tan sólo año y medio (hecho cuarto de la demanda), que no es suficiente para considerar que se haya difuminado el nexo causal entre la situación de desequilibrio de ambos en los términos expuestos y la ruptura conyugal.

La drástica disminución de alumnos de la autoescuela ha supuesto un importante descenso en los ingresos del ex esposo por lo que es procedente la reducción de la pensión compensatoria.

AP Badajoz, Sec. 2ª, Sentencia de 18 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Isidoro Sánchez Ugena**

Conforme al artículo 456-1 de la LEC en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones, llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el Tribunal de apelación.

Revista Derecho Familia 61.indb 217 04/02/14 11:56

El artículo 465-4 de la LEC a su vez dispone que la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.

Entiende la recurrente que la situación económica de quien fuera su cónyuge no ha sufrido cambio alguno desde que en el año 2008 se fijo la pensión compensatoria a favor de la misma en la suma de 959 euros mensuales, por lo que debe ser mantenida sin modificaciones.

En esta alzada se ha procedido a examinar la prueba practicada en los presentes autos y forzosamente ha de llegarse a la misma conclusión que el juzgador a quo. La situación económica del apelado ha cambiando y notablemente desde que se firmo el convenio regulador. La situación actual de crisis económica le ha afectado, al igual que a numerosísimos ciudadanos.

La actividad profesional del Sr. Víctor Manuel es la explotación de una autoescuela. Ha acreditado debidamente y de forma documental que en el año 2008 tuvo más de 350 alumnos. En contraste con ello en el año 2011 el número de alumnos quedo en la cifra de solo 120. Es decir, se produjo una reducción de prácticamente dos terceras partes del total. Lógicamente en la misma medida se vieron reducidos sus ingresos.

En lo que se refiere al centro de formación ha decirse que no consta en debida forma cuales son los específicos beneficios netos que esta actividad le genera al recurrido. El que en el ultimo año de el que se tienen datos haya recibido una subvención total de 44500 € no nos puede permitir adivinar cuales son esos beneficios netos. La subvención puede estar directamente encaminada a sufragar gastos, pudiendo compensarlos de forma total o parcial, pero no suponen lógicamente beneficios netos.

No es extraño que dos personas mantengan una relación afectiva estable, análoga al matrimonio y sin embargo luego puedan tener domicilios separados, disponibilidad económica autónoma y gocen de cierto grado de libertad e independencia. Por tanto, concurre causa de extinción de la pensión compensatoria.

AP Asturias, Sec. 4ª, Sentencia de 25 de marzo de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª María Nuria Zamora Pérez**

Comenzando el examen del recurso por la pretensión deducida por Doña Carolina, en el sentido que, se establezca una pensión compensatoria a su favor, en cuantía de novecientos euros (900€) mensuales, actualizables con arreglo a las variaciones del IPC interanual y con cargo a D. Casimiro, ha de ser rechazada, asumiendo el tribunal los acertados razonamientos expuestos por la juez «a quo», en el fundamento de derecho sexto.

Reitera la apelante que, la persona con la que convive, D. Mario, se trata de un amigo con quien comparte la afición o hobby del coleccionismo, lo que no es equiparable a una convivencia more uxorio. Alegación que no podemos compartir, y si bien es verdad que a dicha litigante le resulta difícil acreditar la inexistencia de esa convivencia, también hemos de reconocer que a D. Casimiro le puede resultar igual de complejo el demostrarla, teniendo en cuenta lo que han cambiado, en la sociedad actual, las relaciones entre personas, de manera que, lo que hace años podía estar socialmente mal considerado, ahora es una práctica al uso normalizada y admitida como tal por el común de la sociedad. No es extraño que dos personas mantengan una relación afectiva estable, análoga al matrimonio y sin embargo luego puedan tener domicilios separados, dispo-

Revista Derecho Familia 61.indb 218 04/02/14 11:56

nibilidad económica autónoma y gocen de cierto grado de libertad e independencia. En análogos términos resulta difícil afirmar tajantemente el tipo de convivencia que mantienen dos personas que viven bajo un mismo techo.

En el caso de autos, cuando la apelante rompe con el marido y se marcha a Barcelona, va a vivir con D. Mario, lo cual sólo se explica por la existencia de una gran intimidad y confianza entre ellos, pues de lo contrario lo lógico hubiera sido que se alojase en su vivienda en Canyelles. No lo hace así, como lo demuestra tanto que cuando se la trata de emplazar allí el resultado de la diligencia fuera negativa, como que la recurrente no aporte recibo alguno acreditativo de consumos de agua, luz u otros suministros que lógicamente deberían existir de haber ocupado el inmueble. La única documentación existente al efecto es el certificado de empadronamiento, la solicitud de la tarjeta sanitaria, el domicilio reseñado al inscribirse en el servicio público de empleo, actuaciones todas ellas realizadas hacia finales del año 2.011, un año más tarde de la ruptura de la convivencia marital y con este proceso en curso.

A lo anteriormente expuesto debemos añadir que la convivencia con D. Mario no ha sido algo ocasional ni temporal, en tanto superaba la separación matrimonial, sino que se trata de un estado de cosas prolongado en el tiempo y normalizado que excede de la mera ayuda temporal que presta un amigo, y así lo demuestra la manifestación realizada por la madre de D. Mario al considerar a la mujer que convive con su hijo como «su mujer», tal y como se recoge en el informe de detectives. Se reprocha a D. Casimiro el no haber propuesto a dicha persona (la madre de Mario), como testigo, a fin de contar con su declaración y poderle solicitar las aclaraciones que se estimasen oportunas. Ahora bien en igual situación se halla la otra parte litigante y no solicita dicha prueba. Lo cierto es que de las pruebas practicadas se desprenden indicios fundados y suficientes para dar por acreditado que la recurrente al tiempo de solicitar la pensión compensatoria se hallaba incursa en causa de extinción de la misma, según regula el artículo 101 del Código Civil, siendo improcedente su reconocimiento.

CONVENIO REGULADOR

Debe fijarse una pensión alimenticia para el hijo, pues el acuerdo al que llegaron ambos progenitores que adquirieron dos viviendas con las que se pretendía satisfacer las necesidades de los menores, incluso alquilándolas, es contrario a la ley (artículo 1255 CC) vulnerando lo dispuesto en los artículos 151 y 1.814 CC en cuanto que afecta al derecho de alimentos del hijo menor de edad.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 1ª, Sentencia de 28 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Ramón Navarro Miranda**

Frente a la Sentencia de instancia, que estimó la demanda deducida y acordó las medidas que han de regir en relación con los hijos de los litigantes, se alza el progenitor demandado mostrando su disconformidad con las medida relativa a la cantidad señalada en concepto de alimentos para los dos hijos comunes, alegando que existió un acuerdo entre ambos, que adquirieron dos viviendas con las que se pretendía satisfacer las necesidades de los menores, incluso alquilándolas.

Pero es lo cierto que tal acuerdo sería contrario a la ley (artículo 1255 CC) vulnerándose lo dispuesto en los artículos 151 y 1.814 CC en cuanto que afecta al derecho de alimentos del hijo menor de edad y los alimentos a favor de los hijos no es materia renunciable por los progenitores, al ser una obligación de índole personalísi-

Revista Derecho Familia 61.indb 219 04/02/14 11:56

ma, recíproca, intransmisible, cuyos acreedores son los propios hijos, y no los progenitores por los que no cabe compensación, transacción ni renuncia en aplicación del artículo 151 del CC, y artículo 1814 del propio.

En efecto uno de los principales deberes derivados de la patria potestad es la alimentación de los hijos, traduciéndose dicho deber en la obligación de prestar los alimentos legales (artículo 143 CC) para los casos de necesidad. La titularidad del crédito por alimentos corresponde a los hijos que cuando son menores, actuarán para su reclamación a través de sus padres, como representantes legales y son quienes perciben las cantidades debidas en concepto de alimentos, pero lo hace en nombre del menor y no en nombre propio, por lo que no puede renunciar a los mismos (artículo 6.2). El acuerdo entre los cónyuges, aunque se acreditara, no puede olvidarse que al afectar a los hijos menores del matrimonio no pertenece dicha materia al derecho dispositivo de las partes, de ahí la necesidad, como dice el Auto de la AP de Guadalajara, sección 1, de 31 de marzo de 2003, «de que en estos aspectos el convenio tenga que ser aprobado judicialmente como lo establece el artículo 90 C.C E, contemplándolo como requisito o «conditio iuris» de eficacia del convenio regulador, al que se le otorga fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia; de lo que se desprende que la homologación judicial es un requisito que afecta a aquellas materias de orden público, como lo son los alimentos de los hijos menores que se reputan como derecho imperativo, de «ius cogens», y no dispositivo, al estar en juego el interés de aquellos, lo que exige adoptar todas las medidas que les atañen en su beneficio, incluso aún cuando no hubieran sido expresamente pedidas por los litigantes, conforme declaran, entre otras, las Ss.TS 27-1-1998 y2-5-1983, lo que otorga al juzgador libertad de criterio en la fijación de las tendentes a la protección de los menores afectados; de ahí que se trate de un derecho, que desde la dinámica sustantiva e incluso procesal, es irrenunciable, intransmisible, no susceptible de compensación (artículo 151 CC EDL1889/1.) y no susceptible de transacción (artículo 1814 CC, como recuerda la SAP Toledo de 2-5-2000 con mención de la SAP Tarragona de 16-4-1993; desprendiéndose de cuando antecede que los acuerdos alcanzados pueden tener eficacia vinculante para las partes en cuanto se refieran a materias de libre disposición, como lo puedan ser las cuestiones económicas o patrimoniales que exclusivamente a ellos afectan, pero no respecto de aquellas otras en las que el interés público determina la intervención tuitiva de los Tribunales, como lo es la que atañe a los hijos y dentro de esta la referida a sus alimentos.

No cabe, por tanto, tampoco, y por los mismos motivos, acceder a la pretensión del recurrente de que se deduzcan las cantidades abonadas antes de que fueran exigibles, siendo así que la obligación de alimentos deriva de la propia patria potestad como se ha dicho.

No se aprueba el pacto del convenio regulador de modificación de medidas que exonera a la madre de toda obligación alimenticia respecto a la hija cuya custodia se atribuye al padre.

AP Barcelona, Sec. 12ª, Sentencia de 7 de febrero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz**

La sentencia dictada en primera instancia que ha estimado parcialmente la acción de modificación de medidas promovida por el actor, que ha sido tramitada por los trámites del mutuo acuerdo, estima parcialmente la pretensión de modificación de medidas solicitada en el sentido de que, si bien atribuye al padre la custodia de la hija común de los litigantes, Fátima, nacida el

Revista Derecho Familia 61.indb 220 04/02/14 11:56

NUM000.1998 (de 14 años), no aprueba el pacto por el que se exonera a la madre de toda obligación alimenticia en beneficio de la misma.

La sentencia, tras otorgar un plazo de subsanación de la referida previsión contenida en el convenio regulador sin que por los solicitantes se procediera a corregir la deficiencia apreciada, procedió a dictar Auto de 27.7.2011 por el que se impuso a la madre la obligación de contribuir a los alimentos de la hija con la cantidad de 100 euros mensuales.

La representación de la madre, Doña Covadonga, formula recurso de apelación e interesa la revocación de esta medida. La representación del padre de la menor (e inicialmente demandado) señor Imanol, a pesar de haber sido provisto de representación y defensa letrada no ha realizado manifestación alguna. El Ministerio Fiscal interesa la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

La medida que se pretende modificar se refiere a la procedencia de mantener la obligación de contribuir a los alimentos por parte de los dos progenitores cuando los propios interesados han establecido en convenio regulador que únicamente uno de ellos se haría cargo de la prestación, exonerando al otro.

La redacción del pacto no homologado dice textualmente que debido a que la menor ha estado con el padre durante estos años, y que nunca la madre ha pagado cantidad alguna en concepto de pensión de alimentos, no se establece pensión de alimentos a cargo de la madre. El enunciado transcrito carece de toda racionalidad por cuanto, en esencia, lo que refleja la transcripción literal del acuerdo es que se viene a premiar a uno de los progenitores (la madre en este caso), por el incumplimiento sistemático de una obligación natural y de orden público.

En consecuencia la pretensión de la recurrente carece de todo fundamento puesto que la obligación de la que se le exonera es de carácter indisponible, en cuanto a su configuración legal, y su régimen jurídico no permite que las partes ignoren que durante la minoría de edad de los hijos son los dos progenitores los que están obligados a atender las necesidades alimenticias de los mismos de forma proporcional a las posibilidades y medios de cada uno de ellos. Así resulta de lo establecido por el CF en los artículos 76.1 y 143. El pacto, tal como viene formulado en el convenio regulador es «contra legem» y, por consiguiente, no puede ser homologado. La actuación de la magistrada de primera instancia es plenamente ajustada a derecho.

Alega la representación de la actora en su recurso que la inconveniencia efectiva del acuerdo para el hijo menor debe ser justificada por el fiscal o el juez y que la no homologación no puede sustentarse en una simple imposibilidad teórica. Y así es, efectivamente, pero es evidente que son las partes las que tienen que justificar plenamente la excepcionalidad de la medida por la que se exonera a un progenitor de contribuir a los alimentos del hijo menor, sin que la carga de la prueba pueda ser exigida al magistrado, que ha de dictar la resolución en base a los elementos fácticos que las partes han incorporado al proceso.

En el caso de autos la única circunstancia que la magistrada tenía para fundar su convicción era la afirmación contenida en el convenio de que no se establecía pensión a cargo de la madre porque nunca la había pagado anteriormente, lo que no solo no puede justificar la exoneración de la obligación de alimentos en el futuro, sino que incluso está describiendo una conducta antijurídica susceptible incluso de ser perseguida penalmente y que, por lo tanto, no puede ser esgrimida como elemento de convicción de que el acuerdo es beneficioso para la menor.

Se ha de destacar, por otra parte, que sucesivamente fue requerida la parte recurrente para que modificase el pacto o explicase razonablemente la justificación del mismo, sin recibir respuesta alguna (es por primera vez con el recurso cuando se pretende justificar la medida).

En consecuencia se ha de concluir que en el caso de autos no concurren los requisitos legales para que el pacto sea aprobado.

Revista Derecho Familia 61.indb 221 04/02/14 11:56

No puede aprobarse la cláusula incluida en el convenio regulador que atribuye la custodia de una menor que no es hija común a una tercera persona.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 22 de febrero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Andrés Palacios Martínez**

Contra la sentencia y auto rectificatorio posterior dictados por el Juez de instancia en el presente procedimiento de divorcio, se alza la representación procesal del demandado Sr. Pelayo en lo que respecta al pronunciamiento por el que no se aprueba el convenio regulador suscrito por ambas partes con fecha 5 de abril de 2012 y su adenda de 23 de mayo del mismo año en lo que respecta la pensión de alimentos, ni disolución de la sociedad de gananciales; interesando su revocación y que se aprobara en su integridad el convenio regulador aportado y ratificado en su día por las partes.

En lo que respecta a la pretensión revocatoria articulada a través del recurso interpuesto referida a la aprobación en su integridad del convenio y su adenda suscritos en su día por las partes; conviene precisar, que en el caso de autos y con independencia de lo establecido, se interesa, por un lado, la aprobación del convenio de una pensión alimenticia a favor de la hija extramatrimonial del ahora apelante Sr. Pelayo, que quedaría bajo la guarda y custodia de la Sra. Sonsoles aún no siendo hija suya, sin que dicha situación pueda ser objeto de lo suscrito en convenio regulador al no tratarse de una hija de ambas partes y ello con independencia de los oportunos consensos a los que pueden llegar las mismas en relación a la prestación asistencial de la menor de referencia y a que esta obligado el padre para atender las necesidades de su hija derivadas de la relación paternofilial.

CUESTIONES PROCESALES

Ninguna causa de nulidad concurre por el hecho de no haber llegado el Letrado al acto de la vista tras haber sido correctamente citado, por lo que debe pechar con sus consecuencias.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 19 de febrero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Mª Margarita Noblezas Negrillo**

Se alza el apelante en primer lugar contra la resolución impugnada solicitando nulidad de actuaciones por falta de asistencia letrada al acto de la vista y nulidad de la sentencia por incurrir en un error aritmético en su fallo. Pues bien, nuestro Tribunal Constitucional en ha declarado en muy reiterada doctrina (SSTT 166/89, 167/92, 103/93, entre otras muchas), que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, garantiza el derecho de acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de ser oído y de ejercitar la defensa de los derechos e intereses legítimos, con respeto a los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, lo que impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en el cumplimiento efectivo de las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal –artículos 150 y ss. LEC–, cuidando siempre de asegurar que las citaciones, notificaciones, emplazamientos, y en su caso, requerimientos, lleguen a sus destinatarios, dándoles

Revista Derecho Familia 61.indb 222 04/02/14 11:56

así la oportunidad de actuar en defensa de sus derechos e intereses y de evitar la indefensión, de forma que la omisión o defectuosa realización de actos de comunicación procesal, constituye, en principio, una indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva cuando prive al destinatario afectado del conocimiento necesario para que pueda ejercer convenientemente su derecho de defensa en los procesos o recursos en que intervenga o deba intervenir, salvo que la indefensión esté motivada por el propio desinterés, pasividad, malicia o falta de diligencia del interesado. En nuestro caso ninguna causa de nulidad concurre por el hecho de no haber llegado el Letrado del apelante al acto de la vista tras haber sido correctamente citado, por lo que debe pechar con sus consecuencias. Tampoco procede declarar la nulidad de la sentencia por causa de un error aritmético, que, en su caso, habría sido subsanable al amparo de lo dispuesto en el artículo 214 LEC, y máxime cuando tal error no se ha producido, ya que la sentencia estima por los dos diferentes conceptos en párrafos separados, fianza e IBI, a los que abajo nos referiremos.

La aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la retroacción de efectos de la disolución de la sociedad de gananciales desde la fecha de la separación de hecho es una cuestión que debe resolverse en el proceso de liquidación de la sociedad y no en el proceso de divorcio.

AP Madrid, Sec. 22ª, Sentencia de 19 de febrero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Carmen Neira Vázquez**

Y se pide también que se declare extinguida la sociedad legal de gananciales desde el 10 de febrero de 2008 fecha de cese la convivencia lo que no puede ser acogido en este procedimiento, y ello en tanto en cuanto la propia sentencia, como no podría ser de otra forma, dispone que se declara el divorcio con todos los efectos legales correspondientes e inherentes a dicha declaración judicial de divorcio, entre los que sin duda –tal y como establece el artículo 95 del CC.–, se encuentra la disolución del régimen económico matrimonial y ello desde la fecha de la sentencia, debiendo señalar en todo caso que los efectos de aquella separación fáctica respecto únicamente de los propios interesados y exclusivamente, entre ambos cónyuges y ello, con relación a tales bienes gananciales tal y como ha indicado el TS puede y tiene eficacia desde dicho cese convivencial si desde aquel entonces ambos cónyuges realizan vida independiente personal y económicamente, quebrando así la comunidad conyugal sobre la que asienta la naturaleza, concepto y finalidad de la sociedad legal de gananciales, consideraciones todas que en su caso procede plantear, alegar y probar en sede del procedimiento de formación de inventario en el proceso de liquidación de gananciales, todo lo cual determina en este punto el rechazo de este motivo de apelación.

Revista Derecho Familia 61.indb 223 04/02/14 11:56

Aunque con carácter general, la sentencia de modificación no tiene efectos retroactivos, deben excepcionarse aquellos casos en que la parte demandada utiliza mecanismos dilatorios. En este caso, la demandada mostró su conformidad con todos los pedimentos de la demanda a excepción del momento en que habrá de hacerse efectiva la extinción de la pensión alimenticia a favor del hijo manteniendo que deberá ser desde la fecha de la sentencia que en un futuro se dicte en ese procedimiento, con lo cual esa especie de allanamiento parcial tiene como exclusiva finalidad dilatar la efectiva extinción de la pensión alimenticia cuya procedencia viene reconociendo desde que contesta a la demanda incurriendo en abuso de derecho.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 4 de marzo de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª María de la Soledad Jurado Rodríguez**

En relación a la fecha de la extinción de la obligación de abonar pensión alimenticia y a la posibilidad de su retroacción a momentos anteriores a la sentencia que así lo acuerda, esta Sala, con carácter general, tiene reiterado que si cualquiera de los cónyuges considera que se han producido modificaciones sustanciales en las circunstancias que implican modificación de las medidas, para la efectividad de ésta están obligados a instar el procedimiento legalmente previsto para su modificación en el artículo 775 LEC, sin que sea admisible que cada parte aplique e interprete el convenio o la resolución que lo apruebe a su modo contraviniendo su contenido y, en consecuencia, de la misma forma que el obligado al pago no está legitimado para decidir que su obligación se ha extinguido automáticamente ante determinados acontecimientos de la vida, (como pueden ser el matrimonio, mayoría de edad o trabajo de los hijos), no es jurídicamente admisible que la sentencia que se dicte en un procedimiento de modificación de medidas dé retroactividad a la modificación al momento en que ocurre el hecho que determina esa modificación ya que las sentencias de separación y divorcio tienen efectos constitutivos «ex nunc», y de la misma forma que el pago de la pensión obliga desde la fecha de la firmeza de la sentencia, la extinción solo puede hacerse efectiva desde que otra sentencia así lo declara, haciendo así aplicables las previsiones al respecto contenidas en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a cuyo tenor las sentencias se ejecutarán en sus propios términos, y si bien es verdad que conforme al artículo 1089 del Código Civil, una de las fuentes de donde nacen las obligaciones es la Ley, ello no se puede interpretar en el sentido de que ese origen permita la aplicabilidad directa de las normas sin un procedimiento previo que así lo declare, debiendo recordarse cómo la doctrina define la función jurisdiccional, cómo aquélla se realiza por los órganos especialmente adscritos a ella, empleando como medio instrumental el proceso, para hacer efectivo el derecho a la justicia que corresponde como derecho subjetivo público a los ciudadanos, definición que implica la necesidad del procedimiento, con las garantías que conlleva para las partes intervinientes, sea cual fuere la fuente o el origen de la obligación cuyo cumplimiento o extinción se pretenda. No obstante, también tiene reiterado esta Sala, (tal como se afirma por la AP de Madrid en sentencia 30 enero de 1996) que el problema de la retroactividad de los efectos de la extinción no tiene, en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico-positivo una solución genérica, que abarque las distintas hipótesis que pudieran surgir, a modo de panacea universal para todos los supuestos; no obstante, en la búsqueda del criterio a seguir al respecto, habría que evitar la admisión de meros mecanismos dilatorios del cumplimiento, o extinción, de obligaciones definitivamente establecidas en sentencias matrimoniales que implicaría una flagrante vulneración de las prescripciones que,

Revista Derecho Familia 61.indb 224 04/02/14 11:56

sobre el abuso del derecho, se sancionan en el artículo 7º del Código Civil. Al respecto, la sentencia de esta Sala núm. 390/2010 de 8 de julio de 2010, en un supuesto muy similar al presente (se interesaba en la demanda la extinción de la pensión alimenticia fijada en sentencia anterior de divorcio a favor de su hijo y la parte demandada vino a allanarse), estimando el recurso de apelación formulado contra la misma, resuelve que, no afectando la extinción de la pensión alimenticia a los intereses de un menor de edad, a la vista del allanamiento practicado, sí cabe entender que sus efectos deban retrotraerse, no ya por el hecho de que la demandada, en materia alimenticia, viniera ostentando una legitimación por sustitución, sino porque si bien, conforme al artículo 1814 del Código Civil, no se puede transigir sobre alimentos futuros, no existe en cambio obstáculo para poder renunciar pensiones alimenticias atrasadas, según prevención contenida en elartículo 151 del dicho Cuerpo legal, habida cuenta que si bien, en nuestro ordenamiento consagra el carácter de irrenunciabilidad e intransmisibilidad del derecho de alimentos, dada su naturaleza de personalísimo, lo cual no está reñido con la posibilidad de renuncia a las pensiones alimenticias atrasadas, siendo perfectamente compatibles todos y cada uno de los requisitos expuestos, puesto que se debe diferenciar entre el «derecho a interesar alimentos», irrenunciable e intransmisible, y lo que es el «crédito» en su caso ya devengado e incorporado al patrimonio del acreedor, lo que sucede con otros derechos de naturaleza personalísimo, como es la legítima, de ahí que proceda perfectamente la posibilidad de simultanear un procedimiento extintivo de la pensión alimenticia como el recogido en la sentencia dictada en la primera instancia, junto con otro por el que sus efectos puedan retrotraerse a fecha anterior a su dictado, como sucede en el caso tratado, todo ello derivado del comportamiento procesal adoptado por la demandada allanándose a la pretensión demandante. Esta doctrina resulta de plena aplicación al presente supuesto en que la demandada muestra su conformidad con todos los pedimentos de la demanda a excepción del momento en que habrá de hacerse efectiva la extinción de la pensión alimenticia a favor del hijo manteniendo que deberá ser desde la fecha de la sentencia que en un futuro se dicte en ese procedimiento, con lo cual esa especie de allanamiento parcial tiene como exclusiva finalidad dilatar la efectiva extinción de la pensión alimenticia cuya procedencia viene reconociendo desde que contesta a la demanda el 21 de octubre de 2010, incurriendo en abuso de derecho que sanciona el artículo 7 CC, lo que supone la estimación del motivo de apelación y, por ende, el que proceda revocar parcialmente la sentencia de instancia retrotrayéndose la extinción del pago de alimentos a favor del hijo al momento de la presentación de la contestación a la demanda (21 octubre 2010) que recoge un verdadero allanamiento a la pretensión actora y que, si hubiera mediado buena fe, así lo debería haber propuesto expresamente sin oponer meros mecanismos procesales dilatorios.

El vicio de nulidad se deriva de una Sentencia carente de motivación, por ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su finalidad propia y constitucional de otorgar una tutela judicial efectiva y razonada en cuanto se refiere a los efectos o medidas del divorcio se limita a acordarlas sin exponer motivación alguna sobre las cuestiones debatidas.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 7 de marzo de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª María José Torres Cuellar**

El motivo preliminar del recurso de apelación interpuesto por el demandado, contra la sentencia que estima parcialmente la demanda de divorcio presentada contra el ahora apelante, denuncia la omisión del deber de motivación en el que incurre la resolución apelada con in-

Revista Derecho Familia 61.indb 225 04/02/14 11:56

fracción del artículo 218.2 LEC, y vulneración del artículo 24 CE, que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva y proscribe la indefensión, por cuanto se limita a adoptar las medidas sin examinar las cuestiones controvertidas en el juicio y la prueba practicada en el mismo, lo que impide conocer las razones de la decisión judicial, con la consiguiente indefensión para la parte recurrente.

Tras el examen del escrito rector y las pretensiones en el mismo instadas así como del escrito de contestación a la demanda, junto con sentencia de instancia, recurso y oposición, así como normativa constitucional y rituaria aplicable, el Tribunal entiende que concurren los elementos de carácter jurídico suficiente a los efectos necesarios para declarar la nulidad de la sentencia con la consiguiente retroacción a dicho momento para que se pronuncie la resolución correspondiente a las pretensiones interesadas.

Una exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es la necesidad de motivación de las sentencias y autos judiciales (artículos 120.3 CE, 248 LOPJ, 208 y 218 de la LEC), la cual debe entenderse, no de una manera formularia, sino como efectiva fundamentación razonada de todas las cuestiones que la resolución decide, sean de hecho o de derecho (SS TC 11 julio 1983, 5 febrero 1987, 1 octubre 1990, 3 junio 1991, 25 marzo 1996, 29 mayo 2000 y 4 junio 2001; y TS 10 abril 1984, 6 octubre 1988, 7 marzo 1992, 18 marzo 1994, 29 noviembre 1996, 17 julio 1999, 17 mayo 2002 y 15 noviembre 2006), debiendo exteriorizarse el proceso lógico-jurídico que sirve de soporte a la decisión judicial. Este imperativo de motivación de determinadas resoluciones judiciales aparece así vinculado a la efectividad de derechos fundamentales contemplados en el artículo 24 CE, como son: 1º) el ya mencionado de tutela judicial, que conlleva la necesidad de dar una respuesta motivada a cuantas cuestiones se suscitan en el procedimiento exenta de arbitrariedad; y 2º) el derecho a un proceso con todas las garantías, que supone la posibilidad de defenderse frente a la resolución en vía de recurso, conociendo con plenitud su fundamento y la «ratio decidendi» que ha llevado al Juez a dictar su fallo. Consecuencia de ello, es que la obligación de motivar las sentencias y autos constituye un requisito esencial que afecta a la validez intrínseca de la resolución judicial.

Destaca la jurisprudencia constitucional que es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial ante las cuestiones oportunamente planteadas representa una auténtica lesión del artículo 24 CE o por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva. A estos efectos, hay que distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas. En relación con estas últimas, se ha sostenido que las exigencias de congruencia son más estrictas y que, para poder apreciar que del conjunto de razonamientos contenidos en la resolución judicial existe una respuesta tácita, es preciso, no sólo que de los referidos razonamientos pueda deducirse que el órgano judicial ha valorado la pretensión sostenida sino, además, que de ellos puedan deducirse también los motivos en los que esta respuesta tácita se fundamenta. Por el contrario, respecto de las meras alegaciones, la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no requiere, en principio, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica al problema planteado (SS TC 6 marzo 1987, 11 noviembre 1990, 8 junio 1992, 19 junio 1995, 11 febrero 1997, 26 enero 1998, 27 marzo 2000, 15 enero 2001, 10 mayo 2004, 24 octubre 2005, 20 noviembre 2006 y 23 julio 2007). No obstante, existen casos en los que la falta de respuesta expresa a las alegaciones formuladas ha de examinarse con mayor rigor, como sucede con las alegaciones sustanciales que vertebran el razonamiento de las partes, de manera que la cuestión suscitada no es una simple alegación secundaria o instrumental en el razonamiento jurídico, sino un alegato sustancial que contiene los hechos o argumentos jurídicos básicos y fundamentales que nutren la pretensión, en cuyo caso dicha cuestión integra la razón por la que se pide, debiendo ser tratada de forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la resolución judicial, pues de otro modo se

Revista Derecho Familia 61.indb 226 04/02/14 11:56

desatiende la defensa esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia (SS TC 16 enero 2006 y 23 julio 2007), e igualmente en los supuestos en los que se alega la vulneración de derechos fundamentales, que exigen una respuesta judicial expresa, (SS TC 25 febrero 1997, 13 julio 1998, 13 marzo 2000, 26 febrero 2001, 11 febrero 2002, 20 enero 2003 y 23 julio 2007).

El vicio de nulidad que se deriva de una resolución carente de motivación, por ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su finalidad propia y constitucional de otorgar una tutela judicial efectiva y razonada (artículos 240.1 de la LOPJ y 227.1 LEC), podría verse paliado si estimamos posible la subsanación del defecto, sobre la base del criterio restrictivo con el que la Ley entiende que debe declararse la nulidad de los actos procesales (artículos 240.2 LOPJ y 227.2 y 465.3 LEC), supliendo en esta segunda instancia la falta de fundamentación apreciada en la decisión recurrida, dada la naturaleza jurídica del recurso de apelación y su efecto devolutivo, que confiere al Tribunal superior y órgano «ad quem» plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de la primera instancia, en lo que afecta tanto a las cuestiones de hecho como de derecho, siempre que puedan ser objeto de recurso. Sin embargo, esta solución debe rechazarse cuando la ausencia de motivación produce efectiva indefensión a las partes (artículos 238-3 º y 240 LOPJ y 225-3 º y 227 LEC), las cuales, desconociendo la razonabilidad en que se apoya la apreciación fáctica del Juzgador, ven limitado o impedido su derecho de defensa frente a la resolución judicial, que no pueden ejercer adecuadamente mediante el uso pleno y efectivo del recurso, como única vía para lograr el necesario control de la actuación jurisdiccional por instancias superiores. Tal subsanación en la alzada cercenaría, además, el derecho a la doble instancia judicial, regulado en el orden procesal civil en los artículos 455 y ss. de la LEC, además de vulnerar la exigencia de que el respeto a las garantías procesales amparadas en el artículo 24 CE ha de observarse, no sólo en el conjunto del procedimiento, sino también en cada una de sus fases o instancias (SS TC 22 abril 1981, 5 diciembre 1984, 20 febrero 1987, 22 febrero 1989, 1 marzo 1993, 11 diciembre 1995, 26 abril 1999, 18 diciembre 2001 y 18 octubre 2004).

La sentencia apelada, en cuanto se refiere a los efectos o medidas del divorcio decretado, en su Fundamento de derecho Tercero se limita a acordarlas sin exponer motivación alguna sobre las cuestiones debatidas, relativas a la guarda y custodia exclusiva o compartida de los litigantes sobre su hijo menor de edad (12 años), así como al uso de la vivienda familiar, los alimentos debidos al menor y la contribución a las cargas matrimoniales, omitiendo por completo cualquier razonamiento relativo a la prueba practicada acerca de estas cuestiones, pues tan solo refiere genéricamente que de la documental se acredita mayor disponibilidad económica del padre, lo que impide a la partes y a esta Sala conocer cuales son las razones en las que se ha podido basar la adopción de dichas medidas a fin de ponderar si son o no suficientes para fundamentar la decisión que conduce al fallo parcialmente estimatorio de la demanda.

De acuerdo con la doctrina expuesta, esta total ausencia de motivación acerca de los temas planteados y de las pretensiones de dicha parte, no puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el silencio de la resolución apelada no afecta a meras alegaciones secundarias o instrumentales aducidas por las partes para fundamentar sus escritos, sino a cuestiones fondo con sustantividad propia, que integran los hechos delimitadores del ámbito de la controversia y, en definitiva, del objeto del proceso, sin que el conjunto de razonamientos contenidos en la resolución judicial permita conocer las premisas en las que esta respuesta tácita se fundamenta y deducir que el órgano judicial ha valorado tales alegaciones, haciendo un examen de la prueba practicada y en particular de la sometida directamente a la inmediación del Tribunal ante el que se ha celebrado la vista del juicio, en relación con los demás elementos probatorios obrantes en autos, sin que baste a estos efectos con una genérica mención al interés del menor y documental aportada, que omite cualquier apreciación motivada de su contenido y prescinde de las restantes alegaciones y pruebas producidas, tanto más necesaria cuando existen discrepancias entre las partes.

Revista Derecho Familia 61.indb 227 04/02/14 11:56

Por todo lo expuesto, la mencionada falta de motivación, denunciada formal y expresamente por la parte apelante en la presente instancia, con la alegación de haber sufrido indefensión por esta causa, convierte a la sentencia impugnada en arbitraria, incurriendo en un defecto insubsanable que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y produce real indefensión a la recurrente, al privarla de la posibilidad efectiva de impugnar un criterio valorativo del Tribunal «a quo» que, en realidad, no existe, puesto que no se ha manifestado en la sentencia recurrida respecto a los extremos omitidos. En consecuencia, procede declarar la nulidad de pleno derecho de la resolución apelada, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia, para que, en su lugar, se dicte otra debidamente motivada, con arreglo a lo expuesto.

Estaba al alcance de la esposa proporcionar un número de teléfono para propiciar el emplazamiento del esposo y no es atendible en derecho que siendo el primero negativo, al ser requerida para facilitar otro domicilio nuevo no diese dato alguno para su averiguación cuando tenía conocimiento que residía en casa de sus padres. La rebeldía del demandado fue artificiosamente declarada por la conducta deliberada o, cuando menos, omisiva de la parte actora, procediendo la nulidad de actuaciones.

AP Baleares, Sec. 4ª, Sentencia de 27 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo**

En proceso de divorcio seguido por Dª Alejandra contra D. Pedro Francisco el 22 de mayo de 2012 se dictó sentencia, en rebeldía del demandado, estimando la demanda de disolución vincular del matrimonio y adoptando las medidas complementarias que, precedentemente, han sido reproducidas en su integridad.

Ordenada, por diligencia de 7 de junio de 2012, la notificación de la resolución al accionado mediante edictos (folio 91), dicha sentencia fue, sin embargo notificada personalmente al demandado el 14 de junio de 2012 (folio 96) y en la misma fecha se efectuó y documentó comparecencia del Sr. Pedro Francisco (folio 99) en la que, en síntesis, se manifestaba desconocer absolutamente la existencia del proceso y de la sentencia referida, habiendo conocido tales extremos por manifestaciones de una hija común de los litigantes el día anterior, interesando la nulidad de actuaciones desde su declaración de rebeldía.

En el escrito de interposición del recurso de apelación, presentado con adecuada representación procesal y defensa letrada, dándose por subsanada su ausencia en su comparecencia inicial (diligencia de ordenación de 31 de julio de 2012 –folio 151–), D. Pedro Francisco interesa la nulidad de actuaciones como motivo único del recurso.

Se argumenta por la parte apelante que la rebeldía procesal en la que se vio inmerso en el presente proceso fue buscada de propósito o, al menos, propiciada por la parte actora, de modo que el mismo se siguió deliberadamente sin su concurso, conculcando sus derechos fundamentales de audiencia y defensa.

Considera el Tribunal que dicha petición debe ser acogida, en atención a los datos fácticos documentados que constan en autos. Así: 1º) En el encabezamiento de la demanda inicial la Sra. Alejandra afirma ser vecina del Puerto de Alcudia, con domicilio en la CALLE000 núm. NUM002, NUM003, designando como domicilio del demandado, Sr. Pedro Francisco, el mismo que a ella se atribuye; 2º) ya en el cuerpo de la demanda (hecho cuarto, párrafo segundo) se asevera que «ambos cónyuges ya no conviven en el domicilio conyugal desde hace ya más de tres meses puesto que el esposo lo desocupó y pasó a residir en casa de sus padres, puesto que no tiene vivienda propia; 3º) a la vista del emplazamiento

Revista Derecho Familia 61.indb 228 04/02/14 11:56

negativo del demandado en el domicilio citado en la demanda (el mismo que el de la actora), por el Juzgado de instancia se acordó dar traslado de su resultado a la parte actora «a fin de que facilite nuevo domicilio o inste las medidas de averiguación que estime procedentes (folio 65); 4º) en contestación a dicho requerimiento, la parte actora interesó que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 156 de la LEC, se obtuviera de los datos informáticos al alcance del Juzgado información sobre el domicilio y la situación laboral del actual demandado, solicitando que si la información fuera positiva se efectuara la diligencia en el domicilio que se obtenga; 5º) por diligencia de ordenación de 11 de abril de 2012 (folio 71), al haber resultado negativas las gestiones realizadas para conocer el domicilio o residencia actual de la parte demandada, se acordó emplazarla por medio de edicto fijado en el tablón de anuncios del propio órgano judicial; 6º) no habiendo comparecido la parte demandada dentro del plazo concedido para la contestación a la demanda se la declaró en rebeldía, notificándole dicha decisión en la misma forma edictal y con la advertencia de no llevarse a cabo ninguna otra; 7º) en proceso penal, juicio rápido 260/2011 seguido ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Inca, consta documentada declaración del Sr. Pedro Francisco como imputado en la que aparece domiciliado en CALLE001 de Sa Pobla, siendo sobreseídas dichas diligencias por resolución de 2 de enero de 2012 (procedimiento abreviado 2342/2011); 8º) con fecha de presentación de 27 de enero de 2012, D. Pedro Francisco interpuso, a su vez, demanda de divorcio contra Dª Alejandra, dando como domicilio propio el de CALLE001 número NUM004 de Sa Pobla y designando como el de la demandada el sito en Alcudia, carrer CALLE000 NUM002, NUM003.

Con tales precedentes fácticos resulta sorprendente que en la demanda inicial del proceso en curso la demandada proporcionara igual domicilio para la demandante y para el demandado, cuando al propio tiempo se reconoce que este último lo ha abandonado desde hace tres meses y vive en la casa de sus padres. Del mismo modo es inverosímil que contraído matrimonio entre los litigantes en enero del año 1995, en octubre de 2011 se desconozca cual es el domicilio exacto de los padres de su esposo, mas si se tiene en cuenta que la distancia entre ambos es de pocos kilómetros, siendo excusa vana la de afirmar ignorancia del número de policía de la calle en cuestión.

Pero es que, además, estaba al alcance de la actora proporcionar un número de teléfono para propiciar el emplazamiento y no es atendible en derecho que siendo el primero negativo, al ser requerida para facilitar otro domicilio nuevo se limitara en fecha 5 de febrero de 2012 a interesar su búsqueda por medios informáticos del Juzgado, siendo así que su hipotética ignorancia (que no se admite) debería haber sido despejada previamente por documentación pública procedente de un proceso penal o de una demanda divorcio (incomprensible de haber conocido o podido conocer el recurrente la existencia de procedimiento previo en el mismo sentido) en el que era parte interesada y en los que señala el domicilio actual y correcto del demandado. No es obstáculo para lo hasta ahora razonado que en un documento de altas y bajas en la Seguridad Social el demandado figure con domicilio en Alcudia, pues ello no desvirtúa el cúmulo de argumentos que preceden.

En suma, se considera acreditado que la rebeldía del demandado fue artificiosamente declarada por la conducta deliberada o, cuando menos, omisiva de la parte actora, siendo así que según doctrina del Tribunal Constitucional, resulta exigible al demandante la carga de facilitar al órgano judicial los datos a su alcance que garanticen que el demandado podría tener conocimiento del proceso y de su incorporación procesal al mismo, falta de colaboración que pesa sobre su actuar y conduce a que el procedimiento se hayan vulnerado los derechos fundamentales del recurrente a los que en el inicio de esta resolución se hacia referencia.

Por todas las anteriores consideraciones se estimará el recurso de apelación interpuesto en el sentido interesado por la parte apelante, declarando la nulidad de actuaciones y se retracción al momento del emplazamiento del demandado, con reapertura del plazo para contestar a la demanda.

Revista Derecho Familia 61.indb 229 04/02/14 11:56

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Aunque se reconoce el derecho de la madre a percibir la subvención pública recibida por el padre por tener un hijo a su cargo, se desestima la demanda de ejecución ya que este pronunciamiento no se contiene en el fallo de la sentencia.

AP Barcelona, Sec. 12ª, Auto de 30 de enero de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado**

El auto cuya parte dispositiva ha sido transcrita pone fin en primera instancia al incidente de oposición del ejecutado. Es apelado por la ejecutante, que reitera su pretensión de que se incluya en la ejecución la devolución de una subvención pública recibida por el ejecutado por tener un hijo a cargo y la mitad del gasto de piscina, por importe de 368,65 euros. Ni el ejecutado apelado ni el Ministerio Fiscal se han manifestado sobre la apelación.

Los argumentos de la apelante sobre la subvención se dirigen a demostrar que tiene derecho a participar en ella, pero eso no se discute en esta ejecución. La denegación de ejecución se basa en que el título ejecutivo no incluye esa obligación. No hay duda de que no lo incluye y la exclusión de la ejecución debe ser confirmada, sin perjuicio de la acción declarativa que pueda ejercitar la apelante.

No puede darse carácter retroactivo a la pensión desde la fecha de interposición de la demanda toda vez que el padre remitió 1.100 euros mensuales a la madre desde que cesaron en la convivencia.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 12 de febrero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Mª Margarita Noblezas Negrillo**

Por lo que se refiere a la pensión alimenticia tenemos por un lado que el Sr. Rosendo es titular del 15% de las acciones de Extrusistemas SA, de la que es Director Comercial y miembro del Consejo de Administración y de la empresa Accesoris Don Alumini SL, y si bien en el año 2008, percibía nóminas de 3.611,37 €, tras el ERE, ingresa no más de 1.900. Con anterioridad venía a percibir más de 5000 € mensuales, más una cantidad oscilante de entre 6000 y 12000 € trimestrales/semestrales, de beneficios. Se acompañaron extractos bancarios por Bancaixa de los que se acreditan ingresos en su cuenta personal que no se corresponden con las nóminas y los alquileres mensuales. La Sra. Rosendo nunca trabajó fuera del hogar. Los estudios del hijo, que cuenta con 23 años de edad, vienen a suponer 598 €/mes, más 2.952 de matrícula. Ambas partes perciben por alquileres de bienes de su propiedad, 3.121,07 € según la actora, y aproximadamente 2.500 según el demandado. La cuota mensual del préstamo con garantía hipotecaria asciende a 865,98 €. En estas circunstancias entendemos que la suma de 1.500 € es acorde con lo dispuesto en el artículo 267 CF y 233-7 CCC, por lo que en este particular sendos recursos deben ser desestimados.

…Y en cuanto a la retroactividad del pago de las pensiones a la fecha de la interposición de la demanda debemos desestimar tal pretensión toda vez que el Sr. Rosendo desde la ruptura remitió para gastos de la actora e hijo unos 1.100 €/mes y tal reclamación no se efectuó en la demanda.

Revista Derecho Familia 61.indb 230 04/02/14 11:56

Nos encontramos con una causa de extinción del derecho cual es la convivencia parcial de los hijos acreedores de la pensión con el deudor de la misma, siendo por tanto injusta la reclamación que pudiera hacer la madre amparada por un derecho aparente pero extinguido en la realidad.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 12 de febrero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Mª Margarita Noblezas Negrillo**

Se alza el apelante contra la resolución impugnada por estimar escasa la cuantía de la pensión alimenticia de los dos hijos comunes, ya mayores de edad, a cargo de la demandada, interesando se incremente a 400 € la de Ferrán, desde el 17-6-2009, fecha en que marchó a convivir con él, más la mitad del módulo de mecánica, 175 €, también con carácter retroactivo, y para Álvaro, se establezca una obligación de pago de una pensión de 300 € hasta que alcance independencia económica.

Sentadas así las bases del recurso, antes de nada diremos que respecto de las pensiones alimenticias de los hijos mayores de edad, es criterio reiterado de esta Sala (SS de 14 de octubre de 1998, 10 de mayo, 14 y 15 de junio y 25 de octubre de 1999, 17 de enero, 20 de marzo, 15 de mayo y 20 de junio de 2000, 31 de julio de 2001, 11 de julio, 2 de septiembre, 31 de diciembre de 2002, 28 y 30 de abril, 6 de mayo, 9 de junio, 4 de noviembre y 23 de diciembre de 2003 y 26 de enero y 10 de febrero de 2004, entre otras muchas posteriores), que la interpretación del artículo 76.2 CF, más acorde con su finalidad, es la de entender que lo determinante para conceder alimentos a los hijos mayores de edad que convivieran en el domicilio familiar, es la carencia por los mismos de ingresos suficientes para subvenir a sus necesidades permitiéndoles vivir una vida independiente, y ello por más que la causa jurídica de la prestación no se encuentre entre los deberes inherentes a la patria potestad, sino en el deber general de alimentos entre parientes que se recoge en el artículo 259 CF, con lo que ello implica en cuanto al contenido y extensión de tales alimentos. Tal precepto mantiene un concepto bastante reducido de lo que debe entenderse por alimentos, esto es lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista; los gastos de instrucción o educación, tratándose de un hijo mayor de edad, como es el caso, tan sólo deben comprenderse cuando no hubiera terminado su formación por causa que no le sea imputable. En el mismo sentido el artículo 237-1 CCC. En nuestro caso vemos que la demandada tenía la guarda y custodia de los hijos entonces menores por sentencia de separación de 3-11-2003, la cual homologó el convenio de 30-7-2003, habiéndose marchado Ferrán a vivir con el padre el 17-6-2009 y posteriormente Álvaro. En cuanto los ingresos del actor, tan solo tenemos la declaración del IRPF de 2008, la cual nos da un promedio mensual de rendimientos netos de trabajo de 2.587,70 €. La demandada por su parte está inscrita como demandante de empleo desde 5-4-2011, y vive de los ingresos que cobra por el alquiler de un piso, 600 €, paga 645,66 de cuota mensual por un préstamo con garantía hipotecaria, más 391,20 de autónomos y 281,64 por un préstamo personal, Los gastos de los hijos vienen a ser, Álvaro, de 4.679,32 € de matrícula de Periodismo en la Universidad de Vic, y el curso de FP de Ferrán 2010-2011, 3.020 €, lo que supone 251,66 al mes, si bien consta al folio 162 una certificación del centro donde se comparte, de 18-7-2011, que lo han dado de baja el 31-5-2011 después de valorarlo con el padre. En estas circunstancias entendemos que atendiendo a la anterior doctrina, no cabe acceder a pensión alguna para Ferrán, sin perjuicio de que el mismo pueda reclamar en el procedimiento que corresponda alimentos a ambos progenitores y si para Álvaro, en concreto en la cantidad señalada en la sentencia que se estima acorde con lo dispuesto en el artículo 237-7 CCC, ello desde la fecha de la resolución que se recurre dada la doctrina del TSJC esta-

Revista Derecho Familia 61.indb 231 04/02/14 11:56

blecida en la sentencia de 26-9-2011, según la cual los efectos de la sentencia anterior operan hasta que se modifican por los de la nueva sentencia, la cual será determinativa si fija de nuevo el contenido de una obligación declarada, ello de conformidad con el artículo 80 CF, y 233-7 CCCat. En el mismo sentido la sentencia del mismo tribual de 16-6-2011, y la del Tribunal Supremo de 3-10-2008, a la que se remite la de 14-6-2011. No obstante diremos que la madre no deberá ejecutar aquélla sentencia en reclamación de las sumas que el padre pueda adeudar desde que se produjo el hecho extintivo de su obligación, pues lo cierto es que los órganos jurisdiccionales deben rechazar todas aquellas pretensiones abusivas que constituyan un ejercicio antisocial del derecho, que la ley no puede amparar –artículo 7,2 CC como consecuencia de la exigencia de una conducta ética en el ejercicio de los derechos. Y ello ocurre cuando como el caso nos encontramos con una causa de extinción del derecho, cual es la convivencia parcial de los hijos acreedores de la pensión con el deudor de la misma, estándose por tanto ante una reclamación injusta amparada por un derecho aparente, extinguido en realidad de desde el día que los hijos pasaron a convivir con el padre. Lo contrario, es decir, estimar que por la resolución que establecía la obligación pervive hasta que no se modifique, en este caso concreto supondría también amparar un enriquecimiento injusto que la ley no puede obviar.

No es obligatorio para la parte actora instar medidas provisionales y, no por ello, debe de perder su derecho al cobro de los alimentos desde la fecha de interposición de la demanda tal y como determina el artículo 148 del Código Civil.

AP Baleares, Sec. 4ª, Sentencia de 26 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Miguel Álvaro Artola Fernández**

Seguidamente, sostiene la parte apelante la existencia de un error por parte el Magistrado-Juez de instancia al reconocer la pensión por alimentos «con carácter retroactivo».

Observando la Sala que el pronunciamiento judicial que establece que la pensión de alimentos tendrá efectos desde el día 1 de mayo de 2011, no constituye un pronunciamiento retroactivo al haber sido la demanda presentada en el Registro de entrada de los Juzgados en fecha 13.4.11. Acordándose en la sentencia, como fecha de devengo, el primer día del mes siguiente; por lo que tal pronunciamiento no hace sino acomodar el devengo a la litispendencia y a la previsión del artículo 148 del Código Civil, que determina como fecha de abono la de la interposición de la demanda.

Manifiesta, asimismo, la parte apelante que para el pago de los alimentos en el «ínterin», entre la demanda y la sentencia, «se concibieron las medidas provisionales y provisionalísimas y no se han solicitado». Pero es, precisamente, porque no se han solicitado por lo que es acorde a Derecho situar el devengo en la fecha de la reclamación judicial, pues no es obligatorio para la parte instar medidas provisionales y, no por ello, debe de perder su derecho al cobro de los alimentos desde la fecha determinada en el artículo 148 del Código Civil.

Por lo tanto, tal y como refiere el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como quiera que los recursos contra la sentencia de instancia no suspenden la ejecutividad de ésta, la nueva pensión tendrá validez a partir de la fecha de la presente resolución judicial, siendo exigible, hasta la fecha de hoy, la cuantía fijada en primera instancia.

Revista Derecho Familia 61.indb 232 04/02/14 11:56

REGÍMENES ECONÓMICOS

El esposo reconoció haber retirado 47.000 euros de un plazo fijo, cantidad que destinó a comprar aluminio, pero es que el negocio de aluminio era ganancial puesto que la maquinaria existente en el taller tenía dicho carácter, por lo que no procede reconocer partida alguna en el activo por la disposición bancaria.

AP Murcia, Sec. 4ª, Sentencia de 14 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Jover Coy**

Mediante el recurso de apelación interpuesto, pretende la representación de Dª María Inés que se incluya en el activo de la sociedad un crédito frente a D. Roque por importe de 47.000 euros por disposiciones realizadas por el Sr. Roque de la cuenta común de los cónyuges para comprar aluminio.

También pretende la apelante que se excluya del activo de la sociedad de gananciales un crédito de 47.287,63 euros frente a D. Antón por las reformas realizadas en la vivienda familiar, situada en la DIRECCION000 núm. NUM002 de Campos del Río.

Respecto a las supuestas disposiciones de 33.400 euros y 17.600 euros, el Juzgado desestimó que se incluyeran en el activo, en el primer caso por no constar quien había realizado el reintegro (tratándose de una cuenta cuya titularidad correspondía a tres personas), ni qué destino se dio a la cantidad retirada, y en el segundo caso por no existir constancia documental de la operación.

Sostiene la apelante que el Sr. Roque reconoció haber retirado 47.000 euros de un plazo fijo y lo destinó a comprar aluminio, pero es que el negocio de aluminio era ganancial puesto que la maquinaria existente en el taller de Campos del Río (máquina plegadora, prensa de troquel, máquina de cortar aluminio, etc…) era ganancial y como tal se incluyó en el apartado 8 del inventario.

Construida una vivienda con dinero ganancial sobre una finca privativa, establece el artículo 361 CC que es el propietario del suelo el que tiene derecho a optar entre hacer suya la construcción, indemnizando lo establecido en los artículos 453 y 454 CC, o a exigir que se le abone el precio del terreno. Como todavía no se ha ejercitado dicha opción, no es posible en este momento pronunciarse sobre esta cuestión, que deberá ventilarse en el procedimiento declarativo correspondiente.

AP Murcia, Sec. 4ª, Sentencia de 14 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader**

La finca registral NUM000 es el resultado de la agrupación mediante escritura pública de 25 de enero de 1999 (folios 23 a 29 de las actuaciones) de otras dos fincas, una registral NUM001, privativa del marido por haberla heredado de su madre (escritura de aceptación de herencia de 12 de marzo de 1998, folios 439 a 446) y otra que se identifica como parcela NUM002 del Polígono NUM003, que se dice adquirida en escritura pública de 7 de septiembre de 1998 (no aportada

Revista Derecho Familia 61.indb 233 04/02/14 11:56

a las actuaciones) y que en la escritura de agrupación se completa con la manifestaciones de la esposa de que el dinero empleado para su adquisición era privativo del marido.

En fecha 15 de mayo de 2001 (folios 402 a 406) se otorga por el titular de la finca NUM000 (el esposo) escritura de declaración de obras nuevas, por las dos construcciones (vivienda y cuadras) que él está realizando sobre la misma, y por escritura de 27 de junio de 2001 se constituye hipoteca en garantía de un préstamo sobre dicha finca (folios 412 a 437) haciéndose constar que la finca es privativa del esposo, y que la mujer otorga su consentimiento al quedar afectadas las edificaciones, entre ellas la casa que es vivienda familiar.

De tales documentos resulta que la finca es, en principio, privativa, pero que la construcción que se está realizando sobre ella no consta que sea con dinero privativo del marido, por lo que ha de presumirse que ese dinero es ganancial (artículo 1361 CC).

Ahora bien, ello no permite atribuir a la vivienda carácter ganancial, pues el artículo 361 CC establece que es el propietario del suelo el que tiene derecho a optar entre hacer suya la construcción, indemnizando lo establecido en los artículos 453 y 454 CC, o a exigir que se le abone el precio del terreno. Por lo tanto, antes de decidir sobre la naturaleza de la construcción, el propietario del terreno debe optar por una u otra solución. Si opta por hacer suya la construcción, la sociedad de gananciales será acreedora por el importe de la obra nueva y en el activo se ha de hacer constar dicho crédito. Sin embargo, si opta por exigir el precio del suelo, será deudora del valor del suelo, si bien, en tal caso la construcción será ganancial.

En todo caso, como todavía no se ha ejercitado dicha opción (que ahora corresponde a la heredera del Sr. Carlos José), no es posible en este momento pronunciarse sobre esta cuestión, que deberá ventilarse en el procedimiento declarativo correspondiente, pues el seguido tiene como finalidad fijar un inventario provisional, para facilitar la liquidación rápida de la sociedad de gananciales en las cuestiones menos complejas, sin que produzca efectos de cosa juzgada, permitiendo a las partes acudir siempre al posterior declarativo en el que completar o, incluso, rectificar la llevada a cabo.

Lo que ha de tenerse en cuenta para determinar la ganancialidad o no de una indemnización es la fecha en la que se genera no el momento del pago, por lo que la subvención pública a la cafetería-bar tiene carácter ganancial.

AP Badajoz, Sec. 3ª, Sentencia de 14 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jesús Souto Herreros**

El recurso no puede estimarse. La cuestión planteada, estrictamente jurídica, referida a que carácter, ganancial o privativa, ha de darse a la subvención concedida, a nombre de la demandante constante matrimonio, ha sido resuelta recientemente por esta Audiencia (SAP Badajoz (2ª) 23-II-2012) acogiendo un criterio jurisprudencial ya consolidado: Lo que ha de tenerse en cuenta por determinar la ganancialidad o no de un determinado pago es la fecha en la que se genera el concepto, no el momento del pago del concepto ya generado y es evidente que en caso de esta subvención pública, el hecho generador del pago era la actividad de la cafetería-bar, que ya fuera ganancial o privativa de la esposa resulta irrelevante ya que conforme al artículo 1347-2º CC son bienes gananciales los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales. La subvención litigiosa tiene plena cabida en esta norma.

Revista Derecho Familia 61.indb 234 04/02/14 11:56

Deben incluirse en el pasivo todos los gastos abonados por cada uno de los cónyuges que graven la propiedad de los inmuebles desde que se disolvió la sociedad de gananciales con independencia de que el uso de uno de ellos lo tuviera adjudicado uno de los cónyuges.

AP Málaga, Sec. 6ª, Sentencia de 22 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Antonio Alcalá Navarro**

En relación a la cuestión de fondo de la partida impugnada en primer lugar, establece el artículo 1392 del Código Civil que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges y el artículo 1397.1º del Código Civil que el activo habrá de comprender los bienes gananciales existentes al momento de la disolución. En el presente caso, la separación entre los cónyuges fue decretada en sentencia dictada por el Juzgado el día 10 de octubre de 2003, iniciándose el presente procedimiento para la liquidación social el 17 de septiembre de 2008, en consecuencia, desde que se decretó la separación, y como ya resolviera esta Sala sobre la provisionalidad de la sociedad de gananciales, en virtud de dicha provisionalidad, a la propiedad de un bien común le es de aplicación lo prevenido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil por su proyección a la comunidad postmatrimonial ganancial, siendo la consecuencia de la continuación de los bienes en cotitularidad ordinaria que cada cónyuge conserva su cuota, bien concreta, bien abstracta, sobre el totum del haber patrimonial común no liquidado, al continuar la comunidad que previene el artículo 392 y siguientes del Código Civil (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1997 y 23 de diciembre de 1998), existiendo una concurrencia de titularidades sobre los bienes comunes indivisos que surge de la situación de condominio, lo que faculta a cualquiera de los propietarios a hacer uso de la cosa común y ejercitar las acciones que estime necesarias en beneficio de la comunidad, sin perjuicio de las responsabilidades en la que pudiera incurrir frente a los demás condominios, por lo que parece indiscutible en el presente caso que los gastos que gravan ambos inmuebles y que respectivamente han sido abonados por cada uno de los cónyuges formen parte del pasivo de la sociedad, sin que en ningún caso pueda influir en esta decisión que el uso de uno de los inmuebles este adjudicado a uno de ellos pues se tratan de gastos que gravan la propiedad y que en todo caso y aun cuando el uso no lo tuviera ninguno de ellos los obligados a hacer frente a los mismos son los propietarios de ambas viviendas, por ello procede estimar el recurso en el punto en que se incluye en el pasivo cualquier cantidad a favor de uno y otro condominio sin perjuicio de que sena computadas al momento de llevar a cabo la liquidación de los bienes inventariados.

Considerando plenamente acreditada la realidad de la transferencia por importe de 180.300 euros realizada en el año 2003 por el abuelo del esposo, siendo la madre la que administraba sus bienes dada la avanzada edad de aquél, ninguna prueba practicada puede permitir afirmar que la traslación patrimonial se hizo a título de donación y no de préstamo, siendo procedente por tanto la inclusión de una partida de pasivo.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 26 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero**

Revista Derecho Familia 61.indb 235 04/02/14 11:56

Se alega en el escrito de interposición de recurso que la sentencia apelada incurre en error en la valoración de la prueba al no incluir en el pasivo de la sociedad legal de gananciales el préstamo por importe de 180.300 euros realizado en el año 2003 por el abuelo del actor D. Luis Alberto y cuyo importe fue destinado a la adquisición de la vivienda ganancial, como quedó acreditado con la declaración testifical de la madre de la actora Dª Camino y los documentos privados firmados por las partes en los que se recogía el préstamo concertado.

Tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia, así como de lo alegado en los respectivos escritos de interposición y oposición al recurso no puede la Sala compartir el criterio de la sentencia apelada, considerando plenamente acreditada la realidad del préstamo por importe de 180.300 euros realizado en el año 2003 por el abuelo del actor D. Luis Alberto, pues no discutiéndose en este procedimiento el origen del dinero, que se atribuye indubitadamente al patrimonio del Sr. Luis Alberto, y que dada su edad avanzada administraba su única hija, la madre del actor, ninguna prueba practicada puede permitir afirmar que la traslación patrimonial se hizo a título de donación y no de préstamo, como expresamente afirmó la Sra. Camino en el acto de la vista, y quedó reflejado en el documento de fecha 18 de diciembre de 2003 firmado por las partes en el que expresamente reconocen haber recibido la citada cantidad «con el compromiso de su devolución en el plazo no superior a 30 años» y aún cuando no diéramos valor a este documento impugnado por la parte demandada, si se admitió la autenticidad del firmado con fecha 20 de julio de 2003 en el que las partes reconocen «haber recibido de Dª Camino la cantidad de 180.300 euros…» documento que recoge expresamente la operación realizada, en el que no se hace referencia alguna a que se trate de donación y cuya propia elaboración no puede tener otro significado que el de un reconocimiento de deuda de la cantidad recibida, y no puede estimarse que es razón para excluir esta partida del pasivo el hecho de que no se haya solicitado la devolución del préstamo por cuanto que como declaró la Sra. Camino, el préstamo se hizo para ayudar a la adquisición de la vivienda del matrimonio y se estableció un amplio margen de devolución en razón a la situación personal y económica de los cónyuges.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Debe confirmarse el desamparo preventivo del nasciturus y su retención hospitalaria al constar que los otros tres hijos también habían sido declarados en desamparo no siendo la madre consciente de sus dificultades, de la desorganización de su vida, constatándose además una ausencia de colaboración con los servicios sociales.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 5 de febrero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Mª José Pérez Tormo**

Recurre la Sra. Coral la sentencia de primera instancia que ha desestimado su demanda de oposición a la resolución de la DGAIA de fecha de 20 noviembre de 2009 por la que se declaró en forma cautelar el desamparo preventivo de la nasciturus, hija de la actora, abril, que nació el NUM000 2009, y su retención hospitalaria. Posteriormente, se dictó la resolución de fecha 25 de febrero 2011, que ratificó la anterior resolución, manteniendo provisionalmente el acogimiento en centro y se encarga la selección de familia ajena adecuada para acogimiento.

Alega la recurrente que la DGAIA se ha basado para declarar el desamparo de abril en la situación que tenía con anterioridad, cuando sus tres hijos mayores fueron declarados en si-

Revista Derecho Familia 61.indb 236 04/02/14 11:56

tuación de desamparo y no ha tenido en cuenta la variación de circunstancias y su mejoría con posterioridad a aquella fecha, pues se ha reciclado laboralmente, ha dejado de consumir droga, se ha separado de su pareja y, en general, su evolución positiva en todos aspectos.

La DGAIA y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la sentencia recurrida.

La oposición a la resolución de la DGAIA que fue desestimada en primera instancia y se ha reiterado en esta alzada procedimental debe ser asimismo denegada por los razonados y adecuados fundamentos de la sentencia recurrida, que está Sala no puede más que confirmar.

De la prueba practicada en los presentes autos no se ha acreditado por parte de la actora, a quien correspondía la probanza de los hechos que alega referidos a la mejoría de su situación personal, conforme a lo previsto en el artículo 217 LEC.

Efectivamente, cuando se dictaron las resoluciones por la DGAIA, asumiendo la tutela de los tres hijos mayores de la ahora recurrente, Aitor, Iker y Ian, la situación vital de la Sra. Coral era muy desordenada, tal como ella misma reconoce. Mantenía una muy conflictiva relación con su pareja, el padre de los tres hijos más pequeños, que es calificada de destructiva. Se había dictado una orden de alejamiento de éste para con la actora y respecto de Aitor, hijo de anterior relación de la Sra. Coral, por los malos tratos que infería a ambos. A pesar de la orden de alejamiento la actora mantenía la relación, con continuas peleas en las que en muchas ocasiones intervino la policía local de Manlleu y los mossos d'escuadra. La convivencia era fluctuante y se volvió a quedar embarazada, naciendo abril el NUM000 2009, cuya guarda hoy reclama. En la actualidad, y a pesar de que manifiesta que cortó su relación con el señor Alejandro, según reitera constantemente a lo largo del expediente, lo cierto es que en los informes de seguimiento de 9 agosto y 9 diciembre 2011 se acredita que siguen conviviendo en el mismo domicilio donde se producen continuas peleas en las que tiene que intervenir la policía. La actora se ha quedado nuevamente embarazada y manifiesta tanto ella como el Sr. Alejandro, que él es el padre. El informe del SATAF de 19 diciembre 2011 refiere que la propia actora reconoce su dependencia hacia el Sr Alejandro, a pesar de que manifiesta que se han separado.

Aunque se constatan ciertos cambios en la actora son muy incipientes y se han de consolidar. Refiere el repetido informe, que la actora no tiene capacidad educativa y protectora para garantizar el bienestar integral de la menor.

La precariedad económica de la pareja es crónica, y no responde a la crisis actual como pretende alegar la actora en su recurso; y a pesar de que ha realizado algún cursillo de limpiadora no ha acreditado que haya obtenido trabajo.

La Sra. Coral no ha acreditado la realización del tratamiento de deshabituación de consumo de tóxicos y alcohol, a pesar de que lo inició y estuvo un tiempo abstinente, de enero 2009 a marzo 2010, pero dejó de realizar los controles de orina y estuvo ilocalizable por lo que no se le pudo dar el alta. En octubre de 2010 se le dio de baja definitivamente del tratamiento por no realizar los controles ni el seguimiento que había iniciado con la doctora y la trabajadora social.

La actora muestra poca conciencia de sus dificultades, la dinámica de la pareja es destructiva y muy conflictiva, hay una importante desorganización en la vida diaria y una ausencia de colaboración con los servicios sociales. A pesar de las ayudas que se le han ofrecido, la recurrente no ha sabido o no ha podido aprovecharlas. Mantiene su relación de pareja, que es calificada de muy crónica, y no ha sabido proteger a sus hijos de los malos tratos del Sr. Alejandro para con el hijo mayor Aitor, ni respecto de Iker que los presenciaba, con el perjuicio que ello le ocasionaba.

La relación con la menor abril, si bien en un principio fue cercana, con el transcurso del tiempo, la integración de la menor con sus acogedores, las ausencias por parte de la madre a las visitas programadas, así como las paternas que finalmente renunció realizarlas, unido a la falta de interés por parte de la madre y las prisas en terminar con las visitas según consta en los informes de seguimiento de 9 agosto y 9 diciembre 2011, han terminado por distanciar a madre e hija hasta el punto de que la niña, tal como se indica en los referidos informes, no está a gusto

Revista Derecho Familia 61.indb 237 04/02/14 11:56

con la madre biológica y llora cuando está con ella, sin que la recurrente tenga habilidades para ganarse a la menor. Así, en la entrevista que hizo la Sra. Coral en el EAIA el 22 noviembre 2011 manifestó que era mejor no seguir haciendo visitas pues la niña no la conocía y no le gustaba estar con ella, «y para ver cómo llama a su otra mamá… eso a mí me duele». Mostró su único interés en los dos hijos mayores y en el que iba a nacer, pues nuevamente estaba embarazada del Sr. Alejandro, según manifestaron ambos.

El padre también había renunciado a visitar a abril, por lo que el EAIA, consideró y así consta al folio 441 del expediente, que ambos progenitores biológicos habían renunciado a tener contacto con su hija.

abril por su parte, se halla en familia de acogida desde agosto 2011, pues hasta entonces estuvo en centro de acogida desde su nacimiento el NUM000 -09, casi dos años, sin que su madre reaccionara de forma adecuada para poder recuperar su guarda, y según consta en los informes obrantes en autos, se ha adaptado plenamente a la familia de acogida, siendo sus acogedores sus referentes principales. Con ellos ha encontrado un hogar en el que es cuidada con gran afectividad, y allí se le podrá proporcionar todo lo que necesita para su adecuado desarrollo.

Así las cosas, debe recordarse la doctrina del Tribunal Supremo que en sentencia de fecha 31 julio 2009 dice acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

En el caso de autos, tal como ha valorado con acierto el Juzgador a quo, no puede acordarse el retorno de la menor abril con su madre pues se la mantendría en situación de riesgo de nuevo desamparo, tanto por la actual situación caótica de pareja que mantiene la actora, como por la incerteza en la superación del consumo de drogas y alcohol, precariedad económica y laboral de la pareja, y ausencia de interés en el cuidado de la menor tanto por parte del padre, con quien mantiene relación la actora, que ya ha manifestado su desinterés por la niña, como por la propia madre que está interesada únicamente por sus dos hijos mayores y por el nuevo embarazo.

Se tiene en cuenta además, que la menor no tiene vínculo alguno con su familia biológica con la que nunca ha vivido, y se halla en la actualidad desde agosto 2011 con la familia de acogida perfectamente adaptada, siendo éstos sus referentes y quienes le están proporcionando todos los cuidados que la menor precisa para su adecuado desarrollo en todos los aspectos de su vida.

Debe por tanto, desestimarse el recurso planteado.

A tenor de los razonamientos expuestos, considerando pues las alegaciones de las partes y la valoración en conjunto de la prueba, se estima que la sentencia es ajustada a derecho y que es acertada la decisión del juzgador de instancia y en consecuencia, procede mantener la resolución impugnada por sus acertados razonamientos y el detenido análisis de la prueba practicada, sin que a pesar de que se desestima el recurso, teniendo en consideración el alcance del debate y en virtud de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento civil, proceda efectuar imposición de las costas de esta alzada a la apelante.

Revista Derecho Familia 61.indb 238 04/02/14 11:56

El plazo para oponerse a la declaración de desamparo no es aplicable al procedimiento para constituir la adopción.

AP Asturias, Sec. 6ª, Sentencia de 18 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Jaime Riaza García**

La sentencia de instancia desestimó tanto la caducidad de la oposición como que el consentimiento del progenitor suspendido de patria potestad pudiera ser necesario para constituir la adopción de su hija por reputar que el mismo seguía estando incurso en causa de privación de patria potestad; interpone recurso exclusivamente la entidad protectora reputando infringido el artículo 172.7 del Cc.

Hemos expuesto recientemente que la Ley 54/2007, de 28 diciembre, de Adopción Internacional a través de su disposición final 1 ª, 3 ha llevado a cabo una reforma del artículo 172 del Cc, correlativa a la que la disposición final 2 ª, 4 de dicha Ley hace del artículo 780.1 de la LEC, reordenando las distintas acciones de impugnación en dos categorías y el establecimiento de los plazos para su ejercicio, con el importantísimo añadido de que la legitimación de los progenitores suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, se supedita a un límite temporal inamovible, sea para ejercitar la acción de recuperación de dicha función tuitiva por modificación de las circunstancias ponderadas al tiempo de su adopción, sea para oponerse a las ulteriores decisiones de la entidad protectora.

Así se deduce del párrafo tercero del apartado séptimo cuando dice que «Pasado dicho plazo (en referencia al de los dos años siguientes a la notificación de la resolución que declara el desamparo) decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor».

Ello es así porque el derecho de los progenitores a recuperar el ejercicio de la patria potestad pugna con el interés del menor en la pronta integración en un núcleo familiar estable e idóneo para el desarrollo integral de su personalidad; es decir, desde la perspectiva del menor el tiempo o duración de la interinidad es todo menos indiferente, de manera que, llegado a un punto, su interés consiste precisamente en la consolidación del status quo.

Por tal motivo el legislador ha considerado necesario introducir un límite temporal al proceso de superación de los obstáculos determinantes del inadecuado desarrollo de esa función tuitiva, evitando de esta manera la perpetuación de situaciones que necesariamente deben ser transitorias.

En consecuencia resulta que la restricción a la legitimación de los progenitores entra en juego con completa independencia de los motivos que dieron lugar a la declaración de desamparo, es decir haciendo abstracción de cualquier imputación de culpabilidad en el incumplimiento de los deberes paterno filiales pues no se atiende a la causa del incumplimiento sino a los efectos que objetivamente comportan para el menor, de modo que –transcurridos dos años desde la notificación de la resolución que declara el desamparo– el progenitor suspendido de patria potestad no podrá impugnar si procede el acogimiento residencial o el familiar, si la modalidad de este último será el simple o el permanente o preadoptivo regulados en el artículo 173 bis, ni como se articulan el resto de los derechos y deberes a que se refiere el artículo 173.2. 3º) del Cc, antes bien desde esa fecha su derecho se contraerá a la simple excitación al Ministerio Fiscal o a la revisión de oficio que la entidad protectora puede acordar en cualquier momento en que considere que las circunstancias permiten la vuelta del menor con su familia de origen, sin que por el contrario el progenitor suspendido pueda cuestionar el eco que sus propuestas tengan en la entidad protectora.

Es verdad que, como mero obiter dicta, hicimos igualmente la reflexión respecto a la excepción que advertíamos en el artículo 180 del Cc, relativo a un supuesto completamente diferente al que nos ocupa, por lo que abordaremos sin más la cuestión que plantea el recurso.

Revista Derecho Familia 61.indb 239 04/02/14 11:56

En este orden de cosas debe ponderarse que efectivamente el artículo 172 es norma comprendida en la Sección 1ª del Capítulo V. del Título VII. del Libro Primero del Cc en el que se regula la guarda y acogimiento de menores; por el contrario el expediente que nos ocupa es una adopción, esto es la medida de protección de mayor calado que puede tomarse porque extingue definitivamente el parentesco con la familia biológica.

A ella dedica el código la Sección 2ª, que regula específicamente, entre otros, los requisitos de procedimiento sin incluir restricción alguna a la legitimación del progenitor, a diferencia de lo que ocurría en la anterior.

Así las cosas el Tribunal comparte la interpretación que la resolución impugnada realiza de las normas en conflicto evitando contemplar como general un precepto que por el contrario circunscribe su eficacia a la impugnación de las resoluciones administrativas sobre guarda y acogimiento; esa ubicación sistemática impide extender la restricción a supuestos distintos de los previstos en el artículo 172 del Cc, razón por la cual se desestima el recurso.

El presente procedimiento no tiene como objeto imputar responsabilidad en el ejercicio de la patria potestad sino dilucidar si fueron atendidos los deberes inherentes a la relación paterno-filial y aunque la madre fuese menor de edad ella era la progenitora y su minoría de edad no justifica la relevancia del incumplimiento al ser prioritaria la cobertura del interés de sus hijos.

AP Asturias, Sec. 4ª, Sentencia de 20 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. José Antonio Soto-Jove Fernández**

En el recurso la apelante reitera su pretensión de que se reconozca que es necesario su asentimiento para que se proceda a la adopción de sus hijos biológicos Rogelio y Sergio, pretensión que la Juez a quo rechazó de conformidad a los artículos 154 y 177-2-2 del CC al concluir que los padres biológicos de los menores se hallaban incursos en causa de privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma tanto cuando se declaró el desamparo de sus hijos como cuando se acordó su acogimiento, conclusión que hemos de compartir a la vista de la secuencia histórica extraíble del soporte probatorio.

La motivación que sienta la Juzgadora en el fundamento tercero de la recurrida conjugando el expediente administrativo y las testificales-periciales es tan ordenada respecto a la incapacidad de la apelante para atender mínimamente las necesidades de los hijos que la Sala no puede por menos que asumirla con fin de aludir reiteraciones innecesarias, baste recordar que la apelante nació el NUM000 de 1992, que siendo menor de edad tuvo a Rogelio el NUM002 de 2006, siendo declarado el niño en situación de desamparo al día siguiente, que el 6 de julio de 2007 Doña Carla fue también declarada en la misma situación, naciendo el NUM001 de dicho mes Sergio con relación al cual, institucionalizado desde su nacimiento, recayó declaración de desamparo el 13 de septiembre de 2007, concurriendo un indicio de que la madre se centraba en los deberes propios de su condición al revocarse por Sentencia de octubre de 2008 la situación de desamparo de Rogelio y concederse la custodia a aquella, indicio rotundamente frustrado pues en marzo de 2009 Doña Carla deja a Rogelio a cargo de los servicios sociales manifestando su deseo de que se le busque una familia ajena, en octubre del mismo año deja a Sergio a cargo de la asociación Albéniz y en noviembre plasma por escrito su deseo de dar en adopción a su segundo hijo, dinámica a la que se siguió Auto de 29 de noviembre de 2010 acordando el acogimiento preadoptivo de los dos menores por una familia que fue confirmado por resolución de esta Sección de 10 de junio de 2011, residiendo desde junio de 2010 Rogelio y Sergio con la familia preadoptiva con plena integración.

Sostiene que no es posible considerar incurso en causa de privación de la patria potestad a un menor de edad que sea progenitor y no esté

Revista Derecho Familia 61.indb 240 04/02/14 11:56

emancipado pues no teniendo capacidad de obrar para ejercer en plenitud dicha potestad no es posible atribuirle una responsabilidad equivalente al ejercicio pleno como es su incumplimiento, añadiendo que Doña Carla al momento de los hechos descritos era menor sin que exista jerarquía entre quienes son menores de edad para fijar cuál debe ser el interés preferido y que si estaba incursa en causa de privación de la patria potestad cuando se declaró el desamparo de Sergio fue porque la Consejería no había cumplido convenientemente su papel en cuanto tutora de Doña Carla desde unos días antes al nacimiento de aquél; no comparte el Tribunal la línea argumental considerada, el proceso no tiene como objeto imputaciones de responsabilidad en el curso del ejercicio de la patria potestad sino dilucidar si fueron atendidos los deberes inherentes a la relación paterno-filial previstos en el artículo 154 CC, deberes que afectaban únicamente a Doña Carla pues aunque fuese menor de edad ella era la progenitora y su minoría de edad no justifica la relevancia del incumplimiento al ser prioritaria la cobertura del interés de sus hijos recién nacidos, inobservancia de la obligaciones insitas en el instituto de la patria potestad que pudo obedecer a diversas causas como apuntó esta Sección en su Auto de 10 de junio de 2011 (excesiva juventud, escasa cualificación profesional, carencia de medios económicos) pero lo cierto es que como se señalaba Doña Carla no había podido hacerse cargo del cuidado de sus hijos a pesar de las diversas oportunidades que tuvo y ello ha de traducirse, no desde perspectiva sancionadora sino tuitiva del desarrollo psico-físico de Rogelio y Sergio, en la decisión de que no es necesario el asentimiento de su madre biológica para que sean adoptadas por sus acogedores.

FILIACIÓN

Se desestima la demanda de reclamación de paternidad dado que no es posible la «ficta confessio» porque el supuesto progenitor no había sido citado personalmente. Las fotografías aportadas no corresponden a una niña recién nacida, sino a una niña que está próxima a cumplir un año de edad, por lo que la calificación de esporádica de la relación entre la madre y frente a quien se dirige la demanda queda totalmente desvirtuada.

AP Murcia, Sec. 4ª, Sentencia de 13 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Jover Coy**

Dª Azucena interpuso demanda de Juicio Verbal solicitando que se declarara que la menor Lorenza es hija no matrimonial de D. Bernabé y se ordenara la correspondiente inscripción en el Registro Civil de Murcia, anotando la sentencia declarando la paternidad del demandado.

Igualmente solicitaba la representación de la actora que se adjudicara a Dª Azucena la guarda y custodia de su hija, sin perjuicio de ejercitar la patria potestad ambos progenitores, y que el demandado abonara la pensión de alimentos de 400 euros al mes, siendo los gastos extraordinarios por mitad.

Finalmente pretendía la actora que el régimen de visitas quedara en suspenso por la falta de preocupación del padre.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, al considerar que la actora no había proporcionado elemento alguno que permitiera tenerlo como principio de prueba, no siendo posible la «ficta confessio» porque el supuesto progenitor no había sido citado personalmente.

Mediante el recurso de apelación, pretende la representación de Dª Azucena que se revoque la sentencia apelada y se dicte otra estimando la demanda.

Alega en primer lugar la apelante vulneración del artículo 767-1 de la Ley de Enjuic. Civil porque, si se admite la demanda, no se puede decir en la sentencia que procede la desestimación por falta de prueba. Sin embargo tal vulneración

Revista Derecho Familia 61.indb 241 04/02/14 11:56

no existe porque el hecho de admitir la demanda porque haya un principio de prueba contra el demandado, no exime a la actora de acreditar, en la medida de lo posible, la paternidad de la persona a quien demanda, sobre todo si dicha paternidad deriva, como se dice en el escrito de formalización del recurso, de una relación sexual esporádica de la Sra. Lorenza con el demandado.

Por otra parte, las fotografías aportadas no corresponden a una niña recién nacida, sino a una niña que está próxima a cumplir un año de edad, por lo que la calificación de esporádica de la relación entre la Sra. Lorenza y el señor que aparece en las fotografías aportadas queda totalmente desvirtuada, lo cual implica que la actora tuvo la posibilidad de aportar datos que acreditaran su relación con el Sr. Bernabé, cosa que no hizo.

También alega la apelante vulneración de lo dispuesto en el artículo 304 de la Ley de Enjuic. Civil, que tampoco existe, al haberse producido la citación del demandado por edictos, por lo que no se pudo apercibir al interesado de los efectos de su incomparecencia.

La tercera alegación de la apelante se refiere a una supuesta vulneración de la doctrina de los actos propios, que no es sino una reiteración de lo sostenido por la representación de la apelante en su alegación primera, puesto que confunde el principio de prueba a que se refiere el artículo 767-1 de la Ley de Enjuic. Civil, con la prueba plena que exige el artículo 217-2 de dicho texto legal.

La última alegación de la apelante se refiere a una supuesta valoración errónea de la prueba, pero no puede hablarse de valoración errónea de algo que no existe. En efecto, no hay prueba biológica, no hay interrogatorio del demandado, no hay prueba testifical, y las fotografías aportadas no acreditan nada. Todo ello después de numerosos intentos fallidos de notificación al demandado, que está en rebeldía después de haber sido citado por edictos. Por ello resulta procedente desestimar el recurso de apelación interpuesto por Dª Azucena y confirmar la sentencia apelada.

Debe estimarse la acción de reclamación de paternidad al ser significativo que tanto en la inscripción de nacimiento como en la partida de bautismo aparezca como nombre identificativo del padre el mismo de quien se reclama la paternidad, y que existan fotos que muestran situaciones fuera del entorno laboral. La relación laboral entre el presunto padre y la madre biológica de la actora proporcionaba un continuo y directo contacto personal con ella.

AP Baleares, Sec. 5ª, Sentencia de 25 de marzo de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª María Covadonga Sola Ruiz**

Sentando lo anterior y entrando a analizar la cuestión de fondo que no es otra que determinar si ha resultado o no probada la reclamación de filiación paterna extramatrimonial que se peticiona con la demanda, este Tribunal revisado nuevamente el contenido de los autos y el resultado de las pruebas practicadas en ambas instancias, llega a la conclusión de que todo lo expuesto por el Juez a quo, en orden a los indicios en los se basó para determinar la paternidad reclamada son consistentes y en consecuencia, se aceptan en su integridad y de tal modo que una mera remisión al contenido de aquella motivación se estima suficiente para desestimar la totalidad de los motivos de impugnación alegados por la parte recurrente y con ello a confirmar el fallo contenido en la sentencia apelada, pues es sabido que, como entre otras ha indicado la STS de 9 de junio de 2000, es compatible la fundamentación por remisión con el mandato del artículo 120.3 según reiteradamente ha sido declarado por el Tribunal Constitucional (SSTC 174/1987, 24/1996, 115/1996,184/1998, 206/1999, 13/2001, entre otras), siendo que, además, la recurrente, no desvirtúa a través de las alegaciones que expone en su escrito de recurso, aquellos argumentos, sino que mas bien efectúa una interpretación sesgada y parcial del resultado de la prueba practicada, para adecuarla a sus intereses.

Revista Derecho Familia 61.indb 242 04/02/14 11:56

Ello no obstante incidir en que necesariamente se ha de tener presente que en la materia que nos ocupa existen dos clases de pruebas de donde puede obtenerse la certeza de la filiación, las directas (prueba biológica) y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación intima y necesaria para la procreación.

Como señalara la STS de 27 de febrero de 2003, con cita a otras anteriores, ante la falta de una prueba directa se ha de optar por un criterio amplio en la interpretación del artículo 135 Cc (actual 767.3 LEC), propiciando una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética, permitiendo que los Tribunales utilicen al efecto cualquier sistema de los previstos por la razón humana, en consonancia con la realidad sociológica y la época en que aquellas relaciones se produjeron, así como con la realidad social en que han de ser aplicadas esas normas, atendiendo, fundamentalmente al espíritu y finalidad de éstas, que no es otra que la defensa de los intereses prioritarios de los hijos, y con ello, que cabe acudir a presunciones «seu indicis» para declarar o no la filiación reclamada, destacando la singular relevancia de la prueba testifical para acreditar en determinados casos la posesión de estado, apuntando que «al reconocimiento expreso de la paternidad probado mediante testigos, que en modo alguno puede quedar descartado por el hecho de que el padre no llegara a hacer un reconocimiento solemne como alega el recurrente, ya que en tal caso estaría de mas aquél otro modo de reconocimiento, de un tal alto grado de pacífica aceptación pública y privada de la paternidad en el entorno vecinal e incluso familiar de aquel de quien se reclama, que, lejos de equivaler a meros rumores o "habladuría popular", autoriza a apreciar una situación próxima a la posesión de estado o equivalente reconocimiento tácito».

La prueba de presunciones, opera cuando no concurren, como es el caso, pruebas directas suficientes y exige un proceso de razonamiento lógico que, por vía inductiva, arranca de la existencia de un hecho conocido y suficientemente demostrado para alcanzar otro desconocido, como realidad concurrente y dotado de eficacia bastante para la mas adecuada resolución de la controversia planteada.

En el caso, no contamos con vestigios inequívocos de la relación, pero las pruebas practicadas en las actuaciones si son de la suficiente intensidad para tener por acreditada la relación alegada, pues amen de los testimonios vertidos por los familiares maternos que sabían de la relación sentimental por ser notorio y conocido en su entorno, presenciando las visitas que realizaba el propio Sr. Eladio al domicilio materno, como otras pruebas indiciarias y altamente significativas contamos, con el testimonio del Sr. Vicente, quien como empleado del Sr. Eladio, afirmó que en el trabajo era un «secreto a voces» la relación intima que mantenían Cristina y Eladio y de que la hija de Cristina era hija del Sr. Eladio; que éste siempre tuvo un trato especial con Cristina; que la actora se parece a Eladio muchísimo y que desde su punto de vista no tiene ninguna duda de que sea su padre.

Con el testimonio de Bernardo, que como hermano de Eladio, manifestó que supo que Cristina había tenido una hija a través de un cliente, quien igualmente le preguntó si era hija de su hermano; que a raíz de dicho comentario, habló con su hermano al que abiertamente le preguntó si era el padre, pero que éste se quedó callado y con cara sería.

La testigo Sra. Felicidad, empleada del Sr. Eladio y compañera de trabajo de la madre de la actora, declaró que ésta le comentó que el padre de su hija era Eladio, que era un comentario generalizado en la empresa dicha paternidad; que Eladio se preocupaba por la educación de su hija, habiendo presenciado visitas que hacía Eladio a su hija cuando se encontraban en La Rapita y que aunque Eladio era especialmente generoso con sus empleados, era especialmente cariñoso con Cristina.

Significativo es que en la inscripción de nacimiento conste como nombre de progenitor el de «Eladio» a efectos identificadores y también que se haga la misma referencia en la partida de bautismo, celebración religiosa en la que estuve presente el Sr. Eladio, sin que conste realizara protesta o queja alguna al respecto, y menos aún sobre el nombre dado a la actora «María Inés» coincidente con el segundo nombre de la propia madre del Sr. Eladio.

Por otro lado, carece de sentido que si no hubiese existido la relación sentimental entre la madre de la actora y el Sr. Eladio, ésta conservarse en su poder las fotos aportadas, que

Revista Derecho Familia 61.indb 243 04/02/14 11:56

grafían situaciones fuera del entorno laboral, ni tiene lógica que asimismo haya contado tanto a su hija como a sus padres quien era el padre, sosteniendo dicha versión incluso en tiempos en que no existía conflicto judicial ni se adivinaba que pudiese existir por estar convencida de que finalmente su pareja arreglaría la situación, tal y como manifestó en el acto del juicio.

La recurrente entiende que dichos datos, juntos con los relacionados en la resolución de instancia, no constituyen una prueba contundente para atribuir la paternidad reclamada, pues también se han traído al proceso otros testigos que dijeron no saber nada de relaciones extramatrimoniales del Sr. Eladio y tampoco puede reputarse probado con la documental admitida en esta alzada, que los ingresos que se relacionan en las cuentas de la madre de la actora, se correspondan con entregas de dinero efectuadas por aquel para hacer frente a sus gastos educacionales, ahora bien apreciados en su conjunto, aparece razonablemente probable el hecho de la relación sexual, pues no cabe olvidar que el demandado estaba casado y que era el jefe de la madre de la demandante, hallándose en continuo y directo contacto personal con ella, y que precisamente por ello, lógico es que no hiciese una clara ostentación de su relación extramatrimonial, antes al contrario, cabe presumir que intentara ocultarla.

Tampoco podemos dar crédito a la alegación efectuada por la recurrente en orden a la imposibilidad de procrear del Sr. Eladio, dado que tal afirmación no puede reputarse probada tras la declaración prestada por la testigo Sra. Encarna, quien se limitó a referir que Eladio y Beatriz, como amigos de la familia, acudieron a la consulta de su padre por problemas de infertilidad y que este siempre pensó que el problema no era de Lupe, que en la pareja «fallaba el gallo» y al propio tiempo reconoce que no sabe que concretas pruebas de fertilidad se realizaron y si se les sometió a algún tratamiento.

Aunque ninguna de las partes haya solicitado la fijación de un régimen de visitas, estimándose la acción de reclamación de paternidad, el juzgado puede establecerlo de oficio en interés del menor.

AP Asturias, Sec. 7ª, Sentencia de 27 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente**

Pretende la apelante que no se fije régimen de visitas alguno entre el padre y el hijo, porque ninguna de las partes lo solicitó, y porque el padre no se ha interesado nunca por su hijo.

En esta clase de procesos, en que se ventilan intereses de menores de edad, no rigen los principios dispositivo y de aportación de parte (artículos 748.2, 751 y 752 LEC), y el Tribunal está obligado a velar por que los intereses de los menores queden debidamente protegidos, independientemente de lo que pidan o no pidan las partes al respecto, aparte de que en este caso ha sido el Ministerio Fiscal el que ha solicitado, en interés del menor, que se estableciese dicho régimen, sin que sea impedimento el hecho de que el padre no se haya interesado antes por el hijo, dadas las dudas que tenía sobre su paternidad, siendo así que el padre se opone a la supresión de dicho régimen, y ello sin perjuicio de que pueda ampliarse, reducirse o incluso suprimirse, en función de la evolución de los contactos entre padre e hijo, y siempre en beneficio del menor. No obstante, el régimen establecido en la sentencia apelada (fines de semana alternos sin pernocta) resulta prácticamente imposible de cumplir para el padre, según este mismo argumenta, dadas sus posibilidades económicas y que él reside en Gran Canaria y el hijo en Gijón, por lo que se considera mas adecuado fijar un régimen consistente en un fin de semana cada dos meses, comprendiendo sábados y domingos, de 17 a 20 horas, recogiendo y reintegrando al menor en el domicilio materno. En esta medida, por tanto, también procede revocar en parte la sentencia apelada.

Revista Derecho Familia 61.indb 244 04/02/14 11:56

UNIONES DE HECHO

No puede acumularse al juicio verbal de fijación de medidas paternofiliales, la reclamación que efectúa la conviviente por el pago de las cuotas hipotecarias de la vivienda propiedad exclusiva del otro conviviente.

AP Barcelona, Sec. 18ª, Sentencia de 19 de febrero de 2013

Ponente: **Ilma. Sra. Dª Mª Margarita Noblezas Negrillo**

Entrando en el fondo del recurso, en la demanda inicial, interpuesta en 6-5-2011, se reclamaban por la actora, entre otras cantidades, la suma de 21.139,31 € correspondientes a la mitad de los pagos efectuados por la misma de las cuotas del crédito con garantía hipotecaria que afectaba a la vivienda propiedad exclusiva del demandado, pero cuyos títulos hipotecarios fueron contratados por ambas partes, pagos efectuados entre febrero de 2000 y marzo de 2010, reclamación a la que la sentencia recurrida accede. La pareja de hecho se rompió en 2009 y dicha demanda se interpuso el 6-5-2011. La escritura de liberación de deudor y constitución de fianza es de 18-3-2011. El demandado entiende que la actora nunca pagó dichas cuotas, y que, en todo caso, si lo que aquélla pretendía era reclamar al amparo del artículo 234-9 CCC, anterior artículo 13 LUEP, la acción habría caducado al haberse interpuesto la demanda más de un año después de la extinción de la unión estable de pareja. Tal demanda se tramitó con arreglo a las normas del juicio verbal (artículo 770 LEC).

La primera cuestión que surge es el tema del procedimiento aplicable para conocer de dicha reclamación. La Ley 10/1998 de 15 de julio que regula las Uniones Estables de Pareja, no contiene reglas específicas sobre el procedimiento aplicable para ventilar las cuestiones que puedan surgir entre la pareja. Sólo la Disposición Adicional de la indicada Ley establece que mientras el Estado no legisle sobre materias reguladas por esta Ley y sobre competencia judicial, correspondía a la jurisdicción ordinaria su conocimiento mediante los procedimientos establecidos. Norma genérica y en blanco, que ha sido interpretada en el sentido de acudir a la cuantía de las reclamaciones, bien para seguir el cauce de juicio ordinario (si la reclamación excediera de 500.000 ptas., o cuando al interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de forma relativa –como preceptúa el artículo 249-2º de la Ley posterior Adjetiva 1/2000 de 7 de enero), o el juicio verbal cuando solamente se soliciten alimentos (artículo 256-1º, regla 8ª), o el juicio verbal especial si se tratase de guarda y custodia y alimentos de menores (artículo 748, regla 4ª; 769-3º y 710, regla 6ª, indicada Ley. Por tanto, es la improcedencia del juicio verbal para ventilar y resolver sobre cuestiones relativas a pago de hipoteca concertada para compra de vivienda.

Dicho lo anterior y a los solos efectos didácticos, podría pensarse que estamos ante un supuesto de compensación económica establecida en el artículo 13 de la Llei 10/98, –hoy artículo 234-9 CCC–, la cual, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia de 9 may. 2005, rec. 122/2004, «presenta apreciables similitudes con la regulada en el artículo 41 del Codi de Familia, el cual prevé en su apartado primero que "en los casos de separación judicial, divorcio o nulidad, el cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge tiene derecho a recibir de éste una compensación económica, en caso de que se haya generado, por este motivo, una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto", de lo que se infiere que (STSJC de 7-5-2007, 13-7-2004, 3-4-2007, 30-6-2005, 27-2-2006, entre otras muchas) los requisitos para que surja el derecho a dicha compensación económica son: a) que se de un caso de separación judicial, divorcio o nulidad, b) que el cónyuge acreedor a ella no tenga retri-

Revista Derecho Familia 61.indb 245 04/02/14 11:56

bución o ésta sea insuficiente, c) que haya trabajado para la casa o para el otro cónyuge, d) que como consecuencia de ello se haya generado una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos, y f) que esa desigualdad implique un enriquecimiento injusto, es decir, que para la fijación de la compensación económica se requiere que la causa de la desigualdad patrimonial venga dada no solo por carecer uno de ellos de retribución o ser este insuficiente y haber trabajado para la casa o para el otro cónyuge, sino que además, y fundamentalmente, dicha desigualdad produzca un enriquecimiento injusto, uno de cuyos requisitos (STS 5-3-99), es el empobrecimiento del actor, correlativo al aumento del patrimonio del enriquecido, el cual no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, sino que también lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del otro. Tal desigualdad que ha de constatarse a partir de la comparación del patrimonio de uno y otro al momento de la ruptura, es requisito que se constituye como presupuesto de los otros (S:TSJC 7-6-2007) "pues si no hay desigualdad patrimonial no puede haber enriquecimiento injusto, y en consecuencia, será intrascendente cualquier otra circunstancia relativa a la dedicación de los cónyuges al hogar o a trabajar para el otro porque si esta dedicación se ve compensada con la igualdad de patrimonios, resulta ocioso decir, por obvio, que no habrá desigualdad patrimonial a corregir en el momento de la ruptura del matrimonio". Se trata en definitiva (STSJC 29-5-2007) "de conseguir un equilibrio patrimonial justo, medido a la hora de la crisis de convivencia, pero con la vista puesta en la necesidad de retribuir un trabajo y un esfuerzo colateral pero convergente no remunerado o hasta entonces insuficientemente". Sin embargo, en nuestro caso no se ha reclamado al amparo de dicho precepto, y además, en todo caso la acción habría caducado según el tenor del artículo 16 LUEP, y hoy artículo 234-13 CCC.

Y finalmente sería en principio rechazable la argumentación de la apelante de que las cuotas hipotecarias se pagaron con cargo a la cuenta conjunta del Banco de Santander donde ambas partes ingresaban sus nóminas, pues cuando los titulares de las cuentas indistintas pertenecen al ámbito familiar, de mutua confianza, la relación entre los cotitulares no supone por sí una alteración de la doctrina jurisprudencial reiterada de que la cotitularidad de las cuentas corrientes no supone comunidad de bienes y debe estarse a la propiedad originaria de los fondos de que se nutre la cuenta. Por el contrario, es en el ámbito familiar donde se da con más frecuencia este tipo de cuentas para facilitar la disposición de los saldos, pero debiendo estarse en todo caso al ámbito interno de los cuentacorrentistas para verificar la titularidad del depósito. En este sentido el Tribunal Supremo tiene proclamado que el hecho de abrir ese tipo de cuenta indistinta, no produce el efecto de atribuir lo depositado por partes iguales a sus titulares, aunque las aportaciones fueran hechas solo por uno de ellos, sino facultades dispositivas sobre el saldo, pero sin determinar la existencia de un condominio y menos por partes iguales, sin perjuicio de que eso venga determinado por las relaciones «ad intra» de los titulares, y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos (ad exemplum: Sentencia de 7 de junio de 1996).

En definitiva, y sin perjuicio de que, como señala la sentencia de 20 de octubre de 1994, si se han producido en tales uniones consecuencias económicas que en ocasiones puedan ser causa legítima de alguna reclamación, bien por aportación a la creación de un patrimonio, o con el apoyo en el enriquecimiento injusto, tal y como ya resolvió en una reclamación idéntica la Sec. 17ª de esta Audiencia Provincial en su sentencia de 1-2-2010, la cuestión habrá de resolverse en el juicio que corresponda.

Revista Derecho Familia 61.indb 246 04/02/14 11:56

Solicitándose las medidas de mutuo acuerdo por una pareja de hecho, hay que precisar que el artículo 777 de la Lec no establece distinción para determinar el procedimiento aplicable entre hijos menores de edad y mayores que no gozan de independencia económica, por lo que estos últimos también quedan comprendidos en la norma. Lo concerniente a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges habrá de resolverse en el cauce del juicio declarativo correspondiente.

AP Sevilla, Sec. 2ª, Sentencia de 27 de marzo de 2013

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 770.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil «En los procesos que verse exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación y divorcio», y solicitándose las medidas de mutuo acuerdo el procedimiento, como declara la sentencia apelada será el del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que pueda establecerse distinción, para determinar el procedimiento aplicable entre hijos menores de edad y mayores que no gozan de independencia económica pues es reiterada la jurisprudencia que declara que en atención al artículo 93.2 no se hace necesario acudir a otro procedimiento declarativo ya que dicho precepto cabe ser aplicado a los hijos nacidos de uniones de hecho, en cumplimiento del mandato del artículo 39-3 de la CE, en relación al 108 del CC (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril y 20 de diciembre de 2000)declarando el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de julio de 2009 que «De aceptarse la inaplicación del juicio verbal especial para las reclamaciones de alimentos de hijos mayores de edad de pareja de hecho que reúnen las condiciones del artículo 93.2 del CC, y que las mismas se encaucen a través de los trámites el juicio verbal de alimentos del artículo 250.8 del mismo texto legal, es claro que se produce un tratamiento discriminatorio respecto de los hijos mayores de edad de parejas matrimoniales» por lo que sobre la base del principio de igualdad de los hijos ante la ley que se deriva del artículo 39 de la Constitución y del deber de los padres de prestar alimentos a sus hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad, y en los demás casos que procedan legalmente, cual lo constituye el encontrarse en el supuesto del artículo 93.2 del C.Civil, se considera más que justificada la aplicación analógica del proceso matrimonial consensuado regulado en el artículo 777 de la LEC debiendo estimarse en este punto el recurso interpuesto.

Si ha de confirmarse la sentencia apelada en lo concerniente a los acuerdos relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges que habrán de resolverse en el cauce del juicio declarativo correspondiente pues este proceso tiene por objeto la protección de los hijos menores de edad nacidos fuera del matrimonio de los padres y van limitado a la guarda y custodia, y fijación de la contribución a alimentos para el menor a cargo del progenitor no custodio.

Revista Derecho Familia 61.indb 247 04/02/14 11:56

JUZGADOS

Cambio del sistema de custodia compartida por custodia materna ante la falta de atención del padre en atender las necesidades de la hija.

Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de Gerona, Sentencia de 11 de marzo de 2013

Magistrado-Juez: **Ilmo. Sr. D. José Carlos Martín Martín**

Pasando a analizar el presente supuesto, y en lo que se refiere a la pretensión relativa a establecer un sistema de guarda y custodia exclusiva a favor de la madre respecto de la menor, con la prueba practicada ha quedado demostrado que, en efecto, el padre no ejerce de forma efectiva y adecuada a los intereses de la menor la guarda compartida que en su momento acordó la sentencia de divorcio.

En este sentido, obra en autos como documento n° 2 informe de detectives privados, de fecha diciembre de 2011, del cual se deduce que el padre trabaja en un supermercado en el centro de Gerona en horario partido de 9 a 14 horas y de 17 a 20.15 horas, de lunes a viernes. Durante los días que fueron objeto de investigación le correspondía al padre la guarda semanal de la menor, según lo acordado en la sentencia de divorcio, y según se deduce de dicho informe el demandado, al terminar su jornada laboral, no se dirigía a su domicilio de … para pasar el resto del día con su hija –especialmente la hora del baño y de la cena sino que acudía a otro domicilio situado en …, donde permanecía hasta altas horas de la madrugada.

Alega el demandado en su contestación a la demanda que no se trata de una muestra fiable de la actividad diaria del Sr…, pues únicamente se limita a un total de cuatro días de un total de 365, si bien este juzgador estima que dado el periodo temporal que cubre dicho informe del 8 de noviembre al 5 de diciembre de 2011 –sí cabe otorgar al mismo cierto valor probatorio sobre las costumbres, actividades y rutinas diarias del Sr… durante sus jornadas laborales, y en especial, al terminar las mismas en aquellas semanas en las que ostenta la guarda de la menor.

Asimismo, si ponemos en relación dicho informe con el certificado de faltas de asistencia escolar de la menor Lara emitido por, el CEIP Joan Bruguera de Gerona al que acude, se deduce que los días 9 y 10 de noviembre de 2011 la hija llegó tarde al colegio y hay que recordar que según el informe antes analizado la noche del 8 de noviembre de ese año el padre Sr… se encontraba a las 23 horas en Gerona, en el domicilio situado en la calle …, por lo que parece existir una clara relación causal entre las actividades lúdicas nocturnas del Sr… y la falta de asistencia puntual de la menor Lara al colegio.

Es cierto que en el momento del divorcio la madre tenía un horario laboral poco acorde a las exigencias de una guarda efectiva y adecuada de su hija (de 8 a 15 horas y de 15 a 22 horas según los turnos), pero es obvio que la situación de entonces es muy distinta a la actual del Sr…, pues en el caso de la madre se trataba de una imposibilidad inevitable derivada de su horario laboral, mientras que en el caso del padre ello deriva de una mera actividad de ocio del mismo. En efecto, no habría motivo alguno para modificar el sistema de guarda compartida acordado en su momento si el padre hubiera acreditado un horario laboral como, el, que en la realidad efectúa –hasta las 20.15

Revista Derecho Familia 61.indb 248 04/02/14 11:56

horas–, pero hubiese probado que una vez finalizada su jornada laboral se dirige a su domicilio para pasar el resto del día con su hija.

Ello resultaría perfectamente comprensible por ser la situación en la que se encuentran numerosos trabajadores, especialmente autónomos, que finalizan su jornada laboral a última hora deja tarde, que han de acudir a la ayuda de familiares para cuidar de los menores hasta que los padres terminan de trabajar o para recogerlos a la salida del colegio y que por este motivo no pueden verse privados de acceder a la guarda compartida de sus hijos.

Sin embargo, la situación presente es muy distinta, porque el Sr… además de aparentar un horario laboral que no es el verdadero, descuida los aspectos más básicos de la guarda de la menor –estar en su compañía, cuidarla, ayudarla con sus deberes escolares, prepararle la cena. acostarla etc.– a cambio de un estilo de vida muy respetable y legítimo, pero nada, acorde a las responsabilidades que acarrea la paternidad.

Asimismo, ha quedado acreditado que el núcleo familiar materno ofrece mayor estabilidad a la menor –la Sra… convive con su actual pareja D. Miguel en un piso de alquiler en Gerona– que el paterno, ya que el Sr… vive actualmente con su madre, un hermano y un chico argentino «invitado» probablemente inquilino de una habitación en la localidad de Sarria de Ter.

En este sentido, la testigo Sra… –a la cual este juzgador otorga mayor credibilidad que a los otros dos testigos que depusieron en juicio– manifestó que la menor le había dicho qué antes de la presente demanda dormía con su padre por falta de espació, aunque después de presentada la demanda por la Sra… la menor tiene una habitación propia y la abuela se ve obligada a dormir en el sofá. Asimismo, la menor Lara le expuso que es ella quien despierta a su padre muchas mañanas y sale de casa sin desayunar.

Por último, resultó sumamente ilustrativo de la implicación del Sr… en el cuidado y educación de su hija que no fuera capaz de recordar el mero nombre de pila de las tutoras de la menor en el centro escolar o el nombre del profesor con el que se reunió.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

No habiéndose liquidado la sociedad de gananciales, se desestima la demanda de ejecución en la que un cónyuge reclama al otro el pago de la mitad de la hipoteca, pues esta reclamación deberá efectuarse en el momento de la liquidación de la sociedad.

Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Sevilla, Auto de 30 de septiembre de 2013

Magistrada-Juez: **Ilma. Sra. Dª María Luisa Zamora Segovia**

Por el Procurador Dª Luisa en nombre y representación de Dª María, se presentó demanda ejecutiva respecto de la Sentencia de divorcio de fecha 17 de diciembre de 2010 que aprueba el convenio regulador de 30 de septiembre de 2010, en la que reclamaba el impago por parte del ejecutado del 50% de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar desde octubre de 2010 a septiembre de 2012, así como el abono del 50% de los gastos extraordinarios de la hija común, por importe total de 7.431,70 €. Posteriormente se interesó la ampliación de la ejecución por las cuotas hipotecarias que fueran venciendo desde septiembre de 2012 hasta abril de 2013, dictándose el correspondiente Auto de ampliación de la ejecución.

Revista Derecho Familia 61.indb 249 04/02/14 11:56

… Con respecto al primer motivo de oposición, ha de considerarse que los pronunciamientos sobre cuestiones patrimoniales derivadas del abono de deudas comunes o de la sociedad de gananciales, recogidos en el Convenio regulador y en la sentencia, no son susceptibles de reclamarse vía demanda ejecutiva, sino que ha de hacerse a través de la oportuna liquidación de la sociedad de gananciales, donde se deben hacer los oportunos reembolsos respecto aquellas deudas que uno u otro hayan abonado al 100%.

El Tribunal Supremo ha establecido en Sentencias de fecha 5 de noviembre de 2008 y 28 de marzo de 2011, que el pago de la hipoteca u otros préstamos, no constituyen una carga familiar sino deudas, en este caso gananciales, y como tal implica que las partes son deudores solidarios frente al acreedor. Quiere ello decir que los pronunciamientos que se hayan dispuesto acerca de la forma de pago de tales créditos tras la disolución de la sociedad de gananciales, no vinculan al acreedor, que sigue manteniendo intacta su acción para reclamar su pago, ya sea contra ambos, o contra uno de ellos solo.

De este modo en la Sentencia de 28 de marzo de 2011, afirma el Alto Tribunal que «se debe distinguir entre lo que se considera carga del matrimonio, según los artículos 90.D) y 91 Código Civil y la obligación de pago del préstamo hipotecario, que corresponde a la sociedad de gananciales y va ligado a la adquisición de la propiedad del bien. Deben distinguirse dos tipos de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar: 1) los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio, y 2) el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial. Esto último está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio. Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el artículo 1347.3 del Código Civil, que declara la ganancialidad de los «bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos», por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el artículo 1362, 2 del Código Civil, «la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes». Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad».

La Sentencia que se pretende ejecutar, al aprobar lo establecido en la estipulación octava del convenio de 30 de septiembre de 2010, no impuso una condena de pago de una determinada cantidad de dinero, sino únicamente hizo un pronunciamiento declarativo acerca del modo en que, en lo sucesivo, las partes habrían de afrontar el abono de las deudas de la sociedad de gananciales. Pero ello no significa que por virtud de la sentencia la aquí ejecutante haya pasado a ser acreedora del ejecutado, ni la Sentencia le impuso a ella la obligación de abono de la totalidad de las deudas. Por lo tanto, al carecer de título que le reconozca un crédito frente a D. Fernando, no puede acudir directamente al proceso de ejecución dineraria.

Si el esposo ha abonado la totalidad de una o varias deudas (o la esposa, en su caso) conserva un derecho de reembolso al liquidar definitivamente la sociedad de gananciales, o bien puede instar ante la jurisdicción civil ordinaria acción en reclamación del pago hecho por cuenta de otro, tal como le permite el artículo 1158 del Código Civil.

Por ello procede estimar la oposición a la ejecución en este primer aspecto, dejando sin efecto la ejecución despachada por el impago del préstamo hipotecario, y ello sin perjuicio de los acuerdos extrajudiciales a los que puedan llegar las partes en relación con las cantidades retenidas al ejecutado, para su imputación, en su caso, al pago de la deuda hipotecaria común, y sin perjuicio de la liquidación definitiva de la sociedad de gananciales, donde habrán de tenerse en cuenta las cantidades abonadas por cada uno de ellos.

Revista Derecho Familia 61.indb 250 04/02/14 11:56

Revista de

Derecho de Familia

RESOLUCIONES DE LA DGRN

Revista Derecho Familia 61.indb 251 04/02/14 11:56

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La adjudicación de un inmueble que no es vivienda familiar (se trata de una plaza de garaje) al cónyuge no titular (el titular la adquirió en estado de soltero), realizada en un convenio regulador de divorcio aprobado judicialmente no puede inscribirse en el Registro presentando como título el testimonio judicial del convenio, siendo necesario el otorgamiento de una escritura pública.

DGRN, Resolución de 9 de marzo de 2013

El único problema que plantea el presente supuesto radica en dilucidar si la adjudicación de un inmueble que no es vivienda familiar (se trata de una plaza de garaje) al cónyuge no titular (el titular la adquirió en estado de soltero), realizada en un convenio regulador de divorcio aprobado judicialmente, puede inscribirse en el Registro presentando como título el testimonio judicial del convenio.

Alega el recurrente que procede la inscripción «toda vez que el título a inscribir es una sentencia firme, documento judicial público totalmente inscribible, donde se efectúa la transmisión de la propiedad» ignorando que una sentencia no produce nunca la transmisión de la propiedad, la cual, según el artículo 609 del Código Civil, se produce «por la ley, por donación, por sucesión testada o intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición».

Como se ha dicho anteriormente por este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones citadas en el «Vistos»), hay que partir de que la calificación registral no entra en el fondo de la resolución judicial, ni en la validez del convenio regulador aprobado judicialmente, sino en si tal convenio constituye título inscribible para la práctica del asiento registral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme a los artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 523.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que hace referencia a la calificación registral de los obstáculos derivados de la legislación registral.

La determinación de si el convenio regulador aprobado judicialmente constituye o no título hábil para la inscripción de los actos realizados en el mismo está sometido a la calificación registral, porque la clase de título inscribible afecta a los obstáculos derivados de la legislación del Registro, en cuyo artículo 3 de la Ley Hipotecaria se prevén diferentes clases de documentos públicos en consonancia con cada uno de los actos a que se refiere el artículo 2 de la propia Ley, sin que sean documentos intercambiables sino que cada uno de ellos está en consonancia con la naturaleza del acto que se contiene en el correspondiente documento y con la competencia y congruencia según el tipo de transmisión de que se trate.

Por eso, esta Dirección General ha venido señalando qué actos o transmisiones cabe inscribir en virtud de un convenio regulador aprobado judicialmente, cuya validez no se discute, y qué actos precisan de una escritura pública otorgada con posterioridad al convenio y sin prejuzgar la validez de éste.

Ahora bien, sentado lo anterior, procede analizar si la adjudicación de una plaza de garaje del que es titular la esposa, que la adquirió en estado de soltera, puede ser adjudicada al esposo.

Este Centro Directivo ha considerado (*vid.* Resolución de 7 de julio de 2012) que en el su-

Revista Derecho Familia 61.indb 253 04/02/14 11:56

puesto de vivienda familiar de la que son titulares los cónyuges por mitad y pro indiviso, es suficiente el convenio regulador por tratarse principalmente de un convenio con causa familiar que deriva directamente de la nueva situación del matrimonio, y de la misma manera, en la Resolución de 22 de diciembre de 2010, ha concluido que no basta el convenio regulador para adjudicar a un cónyuge bienes privativos del otro. Este último es el supuesto que ahora se aborda, por lo que, de acuerdo con la doctrina anterior, es precisa la escritura pública para adjudicar a un cónyuge un bien que el otro adquirió en estado de soltero ya que, como se dijo en esta última Resolución, las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. En definitiva la diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio ganancial, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada, deben resolverse a favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza.

La disolución de la comunidad de bienes adquiridos antes del matrimonio, que afecta a determinados inmuebles y que contiene un negocio adicional de asunción de deuda hipotecaria, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad se precisa la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda.

DGRN, Resolución de 26 de junio de 2013

Se debate en este expediente si la adjudicación por disolución de condominio de tres inmuebles adquiridos por mitad y pro indiviso antes de la celebración del matrimonio a uno de los cónyuges cotitulares que asume las deudas hipotecarias inherentes a cada uno de ellos, y que se lleva a cabo en un convenio regulador de divorcio aprobado judicialmente, puede inscribirse en el Registro presentando como título el testimonio judicial del convenio. Ninguno de los inmuebles tiene la cualidad de vivienda familiar que las partes sitúan en una ubicación distinta.

Como se ha dicho anteriormente por este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones citadas en el «Vistos»), hay que partir de que la calificación registral no entra en el fondo de la resolución judicial, ni en la validez del convenio regulador aprobado judicialmente, sino en si tal convenio constituye título inscribible para la práctica del asiento registral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme a los artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que hace referencia a la calificación registral de los obstáculos derivados de la legislación registral.

La determinación de si el convenio regulador aprobado judicialmente constituye o no título hábil para la inscripción de los actos realizados en el mismo está sometido a la calificación registral, porque la clase de título inscribible afecta a los obstáculos derivados de la legislación del Registro, en cuyo artículo 3 de la Ley Hipotecaria se prevén diferentes clases de documentos públicos en consonancia con cada uno de los actos a que se refiere el artículo 2 de la propia Ley, sin que sean documentos intercambiables sino que cada uno de ellos está en consonancia con la naturaleza del acto que se contiene en el correspondiente documento y con la competencia y congruencia según el tipo de transmisión de que se trate.

Por eso, esta Dirección General ha venido señalando qué actos o transmisiones cabe inscribir en virtud de un convenio regulador aprobado

Revista Derecho Familia 61.indb 254 04/02/14 11:56

judicialmente, cuya validez no se discute, y qué actos precisan de una escritura pública otorgada con posterioridad al convenio y sin prejuzgar la validez de éste.

Hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan sólo de aquellas derivadas de la vida en común. Así resulta indubitadamente de la regulación legal que restringe el contenido necesario del convenio regulador a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y a la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial amén de otras cuestiones como la pensión compensatoria y el sostenimiento a las cargas y alimentos (artículos 90 del Código Civil y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil citados en los «Vistos»). Por este motivo, el propio Código restringe la actuación del juez, a falta de acuerdo, a las medidas anteriores (artículo 91) como restringe la adopción de medidas cautelares al patrimonio común y a los bienes especialmente afectos al levantamiento de las cargas familiares (artículo 103).

Este Centro Directivo ha entendido que forma parte de las operaciones de liquidación la atribución de la vivienda familiar incluso en el supuesto de que su titularidad pertenezca por mitades a los cónyuges por adquisición realizada antes del matrimonio pues en este supuesto su evidente afección a las necesidades del matrimonio justifica sobradamente su inclusión junto a los bienes adquiridos constante el régimen matrimonial (Resoluciones de 11 de abril y 7 de julio de 2012).

Pero fuera de este supuesto las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. En definitiva, la diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada (*vid.* «Vistos»), deben resolverse a favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza.

No quiere decir lo anterior que los cónyuges, en ejercicio de su libertad civil, no puedan incluir en un único convenio la liquidación del conjunto de sus relaciones patrimoniales, tanto las derivadas de la celebración del matrimonio como cualesquiera otras que pudieran existir entre ellos; incluso puede decirse que con ocasión de la ruptura es lógico y posible que así lo deseen. Pero en este supuesto y como reiteradamente ha sostenido este Centro Directivo, el hecho de que el convenio contenga un conjunto de acuerdos que excedan de su contenido legal impone su discriminación a efectos de decidir lo que puede como tal acceder al contenido del Registro y lo que no. La aprobación de lo que constituye el contenido legal del convenio no puede servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Es de tener en cuenta que el convenio privado entre las partes, en lo que no es su contenido típico, no queda elevado a público por el hecho de que el juez apruebe lo que constituye su contenido legal. Fuera de lo que constituye su objeto se siguen las reglas generales y las partes pueden compelerse a elevar a público, en la forma determinada por el ordenamiento jurídico y de acuerdo a los procedimientos legales específicamente previstos, lo que constituyen acuerdos privados. De otro modo se estaría utilizando un procedimiento que tiene un objeto determinado para el ejercicio de acciones y pretensiones distintas, que deben conocerse por el juez que tenga atribuida la competencia y por el procedimiento correspondiente (artículos 44 y siguientes, 249, 250, 769 y 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Como ha reiterado este Centro Directivo la existencia dentro del convenio de negocios complejos, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente común se compensa con adjudicación de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de

Revista Derecho Familia 61.indb 255 04/02/14 11:56

ésta, con su propia causa, deben tener su adecuado reflejo documental, pero no puede pretenderse su inscripción por el mero hecho de que consten en el convenio regulador de la separación o divorcio cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación del régimen económico matrimonial.

Al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria que los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico para inscribir en el Registro, no quiere decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse pues cada uno de ellos obedece a una fundamentación distinta y es el fruto de un procedimiento o actuación igualmente distinta. En consecuencia la doctrina y la legislación hipotecaria no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (*cfr.* Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y Resoluciones de 16 de enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917 y 1 de julio de 1943, entre otras).

Es evidente a la luz de las anteriores consideraciones que el recurso no puede prosperar. La disolución de la comunidad de bienes adquiridos antes del matrimonio, que afecta a determinados inmuebles y que contiene un negocio adicional de asunción de deuda hipotecaria, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad se precisa la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda.

No puede acogerse la afirmación del escrito de recurso de que los bienes habían sido adquiridos con ocasión del matrimonio y por consiguiente existe justa causa para incluirlos en el contenido típico del convenio de divorcio pues nada hay en el expediente que permita sostenerlo. Tampoco es atendible la pretensión de que se tenga en cuenta determinada doctrina de este Centro Directivo que ya ha quedado expuesta y especialmente por lo que se refiere a la Resolución de 21 de enero de 2006 porque el supuesto de hecho en que se basaba (bienes adquiridos por mitad y pro indiviso constante matrimonio por cónyuges en régimen de separación de bienes) es obviamente distinto del que ha dado lugar a la presente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Al comparecer el cónyuge viudo por sí y en representación de su hija menor en el ejercicio de la patria potestad, dando el carácter de ganancial a una participación de una finca privativa del cónyuge fallecido, existe incompatibilidad de intereses entre aquél y su hija representada, por lo que es necesario el nombramiento de un defensor judicial, conforme al artículo 163 del Código Civil.

DGRN, Resolución de 14 de junio de 2013

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aceptación y adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes:

A) Otorga dicha escritura únicamente el viudo de la causante, en su propio nombre y derecho y, además, en nombre de su hija menor de edad, en ejercicio de la patria potestad.

Por lo que interesa en este expediente, entre los bienes inventariados figura una participación indivisa de carácter ganancial en un piso que, según manifiesta el otorgante, compraron

Revista Derecho Familia 61.indb 256 04/02/14 11:56

él y la causante siendo solteros, por el precio de 61.603,74 euros, mediante escritura autorizada el 28 de marzo de 1996, en proporción de treinta y cinco y sesenta y cinco por ciento, respectivamente, con subrogación en un préstamo de 30.050,50 euros garantizado con hipoteca sobre la referida vivienda. También afirma: a) Que contrajeron matrimonio el 6 de septiembre de 1997 y destinaron la vivienda a domicilio conyugal; b) Que una pequeña parte del referido préstamo (1.446,16 euros) la reembolsaron antes de la celebración del matrimonio, en la referidas proporciones de 35% y 65%, y el resto (28.604,34 euros) fue amortizado totalmente constante matrimonio, con fondos gananciales; y c) Que, en proporción a la parte del préstamo reembolsada con dinero ganancial, por aplicación del artículo 1357, párrafo segundo, del Código Civil, conforme a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1989, se determina que la participación ganancial es de cuarenta y seis enteros y cuarenta y tres centésimas por ciento; la privativa de la causante es de treinta y cuatro enteros y ochenta y dos centésimas por ciento; y la privativa del viudo dieciocho enteros y setenta y cinco por ciento.

B) La registradora suspende la inscripción por entender que, al comparecer el cónyuge viudo por sí y en representación de su hija menor en el ejercicio de la patria potestad, dando el carácter de ganancial a una participación de la finca descrita, existe incompatibilidad de intereses entre aquél y su hija representada, por lo que es necesario el nombramiento de un defensor judicial, conforme al artículo 163 del Código Civil.

C) El notario recurrente alega, en síntesis, que el carácter ganancial de la participación de finca inventariada deriva de una norma imperativa como es la del artículo 1357, párrafo segundo, del Código Civil, que tiene como presupuesto dos circunstancias (que la finca se destinó desde la celebración del matrimonio a vivienda habitual; y que se haya satisfecho con dinero ganancial la cantidad pagada durante la vigencia de la sociedad conyugal) sobre las cuales el representante legal del menor hace una declaración de ciencia y no de voluntad, de modo que no se trata de una adquisición constante matrimonio que se presume ganancial, sino ante una adquisición anterior al matrimonio a la que se atribuye «ex lege» carácter ganancial en parte, por esa doble circunstancia, y por ello no puede trasladarse a este supuesto la doctrina de esta Dirección General sobre la existencia de oposición de intereses en la liquidación de gananciales cuando el carácter ganancial de los bienes es sólo presunto.

Según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, la regla general de representación legal de los hijos menores de edad no emancipados por parte de los padres que ostenten la patria potestad queda exceptuada respecto de los actos «…en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo». Y el artículo 163, párrafo primero, establece que siempre que en algún asunto el representante tenga un interés opuesto al de sus hijos no emancipados se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo en la interpretación de tales preceptos legales (*cfr.* las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), la excepción a la regla general de representación legal sólo juega cuando concurren los presupuestos legalmente establecidos. De este modo, para exceptuar el régimen general es imprescindible que entre representante y representado exista oposición de intereses, es decir un conflicto real de intereses que viene definido por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado. Como ha entendido el Tribunal Supremo, la situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos (*cfr.*, por todas, las Sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003 y 17 de mayo de 2004). Se excluye así del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente, exclusión del todo lógica pues de lo contrario se haría de la excepción regla vaciando de contenido el principio general de representación legal. Cuando no existe con-

Revista Derecho Familia 61.indb 257 04/02/14 11:56

flicto, porque no existe oposición, sino intereses paralelos de representante y representado rige la regla general.

De esta interpretación resulta que no puede darse por sentado que siempre que en una partición hereditaria con liquidación previa del patrimonio ganancial intervenga el viudo en su propio nombre y en representación de un hijo no emancipado, existe por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas de cada caso. El interés directo que tiene el cónyuge viudo en las consecuencias de la liquidación de gananciales le priva de la representación legal en la propia determinación del inventario ganancial si el activo está integrado total o parcialmente por bienes cuya ganancialidad no viene predeterminada legalmente sino que es fruto de una presunción legal susceptible de ser combatida (Resolución de 14 de marzo de 1991) o de una declaración unilateral del cónyuge supérstite (Resolución de 3 de abril de 1995). Por los mismos motivos cesa la representación legal del progenitor en la partición estrictamente hereditaria si esta es parcial (Resolución de 3 de abril de 1995), si se hace con ejercicio de derechos que corresponden a los menores representados (Resolución de 15 de mayo de 2002) o se hace mediante la formación de lotes desiguales o que no respeten las titularidades abstractas derivadas de la comunidad existente como consecuencia del fallecimiento del otro cónyuge (entre otras, Resoluciones de 6 de febrero de 1995 y 18 de diciembre de 2002).

Por el contrario, como pusieron de relieve las Resoluciones de este Centro de 10 de enero de 1994 y 6 de febrero de 1995, cuando el régimen económico matrimonial sea de gananciales y los bienes que lo integren reciban aquella cualidad del título de adquisición (artículo 1347 del Código Civil), al no operar la presunción de ganancialidad (artículo 1361 del Código Civil) no cabe la posibilidad de que pueda ser destruida y por consiguiente no surge oposición de intereses en la realización del inventario de los bienes que son gananciales. Asimismo, no existe conflicto de intereses en la liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo en su propio nombre y en representación legal de sus hijos menores, cuando la liquidación es total, todos los bienes inventariados fueron adquiridos por el cónyuge premuerto para su sociedad conyugal y se adjudican «pro indiviso» al cónyuge supérstite y a los hijos por éste representados, respetándose estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal disuelta y en el caudal relicto según la declaración de herederos «ab intestato» (Resolución de 15 de septiembre de 2003); tampoco en el caso de adjudicación «pro indiviso» de bienes de la herencia, realizada por la viuda en su favor y en representación de sus hijos menores de edad si había estado casada en régimen de separación de bienes (Resolución de 27 de enero de 1987); o cuando uno de los herederos interviene en su propio nombre y además como tutor de otro y se adjudica en nuda propiedad una cuota parte indivisa del único bien inventariado a los herederos (Resolución de 14 de septiembre de 2004).

En el caso al que se refiere este expediente, aun cuando la calificación impugnada es excesivamente escueta, cabe resolver la cuestión planteada porque no puede estimarse producida la indefensión del recurrente, al haber podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra el contenido de su escrito de interposición del recurso (*cfr.*, las Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 10 de mayo de 2011, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012 y 25 de febrero de 2013, entre otras).

Respecto del fondo del asunto no cabe sino confirmar la calificación, pues resulta evidente que el negocio jurídico formalizado tiene consecuencias favorables para el representante y desfavorables para la representada, derivadas de la determinación de ganancialidad de una participación indivisa de un inmueble que –en la parte correspondiente– figura inscrita como privativa de la causante, y esa determinación únicamente se produce por la declaración unilateral del representante beneficiado, con base, además, en la presunción de ganancialidad del dinero empleado en la amortización del préstamo referido.

Revista Derecho Familia 61.indb 258 04/02/14 11:56

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Se deniega la inscripción de una sentencia de divorcio dictada por el juez del Reino Unido en el que liquidan los bienes, al no ser de aplicación Reglamento CE 2201/2003 pues de su ámbito están excluidos los efectos patrimoniales del matrimonio y sus vicisitudes, siendo necesario por tanto, la legalización o apostilla que impone el artículo 36 del RH y el exequátur o reconocimiento judicial que exige el artículo 4 de la LH y 38 de su Reglamento, obtenido conforme a los artículos 951 y siguientes de la LEC de 1881.

DGRN, Resolución de 20 de junio de 2013

La primera cuestión planteada en este recurso es la de si una sentencia de divorcio dictada por un juez inglés que impone a la esposa la obligación de transmitir determinada finca sita en España al marido, por haberlo acordado así ambos cónyuges durante el procedimiento, es subsumible dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, y si de ello se sigue el reconocimiento e inscripción automática de tal transmisión en el Registro de la Propiedad español.

Se plantea, por tanto, en este expediente la cuestión de determinar cuáles son los requisitos para que una resolución extranjera semejante pueda causar un asiento en el Registro de la Propiedad español habida cuenta de que el recurrente entiende que la misma puede acceder directamente y sin más trámite a los folios registrales.

2. Este Centro Directivo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en su Resolución de 27 de julio de 2012 sobre la interpretación del citado Reglamento (CE) número 2201/2003 en relación con el acceso al Registro de la Propiedad de una resolución judicial de origen comunitario sobre declaración de divorcio de dos ciudadanos comunitarios, y que contiene disposiciones relativas el destino de su patrimonio en España, fijando un cuerpo de doctrina que resulta plenamente aplicable al presente caso. Como entonces se afirmó, el Tratado de Ámsterdam recogió la voluntad de los Estados miembros de la Comunidad Europea de establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia que garantizase, entre otros objetivos, la libre circulación y el libre establecimiento de sus ciudadanos mediante, entre otras, la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. En la actualidad el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recoge la existencia de dicho espacio garantizando «en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil» (*vid.* artículo 67.1.4) y afirmando que «la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales» (artículo 81.2). Fruto de esta voluntad común existe un conjunto normativo europeo cuya finalidad es cumplir el mandato de los Tratados y, en lo que ahora nos interesa, es preciso traer a colación el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, en materia matrimonial y de responsabilidad parental (conocido en el foro como Bruselas II bis).

En lo que ahora interesa, el Reglamento determina en su artículo 1.a) que se aplicará a la materia civil relativa al divorcio, y que se aplicará a las resoluciones o documentos posteriores al 1 de marzo de 2005 (artículo 72, con algunas excepciones y con un especial régimen transitorio, ex artículo 64). En cuanto a la eficacia de las resoluciones el artículo 21 del Reglamento determina lo siguiente: «1. Las resoluciones dic-

Revista Derecho Familia 61.indb 259 04/02/14 11:56

tadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. 2. En particular, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, no se requerirá ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del Registro Civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro y que ya no admitan recurso con arreglo a la legislación de este último. 3. Sin perjuicio de la sección 4, cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con los procedimientos previstos en la sección 2, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución (…) 4. Cuando el reconocimiento de una resolución se plantee de forma incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional podrá pronunciarse al respecto».

El recurrente entiende que por aplicación del Reglamento no es exigible ninguna otra formalidad y que la resolución judicial comunitaria puede acceder directamente a los libros registrales. Procede en consecuencia determinar cuál es el alcance de los pronunciamientos de dicho instrumento legal y más en concreto de la afirmación del número 1 del artículo 21 al decir «sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno».

3. Para resolver la cuestión planteada hay que poner el citado precepto en su contexto. Pues bien, el aumento de los supuestos de tráfico jurídico internacional intracomunitario en el ámbito de las relaciones económicas y personales ha llevado al legislador europeo a establecer un régimen unificado y simplificado de eficacia transfronteriza de resoluciones judiciales extranjeras basado en el principio de la confianza mutua, y que se ha articulado en diversos instrumentos normativos comunitarios, y entre ellos en el citado Reglamento Bruselas II bis, a través de la implantación de un modelo de reconocimiento directo (denominado con frecuencia, aunque de forma impropia, de «reconocimiento automático»), esto es, sin necesidad de obtención previa de un acto de autoridad por el que se declare formalmente, en un procedimiento autónomo y a título principal, la homologación de la resolución extranjera por las autoridades competentes del Estado requerido o de destino en que se pretendan hacer valer sus efectos. Es decir, se prescinde del «exequátur» exigido por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Se trata de un modelo de reconocimiento que permite invocar la resolución judicial extranjera directamente ante la autoridad del Estado requerido, sin pasar por un procedimiento previo y autónomo con el sólo objeto de obtener la declaración de reconocimiento. Este modelo simplificado de reconocimiento no es exclusivo del Reglamento Bruselas II bis, sino que ya se introdujo en el Reglamento 44/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el Reglamento 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, o el Reglamento 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones de alimentos.

Pero ese reconocimiento directo, en el sentido expresado, no opera de forma automática o «ex lege» (de ahí lo impropio de la denominación «reconocimiento automático»), en la medida en que lo que se dispensa es la exigencia de un procedimiento específicamente dirigido a la obtención de la declaración formal de reconocimiento de carácter autónomo, pero sin que ello se traduzca en una ausencia de control de la resolución judicial extranjera, sino en una articulación de los mecanismos de fiscalización más simplificados y sujetos a un régimen de causas tasadas de denegación. En este orden de cosas, todos los instrumentos comunitarios citados, incluyendo el Reglamento Bruselas II bis, mantienen la necesidad de verificar por parte de la autoridad competente del Estado de destino, incluidas las autoridades registrales, la no concurrencia en la resolución judicial concreta que se pretende reconocer de ninguno de los motivos de denegación en cada caso establecidos. En el caso de las resoluciones judiciales en materias de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial el Reglamento 2201/2003 prevé en su artículo 22 entre los motivos de denegación la contradicción manifiesta con el orden público del Estado miembro requerido, en los casos de sentencias dictadas en rebeldía la violación de

Revista Derecho Familia 61.indb 260 04/02/14 11:56

las normas procesales en protección del derecho de defensa del demandado, o el carácter incompatible o inconciliable de la resolución con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido o en otro Estado que reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en dicho Estado requerido. Además, los instrumentos comunitarios también imponen el cumplimiento de diversos requisitos de carácter formal, que incluyen la presentación de una copia auténtica de la resolución extranjera y una certificación extendida por la autoridad judicial de origen conforme a un formulario preestablecido por el Reglamento. Será la autoridad del Estado requerido en el marco del procedimiento en el que se pretenda hacer valer la resolución extranjera, en este caso el registrador en el ámbito del procedimiento registral, y en particular con ocasión del trámite de la calificación, el que a título incidental realice el reconocimiento de dicha resolución mediante el control de los aspectos indicados y con efectos limitados a la propia inscripción solicitada (*cfr.* artículo 101 del Reglamento Hipotecario).

Por lo tanto, el sistema de reconocimiento directo implantado por los instrumentos comunitarios permiten invocar directamente la resolución judicial extranjera ante el registrador español, sin necesidad de un procedimiento previo de reconocimiento a título principal, que es sustituido por el control incidental por parte del mismo registrador, en virtud del cual deberá determinar con carácter previo a autorizar el acceso al Registro español de la resolución extranjera si ésta reúne los requisitos necesarios para ser reconocida en España (requisitos externos, formales o de autenticidad, y requisitos internos relativos a la no concurrencia de los motivos de denegación antes señalados).

4. Ahora bien, así como el Reglamento de Bruselas II bis, al igual que el resto de instrumentos comunitarios antes citados, establecen el modelo de reconocimiento directo, o automático, señalado, por el contrario la regulación de la ejecución propiamente dicha de las resoluciones extranjeras se mantiene residenciada en el ámbito de los ordenamientos nacionales, por lo que las resoluciones judiciales relacionadas con los procesos de ejecución, incluidas las medidas cautelares, quedan sujetas en cuanto a su implementación o ejecución a lo establecido en los ordenamientos nacionales. Del mismo modo quedan fuera de los instrumentos comunitarios, y por ende sometidos a los respectivos ordenamientos nacionales, la denominada «ejecución impropia» mediante el acceso a los registros públicos jurídicos de las resoluciones judiciales extranjeras declarativas o constitutivas, que como tales no requieren de un procedimiento de ejecución posterior «stricto sensu». Por tanto, corresponde a la legislación del Estado del que depende el registrador, como autoridad encargada de la llevanza del Registro, determinar el procedimiento, requisitos y efectos de la inscripción de dicha resolución extranjera, si bien la aplicación de la normativa interna tendrá el límite, como se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia, de no poder anular el denominado «efecto útil» de los instrumentos europeos (*vid.* las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en los asuntos C-388/92, C-443/03 y C-185/2007), entendiendo por tal la efectividad práctica del principio de confianza mutua, en virtud de la cual la resolución dictada por un juez de otro Estado miembro debe merecer la misma confianza que la dictada por un juez nacional, y en consecuencia no recibir un trato discriminatorio o desfavorable.

Por otra parte, dado que los Reglamentos europeos no establecen normas propias relativas al procedimiento a través del cual las autoridades nacionales ante las que se invoque una resolución extranjera deban llevar a cabo el control incidental de éstas en cuanto a los requisitos de reconocimiento impuestos por aquéllos, este control se ha de desenvolver dentro del propio procedimiento en que la resolución extranjera se invoca, y con sujeción a sus propias reglas. En el caso de que la resolución extranjera se haga valer ante un Registro de la Propiedad español, serán las normas de la legislación hipotecaria española que regulan el procedimiento registral las que fijen el modo y condiciones en que dicho control se haya de producir, lo que implica la aplicación a éste de las reglas de la calificación registral. Dicho en otros términos, el control incidental por el registrador de la resolución extranjera se llevará a cabo integrándolo en su función calificadora. Pero el hecho de que el resultado de este control sea favorable, no determina «per

Revista Derecho Familia 61.indb 261 04/02/14 11:56

se» que la resolución extranjera pueda acceder al Registro, pues los instrumentos comunitarios, en general, no modifican, como se ha dicho, el régimen de ejecución de las resoluciones extranjeras, ni de la «ejecución impropia» a través de la inscripción registral, por lo que, una vez determinado que una resolución extranjera es recognoscible en España, se procede a la segunda fase, integrada por la calificación de dicha resolución extranjera conforme a las reglas comunes de la calificación de los títulos judiciales conforme a la legislación hipotecaria española (*cfr.* artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento) y doctrina de este Centro Directivo recaída en su interpretación.

5. En definitiva, como se ha afirmado en la doctrina científica y en la oficial de este Centro Directivo (*cfr.* Resolución de 27 de julio de 2012), la integración del control incidental de la resolución extranjera dentro de la calificación o juicio de legalidad que realiza el registrador, supone que éste deberá realizar tres operaciones sucesivas: primero, verificar que la resolución extranjera pueda ser subsumida en el ámbito de aplicación temporal, material y territorial del correspondiente instrumento comunitario, en este caso en el Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, como condición lógicamente necesaria para acogerse a su régimen privilegiado de eficacia transfronteriza; segunda, verificar que con arreglo a la normativa comunitaria la resolución extranjera puede ser reconocida y desplegar efectos en España como tal resolución judicial; y, tercero, determinar si, con arreglo a la legislación registral española, aquella resolución extranjera puede acceder a los libros del Registro.

Ahora bien, la aplicación de la legislación interna en este punto deberá hacerse, como antes se ha indicado, sin anular el «efecto útil» del Reglamento comunitario. Y en este sentido, deberán quedar desplazadas las exigencias impuestas para las resoluciones judiciales extranjeras contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a las que remite el artículo 4 de la Ley Hipotecaria, relativas al reconocimiento a título principal de la resolución a través de un «exequátur», y la obtención de su previa legalización (*cfr.* artículo 954.4), que resultan incompatibles con el artículo 21.1 del Reglamento Bruselas II bis, al dispensar de la necesidad de un procedimiento especial para lograr el reconocimiento, y con el artículo 52 del mismo Reglamento en cuanto dispone que «no se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna» a la resolución extranjera que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad, esto es, los impuestos por la ley que rige su forma. En lo demás, deberá aplicarse el régimen de calificación de los documentos judiciales para los supuestos de tráfico interno, y en consecuencia la calificación de la resolución extranjera se extenderá, conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado (incluida la obligada mención de todas las circunstancias que deba contener el documento y que sean relativas a la finca, al derecho y a su titular), a los obstáculos que surjan del Registro, y a la competencia del Juzgado o Tribunal (sin prejuzgar ahora los límites que a esta revisión pueda determinar la prohibición de control de la competencia del órgano jurisdiccional de origen que impone el artículo 24 del Reglamento de Bruselas II bis, que no debe impedir, por razones de orden público procesal, el rechazo de resoluciones procedentes de fueros exorbitantes). Igualmente será imprescindible la firmeza de la resolución judicial (el propio Reglamento 2201/2003 exige que contra la resolución ya no se admita recurso alguno: *vid.* artículos 21.1 del Reglamento y 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y que el derecho o gravamen real constituido o declarado por la resolución judicial extranjera sea admisible en España por cumplir los requerimientos imperativos y de orden público impuestos por nuestro Derecho para la configuración de los derechos reales.

6. Pues bien, la nota de calificación impugnada realiza una correcta aplicación de la doctrina anterior en relación con las tres operaciones descritas que se integran en el control registral incidental de la resolución extranjera. Así, realiza la primera de tales operaciones y llega a la conclusión de que el Reglamento comunitario no es aplicable al documento presentado, pues de su ámbito están excluidos los efectos patri-

Revista Derecho Familia 61.indb 262 04/02/14 11:56

moniales del matrimonio y sus vicisitudes. La segunda de tales operaciones también está resuelta en sentido negativo, dado que, no siendo aplicable el Reglamento comunitario, no procede el reconocimiento directo sino que es precisa la legalización o apostilla que impone el artículo 36 del Reglamento Hipotecario y el exequátur o reconocimiento judicial que exige el artículo 4 de la Ley Hipotecaria y 38 de su Reglamento, obtenido conforme a los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Finalmente, la nota de calificación aborda la tercera de las operaciones citadas, para concluir que, aún cuando se cumplieran tales requisitos formales, la legislación registral española no permitiría la inscripción de la resolución con su contenido actual, pues ni el artículo 2 de la Ley Hipotecaria ni el 9 de su Reglamento permiten la inscripción de los títulos que incorporan una simple obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir derechos reales sobre inmuebles. Cuestión esta última que se tratará al abordar el segundo defecto de la nota de calificación.

7. El recurrente entiende, por el contrario, que la resolución judicial está plenamente incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento comunitario citado, y que debe bastar por tanto la presentación de la documentación exigida por el mismo en sus artículos 37 y 39 para que la resolución judicial sea reconocida directamente, sin necesidad de exequátur, por aplicación del artículo 21, y sin necesidad tampoco de legalización o apostilla, dado lo dispuesto en el artículo 52. Pero esta alegación del recurrente no puede ser compartida por este Centro Directivo, puesto que, como ya afirmó en la citada Resolución de 27 de julio de 2012, quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento las resoluciones judiciales extranjeras en lo relativo a las cuestiones patrimoniales derivadas de los procedimientos de divorcio, por disponerlo así con claridad el artículo 1 del mismo Reglamento, interpretado a la luz del «considerando» octavo que precede al texto articulado del mismo y que exige que el Reglamento se aplique sólo a nulidad matrimonial, separación o divorcio, «sin ocuparse de problemas tales como…las consecuencias patrimoniales del matrimonio». Por ello es lógico que el artículo 21.2 del Reglamento sólo se refiera al Registro Civil, y no al Registro de la Propiedad.

Esta delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento tiene una gran trascendencia pues implica que el reconocimiento de una sentencia extranjera en toda cuestión que exceda del mismo se rige por las normas generales del Estado miembro de destino (*vid.* Sentencias de 1 de julio de 2008 –TJCE/2008/161–, epígrafe 96 y de 15 de julio de 2010 –TJCE/2010/232–, epígrafe, 86 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Excluida así la aplicación del reiterado Reglamento comunitario, resultan plenamente aplicables en relación a tales efectos patrimoniales las exigencias formales que impone la legislación española, orientadas a acreditar la autenticidad del documento presentado (legalización o apostilla conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario), y su ejecutoriedad en España (exequátur exigido por el artículo 4 de la Ley Hipotecaria, tramitado conforme a los artículos 955 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, si bien con la redacción dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre y por la Ley 11/2011, de 11 de mayo). En consecuencia, este primer motivo del recurso debe ser desestimado.

8. La segunda cuestión objeto de controversia en el presente expediente, es la de si una sentencia como la ahora examinada, que se limita a recoger la obligación de transmitir un bien inmueble, basta para producir una mutación jurídico-real susceptible de inscripción. Lo niega la nota de calificación en base a los artículos 2 de la Ley y 9 del Reglamento Hipotecarios, a lo que opone el recurrente básicamente dos argumentos: en primer lugar, que de una lectura razonable de la sentencia resulta que el juez ya impone la extinción de condominio y, en segundo lugar, que la mera presentación de los documentos ante el Registro implica ya una «transmisión física» (sic) que, de no admitirse, supondría imponerles una carga irrazonable, la de otorgar un nuevo documento notarial.

Para resolver esta cuestión, una vez determinados los requisitos de reconocimiento de una resolución extranjera de divorcio que contenga pronunciamiento sobre el destino del patrimonio de los cónyuges en España, procede ahora ana-

Revista Derecho Familia 61.indb 263 04/02/14 11:56

lizar si (al margen de la necesaria subsanación del defecto anterior) concurren los restantes requisitos para que pueda producir una alteración del contenido del Registro de la Propiedad y, en particular, si estamos en presencia de uno de los actos, contratos o resoluciones que, por tener trascendencia jurídico-real inmobiliaria, pueden acceder al Registro de la Propiedad (*cfr.* artículo 2 de la Ley Hipotecaria). Para ello es importante recordar que, como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (Resolución de 22 de febrero y 27 de julio de 2012), cualquiera que sea el título que se presente a inscripción en los supuestos internacionales, el mismo debe reunir los requisitos previstos en la normativa hipotecaria española por aplicación de las normas de conflicto de nuestro Código Civil que así lo establecen para los bienes inmuebles sitos en España (*cfr.* artículo 10.1). A este respecto el Código Civil (*cfr.* artículo 608) atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria. En definitiva, el registrador de la Propiedad está obligado a aplicar la norma de conflicto española (artículo 12.1 del Código Civil) y por remisión de ésta, la legislación hipotecaria que es la que determina los requisitos de inscripción que deben reunir los documentos presentados. Partiendo de la previa fijación de este marco normativo, resulta evidente que la Ley Hipotecaria establece, y así lo ha declarado este Centro Directivo de forma reiterada, que para realizar el despacho de los títulos es necesario que por el registrador se proceda a su previa calificación en virtud del principio de legalidad, siendo una de las circunstancias esenciales que deberá verificar al hacer tal calificación que el título presentado tiene transcendencia jurídico-real inmobiliaria, por imponerlo así la definición legal del contenido y objeto del Registro de la Propiedad (*cfr.* artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 7 y 9 de su Reglamento). Y este requisito no concurre en el título examinado que, por sí mismo, no constituye, reconoce, transmite, modifica ni extingue el dominio de la finca a que dicho documento se refiere y, en consecuencia no es inscribible. En efecto, si se examina detalladamente las resoluciones judiciales presentadas, de las mismas resulta que, en base a un previo acuerdo de las partes demandante y demandada, el Tribunal, en lo que ahora interesa, ordena lo siguiente: que «2. La demandada transmita al demandado, dentro de los 14 días desde la liberación de la hipoteca, todo su patrimonio legal y derechos de usufructo sobre la propiedad sita en (…), Alicante, España». Por tanto es claro que se trata de una sentencia de condena, no de carácter declarativo o constitutivo, previo acuerdo de las partes, y pendiente de formalización posterior, previo cumplimiento de la condición de la previa liberación de la carga hipotecaria que pesa sobre la finca, a partir de cuyo momento comenzará el plazo fijado para cumplir el acuerdo/orden de transmitir la propiedad cuestionada. En este sentido, como ha precisado este Centro Directivo, a diferencia de las sentencias declarativas o constitutivas, las sentencias de condena, incluyendo las de otros tipos que contenga también pronunciamientos de condena, requieren para su eficacia plena, y por tanto para su acceso registral, la tramitación del correspondiente proceso de ejecución. Como puso de manifiesto la Resolución de 4 de mayo de 2010, cuando la sentencia es de condena no dineraria, como en el presente caso en que impone una obligación de hacer, consistente en emitir una determinada declaración de voluntad negocial, no es aquélla el título directamente inscribible en el Registro, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo. En este caso la sentencia no es presupuesto directo de su inscripción, sino de la legitimación del juez para proceder, en ejercicio de su potestad jurisdiccional –que se extiende no sólo a la de juzgar sino también a hacer ejecutar lo juzgado (*cfr.* artículos 117.3 de la Constitución Española, 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)–, a su ejecución específica, supliendo la inactividad o resistencia del condenado.

Tampoco abona la tesis del recurrente la invocación que hace a la Resolución de este Centro Directivo de 27 de julio de 2012, de la que tan sólo se fija en el dato de que estimó el recurso (frente a una calificación que señaló como único defecto la falta de legitimación notarial de la firma de una instancia complementaria). Antes bien dicha Resolución avala la tesis contraria, como ya ha quedado expuesto, que

Revista Derecho Familia 61.indb 264 04/02/14 11:56

precisamente para evitar interpretaciones equivocadas señaló expresamente que «la nota de calificación, sin embargo, no hace referencia alguna a la idoneidad del documento presentado para producir efectos en España como tampoco hace referencia al contenido real del mismo, por lo que este Centro Directivo no puede hacer pronunciamiento alguno al respecto dada la limitación objetiva de este procedimiento (*cfr.* artículo 326 de la Ley Hipotecaria)».

9. Finalmente, la tercera cuestión objeto de controversia es relativa a la identificación de la finca, que la calificación recurrida considera insuficiente y necesitada de complemento. En concreto, la descripción que figura en el título es la siguiente: finca «sita en (…), Alicante, España».

El recurrente opone a ello que en la sentencia se relacionan todas las propiedades del matrimonio, y que se acompaña copia simple de la escritura de adquisición de la finca. Ninguna de estas alegaciones puede prosperar, por lo que el defecto debe ser confirmado. La descripción de la finca que se contiene en la resolución judicial que se pretende inscribir omite datos esenciales como la superficie, linderos, número de plantas o su destino a vivienda, así como el número de orden que le corresponde en la propiedad horizontal en cuyo régimen se encuentra integrada. Siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral –de folio real–, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (*cfr.* artículos 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la Ley Hipotecaria y 44 y 51.6 del Reglamento Hipotecario), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. Por ello, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (*cfr.* Resoluciones de 2 de septiembre de 1991, 29 de diciembre de 1992, 21 de junio de 2004 y 10 y 14 de junio de 2010 y 1 de abril de 2013, entre otras), para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que éstos queden suficientemente individualizados e identificados (*cfr.* artículos 9.1 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51, reglas 1ª a 4ª, del Reglamento Hipotecario). En suma, como afirmó la Resolución de 7 de enero de 1994, «el principio de especialidad y la concreta regulación legal en esta materia (artículos 9 y 30 Ley Hipotecaria y 51 Reglamento Hipotecario) exigen la descripción de la finca en el título que pretenda el acceso al Registro de la Propiedad como medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales y el desenvolvimiento de la institución registral». Esta exigencia no puede entenderse cumplida respecto de aquellos títulos en que aparece omitida en la descripción literaria de la finca varios de los datos más determinantes de su concreta identificación como son, entre otros, sus linderos, superficie y número de plantas, omisión en la que ha incurrido el título calificado.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación recurrida, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

Revista Derecho Familia 61.indb 265 04/02/14 11:56

Revista Derecho Familia 61.indb 266 04/02/14 11:56

Revista de

Derecho de Familia

SECCIÓN PRÁCTICA

Revista Derecho Familia 61.indb 267 04/02/14 11:56

PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

No quiere el legislador que el inventario de la sociedad de gananciales se haga sin un respaldo probatorio y por ello exige que el cónyuge que solicite la formación de inventario presente junto con su solicitud los documentos que acrediten que cada uno de los bienes que aparecen en el activo o de las deudas del pasivo pertenecen realmente a la sociedad de gananciales. Sin embargo, llama la atención que no establezca previsión alguna para la presentación de documentos por el demandado cuando quiere incluir o excluir algún bien o deuda.

Evidentemente habrá casos en los que un cónyuge no disponga de documentación respecto a un bien o a una deuda, pero ello no puede convertirse en un obstáculo insalvable para incluir partidas del activo o del pasivo, lo único que sucederá es que, en caso de oposición del otro cónyuge, será necesario desplegar la actividad probatoria pertinente para acreditar, utilizando los medios de prueba admisibles en derecho, la certeza de las partidas que se incluyen en la propuesta de inventario.

Aún cuando existan documentos que acreditan la titularidad de los bienes, puede suceder que no estén en poder del cónyuge que solicita la formación de inventario. En este caso, si no se hizo uso de las diligencias preliminares, podría cuestionarse si el solicitante puede hacer uso de los previsto en el artículo 328.1 de la Lec («Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba») y requerir al demandado para que aporte la documentación oportuna. Ninguna previsión encontramos en sede del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales.

Ahora bien la cuestión que nos planteamos es si la no presentación de los documentos con la solicitud de formación de inventario impedirá que posteriormente pueda aportarlos en el supuesto de que se formule oposición al inventario.

Habiendo previsto el legislador expresamente que con la solicitud deben presentarse los documentos que respaldan las distintas partidas, podría entenderse que es de aplicación lo establecido en el artículo 269 de la Lec («Cuando con la demanda, la contestación o, en su caso, en la audiencia previa al juicio, no se presentara alguno de los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes que, según los preceptos de esta Ley, han de aportarse en esos momentos o no se designara el lugar en que el documento se encuentre, si no se dispusiese de él, no podrá ya la parte presentar el documento posteriormente, ni solicitar que se traiga a los autos, excepto en los casos previstos en el artículo siguiente»). Son partidarios de este criterio la **AP de Vizcaya, Sec. 4ª, que en su Sentencia de 1 de junio de 2009** razonó que «No es admisible pretender la aportación extemporánea de unas facturas como así nos manifestamos en nuestro Auto de 26 de noviembre de 2.008, en el sentido, sucintamente, de considerar que el artículo 808 de la Lec exige que a la solicitud inicial se acompañen los

Revista Derecho Familia 61.indb 269 04/02/14 11:56

documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta, sin que se aportase en la diligencia de inventario ninguna documentación, por lo que la pretensión de aportación a posteriori, en la vista del juicio verbal, es extemporánea y generó indefensión a la contraparte que se vio privada de haber podido preparar su oposición» y la **AP de Pontevedra, Sec. 1ª, que en su Sentencia de 10 de septiembre de 2009** indicó lo siguiente: «Es con la solicitud de inventario con la que debe presentarse una propuesta de las partidas que deban incluirse en el inventario, así como los documentos que las justifiquen, lo que nos lleva también en términos de aportación documental a relacionar el precepto con los artículos 264 y 265 Lec, debiendo aportarse por lo tanto con la propia solicitud, no a posteriori, de forma que únicamente cabe la aportación ulterior de documentación en los supuestos excepcionales del artículo 270 Lec».

Sin embargo, el criterio dominante entre los juzgados y tribunales es admitir la posibilidad de que tanto el solicitante de la liquidación como la parte demandada puedan aportar en la vista del juicio verbal del inventario los documentos que apoyen sus pretensiones. La razón de ello es que no estamos ante un procedimiento que se haya iniciado mediante demanda, toda vez que lo que el legislador ha impuesto para el inicio de la liquidación es solo una mera petición de formación de inventario sin fundamentación jurídica alguna, no imponiendo al demandado tampoco la obligación de formular una contestación. Por otro lado, también debe recordarse que en el artículo 808 de la Lec no se establece ningún tipo de sanción por la falta de presentación de los documentos. Además, la controversia se vuelve contenciosa cuando el cónyuge demandado se opone a la inclusión de algún bien o pretende añadir otros y el cónyuge solicitante no está conforme con ello, y es en ese preciso instante cuando se aplican las normas procesales de los procedimientos declarativos, concretamente las del juicio verbal, y es al comienzo de la vista cuando deben razonar por qué se oponen (en la diligencia de inventario solo tienen que posicionarse sobre las distintas partidas, pero no razonar jurídicamente su posición), y correlativamente será en la fase de prueba cuando deben proponer todas las que a su derecho convengan. La **AP Cáceres, Sec.1ª, en su Sentencia de 6 de mayo de 2004**, declaró la nulidad de lo actuado al haberse denegado la prueba documental propuesta en la vista del juicio de formación de inventario de la sociedad de gananciales en base a que debió presentarse con la demanda, ya que el procedimiento para la formación de inventario no se inicia con demanda. Igualmente, si celebrada la vista se sobrepasó el plazo de 20 días, la segunda vista es autónoma de la anterior y nuevamente pueden proponerse pruebas. La **AP de Valencia, Sec. 10ª, en su Sentencia de 26 de septiembre de 2011** concluye que debe interpretarse con cierta flexibilidad la exigencia establecida en el artículo 808 Lec en cuanto a la presentación de los documentos junto con la solicitud de inventario pues esta no constituye una propia demanda y por tanto no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 265 Lec, «En consecuencia, consideramos que pueden presentarse los documentos por las partes también en el acto del juicio, una vez suscitada la controversia». La **AP de Jaén, Sec. 3ª, en su Auto de 3 de diciembre de 2010** también declaró la nulidad de lo actuado por la no admisión en el acto del juicio de prueba documental. Por último, la **AP de A Coruña, Sec. 3ª, en su Sentencia de 13 de junio de 2012** se pronuncia en el siguiente sentido: «Respecto a la primera cuestión, la falta de presentación de documentos indispensables con la solicitud de formación de inventario que según la apelante, le causó indefensión, ha de ponerse de relieve que es discutible que la solicitud de inventario tenga, desde el punto de vista procesal, naturaleza de verdadera demanda y, por tanto, que le sean aplicables todos los requisitos de ésta».

Revista Derecho Familia 61.indb 270 04/02/14 11:56

CASOS PRÁCTICOS

I. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

En la diligencia de inventario se incluyó en el activo una vivienda de protección oficial en régimen de propiedad diferida, surgiendo en la fase de liquidación la controversia en cuanto a qué valor debe darse al inmueble.

Teniendo en cuenta que la titular del inmueble es el organismo público hasta tanto se otorgue la correspondiente escritura, a los efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales no puede contabilizarse el valor de la vivienda sino el valor asignado a los derechos que correspondan a la sociedad de gananciales. Como es obvio, el proceso de liquidación no es el idóneo para determinar si se han cumplido los presupuestos administrativos que posibilitan el acceso a la propiedad por parte de los cónyuges.

II. EJECUCION DE SENTENCIA

Instada demanda de ejecución reclamando el pago de las pensiones alimenticias no abonadas por el padre desde que se dictó el auto de medidas provisionales, éste se opone a la ejecución alegando que la madre incumplió su obligación de designar una cuenta corriente para el ingreso de las pensiones. ¿Puede estimarse esta causa de oposición?

No. Establecida en la resolución judicial la obligación de pago, correspondía al deudor acreditar la extinción de la obligación, no pudiendo olvidarse que entre los medios de extinción de las obligaciones previstos en el artículo 1.156 del Código Civil, se encuentra la consignación, por lo que el padre pudo consignar en forma el importe de las pensiones alimenticias.

III. GASTOS EXTRAORDINARIOS

Tras la reclamación de gastos extraordinarios de carácter médico, el padre se opone alegando que no tuvo conocimiento de la enfermedad del hijo pues nada se le comunicó en tal sentido por la madre, por lo que nada debe pagar. Con carácter subsidiario solicitó que no se le impusieran las costas de la ejecución ¿Puede estimarse algunas de las pretensiones del padre?

Entendemos que no, pues no informar al padre de la existencia de un gasto extraordinario de carácter médico no le libera de la obligación de su participación en el pago, además, tras recibir la demanda ejecutiva ha conocido de su existencia al acompañarse copia de la prescripción médica y la factura que acredita su importe. El padre puede efectuar su protesta de la tardía notificación de los gastos, ya que pudo haberlos satisfecho sin necesidad de acudir al proceso de ejecución, pero una vez conocidos debió mostrar su conformidad y abonarlos solicitando la no imposición de costas. Sin embargo, prefirió oponerse al pago sin abonar cantidad alguna, por lo que desestimada la causa de oposición es procedente la imposición de las costas.

IV. CUESTIONES PROCESALES

Finalizada la práctica de las pruebas en la segunda sesión del juicio, el Juez declaró los autos conclusos para Sentencia sin dar el trámite de conclusiones ¿Puede pedirse la nulidad por la omisión de dicho trámite?

Las peticiones de nulidad se analizan por los tribunales con un criterio altamente restringido, siendo preciso para declararla que se haya prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley o se hayan omitido los principios de audiencia, asistencia o defensa generadores de una efectiva indefensión, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial que declara que aquella pretensión de nulidad exige una razonable proporcio-

Revista Derecho Familia 61.indb 271 04/02/14 11:56

nalidad entre el grado de importancia del defecto procesal y las consecuencias que se dé a dicho defecto. Aunque el trámite de conclusiones está previsto en el artículo 753.2 para la vista del juicio verbal en estos procesos y la comparecencia a que se refiere el artículo 771; el criterio jurisprudencial es que dicho trámite (conclusión concisa sobre los hechos controvertidos con breve resumen de las pruebas) es directamente subsanable mediante la oportunidad argumental que supone el recurso de apelación de conformidad con el artículo 465.3 de la Lec.

V. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Constante el matrimonio, los cónyuges avalaron un préstamo que solicitaron los padres de la esposa. En el momento de formalizar el inventario, la esposa solicita que dicho aval figure en el pasivo de la sociedad, a lo que se opone el esposo ¿A quién debe darse la razón?

En el pasivo solo pueden incluirse deudas líquidas, vencidas y exigibles, por lo que el aval suscrito por los cónyuges no puede figurar en el pasivo. Si finalmente llega a realizarse porque los prestatarios no cumplan la obligación de pago, la esposa podrá instar una adición a la liquidación a fin de que se considere como ganancial la deuda.

VI. CUESTIONES PROCESALES

¿Puede admitirse a trámite una petición de medidas provisionales previas antes de instar la demanda de modificación de medidas?

No. El artículo 775.3 de la Lec prevé que las medidas de carácter previo pueden solicitarse en la demanda o en la contestación. Es decir, no cabe la admisión de unas medidas previas sin presentar de forma coetánea la demanda por lo que esta solicitud debe ser rechazada ad *limine litis*.

VII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

En el convenio regulador del divorcio pactaron los cónyuges que pagarían por mitad las cuotas del préstamo hipotecario. No habiendo abonado el esposo la parte que le correspondía, la esposa va a presentar una demanda de juicio verbal para reclamar la deuda. Teniendo en cuenta que el régimen vigente era el de separación de bienes, le surge la duda de si la demanda debe presentarla ante un juzgado de Primera Instancia ordinario o ante el Juzgado de Familia que conoció del divorcio.

Como los cónyuges, voluntariamente, incluyeron el pago de la hipoteca en el convenio regulador, tras su aprobación judicial, teniendo en cuenta que la causa de pedir se encuentra en el convenio regulador aprobado judicialmente, ello determina que la competencia para conocer sobre la pretensión ejercitada corresponda al juzgado de familia, bastando además con presentar una demanda de ejecución.

VIII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La madre ha presentado una demanda de ejecución de sentencia con la finalidad de que se autorice el cambio de centro escolar de la menor por haber cambiado de domicilio. ¿Puede tramitarse dicha petición por vía de ejecución de Sentencia?

La pretensión deducida sobre el cambio del centro escolar de la hija común se ha planteado erróneamente por el cauce de un proceso de ejecución cuando la Sentencia no contiene en su parte dispositiva pronunciamiento alguno al respecto, sino tan sólo la declaración del ejercicio conjunto de la patria. Por tanto, esta petición deberá instarse por los trámites establecidos en el artículo 156 del CC previsto para la resolución de las controversias en el ejercicio conjunto de la patria potestad.

IX. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Vigente la sociedad de gananciales, el esposo concertó un contrato de arrendamiento de un inmueble ganancial por un tiempo máximo de cinco años. Con el importe de la renta se atendieron los vencimientos del préstamo hipotecario que gravaba dicho inmueble. Tras dictarse la sentencia de divorcio, la esposa presentó demanda pidiendo la nulidad del contrato de arrendamiento pues estaba interesada en ocupar la vivienda. ¿Puede estimarse la demanda?

Entendemos que no dado que la esposa tuvo perfecto conocimiento del arrendamiento y

Revista Derecho Familia 61.indb 272 04/02/14 11:56

consta que las rentas se invirtieron para el pago del préstamo hipotecario, considerándose además como un acto de administración pues se concertó por tiempo inferior a seis años.

X. CUESTIONES PROCESALES

Estando en trámite un procedimiento de modificación de medidas, se solicita por la madre por vía del artículo 158 del CC que se le atribuya la custodia de los hijos, petición que es rechazada por el Juez, al entender que la cuestión objeto de esta petición constituye la base del procedimiento de modificación y no consta la existencia de peligro inminente para los menores. La madre entiende que no puede rechazarse una petición de medidas urgentes de protección y que deben adoptarse desde el momento en que existan indicios sobre la producción de perjuicios graves a los menores ¿Es viable procesalmente la petición de la madre?

Las denominadas medidas cautelares, tutelares o de protección urgentes de los menores en situación de riesgo previstas en el artículo 158-2 del CC sólo pueden llegar a tener sustantividad propia cuando no existe un proceso declarativo en el orden civil o un proceso penal en curso porque, en otro caso, estando en trámite un procedimiento declarativo, es en el seno de éste en el que, con la debida contradicción, y analizando y ponderando todos los datos y el material probatorio en su conjunto, se habrá de efectuar el debido enjuiciamiento de la situación, a fin de adoptar la decisión más procedente para salvaguardar el interés de los menores de edad. Por tanto, salvo que se acredite un inminente peligro para la integridad física o psíquica de los menores, habrá que seguir las normas procesales ordinarias para la modificación de las medidas que se adoptaron en un anterior procedimiento.

XI. GASTOS EXTRAORDINARIOS

Dos años antes de que se produjese la separación, los hijos pasaban un mes de verano en el extranjero perfeccionando idiomas. Tras dictarse sentencia de divorcio en el mes de enero de 2013, la madre reclama al padre el 50% de los gastos de estancia de los hijos en el extranjero en el mes de julio de 2013, a lo que se opone el padre alegando que no se le informó de que los hijos se marcharían al extranjero en el verano y que expresamente se opone a dicho gasto, ya que acuden a un colegio bilingüe y es innecesario. ¿Puede estimarse la pretensión de la madre?

Si con anterioridad al divorcio, cada año los hijos han seguido cursos de idiomas en el extranjero con el conocimiento y sin oposición del padre, cabe entender que, a falta de oposición expresa, es una actividad consentida desde tiempo atrás, por lo que ambos progenitores deben contribuir a su pago en un 50%. Solo en el caso de que la economía del padre haya mermado sustancialmente podría valorarse la procedencia del gasto.

XII. PENSIÓN ALIMENTICIA

El hijo mayor quiere realizar el curso de piloto de aviación, y la madre, con quién convive, solicita que se fije una pensión alimenticia a cargo del padre con la que pueda asumir el coste de estos estudios. El padre se opone a ello debido al elevado coste que supone. ¿Debe estimarse la pretensión de la madre?

Las especiales características del curso de piloto de aviación, fuera de lo común, hace que sólo deba ser asumido su coste si media el consentimiento del progenitor, y en este caso existe su oposición expresa por lo que la pensión no podrá tener en cuenta como necesidades del hijo el realizar el curso de piloto.

XIII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

La esposa ha presentado una demanda de ejecución reclamando el pago de las pensiones compensatorias que no abonó el esposo. Este se opone a la demanda alegando que es incompatible que la esposa haya apelado la sentencia pidiendo una pensión compensatoria más elevada y que al mismo tiempo inicie la ejecución de la pensión compensatoria. ¿Existe algún obstáculo procesal para pedir la ejecución cuando se ha apelado la sentencia?

El criterio imperante en los juzgados y tribunales es que las medidas adoptadas en una sentencia de divorcio son ejecutables y exigibles desde el mismo momento en que se dicta la sentencia que las adopta, y lo son con independencia de que se recurra o no la sentencia.

Revista Derecho Familia 61.indb 273 04/02/14 11:56

XIV. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Aunque el matrimonio tuvo una escasa duración, teniendo en cuenta que la esposa era la única que trabajaba, en el trámite de formación de inventario pretende incluir en el activo un crédito de la sociedad frente al esposo por los gastos generados por matriculación y adquisición de material para cursar la licenciatura de derecho ¿Procede reconocer dicho crédito?

El dinero común que se ha gastado en la adquisición académica de nuevos conocimientos por parte de uno de los cónyuges, no puede a su disolución independizarse de otros desembolsos o atenciones ordinarias de sus miembros, acordes con su personalidad y la posición de la familia, para erigirse en crédito de la sociedad.

XV. PATRIA POTESTAD

Como ambos progenitores no se ponían de acuerdo en cuanto a la realización de actividades extraescolares de los hijos, por vía del artículo 156 del CC el Juez acordó atribuir a la madre el ejercicio exclusivo en materia de educación. ¿Es ajustada a derecho dicha decisión?

Entendemos que no, dado que si no constan reiterados desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad no puede atribuirse el ejercicio exclusivo a la madre para decidir sobre todos los temas educacionales.

XVI. PENSIÓN COMENSATORIA

La esposa ha estado en rebeldía durante el curso del procedimiento y tras notificársele la sentencia, ha interpuesto un recurso de apelación en el que solicita la fijación de una pensión compensatoria. ¿Puede atenderse a esta petición?

Habiendo precluido la posibilidad de pedir la pensión compensatoria, no puede aprovechar el recurso de apelación para solicitar un derecho que debió interesar formulando reconvención a la demanda principal en tiempo y forma.

XVII. FILIACIÓN

En el curso del procedimiento de divorcio, la esposa alegó que el demandado no era el padre biológico del menor. De forma privada se hicieron unas pruebas biológicas que confirmaron su no paternidad. Tras la aportación de dicho documento al proceso, no se fijó ninguna medida paterno filial en relación con el demandado. Trascurrido casi dos años desde que se obtuvieron los resultados de la prueba biológica quien ha venido figurando como padre ha interpuesto contra la que fue su esposa una demanda reclamándole 50.000 euros por el perjuicio causado. La demandada ha alegado la prescripción de la acción. ¿Puede estimarse esta excepción?

Efectivamente, teniendo en cuenta que el actor está ejercitando una acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, ha transcurrido un año desde que tuvo conocimiento de que no era el padre.

XVIII. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

En la fase de formación de inventario de la sociedad de gananciales, el esposo pretende que se incluya en el pasivo un crédito a su favor por el importe actualizado de una indemnización que percibió por un accidente de trafico, acreditando dicho extremo con un recibo de la entidad aseguradora en el que consta el pago. La esposa se opone al reconocimiento del crédito al no haberse probado que se invirtió en atender cargas de la sociedad de gananciales. ¿Qué solución jurídica tiene la cuestión?

El mero recibo de una entidad aseguradora en el que consta el pago al esposo de una indemnización por un accidente de tráfico no puede ser base para incluir una partida de pasivo pues no se ha acreditado que se destinase a atender las cargas del matrimonio, debiendo haber probado el esposo que se ingresó en una cuenta ganancial y que en ella se cargaban los gastos generales de la familia.

XIX. CUESTIONES PROCESALES

En el procedimiento de oposición al desamparo, tras designarse procurador y abogado del turno de oficio al padre biológico, se celebró el juicio al que no asistió éste por encontrarse ingresado en prisión, aunque sí los

Revista Derecho Familia 61.indb 274 04/02/14 11:56

profesionales designados del turno de oficio. Ni la entidad pública ni el Ministerio Fiscal interesaron su interrogatorio. Con ocasión de interponer el recurso de apelación contra la sentencia que confirma la declaración de desamparo, solicita que se declare la nulidad de actuaciones por no haber podido comparecer al juicio, a pesar de que tanto la entidad pública como el juzgado conocían su situación penitenciaria. ¿Debe declararse la nulidad de actuaciones?

Entendemos que no, ya que el hecho de que el padre biológico no hubiese comparecido personalmente al juicio no es causa para declarar la nulidad de actuaciones pues asistió su procurador y su abogado. Además, ni la entidad pública ni el Ministerio Fiscal interesaron su interrogatorio, por lo que no se aplicó lo establecido en el artículo 304 de la Lec.

XX. CUESTIONES PROCESALES

La hija mayor de edad ha interpuesto un procedimiento de alimentos frente a su padre solicitando que además de fijarse una pensión alimenticia se le atribuya el uso de un inmueble propiedad de éste ¿Puede acogerse dicha pretensión?

No, ya que carece de cobertura legal. En el procedimiento de alimentos interpuesto por la hija contra el padre no puede acordarse la atribución del uso de la vivienda familiar como complemento de la pensión alimenticia, pues esta atribución en especie no se regula en los artículos 142 y siguiente, salvo que, lógicamente, exista un ofrecimiento por el padre.

XXI. VIVIENDA FAMILIAR

El padre solicita que se le atribuya a él el uso de la vivienda familiar que además es de su exclusiva propiedad, alegando que es en ese inmueble donde vienen a pernoctar los hijos de un anterior matrimonio para el desarrollo del régimen de visitas. ¿Influye esta alegación en el momento de atribuir el uso de la vivienda familiar?

No puede ser motivo para denegar el uso de la vivienda al hijo, el hecho de que se diga que en dicha vivienda el demandado cumple el régimen de visitas y estancias con otro hijo que tiene de su relación anterior. A la hora de determinar la preferencia en la atribución (de un domicilio entre dos personas cuya convivencia se rompe) el Código Civil tiene en cuenta como principal factor determinante si existe un hijo menor de la pareja cuyo cese de vida en común se disciplina en la sentencia de separación o divorcio. Ese es el interés a salvaguardar y no las condiciones en que pueda cumplir o no el padre otro régimen de visitas que para nada afecta a la cuestión que se está discutiendo ni se regula en el presente procedimiento.

XXII. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Debido a la demora en la tramitación del procedimiento de divorcio, la esposa solicita que se incluya en el inventario de la sociedad de gananciales un crédito frente al esposo por el importe de los salarios que percibió desde que se interpuso la demanda de divorcio hasta que se dictó la sentencia. El esposo considera que no debe reconocerse ningún crédito puesto que sus ingresos se destinaron a atender las cargas de la sociedad de gananciales y además que en la cuenta bancaria donde se ingresaba la nómina no existe saldo alguno. ¿Podrá prosperar la petición de la esposa?

Es cierto que vigente el matrimonio, tienen el carácter de bienes gananciales conforme al artículo 1347.1 del Código Civil los ingresos de los cónyuges, pero realmente no consta que dichas cantidades cobradas como salarios existan en la actualidad, pudiendo haber sido destinados perfectamente a atender gastos de la sociedad de gananciales, por lo que no procederá incluir crédito alguno en el activo.

Revista Derecho Familia 61.indb 275 04/02/14 11:56

Revista de

Derecho de Familia

TRIBUNA ABIERTA

Revista Derecho Familia 61.indb 277 04/02/14 11:56

PATRIA POTESTAD Y LIBERTAD RELIGIOSA DEL MENOR DE EDAD

Aurelia María Romero Coloma
Doctora en Derecho. Abogada

El derecho a la libertad religiosa, consagrado en el artículo 16 de la Constitución, y, en concreto, su ejercicio, puede generar problemas y dudas en relación con los menores de edad y en el marco de las relaciones familiares. Hay que tener en cuenta que los hijos menores de edad están sometidos a la patria potestad de sus progenitores, entendida esta institución como una función tuitiva y que ha de ejercerse, siempre y en todo caso, en beneficio, interés o bienestar de aquéllos, ya que el principio del «favor filii» debe estar presente en todas las actuaciones y medidas desarrolladas en el marco del Derecho de Familia. Obviamente, pueden plantearse problemas de gran calado jurídico en aquellos supuestos en los que los progenitores desean educar a su prole en ideologías religiosas que no respetan la dignidad del menor, ni su libertad, ni, en consecuencia, el libre desarrollo de su personalidad, ya que, aunque el menor carezca de capacidad de obrar, sí goza, como toda persona, de capacidad jurídica y, además, a partir de los doce años de edad, al menos, va a ser considerado capaz para ser oído en las audiencias ante el Juzgado o Tribunal que esté conociendo de la separación o el divorcio de sus progenitores, por lo que a esa edad citada ya se le empieza a considerar una persona con cierta capacidad para decidir por sí misma. Al ser la patria potestad una función, en la actualidad, de carácter tuitivo, es evidente que los progenitores tienen el derecho de educar a sus hijos de conformidad con sus creencias religiosas, pero, lógicamente, siempre que esas creencias e ideología religiosas respeten la libertad de la persona, el libre desarrollo de su personalidad, que, en el caso de menores de edad, está en formación e iniciándose y desarrollándose progresivamente, y, en definitiva, su dignidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de nuestra Constitución. Cuando, en el ámbito de las relaciones familiares, los progenitores no respetan estos fundamentales derechos del menor, es evidente que se produce un ejercicio inadecuado de las funciones integradoras de la patria potestad.

El artículo 16.1 de nuestra Constitución, en el marco del Capítulo Segundo, «Derechos y libertades», del Texto Constitucional, garantiza «la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

Este precepto parece, en una primera aproximación, identificar los conceptos de «ideología», y «religión» o «creencias», si bien este vocablo se matiza, a su vez, en el párrafo 3º del mencionado precepto constitucional ya con otra dimensión, añadiendo el calificativo de «religiosas» a las creencias.

Revista Derecho Familia 61.indb 279 04/02/14 11:56

El derecho a la libertad religiosa, en cuanto derecho subjetivo, se debe concretar, por una parte, en aquella autodeterminación religiosa garantizada por la inmunidad de coacción que empece toda compulsión por parte de los poderes públicos al efecto de asumir o compartir una determinada creencia religiosa, como también de repudiarla y abandonarla o abjurar de la misma.

En cuanto al aspecto puramente objetivo, la libertad religiosa goza de la protección específica que le brinda el artículo 16.2 de la Constitución, conforme al cual ninguna persona podrá ser obligada a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Es ésta la faceta interna de este derecho fundamental.

El menor, por el solo hecho de ser persona está revestido de capacidad jurídica y, en consecuencia, es titular de derechos y libertades fundamentales. La Ley de Protección Jurídica del Menor, efectivamente, contiene un elenco de derechos y libertades fundamentales que, a su vez, fueron reconocidos por nuestra Constitución. La propia Ley señala que «los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución…».

Un derecho, básico, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, como lo es nuestro país en la actualidad, es, precisamente, el derecho de libertad de conciencia, reconocido expresamente en el artículo 6.1 de la citada Ley del Menor: «El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y de religión». Este precepto están en armonía con la Convención de los Derechos del Niño, que reconoce, en el mismo sentido expresado, el derecho a la libertad de conciencia, estableciendo el artículo 14.1 que «los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión».

Lógicamente, del derecho a la libertad de conciencia se infiere, de forma previa, el de libre formación de la conciencia.

Es sabido que la minoría de edad no es una causa de incapacitación, sino meramente una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar fundada en circunstancias subjetivas de la persona. El menor de edad no es un incapaz, sino que tiene una capacidad obrar limitada, pero esta limitación está pensada para su protección, ya que se trata de una medida que tiende a evitar que pueda llevar a cabo actos que pudieran resultarle dañosos o perjudiciales. Efectivamente, la Ley de Protección del Menor confirma el criterio de la doctrina, al considerar a éste como una persona dotada de capacidad, pero esa capacidad es evolutiva, es decir, poco a poco, progresivamente, irá adquiriendo las condiciones de madurez que precisa para lograr, finalmente, obtener la mayoría de edad.

El menor, en la legislación actual, no es un incapaz y ello por varias razones: 1ª entre las causas de incapacitación del artículo 200 del Código Civil, no encontramos la minoría de edad;

2ª la supresión del párrafo 2º del artículo 32 del Código Civil, en el que se configuraba la minoría de edad como una de las causas de incapacidad;

3ª en el sistema actual de incapacitación diseñado por nuestro Código Civil, es necesario que la incapacidad se declare por Sentencia, en función del artículo 199; y

4ª el artículo 201 del Código Civil permite la incapacitación del menor cuando esté incurso en causa de incapacidad y se prevea, razonablemente, que la misma per-

Revista Derecho Familia 61.indb 280 04/02/14 11:56

sistirá después de alcanzada la mayoría de edad. De aquí se deduce que sólo es incapaz el menor de edad cuando así lo declare una Sentencia fundada en la falta de capacidad natural, pero, en este supuesto, la causa de incapacitación es la falta de capacidad natural, pero no la minoría de edad.

No obstante, como ha afirmado Martínez de Aguirre (1), la total correspondencia entre la capacidad natural y la capacidad de obrar, llevada al extremo, implicaría la determinación, caso por caso, de la existencia de dicha capacidad y, como consecuencia, la paralización de la vida jurídica. Es precisamente la minoría de edad uno de los supuestos en los que no se da la correspondencia entre la capacidad natural y la de obrar, ya que el menor carece de capacidad general de obrar, a pesar de que pueda tener capacidad natural. La mayoría de edad vendría a ser un criterio de seguridad jurídica que permitiría, al alcanzarla, presumir iuris tantum que la persona tiene capacidad natural, si bien algún sector doctrinal, como De Castro (2), afirmaba que la edad, por sí misma, dice bien poco sobre la verdadera aptitud de una persona. A mi juicio, la edad y, por lo que respecta al tema que voy a analizar, es un criterio stándard, que, en muchas ocasiones, será válido y eficaz, pero, probablemente, en algunos supuestos, no lo será, si bien, en cualquier caso, es un criterio que sirve para presumir, iuris tantum, que la persona puede realizar, válidamente, los actos y negocios jurídicos.

La mayoría de edad es establecida por nuestra Constitución en el artículo 12, a la edad de dieciocho años. El período de tiempo comprendido entre el nacimiento y la mayoría de edad implica una específica situación del menor respecto a su capacidad de obrar, que, de forma paulatina, se va ampliando hasta llegar a los dieciocho años, fecha que determina el momento en que la persona física asume su plena capacidad. Durante la minoría de edad, el menor tiene capacidad jurídica de forma que es sujeto de derechos y obligaciones, al igual que la persona mayor de edad, pero, para actuar dichos derechos y obligaciones, es necesario el concurso de aquellas personas que tienen potestad sobre el menor, sean el padre y la madre, o el tutor, en su caso, cuando falta la potestad de los progenitores. Pero los titulares de la potestad sobre el menor tienen limitada su actuación, en el sentido de que siempre habrá de ejercerse en interés de éste y de acuerdo con lo establecido en la Ley.

Las decisiones que afecten a los menores han de ser tomadas teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 10 de la Constitución, de forma que las mismas no podrán atentar contra la dignidad de la persona del menor, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás. Estos derechos son fundamento del orden político y de la paz social, es decir, son la base, el fundamento o pilar sobre el que se asiente nuestra sociedad, por lo que bajo ningún pretexto pueden ser eludidos o menoscabados.

En consecuencia, los menores de edad no podrán ser discriminados por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier circunstancia personal o social, en función del artículo 14 de nuestra Constitución. El mandato de no discriminación afecta tanto a los poderes públicos como a los particulares, al ser la Ley aplicable a todos por igual.

El carácter de función que la patria potestad sobre los hijos menores de edad tiene supone una doble vertiente de deber-derecho, porque el derecho se concede exclusi-

Revista Derecho Familia 61.indb 281 04/02/14 11:56

vamente para facilitar el cumplimiento del deber. Este carácter de función de la patria potestad fue una novedad de la Reforma del Derecho de Familia que tuvo lugar en 1.981, y que supuso la transformación de esta institución tuitiva, una vez superada la concepción tradicional como derecho de los progenitores sobre los hijos, pasando, en la actualidad, a ser considerada como una función en interés del menor. El deber que impone la patria potestad a sus titulares, en armonía con el artículo 154 de nuestro Código Civil, consiste en su ejercicio en beneficio del hijo, de acuerdo con su personalidad. De nuevo, el beneficio, o bienestar, del menor está presente en el ámbito del Derecho de Familia. Habría que preguntarse en qué queda el derecho de los progenitores –o tutores, en su caso– frente a sus hijos –o tutelados–. Habría que contestar que es la faceta de derecho la menos importante, al estar subordinada al cumplimiento del deber. Como ha afirmado Miguel Ángel Asensio Sánchez (3), los más interesados en el desarrollo pleno de las capacidades del menor y de su adecuada inserción en el núcleo sociofamiliar son, sin lugar a dudas, sus padres. La institución de la patria potestad, al basarse en el hecho de la generación, da lugar a un entramado de vínculos biológicos y afectivos que otras instituciones de guarda y custodia no producen. En puridad, habría que pensar que la mayor y mejor garantía del desarrollo de la personalidad del hijo es, precisamente, la institución de la patria potestad. En aquellos supuestos en los que los progenitores incumplen los deberes inherentes a su potestad, el Ordenamiento Jurídico reacciona, aplicando mecanismos de corrección, como lo son la intervención de la entidad pública a la que corresponde la protección de los menores, o bien la intervención judicial y, en su caso, la sanción más grave: la pérdida de la patria potestad.

Como ha quedado expuesto, la minoría de edad va a influir, necesariamente, en el ejercicio de los derechos y de las libertades fundamentales, pero no en su titularidad, ya que el menor es titular de todos los derechos y libertades fundamentales consagrados en nuestra Constitución. Por lo tanto, también es titular del derecho a la libertad religiosa que el artículo 16.1 del citado Texto Constitucional establece. Al menor, además, se le reconoce el derecho a la libertad religiosa tanto en la legislación internacional como en la nacional. Pero, lógicamente, la cuestión, que, aparentemente es sencilla, se complica, porque, a un tiempo, se reconoce a los progenitores el derecho a elegir para sus hijos menores la educación religiosa que estimen conveniente. El artículo 154 de nuestro Código Civil impone a los progenitores la obligación de procurar la formación integral de sus hijos, pero de ello no se deduce la obligatoriedad de educarlos en valores o postulados religiosos, por lo que el tema, polémico, se centraría en determinar si entra, dentro del contenido de la patria potestad, la posibilidad de educarlos religiosamente. Un sector doctrinal estimaba que el derecho a educar a los hijos en las propias convicciones religiosas formaría parte del contenido esencial de la patria potestad, no pudiendo el menor elegir, de forma autónoma, una determinada religión, sino que correspondería a los progenitores, titulares de la patria potestad, en cuanto función tuitiva, elegir la educación religiosa que estimen más conveniente y adecuada para sus hijos, y no por esta circunstancia habría que pensar que existiría una violación o transgresión del derecho a la libertad religiosa del menor. En este sentido se posicionaba, Bueno Salinas y Gutiérrez del Moral (4). Pero, enfocado el problema desde otro punto, otros autores, como Cubillas Recio (5), afirmaban que la imposición a los hijos de las creencias religiosas de los progenitores supondría una violación del

Revista Derecho Familia 61.indb 282 04/02/14 11:56

derecho del menor a la libre formación de su conciencia y, en buena lógica, el derecho constitucional del artículo 27.3 de la Constitución no puede implicar un derecho a imponer el propio modelo religioso al hijo.

Hay que tener en cuenta que no existe una fijación, concreta y determinada, para el ejercicio de derecho a la libertad religiosa, lo cual, como es fácilmente observable, crea problemas de inseguridad jurídica, al tener que estarse al caso concreto para determinar la existencia, o no, de la capacidad natural. También es cierto que, en nuestro país, no se han producido muchos conflictos en la práctica, hasta el momento, al menos, entre progenitores y menores de edad relativos a esta cuestión, pero el legislador y, en general, el jurista ha de ser previsor.

No cabe duda que la unidad familiar se configura como la sede primigenia en la que el menor define los rasgos iniciales de su formación ética y moral. Resulta indudable que el menor se convierte en sujeto pasivo de las más trascendentales decisiones de sus progenitores en el ámbito de su educación y formación integral y que éstas van a influir decisivamente en el desarrollo de sus facultades intelectuales y en la configuración de su conciencia. El deber que recae sobre los progenitores de educar y formar a sus hijos, que está previsto en la propia Constitución en su artículo 39.3, se complementa con el derecho que les asiste para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones –según el artículo 27.3 de la Constitución–, derecho que les confiere un cierto grado de autonomía y que impone un deber de abstención por parte de los poderes públicos en el mencionado ámbito. En este sentido se pronunciaba Tomás y Valiente, en la Sentencia 5/1.981, al afirmar que «este derecho de los padres se proyecta directa y preferentemente sobre el ámbito de la educación más que sobre el de la enseñanza, entendida ésta como la transmisión de conocimientos científicos y aquella como la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes con una determinada ideología», si bien este jurista admitía, de forma abierta, que a nadie se le ocultaba la dificultad para distinguir lo que constituye enseñanza y lo que es educación.

Llegados a este punto, conviene recordar cuáles son el conjunto de manifestaciones integrantes del contenido de la libertad religiosa, siempre, lógicamente, en armonía con el artículo 16 de nuestra Constitución: 1ª profesar las creencias religiosas que libremente elija, o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que se tuviera; manifestar libremente sus propias creencias religiosas, o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre éstas. Esta última cuestión, es decir, la abstención, está en armonía con lo preceptuado en el artículo 16.2 de nuestra Constitución, al expresar que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias»;

2ª practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales, recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales;

3ª recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir, para sí, y para los menores no emancipados, e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del

Revista Derecho Familia 61.indb 283 04/02/14 11:56

ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Esta manifestación del derecho a la libertad religiosa entronca con el derecho que los progenitores tienen de elección de la educación religiosa y moral que sea acorde con sus convicciones. Pero, cuando los progenitores, o uno de ellos, es adicto, por ejemplo, a una secta e intenta que sus hijos sigan esos mismos pasos en cuestión religiosa, ideológica o de culto, hay que velar por el interés de esos menores, ya que, evidentemente, es fácil, que puedan seguírseles perjuicios importantes y ello a edades aún tempranas de su vida, en las que todavía no son capaces de discernir qué es lo que les conviene, ni de tomar decisiones serias por sí mismos, lo cual es muy grave;

4ª reunirse o manifestarse públicamente, con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas, de conformidad con el Ordenamiento Jurídico.

De todo ello, en relación con el menor, se deduce que, en principio, los progenitores gozan del derecho a que sus hijos sean educados en un régimen de vida y en una disciplina religiosa afín a las propias convicciones de aquéllos. Pero, obviamente, ese derecho ha de venir matizado, en el sentido de que la proyección sobre el menor de convicciones ideológicas concretas debe tener su límite infranqueable en la protección del propio interés de éste sobre el que se ejerce la patria potestad, con la finalidad de asegurar el desarrollo armonioso de su propia personalidad, evitando, de este modo, injerencias paternas abusivas. Es en este ineludible aspecto en el sentido que hay que entender que la pretensión de autonomía familiar no puede soslayar la existencia de principios inmanentes a la ordenación de la convivencia incorporados al Ordenamiento Jurídico al más alto rango, en sede constitucional, como lo son la libertad, la igualdad, la dignidad, el valor de la persona o el mismo catálogo de derechos fundamentales, como ha subrayado Verónica Puente Alcubilla (6), debiendo el Estado tutelar los derechos de las personas cuando se ven amenazados en el seno de la familia, y muy en especial los derechos de los menores de edad, al ser éstos aún sujetos que no han alcanzado la suficiente madurez.

Hay que recordar, de nuevo, que las relaciones jurídicas entre progenitores e hijos están regidas por la patria potestad. La autonomía de los padres en el ejercicio de esta función tuitiva ha de estar limitada, necesariamente, por el principio, más elevado y trascendental, del interés del menor y por su estricto beneficio –o bienestar, concepto éste que es más adecuado emplear–. Este bien, o principio, que está dotado de superioridad jurídica, se identifica con la prioritaria protección de los derechos del menor cuando éstos entran en conflicto con otros bienes o derechos constitucionalmente reconocidos, según el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha reiterado que las normas internacionales de protección de la infancia y la Ley Orgánica citada constituyen el estatuto jurídico indisponible de los menores dentro del territorio nacional, estatuto, que, según el Alto Tribunal español, es una norma de orden público, de inexcusable observancia para los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores.

Al hilo de lo expuesto, cabe pensar en problemas que puedan, en la práctica, suscitarse en el seno de las relaciones familiares y que, con toda evidencia, pueden gene-

Revista Derecho Familia 61.indb 284 04/02/14 11:56

rar conflictos en el marco del ejercicio de la patria potestad de los progenitores sobre su prole. Éste es el caso, por ejemplo, de progenitores que pertenezcan a un grupo de manipulación mental o psicológica, de manera que los padres, en mayor o menor medida, entreguen a sus hijos a la organización a la que pertenecen, dejando que ésta asuma, de hecho, la tutela de los menores, o que actúe o ejercite, total o parcialmente, el contenido de la patria potestad. En este punto, hay que recordar que la función tuitiva que la patria potestad comporta ha de ejercitarse personalmente, no pudiendo ser objeto de delegación, de modo que una actuación de los progenitores en esta línea implicaría un incumplimiento, por abandono, de los deberes de los padres respecto a sus hijos. La patria potestad es una función irrenunciable y ninguna persona jurídica puede ser titular de la misma y, en consecuencia, aquí vemos ya un límite, infranqueable además, al derecho de los progenitores de inculcar a sus hijos una determinada ideología religiosa. Como ha expresado maría Ysàs Solanes (7), la pertenencia de los progenitores a un grupo de manipulación mental o psicológica puede generar problemas en dos sentidos: respecto de los hijos, porque pueden verse alejados de sus padres y sometidos a la total influencia del grupo religioso, con la colaboración de los propios progenitores; pero también hay que tener en cuenta que, a veces, es uno solo de los progenitores el que decide, de forma unilateral, separar al hijo del ámbito de influencia del otro progenitor y, posiblemente, de la familia y de su entorno. En el primer caso, corresponde a cualquier persona conocedora de esta situación ponerla en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal, o del organismo competente; y, en el segundo supuesto, es el progenitor que no consienta la situación el que debería actuar, tanto por la vía de las discrepancias en el ejercicio de la potestad, ex artículo 156 del Código Civil, como por incumplimiento del progenitor miembro del grupo sectario de las obligaciones que comporta la patria potestad, en armonía con el artículo 170 del Código Civil. Efectivamente, los conflictos de carácter religioso, en el seno de las relaciones familiares, pueden surgir no sólo entre padres e hijos, sino entre los propios progenitores, fundamentalmente en situaciones de crisis del matrimonio. Para la resolución de estos conflictos entre padres e hijos, hay que atender a la efectiva existencia de capacidad natural. Si el menor tiene la suficiente madurez, puede ejercitar, de forma autónoma, su derecho a la libertad religiosa, por lo que procedería únicamente la ponderación de los derechos y libertades fundamentales en juego. Será en aquellos supuestos en los que el menor carece de madurez cuando el conflicto será especialmente virulento. La cuestión radica, en definitiva, en determinar hasta qué punto el derecho de los progenitores a imponer un modelo religioso a sus hijos puede lesionar sus derechos a la libertad religiosa y a la libre formación de la conciencia, teniendo en cuenta que este derecho de los padres aparece consagrado en el artículo 27.3 de nuestra Constitución, configurándose como un derecho atribuido a los progenitores para el cumplimiento de los deberes educacionales inherentes a la patria potestad, que, al participar de la naturaleza de función de esta institución, se ejercería frente al Estado y no frente a los hijos. Este derecho estaría subordinado, evidentemente, al derecho a la educación del menor y a su interés, si bien la dicción de «interés» no es la más correcta ni adecuada, debiendo emplearse, más oportunamente, el concepto de «bienestar», por tener éste un carácter más personalista, y no mercantilista, como el de «interés».

El artículo 154 del Código Civil impone a los progenitores la obligación de procurar una formación integral para su prole, si bien de ello no hay que deducir, nece-

Revista Derecho Familia 61.indb 285 04/02/14 11:56

sariamente, la obligatoriedad de educar a los hijos en valores religiosos, por lo que el problema debatido queda reducido a determinar si entra en el marco del contenido de la patria potestad la posibilidad de otorgarles una formación y educación religiosa. Un sector doctrina estima que el derecho a educar a los hijos en las propias convicciones religiosas forma parte del contenido esencial de la patria potestad, no pudiendo el menor elegir, de forma autónoma, una determinada religión o un ideario religioso en concreto, sino que corresponde a los progenitores, que son los titulares de la patria potestad, sin que, por ello, hay que pretender que exista una violación o transgresión del derecho a la libertad religiosa del menor, tal como ha puesto de relieve Bueno Salinas (8).

Pero otra posición doctrinal estima que la imposición a los hijos de las creencias religiosas de sus progenitores supondría una violación del derecho a la libertad religiosa del hijo y, en concreto, del derecho del menor a la libre formación de su conciencia, por lo que el artículo 27.3 de nuestra Constitución, en armonía con esta tesis, no podría implicar un derecho a imponer el propio modelo religioso al hijo, según Cubillas Recio (9).

A mi juicio, hay que establecer una adecuada conciliación entre los derechos de los progenitores y los derechos de los hijos, en armonía con la Constitución y con el elenco y desarrollo de derechos fundamentales y su garantía y protección jurídicas. De otra forma, estimo que no se podría llegar a resolver este debatido tema. Esa conciliación vendría dada, desde mi punto de vista, por la subordinación de todas las actuaciones de los progenitores al bienestar de los hijos, en función del principio del «favor filii», que es, aquí, directamente e inmediatamente aplicable.

Ana Valero Heredia, sosteniendo una postura muy razonable (10), ha afirmado que los derechos de los padres que incidan en la formación de la conciencia de sus hijos menores de edad están supeditados a que esos derechos contribuyan a garantizar una formación integral de los menores y que resulte acorde con su personalidad. Por ello, no hay que olvidar que la potestad que les corresponde a los padres, en el sentido de elegir la orientación religiosa y el modelo educativo que esté de acuerdo con sus convicciones, debe ser entendida como un derecho instrumental, cuya virtualidad se subordina a su ejercicio dentro de los márgenes de la función propia de la patria potestad y, siempre y en cualquier caso, en función y a favor del bienestar del menor.

Estimo que es en este sentido como hay que entender el artículo 27.3 de nuestra Constitución, es decir, como un derecho objetivo o instrumental de los progenitores, que surge y deriva de un derecho a la educación, cuya titularidad subjetiva corresponde al menor, quedando supeditada la plenitud de su ejercicio al alcance de la propia madurez del menor. Siguiendo esta línea orientativa, el artículo 27.3 no se configuraría como un derecho subjetivo de los progenitores. Cuando el hijo sea capaz de ejercer este derecho por sí mismo, entonces cobra todo su sentido y razón de ser el hecho de que es el menor el verdadero titular del derecho educativo, y no los progenitores, ya que éstos únicamente tienen un interés legítimo, frente al Estado, en el ejercicio de su función educativa, en armonía con el Código Civil y su artículo 154, ya citado anteriormente, pero siempre condicionado y subordinado al bienestar de la prole, porque, cuando el menor alcance la madurez, será éste quien lo ejerza por sí mismo.

Revista Derecho Familia 61.indb 286 04/02/14 11:56

Es evidente, no obstante, que los progenitores tienen unas obligaciones que dimanan, con respecto a sus hijos, de la función de la patria potestad, como lo es el velar, incluso por encima de sus propias convicciones e intereses, por su prole, condición ésta que deriva claramente del contenido del artículo 39.3º de la Constitución. Siguiendo esta línea orientativa, hay que tener en cuenta que la personalidad de los menores está en constante evolución, especialmente en un ámbito como el de la libertad de creencias, en la que la influencia de los progenitores es mayor cuanto menor es la edad de éstos sobre los que ostenta la patria potestad. De ahí que cabe plantearse en qué momento podría llegar a estimarse la libertad de creencias del menor de edad y si, efectivamente, cabe plantearse este supuesto en la práctica, o, al final, queda en una mera entelequia.

Hay que subrayar, a este respecto, que la educación del menor, en todo momento, debe ir dirigida a salvaguardar el libre desarrollo de su personalidad. La personalidad es una cualidad de la persona que ésta va construyendo de forma paulatina, a través del enriquecimiento personal, fruto del propio esfuerzo y del entorno familiar – y social – que le rodea, por lo que el proceso educativo debe promover y fomentar la acción de creación y construcción de la propia personalidad del menor, tal como afirmaba Guzmán Valdivia (11). La educación, por tanto, se vincula con la libertad, ya que, mediante este proceso de formación y educación, el menor va a devenir libre. Pero, lógicamente, la persona del menor está en clave de futuro, en constante evolución y formación, por lo que los progenitores deben asegurarle una formación integral, y será el hijo, en el futuro, quien se consolide como persona autónoma, libre y capaz de ejercer por sí misma sus derechos y obligaciones. Sólo así puede entenderse adecuadamente el objetivo de la educación de los menores de edad. De ahí que haya que concluir que una gran parte de los métodos educativos que utilizan asiduamente los grupos de manipulación mental, de carácter sectario en relación con los menores de edad son contrarios a libre y pleno desarrollo de su personalidad. En este sentido, cabe incluir aquí las técnicas dirigidas a anular o impedir desarrollar la capacidad de análisis y razonamiento, así como las actitudes totalitarias y el aislamiento respecto de otros menores, o las disciplinas que no permitan al menor expresarse ni desarrollarse como persona, todo lo cual, hay que deducir, implica una vulneración del derecho a la educación, tal como lo entiende nuestra Constitución, al no permitir el libre y pleno desarrollo de la personalidad del menor.

También hay que destacar que, cuando el menor de edad, aún no tiene suficiente madurez para ejercer por sí mismo sus derechos fundamentales, el respeto a sus convicciones religiosas o morales ha de garantizar, a un tiempo, la libre formación de su conciencia, en el sentido de orientar al menor para que, de cara al futuro próximo, adquiera los suficientes conocimientos como para elaborar una opinión propia que le proporcione autonomía como persona y le permita llevar a cabo su propia evolución personal en materia de religión y creencias.

Lógicamente, hay ocasiones en que la libertad religiosa de los progenitores choca abiertamente con el derecho a la educación de sus hijos. Es decir, el derecho del artículo 27.3 de nuestra Constitución es inadecuadamente ejercido. En este sentido habría que entender que los progenitores han de velar por su prole en todo momento y, si los padres –o uno de ellos– están inmersos en un grupo de manipulación psicológica que no respeta la libertad de la persona, es evidente que ese derecho de los pro-

Revista Derecho Familia 61.indb 287 04/02/14 11:56

genitores decae, al ser ejercitado inapropiadamente, por lo que hay que concluir que será el beneficio, o bienestar, del menor el principio que ha de inspirar la actuación de los padres. Cuando ello no es así, cuando se anteponen otros intereses al principio del «favor filii», entonces la patria potestad, en cuanto función tuitiva, no se está ejerciendo de forma adecuada. Por supuesto, la protección del bienestar del menor comporta que, en el momento en que éste tenga suficiente capacidad natural, pueda ejercer, por sí mismo ya, sus derechos fundamentales o derechos de la personalidad.

En cualquier caso, la no fijación –o determinación– de una edad mínima para el ejercicio del derecho a la libertad religiosa crea, en la práctica, graves problemas de inseguridad jurídica al tener que delimitar caso por caso a la hora de concretar la existencia, o no, de la capacidad natural. Estimo que la edad para el ejercicio de la libertad religiosa debe estar en torno a los doce años, edad ésta que está en armonía con lo preceptuado en nuestro Código Civil y, en especial, con la regla 4ª del artículo 770 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece la edad de doce años en relación con la audiencia de los hijos menores de edad ante el Juzgado o Tribunal que esté conociendo de la crisis matrimonial de sus progenitores. En función de dicho precepto, que establece que «…se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años», la edad más adecuada para comenzar a ejercer su derecho a la libertad religiosa es, efectivamente, la ya mencionada de doce años. Esta edad viene a implicar una presunción iuris tantum de capacidad natural que admitiría prueba en contrario, pero que, en todo caso, lo que haría sería evitar la prueba de existencia de la capacidad natural caso por caso. No obstante, el hecho de establecer una edad mínima no supone, ni conlleva, lógicamente, el oponerse, de forma absoluta, a la existencia efectiva de capacidad natural a una edad más temprana de la que legalmente se ha fijado. En este sentido, pensemos que hay menores de edad y, en concreto, menores de doce años, que gozan de unas aptitudes y una capacidad natural que, en otros supuestos semejantes, no se dan. Se trata de menores que, por ejemplo, gozan de una inteligencia superior a la media normal, o que revelan una madurez precoz. En estos supuestos, habría que reconocer a estos menores citados el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de creencias.

La cuestión tratada, con su extensa problemática jurídica, no es en absoluto baladí. A nivel práctico, cabe plantearse si los progenitores, fundados en la aplicación del artículo 27 de la Constitución, pueden imponer a sus hijos un modelo educacional concreto o si, por el contrario, la imposición de un determinado modelo educacional lesionaría el derecho de éstos a la libre formación de conciencia. En este sentido, cabría plantear si un progenitor adicto a una secta religiosa, o a un grupo de manipulación mental, mantendría incólume su derecho a educar a su hijo en la ideología de ese grupo o secta a la que pertenezca. Evidentemente, aquí se plantean cuestiones de gran calado jurídico y, por supuesto, de cara al menor de edad. Hay que decir que obviamente, todo derecho tiene sus límites. También la libertad religiosa los tiene, pues el propio artículo 16.1 de la Constitución, si bien reconoce este fundamental derecho, establece que se ejercerá «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

Cabe preguntarse qué significa e implica la dicción de «orden público». En una primera aproximación, la expresión «orden público» no puede quedar identificada

Revista Derecho Familia 61.indb 288 04/02/14 11:56

con otras expresiones próximas, como «orden político», o «paz social», conceptos que aparecen enunciados en el artículo 10.1 de la Constitución, pero con otro sentido distinto al que ahora estoy analizando. Por ello, con referencia a la libertad ideológica religiosa, la referencia que se hace al orden público en el artículo 16.1 del Texto Constitucional está referida a que los poderes públicos han de constreñir su intervención a aquellos supuestos en que se advirtiese que las manifestaciones de este derecho se llevan a cabo mediante instrumentos, o medios, que, de manera actual y grave, supongan una amenaza para el orden público. Desde este punto de vista, estaríamos ante una tesis minimalista. Pero, si partimos de otro enfoque, diferente al mencionado, cabe sostener que los valores superiores del Ordenamiento Jurídico, como los elementos del orden político y de la paz social, en función de los artículos 1.1 y 10.1 de la Constitución, vendrían a delimitar el núcleo de sustancia constitucional eventualmente oponible al ejercicio de los derechos fundamentales. Pensemos que, en este ámbito, pueden verse afectados los derechos fundamentales de personas menores de edad que convivan, en el marco familiar, con progenitores –o uno solo de ellos– pertenecientes a un grupo sectario, con lo que ello supone a efectos de influencias gravemente perjudiciales sobre esos menores. La realidad práctica es que, en este supuesto, se estarían conculcando los derechos de éstos, porque se estaría transgrediendo o infringiendo el principio del «favor filii», el bienestar de la prole. De ahí que el artículo 16 de la Constitución deba ser puesto en relación, y en clara armonía, con otros preceptos constitucionales, como el artículo 10.1, referido a la dignidad en cuanto valor de la persona, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de su personalidad. La autonomía de la persona, establecida en el artículo 10.1, no se entiende sin reconocer, a un tiempo, la libertad de pensamiento y la necesidad humana de búsqueda religiosa, que es una necesidad vital del ser humano. Pero cualquier merma o quebranto de la libertad de pensamiento entraña una lesión radical de la dignidad de la persona y de cuanto ésta significa tanto en la vida familiar, cuanto en la propia vida social y comunitaria. Es interesante poner de relieve, y destacar, las conexiones, evidentes, entre el artículo 16 de la Constitución y el artículo 20.4 de la Constitución. El artículo 20 protege y garantiza las libertades de expresión e información, entre otras. El apartado 4 del citado precepto establece que estas libertades tienen unos límites, que se concretan en el respeto a los derechos reconocidos en este Título I, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, intimidad, propia imagen y protección de la juventud y de la infancia. Es sobre este último límite –referido a la infancia y juventud– sobre el que deben construirse los límites constitucionales del derecho a la libertad religiosa, ideológica y de culto. En definitiva, a lo que se denomina «libertad de creencias». A mi juicio, el artículo 20.4 de nuestra Constitución puede ser esgrimido en la materia que estoy analizando; es decir, la libertad de pensamiento, en su faceta externa, debe ser atemperada siempre que esa libertad pueda poner en peligro, o en grave riesgo, a los menores de edad. Habría que relacionar, en consecuencia, el artículo 20.4 con el artículo 16 de la Constitución, al objeto de potenciar los límites, no sólo de la libertad de pensamiento en la faceta externa, sino en la denominada libertad de creencias.

Tal como subrayaba Begoña Navas Renedo (11), la Constitución Española es clara cuando se refiere a las limitaciones de la libertad religiosa en sus manifesta-

Revista Derecho Familia 61.indb 289 04/02/14 11:56

ciones, o sea, únicamente en lo relativo a la faceta externa, ya que se limitará sólo cuando sea preciso para el mantenimiento del orden público tutelado por la Ley. De encontrarnos ante una puesta en práctica –ejercicio– de la libertad religiosa que provocara alteración en el orden público, habrá que saber cuál de ambas situaciones hay que sacrificar a favor de la otra o, en otras palabras, habrá que saber su debemos permitir que la libertad religiosa se ejercite aun a riesgo de reducir el concepto de orden público, o si mantener el grado necesario de orden público a costa de reducir el ámbito de acción de la libertad. Pero hay que tener en cuenta que el concepto de orden público viene constituido por el derecho de las personas, la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la ética. Además, cuando está un menor de edad implicado en este ámbito, es evidente que la protección del orden público viene marcada por el principio del «favor filii», o bienestar –y beneficio– del mismo. En este mismo sentido, estimo que habría que entender que el orden público tiene determinados objetos nucleares de protección: la persona y, en primer lugar, el menor de edad, y el libre y legítimo ejercicio de los derechos de los demás lleva consigo, de manera inseparable, el respeto a los derechos de los demás. De este modo, el orden público se presenta como ámbito del legítimo ejercicio de las libertades, lo que exige armonizar la libertad de cada persona con la libertad y seguridad jurídica de todos, ya que el orden público incluye tanto el bien de la persona, como el de la colectividad. De ahí que, cuando los límites al ejercicio de la libertad religiosa se conculcan, no se está, en este supuesto, actuando en marco del derecho a dicha libertad, al haber sido rebasadas las limitaciones establecidas.

Desde mi punto de vista, hoy en día nadie pone en duda que un bien jurídico protegido es –o debería ser– el bienestar del menor, y que el derecho a la libertad religiosa del progenitor o progenitores debe armonizar jurídicamente con ese beneficio o bienestar citado. De lo contrario, se cae en la falacia de dar prevalencia al derecho a la libertad religiosa sin la debida ni consecuente armonización en el conflicto de derechos que, en la práctica, puedan surgir en el seno de las relaciones familiares.

En definitiva, la problemática objeto de análisis se circunscribe al conflicto que se puede plantear cuando uno de los progenitores, o ambos, profesa una ideología perjudicial para la prole, ya que el ejercicio del derecho a la libertad religiosa viene, como es lógica, matizado por el propio concepto de «libertad» y, como no podía ser menos, por el principio del interés del menor, interés al que han de ceñirse todas las actuaciones en sede de Derecho de Familia. La interrogante es clara: ¿cabe negar a los progenitores el derecho a educar a sus hijos conforme a al estilo de vida e ideología que aquéllos practican y, en definitiva, conforme a sus propias ideas y creencias, integrándolos en los cultos propios de esa profesión religiosa? La respuesta, a mi juicio, ha de ser tajante: siempre que el interés, el beneficio o bienestar del hijo esté en entredicho precisamente debido al ejercicio de la libertad religiosa de sus progenitores (o de uno de ellos), ejercicio que aparece como perjudicial o dañino para el hijo, habrá que otorgar prioridad a éste último y concluir, con toda evidencia, que el interés del menor es un parámetro que va a limitar, en determinados supuestos, el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores y, desde este punto de vista y con estas premisas, esa decisión no resulta, en ningún sentido, discriminatoria.

Revista Derecho Familia 61.indb 290 04/02/14 11:56

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», en *Anuario de Derecho Civil,* 1992, Tomo IV.
2. DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España,* Instituto de Estudios Políticos, 2ª edición, Madrid, 1991.
3. ASENSIO SÁNCHEZ, MIGUEL ÁNGEL: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia,* Editorial Tecnos, Madrid, 2006.
4. BUENO SALINAS, S. y GUTIÉRREZ DEL MORAL: *Proselitismo religioso y derecho,* Granada, 2002.
5. CUBILLAS RECIO, L. M.: «La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos», en *Laicidad y libertades.* Escritos jurídicos, 2002.
6. PUENTE ALCUBILLA, VERÓNICA: *Minoría de edad, religión y derecho,* Madrid, 2001.
7. YSÀS SOLANES, MARÍA: «La potestad del padre y de la madre sobre los menores», en *La protección civil de personas sometidas a manipulación mental,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
8. BUENO SALINAS, S. y GUTIÉRREZ DEL MORAL: obra citada en nota 4.
9. CUBILLAS RECIO, L. M.: Artículo citado en nota 5.
10. VALERO HEREDIA, ANA: *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la Sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional,* Universidad de Valencia, 2004.
11. NAVAS RENEDO, BEGOÑA: *Tratamiento jurídico de las sectas. Análisis comparativo de la situación en España y Francia,* Editorial Comares, Granada, 2001.

Revista Derecho Familia 61.indb 291 04/02/14 11:56

Revista Derecho Familia 61.indb 292 04/02/14 11:56

Revista de

Derecho de Familia

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Revista Derecho Familia 61.indb 293 04/02/14 11:56

Revista Derecho Familia 61.indb 294 04/02/14 11:56

ALGUNAS NOVEDADES EN DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA

Jorge A. Marfil
Marfil Abogados

El pasado mes de mayo de dos mil trece, como cada año, nos hemos reunido un centenar de Abogados de todo el mundo en Salzburgo, Austria, convocados por la International Academy of Matrimonial Lawyers, a fin de estudiar en conjunto las innovaciones y nuevos caminos por los que transita nuestro Derecho de Familia. Se trataba del Capítulo Europeo de la Academy, por tanto dedicado a los problemas de la profesión en nuestro Viejo Continente, si bien el interés que despertamos hace que siempre nos acompañen muchos colegas estadounidenses, australianos, etc.

Varios son los asuntos tratados en esta ocasión. Vayamos a ellos:

I. EL ACUERDO FRANCO-ALEMÁN DE 1 DE MAYO DE 2013

Sobre elección de régimen matrimonial por el que los matrimonios entre ciudadanos de estos dos países (que suman 150 millones de personas) y cuyas bodas entre sí se cuentan por decenas de miles, encuentran la posibilidad de acordar un régimen matrimonial que deje resueltos los posibles problemas de futuro en caso de Divorcio. Se trata de armonizar, de poner sentido común, de huir de banderías insensatas buscando un espacio homogéneo en el que poder entenderse, dado que los matrimonios entre ciudadanos europeos es un hecho imparable, de ahí que el propio texto contenga la posibilidad (artículo 21) de la adhesión de cualquiera de los países miembros de la Unión Europea al referido Acuerdo.

Los alemanes y franceses –motores de Europa– han decidido ofrecer a sus ciudadanos la posibilidad de elegir este régimen matrimonial, del que destacamos:

a. Se busca compatibilizar las ventajas del régimen de Separación de Bienes con las del Ganancial, construyendo un sistema mixto absolutamente parecido, a veces calcado, del nuestro de Participación (Código Civil, artículos 1411 a 1434);

b. el texto contiene 23 artículos, coincidiendo con el mismo número que nuestro Código Civil le dedica al régimen de participación antedicho;

c. hay que recordar que el régimen de participación tiene su origen en Alemania, por lo que no es extraño que lo hayan sabido cohonestar con sus vecinos franceses, toda vez que es un régimen pensado para aquellos cónyuges que funcionan con independencia económica al obtener rentas por separado, pero que estiman que el trabajo

Revista Derecho Familia 61.indb 295 04/02/14 11:56

en común debe ser recompensado o reconocido de alguna manera, de aquí que con este régimen, que es de ***participación en ganancias***, los cónyuges se repartan por mitad las ganancias obtenidas por los dos, a la extinción del régimen, una vez deducido del patrimonio final el inicial de cada uno. Convendría a estos efectos la relectura de los artículos 1411 y 1417 de nuestro C. Civil, ya que, como digo, el acuerdo franco-alemán parece un calco del nuestro referido, que también encontramos en el Derecho Catalán, artículo 232-13 y ss. de su Codi;

d. parece claro que nos va a replantear la alternativa entre el régimen Ganancial, cada vez más en desuso y con mayores detractores cada día, básicamente, y el de Separación de Bienes, que sin duda favorece al cónyuge que más recursos obtiene o, aún peor, cuando es uno solo quien los obtiene. Con este sistema cada uno va a funcionar con independencia, pero al término del régimen va a repartir ***su ganancia*** con su cónyuge;

e. una vez definido y delimitado el ámbito de aplicación (artículos 1 y 2), el 3 permite adoptarlo antes o después del matrimonio; el 7 regula las causas de disolución; del 8 al 14 –fundamentales– se fijan los patrimonios originales y privativos de cada parte, valorándolos, a fin de que cuando llegue la disolución pueda obtenerse con facilidad el crédito de cada uno frente al otro, ***la ganancia***, cuyo neto será repartido por mitades;

f. el resto de los artículos, repito, es un trasunto de nuestra regulación del sistema de participación ya aludido, al que por cierto hemos hecho poco caso en la profesión, y que ahora quizás nos haga replantearlo como una fórmula mixta aplicable a nuestra sociedad; y

g. según me consta ha sido recibido con grandísimo interés por los ciudadanos de estas dos importantísimas naciones, lo que preludia una inequívoca adopción por otros países. Curiosamente Inglaterra intenta aprobar una sistema muy parecido, para que al menos en los casos de grandes fortunas no se den los despropósitos que hemos podido constatar (casos Mc Cartney, Ecclestone, etc.).

II. IMPACTO DE LA CRISIS ECONÓMICA

Conviene que el abogado no olvide que nuestro trabajo se desarrolla sobre una base o infraestructura, que no es sino la económica, que permite que existan servicios y atenciones que el Derecho de Familia precisa, y que los clientes puedan obtener recursos con los que abonar nuestros asesoramientos. Así las cosas, la recesión que vivimos en nuestro ámbito en el mundo entero es extraordinaria, constatando:

– en ***Inglaterra*** está habiendo una reducción y/o cierre de un gran número de órganos judiciales, lo que está conllevando la lógica potenciación de las soluciones extrajudiciales, tales como la «Collaborative Law «(que ya desarrollé en el núm. 43 páginas 311 y ss, en esta Revista, año 2009) en franca alza, con la lógica reducción de la mediación. Los compañeros ingleses nos indican que cada vez es mayor la presión en cuanto a la fijación previa de los honorarios que se van a cobrar, o, lo que es más llamativo (dado el alto coste de nuestros servicios en los países anglosajones) el que los clientes sólo solicitan asesoramiento para determinados extremos de su problema,

Revista Derecho Familia 61.indb 296 04/02/14 11:56

solucionando ellos mismos el resto sin ayuda profesional. Del mismo modo está creciendo la consulta on line, mucho más barata que la tradicional;

– en ***Francia*** cualquier solicitud que se haga ante un órgano de Justicia lleva ya aparejado un abono de 35 €, para empezar. Al mismo tiempo han descendido las ayudas para el equivalente al turno de oficio, si bien son cuantías que están por encima de las nuestras. Para un divorcio contencioso la ayuda estatal puede oscilar entre los 822 € y los 1187 €, y de 685 € si el trámite es amistoso;

– en ***Grecia***, además de haber crecido la criminalidad, ha descendido enormemente la contratación de los servicios legales, debido todo ello a la durísima situación económica que atraviesa. En cuanto a soluciones alternativas hay que decir que está muy desarrollado el Arbitraje, sin duda por sus intensas conexiones con otros países en el ámbito comercial, y porque es además una institución ya puesta en práctica en la vieja Atenas;

– en ***Escocia*** el turno de oficio se remunera a 50 libras la hora, y el abogado no puede tomar decisiones de importancia sobre su cliente salvo que éstas sean admitidas por el Colegio de Abogados previamente. En cuanto a la búsqueda de soluciones extrajudiciales el incremento del arbitraje es notable; y

– en ***Suecia*** la mediación puede llegar a ser obligatoria si el órgano judicial así lo ordena, sólo para casos de custodia; en la mayoría de los asuntos se utiliza el arbitraje, entendiendo que ocasiona menores costes a los litigantes.

III. LA EXISTENCIA DE INDIVIDUOS CON TRIPLE PATERNIDAD: FILIACIÓN BASADA EN EL ADN MITOCONDRIAL

Se ha comentado que el avance biotecnológico plantea nuevos retos al conocimiento de los abogados, en todas las jurisdicciones, obligándoles también a ponerse al día en un asunto de tanta importancia como el presente. El dominio de los aspectos que adelanta el título es absolutamente esencial en el ámbito del Derecho de Familia. Existe la discusión pública y el debate sobre las cuestiones éticas que plantean las nuevas técnicas de análisis genético y reproducción asistida que permiten prevenir la transmisión hereditaria de enfermedades asociadas a alteraciones del ADN mitocondrial.

Nuestro patrimonio genético no se encuentra contenido exclusivamente en el ADN localizado en el núcleo de la célula. Un porcentaje minoritario, pero cuya alteración puede dar lugar a enfermedades graves y hereditarias, se encuentra dentro de las mitocondrias, unas estructuras celulares situadas fuera del núcleo cuya principal función es aportar la energía que necesita la célula para llevar a cabo muchas de sus funciones fisiológicas.

Los países que, como Inglaterra, lideran el avance de las técnicas de reproducción asistida, han coordinado mediante convocatorias públicas (enero de 2012) la recogida de opiniones de equipos multidisciplinares respecto a la manipulación de gametos para donación de mitocondrias. Sus respuestas han permitido la elaboración de los primeros informes de carácter oficial, publicados el 12 de junio de 2012.

Revista Derecho Familia 61.indb 297 04/02/14 11:56

En este mes de julio/13, estas técnicas han recibido el preceptivo visto bueno de la Autoridad de Fertilización Humana y Embriología (HFEA en sus siglas en inglés), y podrían empezar a aplicarse dentro de dos años si se cumple el calendario previsto (puesto que no han sido conseguidas aún en embriones humanos) y el Parlamento recibe y aprueba en 2014 la correspondiente propuesta legislativa.

Las conclusiones frente a la situación generada por las nuevas técnicas de manipulación de gametos o embriones con donación de mitocondrias, y que generan nuevas lagunas legales, son:

1. La información genética alojada en la mitocondria, también conocida como ADN mitocondrial, proviene exclusivamente de la célula aportada por la mujer (óvulo o gameto femenino) para constituir el embrión. No existe por tanto la transmisión de ADN mitocondrial del padre al hijo. A raíz de este particular patrón de herencia surge una nueva problemática: mujeres portadoras de mutaciones localizadas en el ADN mitocondrial, las cuales pueden o no desarrollar las patologías asociadas a dichas mutaciones, que desean emplear sus propios óvulos para engendrar su descendencia.

2. Las nuevas técnicas de reproducción asistida posibilitan que los futuros hijos de las mujeres portadoras de estos errores genéticos no reciban tal herencia; de forma que la nueva generación ni padece ni transmite tales mutaciones genéticas causantes de las conocidas como enfermedades mitocondriales, que ya han afectado a otros miembros de la familia.

3. Científicamente, las nuevas técnicas de manipulación embrionaria han alcanzado un grado de eficiencia y seguridad tan evidentes que adquieren un creciente grado de aceptación como una opción real para solventar la problemática de las familias afectadas; y deben vincularse a un nivel adecuado de información y apoyo a los individuos sobre los que se interviene.

4. El beneficio en la mejora de salud de la población parece evidente, tanto en los individuos participantes como en su progenie, hecho derivado del objetivo principal del tratamiento.

5. Se acentúa la necesidad de controlar el avance de la investigación y de reunir la información que se siga generando sobre la evolución constante de estas técnicas; es esencial la descripción de la existencia de varios tratamientos entre los que poder elegir, de su seguridad y eficiencia.

6. Las dudas más importantes de los legisladores se plantean siempre ante las actuaciones de los científicos, centradas en una modificación genética sobre los gametos femenino y/o masculino, así como en los estadios tempranos del periodo embrionario. La intervención médica a este nivel, supone modificar la información genética del individuo completo. Las técnicas que evitan las enfermedades mitocondriales precisan (entre otras opciones) la transferencia del núcleo del gameto de la mujer que transmite la enfermedad, a otro gameto femenino de una donante, cuyas mitocondrias están libres de alteraciones genéticas. Estas nuevas pretensiones expuestas por los científicos persiguen establecer una clara diferenciación con las tecnologías de modificación de ADN nuclear, no aceptadas legalmente.

7. No hay ninguna duda respecto a que cualquier tratamiento de esta naturaleza sólo debe ser ofrecido en centros especializados en el análisis de trastornos del ADN

Revista Derecho Familia 61.indb 298 04/02/14 11:56

mitocondrial. El consentimiento informado de las parejas intervenidas es imprescindible.

8. El debate legal se centra en la paternidad del niño pues, a pesar de la percepción de las relaciones personales y sociales creadas por el ámbito en el que se genera el embrión, la paternidad biológica y/o legal puede estar también relacionada con el origen de parte del ADN procedente de un tercer individuo, externo a la pareja demandante de las pruebas (un donante de óvulos), de cuyas células se utiliza únicamente el patrimonio genético contenido en el ADN de las mitocondrias donadas.

9. En general parece que los consultados coinciden en que es desproporcionado considerar al donante mitocondrial como «madre» o «tercer padre» del embrión y por tanto del individuo resultante.

10. Nuestro deber como propulsores de legislación es insistir en la protección y la autonomía de las partes que se someten a estas nuevas técnicas, garantizando el correcto, actualizado y más completo asesoramiento tanto a las parejas como a los donantes.

11. En la actualidad, existen diferencias entre países respecto a la autorización de donación de gametos para aquellos que buscan tratamientos de reproducción asistida. La donación de una parte del gameto femenino, que en el caso que exponemos se refiere al empleo tan sólo del citoplasma del óvulo recibido de una donante (con el fin de sustituir las mitocondrias alteradas de la mujer que desea ser madre), debería seguir los mismos modelos que la donación del gameto completo. Sin embargo, la solicitud de los profesionales médicos y los biotecnólogos es que sea considerada como la donación de un tejido cualquiera.

12. Dada la complejidad de la naturaleza de las mitocondrias, la heredabilidad de la información genética que contienen, así como la enorme aplicabilidad del análisis de dicha información para diversos ámbitos como el estudio de filiación, identificación humana, genética de poblaciones…, este tema precisa de un debate profundo y con la participación de equipos multidisciplinares de especialistas, capaces de elaborar un Reglamento de la máxima seguridad legal.

13. Los investigadores insisten en que la demanda de las técnicas de reconstrucción celular de gametos para evitar la transmisibilidad de alteraciones localizadas en el ADN mitocondrial será imparable. Su aplicación permite que la descendencia reciba la gran mayoría del ADN del gameto femenino de la mujer que desea ser madre, que se unirá al del progenitor con el que busca descendencia. De tal manera que, mediante esta nueva tecnología, el individuo nacido de la pareja demandante posee en el núcleo de todas las células de su organismo la información genética procedente de la fusión de los núcleos de cada gameto de estos dos progenitores. Sin embargo, la estructura celular del conjunto de mitocondrias que porta el futuro nacido pertenece a la mujer donante del óvulo, exento por tanto de alteraciones en el ADN mitocondrial.

14. Recomiendan controlar su expansión y asegurar el seguimiento de los hijos nacidos mediante estas técnicas durante generaciones, para profundizar en el conocimiento de sus resultados. Ya se ha sugerido la creación y mantenimiento de un registro.

15. Desde el punto de vista biológico, no está aún perfectamente definido cómo asegurar la calidad genética del ADN contenido en las mitocondrias del donante, algo

Revista Derecho Familia 61.indb 299 04/02/14 11:56

que también deberá incluirse en la regulación de estas técnicas. De igual forma se ha de especificar qué se empleará exactamente del gameto completo que se dona, en este caso sólo las mitocondrias. La donación de citoplasma con la finalidad de obtener mitocondrias con ADN carente de cualquier alteración, supone la transferencia de una información genética cuantitativa muy minoritaria y cualitativamente mucho menos condicionante del aspecto y desarrollo biológico del individuo, en comparación con la transferencia de un óvulo completo (con el núcleo incluido). Por ello, no se considera que las donantes mitocondriales deban igualarse en términos de filiación a las donantes de óvulos.

16. No se considera importante identificar a los adultos nacidos de la donación de mitocondrias originarias del mismo donante, ni establecer registros de «hermanos» que han recibido las mitocondrias con la misma información, ni por supuesto permitir a los nacidos con mitocondrias del mismo donante contacto entre sí.

17. Sin embargo, parece lógico asemejar aspectos de la regulación y las garantías actuales para las donantes de óvulos, a las donantes mitocondriales, incluyendo el número de veces que reciben la estimulación ovárica medicamentos para este propósito y con respecto a una compensación económica.

Las primeras conclusiones de estos debates incluyen la necesidad de una discusión completa sobre la legislación de las diferentes estrategias posibles alrededor de las terapias reconstructivas de embriones y otros posibles tratamientos, para evitar los trastornos genéticos graves asociados a alteraciones del ADN mitocondrial. El concepto principal que debemos asimilar es que estas intervenciones biotecnológicas emplean para su objetivo material genético de tres individuos, generando este concepto de triple filiación o triple paternidad, de un impacto absolutamente extraordinario en nuestro Derecho de Familia.

Revista Derecho Familia 61.indb 300 04/02/14 11:56

Revista de

Derecho de Familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Revista Derecho Familia 61.indb 301 04/02/14 11:56

Revista Derecho Familia 61.indb 302 04/02/14 11:56

PATRIA POTESTAD

Cambiar el lugar de residencia, pertenece al ámbito del ejercicio de la patria potestad por lo que deberá ser acordado por ambos progenitores, y caso de existir desacuerdo se resolverá en los términos que prevé el artículo 156 párrafo segundo del CC.

AP Vizcaya, Sec. 4ª, Sentencia de 13 de junio de 2013

No se dan las circunstancias para acordar la privación de la patria potestad, pues si se intenta reanudar la relación entre el padre y los hijos, si la figura paterna, ausente durante un tiempo sin duda importante para los niños, está de nuevo presente, y puede ser positiva para su desarrollo y crecimiento, en este momento, resulta innecesaria aquella medida para la debida protección del menor.

AP Cuenca, Sec. 1ª, Sentencia de 10 de julio de 2013

GUARDA Y CUSTODIA

No es posible que se acuerden medidas en los procedimientos matrimoniales cuando los hijos están sujetos a la medidas protectoras de la administración.

AP Córdoba, Sec. 2ª, Sentencia de 11 de abril de 2013

Si bien la madre es portadora del VIH, está asintomática y se ha acreditado que esta circunstancia no la incapacita para asumir la custodia.

AP Lugo, Sec. 1ª, Sentencia de 6 de junio de 2013

La discrepancia sobre los criterios o pautas educativas y la deficiente coordinación en el ejercicio de la patria potestad son circunstancias desfavorables al interés de los menores, por lo que los progenitores deben dirigir sus esfuerzos a superar esa situación, cualquiera que sea el régimen de custodia. En este caso esas circunstancias representan un impedimento para establecer la custodia compartida. Las partes deberán proceder activamente a superar tales dificultades y sentar las bases de un régimen de custodia compartida efectivo en un plazo razonable.

AP Álava, Sec. 1ª, Sentencia de 7 de junio de 2013

No debe cambiarse la custodia materna pues el cambio de país de residencia no supone un cambio drástico o inopinado para la trayectoria familiar, ni supone insertar a los menores en un ambiente extraño o desconocido, pues los menores vivirían en el entorno de sus abuelos, primos y otros parientes, y además el entorpecimiento de las relaciones entre padre y los menores se amortiguaría ante la posibilidad de que puedan aprovecharse los varios viajes que por razones de trabajo ha de hacer el padre durante el año a Méjico.

AP A Coruña, Sec. 6ª, Sentencia de 12 de junio de 2013

La oposición de la madre a la custodia compartida se debe al instinto de sobreprotección que necesariamente ha de superar, sin que exista por otro lado una problemática real por la lactancia (ha indicado que tiene previsto dejarla al final del verano) o la escolarización del niño.

AP Pontevedra, Sec. 3ª, Sentencia de 19 de junio de 2013

Revista Derecho Familia 61.indb 303 04/02/14 11:56

Que por razones laborales el padre tenga que ausentarse en determinadas épocas de su domicilio habitual no es un obstáculo para acordar la custodia compartida.

AP Ourense, Sec. 1ª, Sentencia de 28 de junio de 2013

El juzgado atribuyó al padre la custodia de la hija ante los indicios de manipulación de la menor por parte de su madre, pero se ha observado un progresivo entristecimiento en la niña, acompañado del agravamiento de su problema de enuresis, así como una insistencia notable en exponer su deseo de ir a vivir con la madre, ante lo que cabe atribuir la custodia a la madre.

AP Albacete, Sec. 1ª, Sentencia de 3 de julio de 2013

El trabajo de enfermera y horario laboral de la madre desde hacía ya muchos años justificó la ayuda de los abuelos en la guarda de los hijos que, por otro lado, es tan frecuente afortunadamente en tantos casos, pero ello no puede considerarse como un motivo para modificar la custodia materna.

AP Salamanca, Sec. 1ª, Sentencia de 5 de julio de 2013

Que el padre haya rechazado un trabajo en Turquía o que se trasladara a vivir al mismo edificio que la madre no es motivo para acordar la custodia compartida, cuando el informe psicosocial no recomendó el cambio de custodia, habida cuenta de que no existen indicios de que el sistema de guarda materna, vigente por acuerdo de las partes, no garantice de forma adecuada la cobertura de las necesidades físicas y afectivas de los menores.

AP Valencia, Sec. 10ª, Sentencia de 23 de julio de 2013

RÉGIMEN DE VISITAS

La madre se opone a que la menor pernocte con el padre, pero a falta de prueba en contrario, que no la hay, debe presumirse que aquél está plenamente capacitado para cuidar de su hija, redundando en beneficio de la menor el máximo contacto con el progenitor no custodio.

AP Vizcaya, Sec. 4ª, Sentencia de 6 de junio de 2013

Aunque el hijo solo tiene 13 años, el régimen de visitas se deja a su decisión dada su reticencia a estar con la madre, no pudiendo obligarse al menor a retomar el contacto cuando se ha deteriorado tanto y durante tanto tiempo por esa la falta de contacto.

AP Pontevedra, Sec. 1ª, Sentencia de 21 de junio de 2013

Aunque es cierto que no existía una relación paternofilial, no hay datos para prolongar el periodo transitorio de dos meses fijado en la sentencia de instancia para la normalización de la relación. Como norma general esos periodos deben ser breves, para no consolidar una relación insuficiente y anómala entre el hijo y su progenitor no custodio.

AP A Coruña, Sec. 6ª, Sentencia de 28 de junio de 2013

No es la voluntad de la menor ni la de sus padres lo que debe determinar el régimen de visitas, sino el interés de la menor, en especial a largo plazo. La ausencia de relación durante más de un año se ha debido al incumplimiento del régimen de visitas, por lo que no es de recibo invocar dicho incumplimiento por quien lo ha provocado para limitarlo o suprimirlo.

AP A Coruña, Sec. 6ª, Sentencia de 28 de junio de 2013

Revista Derecho Familia 61.indb 304 04/02/14 11:56

Se suprimen las visitas intersemanales, pero se amplían las visitas de fin de semana, que se prolongarán hasta el lunes por la mañana en que el padre llevará a la hija al colegio.

AP Valencia, Sec. 10ª, Sentencia de 16 de julio de 2013

Las tensiones entre personas que rodean a la menor son las que le producen la situación de estrés de que ha sido diagnosticada. No existe un informe contundente y claro de especialistas donde se desaconseje la relación padre-hija o que la misma conlleve riesgos para la menor, debiendo reanudarse cuanto antes las visitas en el Punto de Encuentro, si bien debe matizarse que reanudados los contactos deberá ponerse en conocimiento del Juez para que éste pueda modular el régimen de visitas según la evolución de la relación padre-hija.

AP León, Sec. 1ª, Sentencia de 29 de julio de 2013

VIVIENDA FAMILIAR

La imposibilidad de habitar con normalidad en una vivienda propiedad del padre del esposo y en cuyas proximidades viven otros familiares del mismo, impiden un normal uso de la vivienda a la esposa e hijos lo que puede justificar que en temporadas tenga que vivir con su madre, pero ello no es motivo para extinguir el uso que se concedió en el anterior proceso.

AP Córdoba, Sec. 2ª, Sentencia de 10 de mayo de 2013

La atribución de la vivienda familiar ha de ser en interés del menor y convergiendo la custodia compartida con una clara limitación de ingresos en la madre, se estima adecuado mantenerla en el uso de la misma.

AP Pontevedra, Sec. 3ª, Sentencia de 19 de junio de 2013

Ha quedado libre (por finalizar el arrendamiento) el inmueble que constituyó el primer domicilio familiar, propiedad de ambos progenitores, domicilio cercano al anterior, y de similares características, por lo que es el uso de esta última vivienda el que se debe atribuir al menor, y no la vivienda privativa del padre. Si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostenta el padre sobre la vivienda que actualmente ocupan el menor y su madre.

AP Vizcaya, Sec. 4ª, Sentencia de 26 de junio de 2013

No tiene sentido atribuir el uso cuando no exista un interés real en su atribución, que normalmente se manifiesta en una petición expresa. En este caso la madre no ha solicitado la atribución del uso, y además siendo la vivienda propiedad de un tercero es innecesario exponerles al ejercicio de una acción de desahucio por precario.

AP A Coruña, Sec. 6ª, Sentencia de 28 de junio de 2013

La esposa dispone de vivienda propia que podría ocupar si le conviniere, sin que, se esgriman motivos insalvables para cambiar la residencia de Almagro a Daimiel. Por otro lado, el domicilio que ocupaba últimamente con el esposo es propiedad de este que, asimismo, tiene consigo un hijo menor de edad, proveniente de otra relación y del que tiene atribuida la custodia. Además la vivienda es utilizada por el esposo para desarrollar su actividad laboral como taller de artesanía.

AP Ciudad Real, Sec. 1ª, Sentencia de 8 de julio de 2013

Revista Derecho Familia 61.indb 305 04/02/14 11:56

Pactada entre los cónyuges la división de la vivienda familiar en dos plantas no existe motivo para dejar sin efecto dicho acuerdo, debiendo desestimarse la demanda de modificación de medidas solicitada por la esposa para que se le atribuya el uso a ella y a los hijos.

AP Toledo, Sec. 1ª, Sentencia de 10 de julio de 2013

No puede atribuirse el uso a la esposa de una vivienda que se liquidó tras la disolución de la sociedad de gananciales y que se adjudicó al esposo, quien también con anterioridad tenía atribuido su uso.

AP Burgos, Sec. 2ª, Sentencia de 25 de julio de 2013

PENSIÓN ALIMENTICIA

Partiendo de la igualdad de los hijos ante la ley y del deber del progenitor de sufragar sus alimentos independientemente de la relación de la que hubieran nacido, el nacimiento de un nuevo hijo es una circunstancia a tener en cuenta a la hora de distribuir los ingresos del padre.

AP A Coruña, Sec. 4ª, Sentencia de 13 de junio de 2013

Alega el padre para reducir la pensión alimenticia una alteración de su situación laboral que ha pasado de tener un empleo estable a la situación de desempleo, pero no consta si la situación es o no provocada voluntariamente; no se nos despeja la duda sobre los medios de vida que pudiera tener, infundiendo aquella trayectoria la realización de trabajos sin declarar, por ser materialmente imposible que se sustentara sin ningún tipo de ingreso; y además asumió en conformidad una condena por abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones, reconociendo con ello implícitamente que tiene capacidad económica y no abonó la pensión por su simple y llana voluntad.

AP Córdoba, Sec. 2ª, Sentencia de 20 de junio de 2013

Estamos en presencia de una fluctuación directamente derivada de la propia naturaleza de cualquier negocio, lo que directamente nos lleva a la conclusión de que la supuesta modificación de circunstancias no puede ser tenida por tal, al no concurrir los requisitos de que la misma sea sustancial y permanente, por lo que no puede reducirse la pensión alimenticia.

AP Córdoba, Sec. 2ª, Sentencia de 21 de junio de 2013

Es de todos conocido que en el año 2012 se suprimió para los funcionarios la paga extra de Navidad y que se les rebajó el sueldo para paliar el déficit público de la Administración, sin que hubiese recuperado en la actualidad. Por el contrario la pensión de alimentos se ha elevado por razón de su actualización anual, lo que ha causado una evidente descompensación, concurriendo por tanto causa para reducir la cuantía de la pensión alimenticia.

AP A Coruña, Sec. 4ª, Sentencia de 27 de junio de 2013

Habiéndose acordado la custodia compartida se fija la cantidad de 10 € diarios que el padre tendrá que abonar a la madre cuando, teniendo a su cargo al menor, tenga que desarrollar su trabajo fuera de la ciudad donde reside.

AP Ourense, Sec. 1ª, Sentencia de 28 de junio de 2013

La posibilidad de ejercicio de una profesión u oficio no hay que considerarla, en estos tiempos (artículo 3 del CC), en abstracto sino posibilidad real y efectiva de desarrollar una actividad laboral y lo cierto es que no hay prueba alguna de tal posibilidad.

AP Ourense, Sec. 1ª, Sentencia de 28 de junio de 2013

Revista Derecho Familia 61.indb 306 04/02/14 11:56

La hija tiene 23 años y hasta el momento de la presentación de la demanda no estaba matriculada en estudio alguno, ni tampoco inscrita en el INEM al objeto de poder acceder al mercado laboral, por lo que su dejación en lo que se requiere a formación y acceso al mercado laboral, no tiene porqué ser soportada por el padre.

AP Palencia, Sec. 1ª, Sentencia de 10 de julio de 2013

Teniendo el hijo en la actualidad veinte años se deja sin efecto la limitación temporal que establece la sentencia de instancia respecto a la pensión de alimentos acordada a su favor.

AP Segovia, Sec. 1ª, Sentencia de 11 de julio de 2013

Aunque haya habido alguna merma de ingresos para los funcionarios (pérdida de alguna paga extraordinaria), lo cierto es que la ex esposa también es funcionaria y habrá sufrido la pérdida en la misma proporción, por lo que no procede reducir la pensión alimenticia de los hijos.

AP Albacete, Sec. 1ª, Sentencia de 12 de julio de 2013

Habiéndose acogido como sistema la custodia compartida, ambos progenitores ingresaran la cantidad de cien euros mensuales para atender los gastos extraordinarios en una cuenta corriente o libreta de ahorro aperturada a nombre de la hija y cuya administración, a falta de acuerdo, corresponderá a la madre.

AP Valencia, Sec. 10ª, Sentencia de 16 de julio de 2013

PENSIÓN COMPENSATORIA

No es causa para extinguir la pensión compensatoria, el endeudamiento del ex esposo para hacer frente al exceso de adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales.

AP Vizcaya, Sec. 4ª, Sentencia de 6 de mayo de 2013

En base a que la esposa abandonó su trabajo para cuidar a los hijos hasta que éstos se independizaron, procede reconocerle una pensión compensatoria temporal, aunque hace unos años aquella se haya reincorporada a su trabajo.

AP Vizcaya, Sec. 4ª, Sentencia de 22 de mayo de 2013

Que como consecuencia de la crisis, la actividad empresarial de uno de los cónyuges haya disminuido drásticamente, no es motivo para fijar una pensión compensatoria pues la pérdida de ingresos no es imputable a la ruptura matrimonial.

AP Vizcaya, Sec. 4ª, Sentencia de 31 de mayo de 2013

Aunque estimemos que la ex esposa esté trabajando como empleada de hogar, la situación de desequilibrio patrimonial, que determinó la concesión de la pensión compensatoria, se mantiene en la actualidad, puesto que no han cambiado, cuando menos de manera esencial las circunstancias que fueron contempladas en aquellas resoluciones, y además no puede pretenderse que una persona subsista con una pensión de 360,60 euros mensuales.

AP A Coruña, Sec. 5ª, Sentencia de 18 de junio de 2013

El plazo de vigencia de la pensión por desequilibrio debe enfocarse en consideración a las edades de los tres hijos, que van a seguir bajo su guarda y custodia exclusiva, impidiéndole en gran medida la búsqueda de un puesto de trabajo en una época que además no facilita su consecución, hasta que esos

Revista Derecho Familia 61.indb 307 04/02/14 11:56

niños alcancen una mayor independencia. Por tanto, se fija la vigencia de la pensión compensatoria hasta el mes en que el menor cumpla los dieciocho años.

AP Córdoba, Sec. 2ª, Sentencia de 20 de junio de 2013

Aunque en el convenio regulador se pactó que la extinción de la pensión compensatoria cuando la esposa tuviese estabilidad laboral, esta expresión ha de ser equivalente a la contratación fija y/o indefinida, algo que no sucede con el contrato actual que tiene la ex esposa.

AP A Coruña, Sec. 3ª, Sentencia de 28 de junio de 2013

Estos escarceos en la vida laboral, no pueden justificar la extinción de la pensión compensatoria. Por otro lado, el hecho de que haya fallecido el padre de la esposa, no supone per se que haya mejorado su patrimonio, extremo que por otro lado y conforme a la distribución de la carga probatoria hubiese correspondido a la parte que pretende la pretensión de extinción de la pensión compensatoria.

AP Ciudad Real, Sec. 1ª, Sentencia de 4 de julio de 2013

Cuando se fija una pensión compensatoria temporal no se permiten modificaciones posteriores, salvo las excepcionalísimas que sí den lugar a una alteración tan sustancial que sea preciso la modificación de las medidas acordadas, pues al señalarse de esa forma en realidad se ha tasado o valorado el desequilibrio y en base al él se ha aquilatado la suma y el tiempo de su percepción.

AP Valencia, Sec. 10ª, Sentencia de 22 de julio de 2013

CUESTIONES PROCESALES

Habiéndose fijado en el procedimiento de modificación de medidas una nueva pensión no puede tenerse en cuenta el hecho nuevo alegado por la madre –traslado de la hija a Granada para cursar estudios universitarios– dado que ello altera los términos del debate de la instancia y supone una nueva pretensión.

AP A Coruña, Sec. 6ª, Sentencia de 6 de junio de 2013

Nulidad de lo actuado por falta de competencia objetiva de un juzgado de Primera Instancia ordinario para resolver sobre los alimentos adeudados por el padre sus hijas menores de edad que se devengaron desde la interposición de la demanda de divorcio hasta que se fijaron en la Sentencia. Dicha reclamación no se atendió en el proceso de ejecución del divorcio.

AP Córdoba, Sec. 1ª, Sentencia de 18 de junio de 2013

No existe posibilidad de revocar el consentimiento manifestado en el acto de ratificación de la petición de divorcio y del convenio regulador ya que se trata de un acto irrevocable.

AP A Coruña, Sec. 6ª, Sentencia de 25 de junio de 2013

Se declara la nulidad de la Sentencia que desestima la demanda de medidas paternofiliales por no haberse acreditado la legislación rumana aplicable al caso, pues existe normativa comunitaria que le obliga a establecer medidas de protección del menor y reconocer el derecho alimenticio, pudiendo haber aplicado con carácter subsidiario la normativa española.

AP Córdoba, Sec. 2ª, Sentencia de 27 de junio de 2013

El proceso de familia para acordar la disolución del matrimonio por divorcio no es cauce para ventilar deudas que el esposo tenga para con la esposa.

AP León, Sec. 1ª, Sentencia de 5 de julio de 2013

Revista Derecho Familia 61.indb 308 04/02/14 11:56

Procede la declaración de nulidad de las actuaciones para que se lleve a cabo la notificación en forma legal de la situación procesal de rebeldía.

AP Valladolid, Sec. 1ª, Sentencia de 11 de julio de 2013

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se declara la validez del reconocimiento de deuda pactado entre los cónyuges antes de contraer matrimonio y que tenía su justificación en la hipoteca que se constituyó sobre un inmueble propiedad de la esposa para hacer frente a una deuda personal del esposo, al no haber acreditado el cumplimiento de la obligación que asumió de hacer frente a las cuotas del préstamo y a liberar la carga.

AP Álava, Sec. 1ª, Sentencia de 9 de mayo de 2013

El trabajo de la casa según refirieron los hijos era compartido por todos y también por el padre habiendo tenido la madre una actividad laboral plena constante matrimonio, por lo que no se dan los requisitos para establecer la compensación del artículo 1438 del CC.

AP Vizcaya, Sec. 4ª, Sentencia de 12 de junio de 2013

Debe incluirse en el pasivo un crédito de la esposa contra la sociedad de gananciales por los gastos asumidos por ella por los trabajos de reparación del tejado, impermeabilización y pintado de la casa por fuera, pues se trata de trabajos necesarios.

AP Pontevedra, Sec. 6ª, Sentencia de 14 de junio de 2013

No existe ninguna razón que justifique que la esposa tenga que acudir a otro procedimiento para ejercitar el derecho del artículo 400 del CC, cuando existe la posibilidad de terminar con la indivisión existente sobre la vivienda que fue domicilio familiar, en el presente procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales. Existen una serie de datos que avalan que se adjudique la vivienda en este procedimiento a la esposa.

AP A Coruña, Sec. 5ª, Sentencia de 17 de junio de 2013

No consta, como sostiene la esposa, que el destino del préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de la vivienda se destinara a fin distinto que el abono del precio, no habiéndose acreditado que su finalidad fuese el pago de deudas privativas del esposo, tal afirmación precisa de prueba que no se ha practicado.

AP Álava, Sec. 1ª, Sentencia de 20 de junio de 2013

Se trataba de regalos que se hicieron a la esposa por razón de su matrimonio, pero antes de contraerse, por lo que con independencia de quien los hiciese y cuál fuese su motivación, es evidente que no tienen naturaleza ganancial, pues para ello resulta exigible que la adquisición se hubiese producido vigente el vínculo conyugal.

AP Córdoba, Sec. 2ª, Sentencia de 27 de junio de 2013

Ineficacia de la liquidación de gananciales practicada por los cónyuges en un documento privado al acreditar el esposo que las deudas que se incluyeron y que dieron lugar al reconocimiento de una deuda a favor de la esposa no se ajustaban a la realidad.

AP Guadalajara, Sec. 1ª, Sentencia de 2 de julio de 2013.

Los bienes que con anterioridad a contraer el matrimonio figuren a nombre de cualquiera de los cónyuges no puede atribuírseles la condición de ganancial, siendo indiferente que hubiesen convivido

Revista Derecho Familia 61.indb 309 04/02/14 11:56

como pareja de hecho, pues el objeto de la liquidación son exclusivamente los bienes y deudas de la sociedad de gananciales.

AP León, Sec. 2ª, Sentencia de 25 de julio de 2013

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Su hijo resultó gravemente lesionado estando bajo su custodia al menos en tres ocasiones distintas, por lo que, aun cuando finalmente no fuera declarada culpable de la ejecución delictiva, resulta obvio que la misma no habría ejercido de manera adecuada los deberes inherentes a la patria potestad, incurriendo cuando menos en evidente negligencia en su ejercicio, por lo que debe ratificarse la declaración de desamparo.

AP Córdoba, Sec. 2ª, Sentencia de 13 de junio de 2013

El desinterés de la madre se muestra en que, cuando le fueron nombrados Abogado y Procurador de oficio, los citados profesionales tienen que redactar su demanda sin haber podido contactar con ella pese a los intentos realizados. La situación de desamparo vino provocada por la negligencia en la atención psíquica, alimentación, vestido, cuidados sanitarios e higiene personal sin que la ayuda ofrecida y proporcionada por las autoridades administrativas fuera asumida y aceptada por la madre que no ejercía de modo ordenado las funciones derivadas de la patria potestad.

AP Valladolid, Sec. 1ª, Sentencia de 4 de julio de 2013

Se declara que es necesario el asentimiento del padre biológico a la adopción dado que la causa de la falta de contacto de aquél con sus hijos ha sido por habérselo impedido la madre, teniendo incluso que ir buscando donde vivían ante el silencio de la madre al cambiar de vivienda.

AP Valencia, Sec. 10ª, Sentencia de 17 de julio de 2013

FILIACIÓN

Desestimada la demanda de impugnación de paternidad deben imponerse las costas al padre que sin ninguna prueba presentó la demanda.

AP Vizcaya, Sec. 5ª, Sentencia de 22 de mayo de 2013

En el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial previsto en el artículo 140 CC converge «posesión de estado», ante lo cual procede declarar caducada la acción por el transcurso de más de cuatro años desde la adquisición de dicha posesión.

AP Pontevedra, Sec. 3ª, Sentencia de 12 de junio de 2013

El testimonio de un compañero de piso del demandado que ratificó la convivencia entre las partes, unido a la pasividad del demandado que rehusó recoger el emplazamiento impidiendo la práctica de la prueba biológica, motivan la estimación de la acción de reclamación de paternidad.

AP Vizcaya, Sec. 5ª, Sentencia de 21 de junio de 2013

UNIONES DE HECHO

Si de la cuenta común se extrajeron los fondos para la compra de un vehículo, éste pertenece en comunidad a ambos integrantes de la pareja de hecho, en atención a un elemental principio de subro-

Revista Derecho Familia 61.indb 310 04/02/14 11:56

gación, sin que la circunstancia de que en el registro administrativo de tráfico aparezca a nombre del demandado prejuzgue titularidades civiles. No es de recibo la tesis de la actora de considerar una disposición unilateral de tal dinero, con derecho a la devolución de la mitad del mismo, pretensión planteada cinco años después de su adquisición, rota la convivencia, devaluado su importe.

AP A Coruña, Sec. 4ª, Sentencia de 11 de junio de 2013

La interpretación que ha realizado el Tribunal Supremo del artículo 96 CC no permite mayor margen interpretativo, siendo dicho precepto de aplicación analógica a las situaciones de ruptura de convivencia more uxorio con hijos menores de edad.

AP Pontevedra, Sec. 1ª, Sentencia de 25 de junio de 2013

No existiendo matrimonio no cabe la posibilidad de fijar pensión compensatoria sin perjuicio de las acciones que, con base en el alegado desequilibrio patrimonial, puedan ejercitarse en juicio ordinario y no en el presente proceso especial.

AP A Coruña, Sec. 6ª, Sentencia de 28 de junio de 2013

CUESTIONES PENALES

Aunque se declaró probado que la madre dejó a su hijo de cinco años solo en casa durante algunas horas de la noche, se le absuelve del delito de abandono temporal de menores pues se marchó tras dejar al niño dormido en la confianza de que no se despertaría antes de que ella regresara, tratándose de un hecho aislado.

AP Soria, Sentencia de 5 de junio de 2013

Revista Derecho Familia 61.indb 311 04/02/14 11:56

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La *Revista de Derecho de Familia* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho de Familia. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. ***Dirección de envío:*** Todos los trabajos y libros para recensiones deberán remitirse a la sede de la *Revista de Derecho de Familia* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: *roberto.alonso@thomsonreuters.com*. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.

2. ***Compromiso de publicación y originalidad:*** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.

3. ***Exclusividad:*** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.

4. ***Evaluación:*** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.

5. ***Extensión y formato:*** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres (contando con los espacios). Preferiblemente, el interlineado será a doble espa-

Revista Derecho Familia 61.indb 313 04/02/14 11:56

cio y las páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenece.

6. ***Otros requisitos:*** El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

   LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.

   ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.

   RECURSO DE INTERNET: <URL>.

7. ***Emisión de certificados:*** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.

Revista Derecho Familia 61.indb 314 04/02/14 11:56